



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Feride DEMİRBAŞ

KİSMÎ İFA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Feride DEMİRBAŞ

KISMÎ İFA

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Feride DEMİRBAŞ'ın bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Süleyman YILMAZ (İmza)

Üye : Doç. Dr. Nedim MERİÇ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Tez Başlığı: Kısmî İfa

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 24/05/2018

Mezuniyet Tarihi : 21/06/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Kısmî İfa” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Feride DEMİRBAŞ





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Feride DEMİRBAŞ
Öğrenci Numarası	20135226004
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	Kısmî İfa
Turnitin Ödev Numarası	973311860

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 236 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 07/06/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 7

alıntılar dahil % 10'dur.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve

Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelerle sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

07/06/2018

(imza)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
SUMMARY	ix
TEŞEKKÜR.....	x
ÖNSÖZ	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

EDİM, BÖLÜNEBİLİR EDİM VE İFA KAVRAMI

1.1. Edim ve Edimin Bölünebilirliği Kavramları	1
1.1.1. Genel Olarak.....	1
1.1.1.1. Kavram	1
1.1.1.2. Edimin Özellikleri	3
1.1.2. Edim Türleri	3
1.1.2.1. Konularına Göre Edim Türleri	3
1.1.2.1.1. Olumlu Edimler (Verme ve Yapma Edimleri)	4
1.1.2.1.2. Olumsuz Edimler (Yapmama ve Kaçınma Edimleri).....	6
1.1.2.2. Sürelerine Göre Edim Türleri	8
1.1.2.3. Bölünebilmelerine Göre Edim Türleri.....	9
1.1.3. Edim Yükümü Kavramı	9
1.1.3.1. Genel Olarak.....	9
1.1.3.2. Edim Yükümü Türleri	10
1.1.4. Yan Yükümler	13
1.1.5. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri	13
1.1.6. Külfet.....	14
1.1.7. Bölünebilir Edim ve Bölünemez Edim Kavramları	15
1.1.7.1. Genel Olarak.....	15
1.1.7.2. Bölünebilirliğin Belirlenmesinde Başvurulan Ölçütler	17
1.1.7.2.1. Genel Olarak.....	17
1.1.7.2.2. Objektif – Organik Ölçüt.....	18
1.1.7.2.3. Objektif- Ekonomik Ölçüt.....	19
1.1.7.2.4. Amaçsal-Fonksiyonel Ölçüt	20
1.1.7.2.5. Sübjektif Ölçüt.....	21
1.1.7.2.6. Hukukî Ölçüt	22
1.1.7.3. Olumlu ve Olumsuz Edimlerin Bölünebilirliği	23
1.2. Edimin Bölünebilir Olmasıyla İlgili Hâller	26

1.2.1. Tarafların Birden Çok Kişiden Oluştugu Hukukî İşlemler Bakımından Edimin Bölünebilir Olması	26
1.2.1.1. Müteselsil Borçluluk ve Alacaklılık	26
1.2.1.1.1. Müteselsil Borçluluk	26
1.2.1.1.2. Müteselsil Alacaklılık	31
1.2.1.2. Borca Katılma	33
1.2.1.3. Elbirliği Hâlinde Borçluluk ve Alacaklılık	35
1.2.1.3.1. Elbirliği Hâlinde Borçluluk	35
1.2.1.3.2. Elbirliği Hâlinde Alacaklılık	37
1.2.1.4. Kısmî Borçluluk ve Alacaklılık	38
1.2.1.4.1. Kısmî Borçluluk	38
1.2.1.4.2. Kısmî Alacaklılık	40
1.2.1.5. Bölünemeyen Edime Birlikte Borçluluk ve Alacaklılık	42
1.2.1.5.1. Bölünemeyen Edime Birlikte Borçluluk	42
1.2.1.5.2. Bölünemeyen Edime Birlikte Alacaklılık	44
1.2.1.6. Kümüleşyon (Yığılma)	45
1.2.2. Kısmî İfa İmkânsızlığı Bakımından Edimin Bölünebilir Olması	46
1.2.2.1. Genel Olarak	46
1.2.2.2. Konu Bakımından Kısmî İmkânsızlık	49
1.2.2.3. İfa Yeri Bakımından Kısmî İmkânsızlık	50
1.2.2.4. İfa Zamanı Bakımından Kısmî İmkânsızlık	51
1.3. İfa Kavramı	52
1.3.1. İfa ve İfa İkameleri	52
1.3.1.1. İfa Kavramı ve Hukukî Niteliği	52
1.3.1.1.1. Genel Olarak	52
1.3.1.1.2. Sözleşme Görüşleri	54
1.3.1.1.3. Borçlunun İfa İradesini Yeterli Sayan Görüş	55
1.3.1.1.4. Maddî Fiil Görüşü	56
1.3.1.2. Borçların İfasına Hâkim Olan Temel İlke: Edime Uygun İfa Kuralı	56
1.3.2. Edime Uygun İfa Kuralının İstisnası Olarak İfa İkameleri	58
1.3.2.1. Genel Olarak	58
1.3.2.2. İfa Yerine Geçen Edim	58
1.3.2.3. İfa Amacıyla Yapılan Edim (İfa Uğruna Edim)	59

İKİNCİ BÖLÜM

KISMÎ İFA VE KISMÎ İFANIN HÜKÜMLERİ

2.1.	Kismî İfa Kavramı	62
2.1.1.	Kismî İfa	62
2.1.1.1.	Genel Olarak	62
2.1.1.2.	Kismî İfa ile Edimin Bütünlüğü İlkesi Arasındaki İlişki	64
2.1.2.	Kismî İfa Edilebilen Edimler ve TBK m. 84'ün Uygulama Alanı	65
2.1.3.	İfa İkamelerinin Kısmen Gerçekleşmesi	70
2.2.	Kismî İfa Kavramının Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması	71
2.2.1.	Kötü İfa (Gereği Gibi İfa Etmeme) ve Kismî İfa	71
2.2.2.	Ayıplı İfa ve Kismî İfa	77
2.2.3.	Eksik İfa ve Kismî İfa	80
2.2.4.	Aliud İfa ve Kismî İfa	84
2.3.	Borçlu Bakımından Kismî İfanın Hükümleri	86
2.3.1.	Alacaklının Birden Fazla Olması	86
2.3.1.1.	Genel Olarak	86
2.3.1.2.	Özel Durumlar	86
2.3.2.	Borçlunun Birden Fazla Olması	89
2.3.2.1.	Genel Olarak	89
2.3.2.2.	Özel Durumlar	89
2.4.	Kismî İfada Alacaklının Hakları	94
2.4.1.	Alacaklının Kismî İfayı Ret Hakkı	94
2.4.1.1.	Ret Hakkının Anlamı, Kullanımı	94
2.4.1.2.	Ret Hakkının Kullanımının Şartları	95
2.4.1.2.1.	İfası Bir Bütün Olarak Gerçekleşmesi Gereken Bir Edimin Borçlanılmış Olması	95
2.4.1.2.2.	Borcun “Belli” Olması	96
2.4.1.2.2.1.	Edimin Niteliği Bakımından Belirli Olması	96
2.4.1.2.2.2.	Edimin Hukukî Bakımdan Belirli Olması	100
2.4.1.2.3.	Borcun Tamamının Muaccel Olması	104
2.4.2.	Kismî İfayı Ret Hakkının İstisnaları	109
2.4.2.1.	Genel Olarak	109
2.4.2.2.	Police, Bono ve Çek Alacaklısının Kismî İfayı Kabul Zorunluluğu	112
2.4.2.2.1.	Police	112
2.4.2.2.2.	Bono	115
2.4.2.2.3.	Çek	115
2.4.2.3.	Kismî İfayı Kabul Zorunluluğu Bulunan Diğer Hâller	116

2.4.2.3.1. Para Borçlarında Özel Durum	116
2.4.2.3.2. Takas.....	117
2.4.2.3.3. İcra ve İflâs Dairelerinin Banka Hesabına Ödeme Yapılması.....	120
2.4.2.3.4. TBK m. 593 Hükmü	121
2.4.2.3.5. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Erken Ödeme Hâlleri.....	123
2.4.3. Alacaklının Kısmî İfayı İsteme Hakkı.....	126

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KISMÎ İFANIN SONUÇLARI

3.1. Borcun Konusu (Edim) Bakımından Kısmî İfanın Sonuçları.....	132
3.1.1. Kısmî İfanın Kabulü Hâlinde	132
3.1.1.1. İfa Edilen Kısım Bakımından.....	132
3.1.1.1.1. Borcun Sona Ermesi	132
3.1.1.1.2. Mahsup	133
3.1.1.1.3. Alacaklının Makbuz Verme Zorunluluğu, Borçlunun Senedin Geri Verilmesini İsteme Hakkı.....	136
3.1.1.1.4. Kanunî Halefiyet.....	140
3.1.1.2. İfa Edilmeyen Kısım Bakımından	142
3.1.1.2.1. Genel Olarak.....	142
3.1.1.2.2. Kısmî Temerrüt	144
3.1.1.2.2.1. Genel Olarak.....	144
3.1.1.2.2.2. Kısmî Temerrüdün Genel Sonuçları.....	147
3.1.1.2.2.3. Para Borçlarında Kısmî Temerrüdün Sonuçları	149
3.1.1.2.2.4. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Kısmî Temerrüdün Sonuçları	153
3.1.1.2.2.4.1. Genel Olarak	153
3.1.1.2.2.4.2. Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar	154
3.1.1.2.3. Kısmî İmkânsızlık	161
3.1.1.2.3.1. Genel Olarak.....	161
3.1.1.2.3.2. Başlangıçtaki Kısmî İmkânsızlığın Sonuçları	163
3.1.1.2.3.3. Sonraki Kısmî İmkânsızlığın Sonuçları	166
3.1.2. Kısmî İfanın Reddi Hâlinde.....	175
3.1.2.1. Alacaklının Ret Hakkı Bulunduğu Takdirde	175
3.1.2.1.1. Genel Olarak.....	175
3.1.2.1.2. Ödemezlik Def’inin İleri Sürülebilmesi	175
3.1.2.2. Alacaklının Ret Hakkı Bulunmadığı Takdirde.....	177

3.1.2.2.1. Genel Olarak.....	177
3.1.2.2.2. Alacaklının Temerrüdü.....	178
3.2. Fer’i Haklar ve Zamanaşımı Bakımından Kısmî İfanın Sonuçları	181
3.2.1. Fer’i Haklar Bakımından	181
3.2.1.1. Teminatlar Bakımından	181
3.2.1.2. Faiz Bakımından.....	185
3.2.1.3. Ceza Koşulu (Cezaî Şart) Bakımından	189
3.2.2. Zamanaşımı Bakımından	192
SONUÇ	195
KAYNAKÇA.....	198
ÖZGEÇMİŞ	212

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB.	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811 (Avusturya Medeni Kanunu)
Abs.	: Absatz (Fıkra)
AcP.	: Archive für die civilistische Praxis
Art.	: Artikel
Auf.	: Auflage
ASG.	: Scheckgesetz (Avusturya Çek Kanunu)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AWG.	: Wechselgesetz (Avusturya Poliçe Kanunu)
B.	: Band
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BD.	: Bankacılık Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Alman Medeni Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil des Français (Fransız Medeni Kanunu)
CISG.	: Convention on the International Sale of Goods (Viyana Satım Sözleşmesi)
Çev.	: Çeviren
ÇÜHFD.	: Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GSÜHFD.	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İFM.	: Schweizerisches Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFD.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
J.	: Jahrgang
JZ.	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
m.	: Madde
LMUIİHD.	: Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHF- HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
OR.	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s	: sayfa
S.	: Sayı
SJZ.	: Süddeutsche Juristen Zeitung
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK.	: 6102 Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

ÖZET

“Kısmî ifa” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Borçların ifasına ilişkin hükümler arasında düzenlenen kısmî ifa konusu, edimin kısmî ifaya elverişliliği, ifanın gerçekleştirilme tarzı ve borca aykırılık hâlleri bakımından önem arz eden, çok yönlü bir müessesedir. Bu sebeple bölünebilir edim kavramının açıklanması ve aydınlatılması gerekmektedir. Kısmî ifa aynı zamanda diğer yönüyle borç ilişkisinin taraflarının birden fazla kişiden oluştuğu hâllerde edimin bölünebilirliği meselesi bakımından önem arz eder. Fakat bu hâller edimin bölünebilirliği ile doğrudan ilişkili olmayıp, borcun ya da sorumluluğun “paylaştırılması” ile ilgilidir. Bu ayırımların ortaya konması, bölünebilir edim kavramının açıklanması ve kısmî ifa ile yakından ilişkili kavramların açıklanmasını gerekli kılmıştır. Tezde ilk olarak bunlar incelenmiştir.

Kısmî ifanın şartları TBK m. 84’ün uygulama alanı ve alacaklının kısmî ifayı ret hakkı ikinci bölümde açıklanmaktadır. Özellikle kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunan hâller ve bunun istisnalarında alacaklıya tanınan ret hakkı bu bölümde ele alınmıştır.

Üçüncü bölüm kısmî ifanın hukukî sonuçlarına ayrılmıştır. Kısmî ifanın kabulü hâlinde ifa edilen ve ifa edilmeyen kısımlar bakımından doğan sonuçlar birbirinden farklıdır. Ret hakkının kullanılması hâlinde borcun tamamı bakımından ortaya çıkan hukukî sonuçlar bu bölümde ele alınmıştır. Son olarak kısmî ifanın fer’i haklar ve zamanaşımı bakımından hukukî sonuçlarına değinilmiştir. Araştırmalarımız sırasında vardığımız kanaatle, toplu olarak sonuç kısmında yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kısmî İfa, Bölünebilir Edim, Kısmî Temerrüt, Kısmî İmkansızlık, Alacaklının Temerrüdü.

SUMMARY

PARTIAL PERFORMANCE

“Partial Performance” is regulated in Turkish Code of Obligations No. 6098. The concept of partial performance which is regulated among the provisions of performance of debts, is a sophisticated subject matter which has importance in the practicableness of debt for partial performance, the manner of performance and the situations of incompatibilities for debt. For this reason, the concept of divisible debt needs to be explained and clarified. Partial performance is also significant in terms of divisibility of the debt when the parties of the debt consist of more than one individual. However these conditions are not directly related to the divisibility of performance but rather the “allocation” of debts or liabilities. Those distinctions made essential to explain the concept of divisible performance and the other notions which closely related to divisible act. These issues were examined firstly in the thesis.

Conditions of partial performance, the implementation area of TBK m.84 and the right of the creditor to disclaim the partial performance are explained in the second chapter. Especially the situations of obligation to accept partial performance and the right of disclaim which takes part in derogations are discussed in this chapter.

The third part is devoted to the legal consequences of partial performance. The consequences that arise from acceptance of partial performance are different from each other in terms of the parts which are performed and which are not. Legal consequences arising in the case of the use of the right of disclaim are covered in this section. Finally, the legal consequences of accessory rights and the statute of limitations of partial performance are examined. The conclusions we have made during our research are collectively addressed in the conclusion.

Keywords: Partial Performance, Divisible Act, Partial Recalcitrance, Partial Impracticability, The Recalcitrance Of The Creditor.

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, “2214/A Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında TÜBİTAK tarafından desteklenmiştir. Bu sayede bana 1.5.2015-1.11.2015 tarihleri arasında Humboldt Universität zu Berlin Juristische Fakultät ve Zweigbibliothek Rechtswissenschaft bünyesinde araştırma imkânı sağlayan Prof. Dr. Christoph KUMPAN’a ve teşekkür ederim.

Feride DEMİRBAŞ

Antalya, 2018



ÖNSÖZ

Konunun Takdimi, Önemi, Sınırlandırılması ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Konunun Takdimi

Bu incelemenin konusu “Kısmî İfa”dır. Kısmî ifa kavramı, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Ancak kısmî ifa kanunda, birbirinden oldukça farklı konuların kapsamında, temel bir kavram olarak yer almaktadır. Bu kavram ilk bakışta anlamı ve kapsamı kolaylıkla belirlenebilecek gibi görünmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nda kendisine hüküm ve sonuç bağlanan durumlar dikkate alındığında, kavram farklı bir derinlik kazanmaktadır. Böylece kısmî ifa, karmaşık bir kavram hâline gelmektedir.

Mevzuatımızda kısmî ifa kavramının tanımına yer verilmemiştir. Ancak, bu kavramın özünü oluşturduğu çeşitli hukuki meselelere ve müesseselere, belirli bazı hukukî sonuçların bağlandığı görülmektedir.

Kısmî ifa kavramının Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında başlıca üç açıdan ele alındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, kısmî ifanın, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda ifanın gerçekleştirilme tarzını düzenleyen hükümler arasında ele alınması sebebiyle “ifanın yapılış tarzı” meselesi olarak ele alınmasıdır. İkincisi, kısmî ifanın özellikle Alman Hukukunda, ifanın konusu ile ilgili bir problem olarak görülmesidir. Burada konunun temeline “edimin bölünebilirliği” kavramının yerleştirilmesi söz konusudur. Bu iki ana yaklaşım dışında üçüncü açı, kısmî ifa konusunun bir ifa engeli meselesi olarak kabul edilmesidir. Bu açıdan kısmî ifa öncelikle “hiç ya da gereği gibi ifa etmeme”nin bir görünüm şekli olarak ele alınmaktadır. İlk yaklaşım neredeyse bütün genel eserlerde belirleyici olmuş ve kavram ağırlıklı olarak bu minvalde incelenmiştir¹. Hâlbuki kısmî ifa kavramının belki de en önemsiz yönü “ifanın gerçekleştirilme tarzı” na ilişkin olanıdır. Asıl önemli olan, kısmî ifanın konu (yani edimin bölünebilirliği) bakımından ve daha önemlisi bir ifa engeli meselesi olarak hüküm ve sonuçlarıyla ele alınmasıdır.

Hangi edimlerin bölünebileceğinin doğru tespit edilmesi, bir ifayı yahut hukukî durumu “kısmî ifa” olarak isabetli biçimde niteleyebilmek bakımından kaçınılmazdır. Ancak bu sayede kısmî ifa benzer müesseselerden ya da ile ilişkili diğer kavramlardan doğru şekilde ayırt edilebilir. İşte bu faaliyet, mevcut ilişkilere doğru hukuk kuralının ya da kurallarının uygulanabilmesi bakımından oldukça önemlidir.

¹ Honsell vd., 2011; Eren, 2017: 936 vd; Weber, 2005; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 115 vd., Tekinay vd., 1993: 7763 vd.

Kısmî ifaya ilişkin isabetli bir niteleme yapılmasının ardından, bunun hüküm ve sonuçları açıklanmalıdır. Özellikle alacaklı açısından kısmî ifanın anlamı ve sonuçları son derece önemlidir. Bunun için öncelikle alacaklının ne zaman kısmî ifayı kabul etmek zorunda olduğu ve bu zorunluluğun hukukî niteliği tespit edilmelidir. Çünlü ancak bundan sonra ifa edilen ve edilmeyen kısım bakımından kısmî ifanın sonuçları açıklanabilir.

Çalışmada, bu sistematik doğrultusunda kısmî ifa konusu incelenmeye çalışılmış, teorik açıklamaların yanı sıra mahkeme kararlarına yer verilerek yargı uygulamasında konunun ele alınışı ortaya konulmak istenmiştir.

Konunun Önemi

Kısmî ifa kavramına², Türk Borçlar Kanunu’nun³ ikinci bölümünün birinci ayırımında, borçların ifasının genel hükümleri arasında “İfanın Konusu” üst başlığı altında (TBK m. 84); üçüncü bölümün birinci ayırımında borçların ve borç ilişkilerinin sona erme hâlleri arasında “Kısmî İfa İmkânsızlığı” başlığı altında (TBK m. 137) ve dördüncü bölümün birinci ayırımı başta olmak üzere muhtelif hükümlerinde (m. 100, 143, 154, 258, 593 vb.) hüküm ve sonuç bağlandığı görülmektedir. Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda⁴ (m. 2), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da⁵ (m. 20, 27, 37), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda⁶ (m. 709, 728, 1530 vb.), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda⁷ (m. 17, m. 109 vb.) ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda⁸ (m. 12), 5941 sayılı Çek Kanunu’nda⁹ (m. 3, m. 8) kısmî ifa kavramı ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili hükümlere yer verilmiştir.

Kısmî ifa kavramının kendisi, deyim yerinde ise bir “çekirdek” niteliğindedir. Bu kavramın derininde ve özünde başka bir müessese yer almaktadır. Bu ise, “edimin bölünebilirliği” dir. Genel bir ifadeyle, borcun konusu olan edimin niteliğinde değişiklik olmadan ve değerinde bir azalma meydana gelmeksizin parçalara ayrılabilmesi, kısmî ifanın temel ve ön şartıdır. Bu sebeple edimin bölünebilirliğinden ne anlaşılması gerektiği, bölünebilirliğin şartları, ölçütleri ile bunun, ifanın parçalara ayrılabilmesi üzerindeki etki ve sonuçları öncelikli olarak açıklanmalıdır. Bu anlamda bir diğer önemli husus da, edimin

² Kanun koyucunun aynı kanunun bazı yerlerinde “kısmen” bazı yerlerinde “kısmî” sözcüğünü tercih etmesi eleştirilmektedir. Bunun yerine terim birliğinin sağlanması gerektiği savunulmaktadır. Bu konudaki eleştiriler için bk. Başpınar, 2011: 6.

³Bk. RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁴Bk. RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

⁵Bk. RG. T. 28.11.2013, S. 28835.

⁶Bk. RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

⁷Bk. RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁸Bk. RG. T. 19.06.1932, S. 2128.

⁹Bk. RG. T. 20.12.2009, S. 27438.

bölünebilirliğinin, kanunun kısmî ifaya hukukî sonuç bağladığı yukarıda bahsi geçen hâller bakımından yeknesak bir anlam taşıyıp taşımadığıdır. Dolayısıyla edimin bölünebilirliği, bu temel üç müessese (kısmî ifa, ifanın kısmen imkânsızlaşması, alacaklı ve/veya borçlu tarafın birden fazla olması) bakımından incelenerek ulaşılan sonuç objektif biçimde ortaya konulmalıdır. Çünkü her gün binlerce edimin kısmî ifası ve bunun sonuçları gerçekleştirilmektedir. Ticari hayatta bu kadar farklı işlemin konusu olan kısmî ifanın derinlemesine ele alınması ve sonuçlarının ortaya konulması, sadece teorik açıdan değil, uygulama açısından da çok önemlidir.

Kısmî ifanın hem ifanın gerçekleşme tarzı, hem kısmî imkânsızlık hem de alacaklı ve borçlu tarafın birden çok kişiden oluştuğu ihtimaller bakımından değer taşıması sebebiyle her yönüyle incelenmesi, bir monografik çalışmanın sınırlarını oldukça aşar. Bu çalışmada temel amaç, edimin bir kısmının ifa edilip bir kısmının edilmemesi gibi temel bir meselenin, TBK'nın edimin gerçekleştirilme tarzı çerçevesinden çıkarılarak, “ifanın konusu” ve “ifa engeli” problemi olarak ele alınmasıdır. Edimin kısmî ifa için elverişli olup olmaması; elverişsiz ise, gerçekleşen fakat ifa niteliği taşımayan hukukî işlem ya da faaliyetin hukukî niteliğinin tespiti bu çalışmada ele alınan ilk meseledir. Edim, kısmî ifaya elverişli ise, bu kez incelenmesi gereken konu, gerçekleşen ifanın, ifanın konusu ve tarafları bakımından ifa edilen ve ifa edilmeyen kısım ayrı ayrı değerlendirilmek üzere hüküm ve sonuçlarıdır. Bu aşamada ise karşılaşılan ilk mesele, bir kısmı gerçekleşip bir kısmı gerçekleşmemiş ifanın “ifa engelleri” hukuku içindeki yeri ve anlamının belirlenmesidir. Tam, doğru, gereği gibi, edime uygun olarak gerçekleşmemiş bir ifa olması bakımından kısmî ifa, somut olayın özelliklerine göre edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hâllerinden biri olarak değerlendirilmektedir.

Konu, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler dikkate alınarak incelenmiştir. Böylece araştırmacılara ve uygulayıcılara yardımcı olmak bu çalışmanın bir diğer amacıdır. Nihayet, ileride yapılacak kanun değişikliklerinde, kanunkoyucuya yardımcı olmak da incelemenin amaçları arasında yer almaktadır.

Konunun Sınırlandırılması

Kısmî ifa konusu, pek çok hukuki müessese ile yakından ilişkili bir konudur. Türk Borçlar Kanunu'nun kısmî ifa ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili pek çok hükmü bulunmaktadır. TTK, 6502 sayılı TKHK, HMK, İİK, 5941 sayılı Çek Kanunu, kısmî ifaya hüküm ve sonuç bağlanan ya da kavramla ilişkili olan hükümleri içermektedir. Bu hükümlerde düzenlenen müesseselerin her biri, başlı başına bir monografik çalışmanın konusunu oluşturabilir. Bu nedenle konunun sınırlandırılması gereği hâsıl olmuştur.

Konunun takdimi, önemi, konu ile ilgili temel kavram ve müesseseler açıklanmış ve kısmî ifanın benzer müesseselerden farkları ortaya konulmuştur. Kısmî ifa ile karşılaştırılan bu müesseseler ise kötü, ayıplı, eksik ve aliud ifa ile sınırlı tutulmuştur. İlk bölümde “edim” kavramına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu konudan hareket edilmesinin sebebi ise, ifanın konusu olan edimin, her yönüyle incelenmesinin önem arz etmesidir. Özellikle edimin, kısmî ifanın konusunu oluşturabilmesi için taşıması gereken nitelik olan “bölünebilirlik” meselesi açıklanmıştır. Edimin ayrıntılı olarak incelenmesi, kısmî ifa konusunun, ifanın gerçekleştirilme tarzı meselesinden ibaret olarak görülmemesinden kaynaklanmaktadır.

Edimin bölünebilir nitelikte olması sadece kısmî ifa ile değil, başka hukukî müesseselerle de ilgilidir. Özellikle alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu hukukî ilişkiler ve kısmî imkânsızlık, bu müesseselerin başında gelir. Bu nedenle müteselsil borçluluk ve alacaklılık, kısmî borçluluk ve alacaklılık, elbirliği hâlinde borçluluk ve alacaklılık, bölünemeyen edime birlikte borçluluk ve alacaklılık ile kümülasyon konuları, edimin bölünebilir olması ve sorumluluğun “paylaştırılması” arasındaki farka dikkat çekilerek incelenmiştir. Kısmî imkânsızlık ise, konu, yer ve zaman bakımından ele alınmıştır. Bu bölümde son olarak ifa, ifanın hukukî niteliği ve ifa ikameleri konularına yer verilmiştir.

İkinci bölümde öncelikle, TBK m. 84 anlamında kısmî ifanın tanımı, bu hükmün uygulama alanı ve ifa ikamelerinin kısmen gerçekleşmesi konularına değinilmiştir.

Kısmî ifanın, borçlu ve alacaklı açısından farklı hükümleri bulunmaktadır. Özellikle kısmî ifa teklifi ile karşılaşan alacaklıya tanınan ret hakkının kullanılmasının şartları ve sonuçları bu bölümde incelenmiştir. Kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunan hâller ise, ret hakkının kullanılmasının sınırları olarak ele alınmıştır. Bu bölümde mevzuatımızda kısmî ifayı kabul zorunluluğunun açıkça öngörüldüğü hâller açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde kısmî ifanın edim bakımından sonuçları incelenmiştir. Bu sonuçlar, kısmî ifanın alacaklı tarafından kabul edilmiş olup olmamasına göre tasnif edilmiştir. Kısmî ifa kabul edilmişse, ifa edilen ve edilmeyen kısımlar bakımından ortaya çıkan hukuki sonuçlar ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak fer’i haklar ve zamanaşımı bakımından kısmî ifanın sonuçlarına değinilmiştir.

6502 sayılı TKHK, TTK, Çek Kanunu ve ilgili diğer mevzuatın, sadece kısmî ifa konusu ile doğrudan doğruya ilişkili hükümleri incelenmiştir. Meselâ poliçede kabul, tüketici sözleşmelerinde erken ödeme, çekte ödeme konuları sadece ilgili kısımlarda ve bağlantılı oldukları hususlarla sınırlı olmak üzere incelenmiştir.

Kısmî ifa ile ilişkili olan yargılama ve takip hukuku kuralları, dar bir kapsamda ele alınmıştır. Meselâ, kısmî dava, belirsiz alacak davası, dava arkadaşlığı vb. konular, sadece ilgili kısımlarda ve bağlantılı oldukları hususlarla sınırlı olmak üzere incelenmiştir.

Bu incelemede, konunun karşılaştırmalı hukukta düzenlenişi de kısaca ele alınmıştır. Şüphesiz, incelenemeyen pek çok hukuk sistemi ve düzenleme bulunmaktadır. Fakat bir sınırlamaya gidilmesi kaçınılmaz olduğu için İngiliz, Avusturya, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki düzenlemeler ile yetinilmiştir. Kısmî ifa konusunun Türk Hukukundaki düzenlemeleri, İsviçre Hukuku ile büyük benzerlik taşıdığı için, bu hukuk sistemindeki düzenlemelerden ve öğretilerden faydalanılmıştır. İsviçre Hukukunun ardından, düzenlemelerine ve kaynaklarına en çok başvuru alan ülke Almanya'dır. Alman hukukunda kısmî ifa konusu daha farklı bir gelişim göstermiş olsa da, bu hukuk sisteminin daha kazuistik nitelikteki düzenlemeleri, hukukumuzdaki kanun boşluklarının doldurulmasında başvurulabilen kaynaklar arasındadır. Bu sebeple konuya ilişkin olarak Alman Hukukundaki düzenleme ve görüşlerden de faydalanılmıştır.

Yargı kararlarına, konu ile ilişkili oldukları ölçüde yer verilmiştir. Aynı yöndeki birden fazla karara, sadece karar künyesi belirtilmek suretiyle değinilmiştir. Özel önem arz eden kararlara ve bu kararlara ilişkin görüş ve eleştirilere ise çoğunlukla dipnotlarda yer verilmiştir.

Bu incelemenin sonunda ulaşılan netice ve kanaatlere “Sonuç” bölümünde yer verilmiştir. Bir monografik çalışmanın kapsam ve sınırlarını önemli ölçüde aşacağı düşüncesiyle, yukarıda sayılan temel hususlar dışında kalan konu ve tartışmalar, inceleme dışında bırakılmıştır.

Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Kısmî ifa ile ilgili düzenlemeler İngiliz, Avusturya, Alman ve İsviçre Hukuklarında yer almaktadır. Ancak bahsi geçen hukuk sistemlerinde kısmî ifa ile ilgili düzenlemeler birbirinden ve Türk Hukukundan farklıdır. Önemi sebebiyle aşağıda söz konusu hukuk sistemlerindeki düzenlemeler sırasıyla ele alınmıştır.

İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukundakı kısmî ifa konusu başlıca, Pinnel's Case (1602) , Stilk v Myrick (1809), Ferguson v Davies (1996) ve Foakes v Beer (1884) kararlarında ele alınmaktadır¹⁰ ve bu kararlarla şekillenmektedir.

¹⁰ Burrows, 2013: 501, <http://www.e-lawresources.co.uk/Foakes-v-Beer.php>, (erişim tarihi: 12.10.2015).

Common Law’da benimsenen genel kurala göre, sözleşme uyarınca borcun kısmî ifasını kabul edeceği kararlaştırılan alacaklı, bu taahhülle bağlı değildir¹¹. Gerçekten de, Lordlar Kamarası tarafından verilen Foakes v Beer kararına göre alacaklının, borçluya karşı yüklendiği bir taahhüt, zaten hâlihazırda borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu bir taahhütten fazla olamaz¹². Bu kuralın, ilk bakışta, borçlu karşısında alacaklının korunmasına hizmet edecekken, muhtemel bir davada davalı konumda olan borçlunun haksız biçimde istismar edilmesinin de önünü açacağı ileri sürülmektedir¹³. Kararın alacaklıyı koruyucu fonksiyonunun öne çıktığı tartışmalı olup, zaman zaman rızaya dayanan bir kısmî ifanın alacaklı bakımından daha avantajlı olabileceği ileri sürülmektedir¹⁴. İfanın kısmen gerçekleşebilmesi, sadece “likit” yani miktar olarak belirli olan mal ve hizmetler için mümkün görülmektedir. Başka bir deyişle, alacak likit olarak belirli olmadıkça, ifa, kısmen gerçekleştirilemez¹⁵.

İngiliz Hukukunda sözleşme taraflarından birinin ifası, ancak diğer taraf borcunu tamamıyla ifa ettiğinde gerçekleşebiliyorsa “bütün” bir borcun var olduğu kabul edilir¹⁶. Bununla birlikte, taraflardan birinin toplam borcundan ifa edilen her bir kısım, borcu o oranda sona erdirir. Bu hâllerde “bölünebilir edim” söz konusudur¹⁷. Taraflardan biri (A) borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmez ve karşı alacağı talep ederse, diğer tarafın (B) borcunu yerine getirmesi, A’nın borcunun bölünebilir olup olmamasına bağlı sayılmaktadır. Bu sebeple, A’nın borcu bölünemeyen bir borç ise, B’nin borcunu yerine getirmesi gerekmez. Buna karşılık edim bölünebilir ise A, ifa edilen kısmın karşı edimini talep edebilir¹⁸.

İşgörme sözleşmeleri bakımından kısmî ifa İngiliz mahkeme kararlarında şöyle hükme bağlanmaktadır: Taraflardan biri, diğerine bir işin görülmesini borçlanmışsa ve işin görülmesi sonucunda ortaya çıkan edim bölünemez nitelikteyse iş sahibi, işin tamamı görülene kadar, kendi edimini yerine getirmek zorunda değildir. Eğer edim tamamlanmazsa, iş sahibi kabul etmeyi tercih etmiş olduğu kısımdan sağladığı yararın bedelini ödemekle yükümlüdür¹⁹.

¹¹ Burrows, 2013: 500.

¹² Burrows, 2013: 500.

¹³ Burrows, 2013: 500.

¹⁴ Burrows, 2013: 500.

¹⁵ Burrows, 2013: 500.

¹⁶ Cooke ve Oughton, 1995: 205.

¹⁷ Cooke ve Oughton, 1995: 205.

¹⁸ Cooke ve Oughton, 1995: 205.

¹⁹ Cooke ve Oughton, 1995: 205-206.

Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda kısmî ifa konusu Avusturya Borçlar Kanunu²⁰ §-1415'te²¹ düzenlenmektedir. Bu hükme²² göre alacaklı, borcun bir kısmının ödenmesini ya da borçtan bir indirim yapılmasını kabul etmekle yükümlü değildir. Borcun farklı kalemlerde ödenebilmesi için, alacaklının buna rıza gösterdiğinin açıkça ifade edilmiş olması gerekir. Hükme göre borçlu, bir borcu tamamıyla yerine getirmekle yükümlü ise, alacaklı, düzenleme gereğince, kısmen gerçekleşen ifayı kabul etmek zorunda değildir. Kısmî ifayı reddeden alacaklı, kural olarak alacaklının temerrüdüne düşmez²³. Şayet, kanunda borçlunun borcu kısmen yerine getirebilmesine imkân sağlayan bir istisna mevcutsa, borç kısım kısım yerine getirilebilir²⁴.

Avusturya Hukukunda, borçlu, para borcunu banka havalesi ile alacaklıya gönderirse, alacaklının bu ifayı ret hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir²⁵. Bu sebeple §-1415 para borcu dışındaki borçlar bakımından uygulanabilmektedir²⁶. Hükümün ikinci cümlesinde düzenlendiği üzere, taraflar, edimin birden fazla seferde yerine getirilmesini kararlaştırmışsa, artık alacaklının kısmî ifayı ret hakkı bulunmamaktadır²⁷.

Avusturya Çek Kanunu'nun²⁸ §-34²⁹ ve Poliçe Kanunu'nun³⁰ §-39³¹ hükümleriyarınca para borcunun alacaklısı, poliçe ya da çekle ödeme yapılarak gerçekleşen kısmî ifayı kabul etmek zorundadır³². Kısmî ifayı ret hakkının bir diğer sınırını da, her hakkın kullanımında olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır³³.

Avusturya Hukukuna göre bir edimin bölünebilir olup olmadığı kanuna ya da taraf iradelerine göre belirlenir³⁴. Alacaklı, kabul zorunluluğu bulunmamasına rağmen kısmî ifayı kabul etmişse, artık ifa edilen kısım bakımından borç sona erdiği için bir talepte bulunamaz³⁵.

²⁰ ABGB, 1.6.1811 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹ ABGB §- 1415 metni için bk. www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/1415, (erişim tarihi: 02.04.2016).

²² Koizol vd., 2010: 1695.

²³ Schwimann, 2015: 1512.

²⁴ Schwimann, 2015: 1512.

²⁵ Schwimann, 2015: 1512.

²⁶ Rummel, 1992: 1009.

²⁷ Schwimann, 2015: 1512.

²⁸ Avusturya'da Çek Kanunu "Scheckgesetz", 16.02.1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁹ ASG Art. 34 metni için bk. www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001935, (erişim tarihi: 22.01.2018).

³⁰ Avusturya'da Poliçe Kanunu "Wechselgesetz", 16.02.1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³¹ AWG Art. 39 metni için bk. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001934>, (erişim tarihi: 22.01.2018).

³² Koizol vd., 2010: 1695.

³³ Koizol vd., 2010: 1695. Yazar, alacaklının zararı en aza indirilmesi yükümlülüğünü de bu kapsamda, yani hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirmektedir. Ayrıca bk. Rummel, 1992: 1009, Schwimann, 2015: 1512.

³⁴ Rummel, 1992: 1005.

³⁵ Koizol vd., 2010: 1697.

Taraflar arasında birden fazla borç varsa, gerçekleşen kısmî ifanın hangi borcun ifası olduğu taraflar arasında kararlaştırılabilir³⁶.

Alman Hukukunda

Alman Hukukunda kısmî ifa konusu BGB §-266'da³⁷ düzenlenmektedir. Bu hükümde borçlunun, kısmî ifaya yetkili olmadığına belirtilmesi ile yetinilmektedir. Yaptırımlar bakımından ise edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden uğranan zararın tazmininin düzenlendiği BGB §-281 hükmünün ilk fıkrasının 2. cümlesi uyarınca³⁸ borçlu kısmî ifa gerçekleştirirse, kısmî ifada hiçbir menfaati bulunmadığı takdirde alacaklı, edimin tamamı yerine tazminat talep edebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin düzenlendiği BGB §-323/2 b. 5³⁹ hükmü uyarınca borçlu borcunu kısmen ifa ederse bunda hiçbir menfaati bulunmayan alacaklı, sözleşmenin tamamından dönebilir. Borçlu edimi gereği gibi ifa etmezse alacaklı, ihlâl edilen yükümlülük çok esaslı olmadıkça sözleşmeden dönebilir.

Alman Hukukunda alacaklıya kısmî ifayı reddetme hakkının tanınması yerine, mesele, “yüküm ihlâli”nin ağırlığı esas alınarak çözümlenmektedir. Buna göre ihlâl ağırsa, yani alacaklının, kısmî ifada hiçbir menfaati yoksa, alacaklıya sözleşmenin tamamından dönme veya edimin tamamı için tazminat talep etme imkânı tanınmıştır. Buna karşılık ihlâl bu ağırlıkta değilse, tazminat talep etme imkânı tanınmaktadır⁴⁰.

Alman hukuk sisteminde kısmî ifaya ilişkin düzenlemelerin alacaklının menfaatini koruyucu nitelikte olduğu görülmektedir⁴¹. Bununla birlikte özellikle BGB §-266 hükmünün, uygulama alanının en önemli sınırını tarafların hükmün aksine anlaşmış olmaları oluşturmaktadır⁴². Ancak, kanunla ya da dürüstlük kuralı gereği borçlunun kısmî ifasına imkân tanındığı hâller mevcuttur⁴³. Böyle bir istisnâî hâl söz konusu değilse alacaklı, temerrüde düşmeksizin kısmî ifayı kabulden kaçınabilir⁴⁴.

³⁶ Koizol vd., 2010: 1696.

³⁷ BGB §-266 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_266.html, (erişim tarihi: 04.12.2016)

³⁸ BGB §-281/1, c. 2 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_281.html, (erişim tarihi: 04.12.2016)

³⁹ BGB §-323/5 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_323.html, (erişim tarihi: 04.12.2016)

⁴⁰ Heiderhoff ve Skamel, 2006: 383.

⁴¹ Schulze, 2017: §-266, N. 1, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

⁴² Schulze, 2017: §-266, N. 2, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

⁴³ Schulze, 2017: §-266, N. 3, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

⁴⁴ Schulze, 2017: §-266, N. 6, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukundakısmî ifa konusu doğrudan doğruya İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) ikinci bölümünün⁴⁵ birinci ayrımında⁴⁶ borcun konusu başlığı altında “kısmî ödeme”yi düzenleyen 69. maddede⁴⁷ ve “bölünemeyen edim”i düzenleyen 70. maddede⁴⁸ düzenlenmektedir.

OR Art. 69'a göre alacaklı, borcun tamamı muayyen ve muaccel ise kısmî ifayı kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı, kısmî ifayı kabul etmek isterse, borçlu, borcun kendisi tarafından tanınmış kısmını ifadan kaçınamaz.

OR Art 70'e göre bölünemeyen bir edimin birden fazla alacaklısı bulunuyorsa, borçlu borcu bunların tamamına ödemelidir ve alacaklıların her biri borcun tamamının ifasını talep edebilir. Bölünemeyen bir edimin birden fazla borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekiyor ise, her bir borçlu, borcun tamamını yerine getirmekle yükümlüdür. Durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, alacaklıya ifada bulunan borçlu, diğer borçlulardan payları ile orantılı olarak talepte bulunabilir ve kendisine ifada bulunulan alacaklının haklarına halef olur.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun yukarıda verilen hükümleri Türk Borçlar Kanunu'nun kısmî ifa ve edimin bölünebilirliği ile ilgili 84. ve 85. maddeleri ile paralellik göstermektedir. Gerçekten de TBK m. 84' te kısmî ifayı ret hakkı “alacaklı ... reddedebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Buna karşılık İsviçre düzenlemesinde “alacaklı ... kabul etmek zorunda değildir” ifadesi tercih edilmiştir. Kanaatimiz, bu iki ifadeden İsviçre Borçlar Kanunu'nda tercih edilen ifadenin daha isabetli olduğudur. Zira tamamı muayyen ve muaccel borcun borçlusunun, tam olarak ifasının kabul edilmesinin “alacaklının bir zorunluluğu olması”, “alacaklı zorunlu değildir” şeklinde daha doğru ifade edilmiş olur.

İsviçre Hukukunda kısmî ifayı kabul zorunluluğu, yani genel kuralın istisnaları da Türk Hukuku ile paralellik taşımaktadır⁴⁹.

Feride DEMİRBAŞ

Antalya, 2018

⁴⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun ikinci bölümünde “Die Wirkung der Obligationen” (Borçların Sonuçları) düzenlenmektedir.

⁴⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun ikinci bölümünün birinci ayrımında “Die Erfüllung der Obligationen” (Borçların İfası) düzenlenmektedir.

⁴⁷ OR Art. 69 madde metni için bk. <https://www.swisslex.ch/>, (erişim tarihi: 12.02.2016).

⁴⁸ OR Art. 67 madde metni için bk. <https://www.swisslex.ch/>, (erişim tarihi: 12.02.2016).

⁴⁹ Bu hâller için bk. Honsell vd., 2011: Art. 69, N. 3.

BİRİNCİ BÖLÜM

EDİM, BÖLÜNEBİLİR EDİM VE KAVRAMI

1.1. Edim ve Edimin Bölünebilirliği Kavramları

1.1.1. Genel Olarak

1.1.1.1. Kavram

En kısa biçimde “borcun konusu” olarak tanımlanan⁵⁰ “edim” kavramından önce borç ve borç ilişkisi müesseselerine kısaca değinmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu’nda bu temel müesseselerin hiçbirinin tanımı yer almamaktadır. Fakat bu müesseselerin, öğretici tarafından yapılmış ve yerleşmiş tanımları mevcuttur.

“Borç ilişkisi”, öğretide biri dar ve biri geniş olmak üzere iki anlamda ele alınmaktadır⁵¹. Borç kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılan “dar anlamda borç ilişkisi” ile ifade edilmek istenen, belli bir alacağın borçlusu ile alacaklısını birbirine bağlayan ve tek bir edim yükümlülüğünü içeren hukukî ilişkidir⁵². Başka bir deyişle dar anlamda borç ilişkisi, alacaklının, bir edimin yerine getirilmesini isteme hakkının bulunduğu, borçlunun da bunu yerine getirmekle yükümlü olduğu hukukî ilişkidir⁵³.

“Geniş anlamda borç ilişkisi” ile kast edilen ise, sürekli bir çerçeve ilişkisidir. Bu ifade ile, alacaklı ve borçlu arasındaki hukukî ilişkinin tamamı anlatılmak istenmektedir⁵⁴. Geniş anlamda borç ilişkisinin kapsamına, aslî haklar, tâlî haklar (yenilik doğuran haklar ve def’î hakları, temsil hakları), asıl borçlar, yan borçlar ve yan yükümler (koruma yükümleri ve ifaya yardımcı yükümlülükler) dâhildir⁵⁵.

Geniş anlamda borç ilişkisinin unsuru olan bir alacak hakkı (dar anlamda borç ilişkisi, borç) herhangi bir sebeple sona erse bile, geniş anlamda borç ilişkisi varlığını sürdürür⁵⁶.

⁵⁰ Edimin borcun konusu olduğu yönündeki ifade doğru fakat eksik bir ifade olarak nitelendirilmektedir. Zira edim, borçtan bağımsız bir kavram olarak değerlendirilmektedir ve borçlanılmamış edimlerin de ifası gerçekleşebilir. Bu konu hakkında bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 34.

⁵¹ Eren, 2017: 21 vd; Aral, 2011: 29; Tekinay vd., 1993: 5 vd; Oğuzman ve Öz, 2017a: 3 vd; Von Büren, 1964: 1 vd; Nomer, 2015: 13.

⁵² Larenz, 1987: 1; Fikentscher ve Heinemann, 2006: 26; Hirsch, 2015: 39, §5; Schmidt, 2004: 2; Jauernig, 2014, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 05.09.2015).

⁵³ Hirsch, 2015: 39, § 5; Koç, 1992: 84. Dar anlamda borç ilişkisi, en az birinin alacaklı ve en az birinin borçlu olduğu en az iki kişi arasındaki hukukî ilişkidir. Dar anlamdaki borç ilişkilerinde üçüncü kişiler istisnaî olarak hak sahibi ya da hukuken korunan bir durumda olabilirler. Bk. Larenz, 1987: 6; Schmidt, 2004: 2.

Bunun dışında elbette, alacaklı tarafın ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluşması mümkündür. Meselâ bir evi birden fazla kişinin birlikte kiralaması durumunda alacaklı (ya da) borçlu durumunda birden fazla kişi bulunmaktadır. Schmidt, 2004: 3.

⁵⁴ Aral, 2011: 7; Tekinay vd., 1993: 6-7. Hirsch, geniş anlamda borç ilişkisini “organizma” olarak nitelendirmektedir. Bk. Hirsch, 2015: 39. Medicus ve Lorenz (2012), geniş anlamda borç ilişkisini doğan, büyüyen ve sonunda ölen bir “organizma”ya benzetmektedir. Bk. Medicus ve Lorenz, 2012: 4, N. 8.

⁵⁵ Eren, 2017: 22; Tekinay vd., 1993: 7.

⁵⁶ Aral, 2011: 7.

Bununla birlikte, borç ilişkisi ilelebet devam etmez. Zira borç ilişkisi bu ilişki ile hedeflenen amaca tam olarak ulaşılması ile, yani alacaklının tatmini ya da borç ilişkisini sona erdiren diğer sebeplerden biriyle sona erer⁵⁷. Geniş anlamda borç ilişkisi sona erdiğinde, artık tarafların birbirlerinden talep edebilecekleri bir hak ve yerine getirmeleri gereken bir yükümlülük kalmaz⁵⁸. Geniş anlamda borç ilişkisinin sadece tek bir borçtan (dar anlamda borç ilişkisinden) oluşması mümkündür, fakat bu durum oldukça istisnaîdir.

Bazı hâllerde, borçlanılmamış edimlerin ifası da söz konusu olabilmektedir⁵⁹. Meselâ, sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturan bir edimin yerine getirildiği hâllerde borçlanılmış bir edim bulunmamaktadır⁶⁰. Bu gibi istisnaî hâller dışında, her borç ilişkisi, belirli bir ya da birden çok edimi içerir. Edim, borcun içeriğini ve konusunu oluşturur⁶¹. Gerçekten de edim, “dayanağı borç ilişkisi olmak üzere, alacaklının borçludan talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ise yerine getirmek zorunda bulunduğu davranış” olarak tanımlanmaktadır⁶². Edim, borçlunun, alacaklı yararına yerine getirmesi gereken belirsiz ve sınırsız sayıdaki davranışı ifade etmez. Borçlanılan edim belirli yahut belirlenebilir ve mahiyette olup, borç ilişkisinde alacaklının alacak hakkına karşılık gelir⁶³.

Edim sözcüğü ile ifade edilmek istenen, hem borçluya düşen yükümlülük, hem de bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği fiillerdir⁶⁴. Borçlunun yerine getirmeyi borçlandığı davranış (edim fiili) yahut meydana getirmekle yükümlü olduğu sonuç (edim sonucu) “edim” kavramıyla ifade edilir⁶⁵. Bir borç ilişkisinde borçlunun bir edim fiilini mi, yoksa bir edim sonucunu mu borçlandığı, her zaman kolayca tespit edilemeyebilir. Kanun ya da sözleşme hükümlerinden, borçlunun belirli bir sonucu taahhüt ettiği anlaşılıyorsa, bu sonuç gerçekleşmedikçe, bir ifadan da söz edilemez. Bu hâllerde bir edim sonucunun üstlenilmesi söz konusudur. Hâlbuki hukukî ilişkinin tarafları bakımından önemli olan, bir sonucun gerçekleşmesinden ziyade, borçlunun alacaklının ulaşmak istediği sonuca uygun davranış sergilemesi ise, edim fiili taahhüt edilmiş demektir⁶⁶.

⁵⁷ Eren, 2017: 23; Tekinay vd., 1993: 984 vd.

⁵⁸ Huguenin, 2014: 15, N. 44, www.swisslex.ch, (erişim tarihi: 10.09.2015).

⁵⁹ İpek, 2016: 25; Tekinay vd., 1993: 736 vd.

⁶⁰ Bk. Kılıçoğlu, 2017: 637 vd; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 10. Yazarlar bu durumu “edimsiz ifa olmaz ancak ifa sayılmayacak edim ile karşılaşılması mümkündür” ifadesiyle özetlemektedir.

⁶¹ Eren, 2017: 96; Dural, 1972: 7; Tekinay vd., 1993: 7.

⁶² Von Tuhr ve Escher, 1974: 45; Esser ve Schmidt, 1995: 84; Fikentscher ve Heinemann, 2006: 24; Eren, 2017: 96; Koç, 1992: 85.

⁶³ Schwenger, 2012: 39; Eren, 2017: 96; İpek, 2016: 24.

⁶⁴ Tekinay vd., 1993: 8.

⁶⁵ Fikentscher ve Heinemann, 2006: 24; Gündoğdu, 2014: 78.

⁶⁶ Aydıncık, 2013: 21; Kürşat, 2009: 143.

1.1.1.2. Edimin Özellikleri

Edimin taşınması gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, edimin emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına (TBK m. 27/I) aykırı olmamaktır. Edim, hukuken korunan, dürüstlük kuralına uygun, makul bir menfaate ilişkin olmalıdır⁶⁷.

Edimin alacaklıya sağladığı menfaatin maddî bir karşılığı da olabilir. Gerçekten de edim, genellikle ekonomik bir değer taşır. Fakat borç ilişkisinin, parayla ölçülemeyen bir edimi konu edinmesi de mümkündür⁶⁸. Bu sebeple, edimin parayla ölçülebilir olması değil, korunmaya değer bir menfaati kapsamaması önem arz eder⁶⁹. Ekonomik değer taşımayan edimin, hukuken korunmaya değer bir menfaati kapsayıp kapsamadığı her somut olay bakımından değerlendirilmelidir⁷⁰.

Borç ilişkisi kurulduğu sırada edimin ifası mümkün olmalıdır (TBK m. 27/I). Aksi hâlde borç ilişkisi edimin başlangıçtaki imkânsızlığı sebebiyle kesin olarak hükümsüzdür⁷¹. Edim, borcun doğumundan sonra borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, imkânsızlık, artık borcu sona erdiren bir sebeptir (TBK m. 136).

Edim, borcun doğumu anında yahut en geç ifa zamanında yer ve konu bakımından objektif biçimde belirli veya en azından belirlenebilir olmalıdır⁷². Bir borç ilişkisinde belirlenebilirliğin hem alacaklı hem de borçlu bakımından sağlanması gerekir⁷³. Edimin niteliğinin yanı sıra hukukî olarak da belirli olması önem arz etmektedir. Bu husus ileride ayrıntılı olarak açıklanmaktadır⁷⁴.

1.1.2. Edim Türleri

1.1.2.1. Konularına Göre Edim Türleri

Edim çeşitleri konuları bakımından olumlu ve olumsuz edimler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Verme ve yapma edimleri olumlu edimleri oluştururken, katlanma ve kaçınma edimleri olumsuz edimleri oluşturmaktadır.

⁶⁷ Eren, 2017: 98; İpek, 2016: 35; Tekinay vd., 1993: 8.

⁶⁸ Tekinay vd., 1993: 8-9.

⁶⁹ Keller ve Schöbi, 1988: 6; Tekinay vd., 1993: 8-9.

⁷⁰ Bu yönüyle edim, kazandırmadan daha geniş bir anlam taşımaktadır. Zira kazandırma ile bir kişi diğerine belirli bir malvarlığı değeri sağlar ve kazandırma, kazananın malvarlığının aktifinin artması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin azalması şeklinde de olabilir⁷⁰. Dolayısıyla kazandırma ile daima malvarlığına ilişkin bir yarar sağlanır ve salt manevî yarar ile kazandırma gerçekleşmez. Bk. Eren, 2017: 98; Tekinay vd., 1993: 48-49.

⁷¹ Altunkaya, 2005: 102 vd.

⁷² Schwenzer, 2012: 40-41; Eren, 2017: 100.

⁷³ Bu durum özellikle üçüncü kişi yararına sözleşmelerde “üçüncü kişi” nin, eşyaya bağlı hak ve borçlarda ise zilyedin veya aynî hak sahibinin belirlenmesi konusunda önem arz eder. Bk. Eren, 2017: 101.

⁷⁴ Bk. 2.4.1.2.2.

1.1.2.1.1. Olumlu Edimler (Verme ve Yapma Edimleri)

Borçlunun yükümlü olduğu davranış bir şeyin verilmesi ya da yapılmasına ilişkinse, edim olumludur. Borç ilişkileri genellikle olumlu edimleri konu alır. Meselâ satılan malın teslimi yahut işgörme sözleşmeleri gereğince bir işin yapılması hâllerinde edimler olumludur. Esasında “hukukî işlem yapma borçları” da borçlunun alacaklı yararına bir hak sağlaması veya bir hak üzerindeki mülkiyetini devretmesi olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Bu sebeple hukuki işlem yapma borçları da olumlu edim teşkil etmektedir. Borçlu, bu hukukî işlemleri kanunun öngördüğü gibi yapmakla yükümlüdür.

Olumlu edimler kişisel ya da maddî nitelik taşıyabilir. Hatta bazı hâllerde bir edim kişisel ya da maddî edimlerin bir araya gelmesi şeklinde de olabilir⁷⁶. Özellikle eser sözleşmesinde borçlu hem maddî hem kişisel edimi yerine getirmeyi borçlanabilir. Kişisel edim daha üstün ise, borçlu, edimi bizzat yerine getirmelidir, fakat maddî edim daha üstün ise, borçlu edimi bizzat yerine getirmek zorunda değildir⁷⁷.

Kişisel edimler, borçlunun fiziksel ya da entelektüel faaliyetleri ile yerine getirdiği edimler olup “işgörme edimi” olarak da adlandırılmaktadır⁷⁸. Meselâ işçinin işgörme borcu, acentelik, bir şeyin saklanması, danışmanlık, muhasebecilik ve hesap tutma faaliyetleri, kişisel edimlerdir. Kişisel edimler kendi aralarında, “borçlunun kişiliğine bağlı kişisel edim” ve “borçlunun kişiliğine bağlı olmayan kişisel edim” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷⁹. Borçlunun kişiliğine bağlı edimlerde borçlunun bireysel farklılıkları ve becerileri önem taşıdığı için borç ilişkisinin kurulmasında da bunlar etkili olmuştur. Meselâ, ünlü bir ressamın tablo yapmayı ya da başarılı bir diş hekiminin diş protezi meydana getirmeyi borçlandığı hâllerde, borçlu durumda olan bu kişilerin kişisel özellikleri ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple bu edimleri bir başkası yerine getiremez. Bu sebeple bahsi geçen edimlere “kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler” de denir. Ancak işin niteliği gereği teknik detaylara ilişkin bir yardımcıya ihtiyaç duyuluyorsa, edimi bizzat yerine getirmesi gereken kişi, bu hâllerde üçüncü kişilerden yararlanabilir⁸⁰. Borçlunun kişiliğine bağlı olmayan kişisel edimler ise, üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilir (TBK m. 83). Bir kişisel edimin, borçlunun kişiliğine bağlı olup olmadığı belirlenirken alacaklının menfaatine göre belirleme yapılması gerektiği

⁷⁵ İnal, 2014: 231; Koç, 1992: 86.

⁷⁶ Von Tuhr ve Peter, 1979: 46; Koç, s.86.

⁷⁷ Von Tuhr ve Peter, 1979: 46; Koç, 1992: 86-87; Kılıçoğlu, 2017: 7.

⁷⁸ Von Tuhr ve Peter, 1979: 45; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 35; Eren, 2017: 105; Aydıncık, 2013: 7; Kostkiewicz, 2016: 346.

⁷⁹ Eren, 2017: 105; Aydıncık, 2013: 13 vd..

⁸⁰ Schwenzer, 2012: 27; Aydıncık, 2013: 10; İnal, 2014: 232. Ayrıca bk. FSEK m. 10/3’e göre bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetlerin veya teferruata ait yardımların, iştirake esas teşkil etmediği hükme bağlanmıştır.

savunulmaktadır⁸¹. Eğer ifanın borçlu ya da üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesinde alacaklının özel bir menfaati bulunmuyorsa bu tür edimlerin borçlunun kişiliğine bağlı olmayan kişisel edim olduğu kabul edilir⁸².

Kişisel edim, borçlunun, hayatını tehlikeye atan, dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırı, bedenî ve fikrî kapasitesini aşan nitelikte olamaz⁸³. Borçlu, herhangi bir sebeple kişisel edimi yerine getiremezse, imkânsızlık sebebiyle borç sona erer⁸⁴. İmkânsızlık, borçlunun kusurlu olduğu sonraki imkânsızlık ise, borçlunun TBK m. 112 ve 113 gereğince tazminat ödemesi gerekir⁸⁵.

Maddî edimler, kural olarak borçlunun malvarlığından yerine getirdiği ve konusu maddî bir mal veya hak olan edimlerdir⁸⁶. Kira sözleşmesinde kira bedelinin ödenmesi, maddî edime bir örnektir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı edimlerde olduğunun aksine, maddî edimlerde edim borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilebilir (ifanın gayrîşahsîliği ilkesi). Borçlunun maddî edimi bizzat yerine getirmesi şart değildir.

Edimin kişisel yahut maddî edim olarak nitelendirilmesi, bazı konular bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, borçlunun iflâs etmesi durumunda müflisin işgücü, iflâs masasına girmez⁸⁷. Müflisin, ilmî ve sanatsal faaliyetlerini iflâs masasının hizmetine sunma zorunluluğu yoktur. Bunu destekler nitelikteki TBK m. 395 hükmü gereğince hizmet sözleşmesinden doğan hizmet alacakları devredilemez, dolayısıyla iflâs masasına girmez⁸⁸. İflâs masasına sadece malvarlığından karşılanabilen alacaklar girer. İflâs, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırır. Fakat, bu durum borçlunun borçlanmış olduğu kişisel edimleri yerine getirmesine engel teşkil etmez⁸⁹. Bunun yanı sıra, kişisel bir edimi borçlanan borçlu, eğer bu edim kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimse, bunu bizzat yerine getirmelidir. Borçlu bu edimi yerine getiremeden ölürse bu borç mirasçılara geçmez⁹⁰. Hâlbuki bu nitelikte olmayan kişisel edimler ve maddî edimler, borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilebilir ve borçlu bu edimi yerine getiremeden ölürse,

⁸¹Bk. Aydınçık, 2013: 16

⁸² Aydınçık, 2013: 16. TBK m. 471/III hükmü kişisel edimlerin üçüncü kiş tarafından yerine getirilmesine imkân tanımaktadır. Bk. Antalya, 2013: 15-16.

⁸³ Eren, 2017: 106; Von Tuhr ve Peter, 1979: 46.

⁸⁴ Eren, 2017: 106. Konu hakkında ayrıntılı tartışmalar için bk. Aydınçık, 2013: 29 vd.

⁸⁵ Altunkaya, 2005: 108; Kılıçoğlu, 2017: 7; Aydınçık, 2013: 72.

⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 35.

⁸⁷ Taş Korkmaz, 2010: 59; Von Tuhr ve Peter, 1979: 48.

⁸⁸ Taş Korkmaz, 2010: 56; Aydınçık, 2013: 11.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 35; Aydınçık, 2013: 11.

⁹⁰ İki ya da yalnız bir tarafın kişiliği ile ilgili kişisel edimleri içeren borç ilişkilerinden doğan alacak ve borçlar, dolayısıyla bu borçların konusu olan edimler mirasçılara geçmez. Zira bu tür borç ilişkilerinde edim imkânsız hale gelmiştir. Fakat imkânsızlık borçlunun kusurundan kaynaklanıyorsa tazminat borcu doğarken, kusursuz sonraki imkânsızlıkta borç sona erer. Taraflar herhangi bir edim ifa etmişlerse bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade ederler. Bk. İnan vd., 2012: 57; İnal, 2014: 232.

borç mirasçılara geçer. Ayrıca, kişisel bir edimin borçlusundan, alacaklı yararına gerçekleştirmesi gereken edim, ancak fizikî ve fikrî durumu elverdiği ölçüde beklenebilir. Bu bakımdan kişisel edimin borçlusu sınırlı bir sorumluluğa sahipken, maddî bir edimin borçlusu bakımından böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir⁹¹. Takip ve cibrî icra neticesinde alacaklı hiçbir alacağına kavuşmаса dahi, kural olarak borçlunun maddî edimleri borçlanması bir sınır bulunmaz⁹².

1.1.2.1.2. Olumsuz Edimler (Yapmama ve Kaçınma Edimleri)

Olumsuz edimler, borçlunun alacaklıya karşı bir şey yapmamayı (kaçınma) yahut bir şeye katlanmayı üstlendiği edimlerdir. Gerçekten de borçlu, hukuken yapmaya yetkili olduğu bir fiili ya da işlemi yapmamayı yahut başkaları tarafından hukukî hâkimiyet alanına yapılacak bir müdahaleye katlanmayı borçlanır⁹³. Böylece bir anlamda borçlunun hareket alanı sınırlandırılmaktadır⁹⁴. Borçlunun genel olarak yapma yetkisinin bulunduğu bir şeyi yapmamayı taahhüt etmesi durumunda borç doğarken, zaten yapılmaması gereken bir şeyin taahhüt edilmesi borç doğurmaz⁹⁵.

Olumsuz edimlerle, olumlu edimlere nazaran hukuk uygulamasında daha az karşılaşılır. Yapmama edimleri sıklıkla, ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkar⁹⁶. Rekabet etmeme, belirli nitelikte ticari ilişkilere girmemeye ilişkin taahhütler, yapmama edimine örnek teşkil eder⁹⁷. Yapmama edimleri, bir sözleşmenin aslî, birincil edimini oluşturabileceği gibi, bir olumlu edimin yanında yan edim niteliğinde de borçlanılmış olabilir⁹⁸.

⁹¹ Von Tuhr ve Peter, 1979: 46; Aydıncık, 2013: 7.

⁹² Eren, 2017: 107; Von Tuhr ve Peter, 1979: 47.

⁹³ Eren, 2017: 102, 104; Dural, 1970: 7-8

⁹⁴ İnal, 2014: 232.

⁹⁵ Dural, 1970: 8.

⁹⁶ Von Tuhr ve Peter, 1979: 48; bk. Kılıçoğlu, 2017: 7.

⁹⁷ Meselâ tacir yardımcılarının rekabet etmeme borcunu düzenleyen TBK m. 553 hükmünde bir yapmama edimi hükme bağlanmaktadır. Buna göre bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcılar, işletme sahibinin izni olmadan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamazlar ve üçüncü kişilere de kendi hesaplarına bu tür işlemleri yaptırılmazlar.

⁹⁸ Dural, 1970: 9-10; Eren, 2017: 103. Öğretide Dural, yapmama edimleri ile ilgili bir tartışmaya dikkat çekmektedir. Tartışma, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin yapmama edimlerinin, sözleşmenin aslî edimi olan yapma borcunun (veya geniş anlamda olumlu edimin) bir olumsuz ifadesi mi olduğu, yoksa tamamen bağımsız bir nitelik mi taşıdığı hususundadır. Bir görüşe göre, yapmama borçları olumlu edimin olumsuz ifadesiyken, diğer görüşe göre edimin derhâl mi, yoksa ileride mi yerine getirilmesi gerektiğine göre bir ayırım yapılmalıdır. Edim derhal yerine getirilecekse olumsuz edim, olumlu edimin ters ifadesinden ibarettir. Olumsuz edimin ifası vadeye bağlanmışsa, farklı bir edim borçlanılmıştır, bağımsız bir edim mevcuttur. Kanaatimizce, sözleşmede kararlaştırılan olumsuz edimin, aslî edim yükümü mü, yan edim yükümü mü yoksa yan yükümlülük mü olduğu tespit edilerek bağımsız bir nitelik taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir. Zira bir edime bağımsızlık niteliğini kazandıran şey, ifa zamanı değildir.

Olumsuz edimlerin alt türlerinden biri de katlanma edimleridir. Katlanma borçlarında borçlu, genel kurallara göre alacaklının, itiraz etmeye ya da karşı koymaya yetkili bulunduğu bir hareketini kabullenmektedir⁹⁹. Katlanma edimleri, bir kişinin, meselâ bir eşyanın maliki ya da zilyedi olduğu için kural olarak katlanmaya veya dayanmaya yükümlü olduğu edimlerdir. Bu edimlerde borçlu, hukukî hâkimiyet alanına yapılan müdahaleye katlanmayı borçlanmaktadır¹⁰⁰. Meselâ TMK m. 737/II hükmünden, taşınmaz maliklerinin, taşınmazın durumuna ve yerel adetlere göre, komşular arasında hoş görülebilir nitelikteki taşkın kullanımlara katlanma yükümlülüklerinin var olduğu anlaşılmaktadır¹⁰¹. Ayrıca, izin verme edimleri de olumsuz edimlerden katlanma edimleri arasında sayılmaktadır¹⁰². Hukuken herhangi bir yükümlülük bulunmamasına rağmen, izin veren, ilgili hususta bir katlanma borcu altına girmektedir.

Olumsuz edimler, borçlunun borçlandırıcı işlem yapma yetkisini sınırlarken, tasarruf yetkisini sınırlamaz ya da ortadan kaldırmaz¹⁰³. Başka bir deyişle, yapmama borcu, bir şeyin yapılmasını sınırlarken, bunun yapılabilmesi kudretini sınırlamaz¹⁰⁴. Bir şeyi yapmamayı üstlenen borçlu, bunu yaparsa, bu geçerli olur. Ancak borcu ihlâl ettiği için, bunun hukukî sonuçlarına katlanır¹⁰⁵. Sözleşmeden doğan bağımsız nitelikteki yapmama edimlerinin ifası TBK m. 83 vd. düzenlenen borçların ifasına ilişkin hükümlere göre olur.

Olumsuz edimin aynen ifasının, bir ifa davasıyla talep edilebilmesine herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır¹⁰⁶. Aksi hâlde olumsuz edimin alacaklısının zarar görüp bunun tazminini talep etmeye mecbur bırakılması, başka bir ifadeyle aynen ifadan peşinen mahrum kalması söz konusu olur. TBK m. 113/II ile yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükmün olumsuz edimin aynen ifasını talep etmeye engel teşkil etmediği

⁹⁹ Dural, 1970: 12. Yazara göre, katlanma borçlarının yapmama borçlarından farkı, yapmama borçlarında borçlunun edimi kendi hukuk sahasında hareketsiz kalması iken, katlanma borçlarında başkasının hukuk sahasında hareketsiz kalmasıdır.

¹⁰⁰ Dural, 1970: 12; İnal, 2014: 233; Eren, 2017: 104.

¹⁰¹ Bk. Sirmen, 2017: 462 vd; Akipek ve Akıntürk, 2009: 557 vd.

¹⁰² Eren, 2017: 104.

¹⁰³ Nitekim bu husus Alman Medeni Kanunu'nun §-137 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Buna göre devredilebilir bir hakka ilişkin tasarruf yetkisi, hukukî işlemle ortadan kaldırılamaz ya da sınırlanamaz. Bu şekilde bir hakkın üzerinde tasarrufta bulunulamayacağına ilişkin yükümlülükler, bu hüküm gereğince kararlaştırılmaz. BGB §- 137 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_137.html, (erişim tarihi: 15.09.2016).

¹⁰⁴ Dural, 1970: 8.

¹⁰⁵ Dural, 1970: 8.

¹⁰⁶ Dural, 1970: 20.

kabul edilmelidir. Nitekim İİK m. 343, 30/III ve bu maddeye 4949¹⁰⁷ sayılı Kanun ile eklenen ek fıkra hükmü de bu görüşü desteklemektedir¹⁰⁸.

1.1.2.2. Sürelerine Göre Edim Türleri

Edim, zaman bakımından farklı açılardan tasniflere tâbî tutulmuştur. Öğretide yapılan klasik ayırım anî, sürekli ve dönemsel edimler şeklinde iken, edimlerin anî edimler ve diğer edimler şeklinde tasnif edildiği yaklaşımlar da bulunmaktadır¹⁰⁹. Edimin anî, sürekli ya da dönemsel olması, borç ilişkisinin ani, sürekli ya da dönemsel olarak nitelendirilmesini belirler. Bunun sonucunda borç ilişkisinin sona ermesi hâlinde uygulanması gereken hukuk kuralları tespit edilir. Borç ilişkisinin niteliğinin belirlenmesinde rol oynayan edim, aslî, yani borç ilişkisine karakterini kazandıran edim olup, yan edimler değildir¹¹⁰.

Edimin anî ya da sürekli nitelik taşımasında belirleyici olan hususun, ifa fiilinin zaman bakımından uzunluğu ya da ifaya hazırlık fiillerinin uzunluğu olmadığı savunulmaktadır¹¹¹. Bu görüşe göre, edime süreklilik niteliği kazandıran şey, “alacaklının ifadaki menfaatinin bir zaman sürecine yayılmış olup olmaması”dır¹¹². İfa tek seferde gerçekleşiyorsa¹¹³, ifa fiili ya da hazırlık hareketleri¹¹⁴ ne kadar sürerse sürsün, edim sürekli bir edim değil, anî edimdir. Bununla birlikte borç ilişkisinin sürekli olup olmadığını tespit etmede borçlunun ifa hareketlerinin dikkate alınması gerektiği de ileri sürülmektedir¹¹⁵. Sürekli edimler ise borçlunun zaman içinde aralıksız biçimde süreklilik arz eden bir davranışını gerektiren edimlerdir¹¹⁶. Zaman içinde birbirini takip eden birden fazla fiil hukuken tek bir davranış olarak nitelendirilebiliyorsa sürekli edim olarak değerlendirilir¹¹⁷. Süreklilikten anlaşılması

¹⁰⁷Bk. RG. T. 30.07.2003, S. 25184.

¹⁰⁸ İİK m. 30/III ve IV uyarınca ilam, bir işin yapılmamasına ilişkin ise, icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı süreli bir emirle tebliğ olunur (İİK m. 30/III). Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilam hükmü yerine getirildikten sonra borçlunun, ilam hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunması hâlinde, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan önceki ilam hükmü tekrar zorla yerine getirilmesi hükmüne bağlanmıştır (İİK m. 30/IV).

¹⁰⁹Bu son tasnifte bir edimin anî ya da sürekli olmasını belirleyen esas unsur ifa hareketlerinin zamana yayılması ve edimin baştan belirli olmasından ziyade, alacaklının menfaatidir. Bk. Altınok Ormancı, 2011: 27 vd. Yazara göre edimin ani, sürekli ya da dönemsel olarak tasniflenmesi, taksitli satış sözleşmeleri, art arda teslimli sözleşmeler ya da tedarik sözleşmeleri gibi sözleşmelerin niteliğinin ve uygulanması gereken hukuk kurallarının tespitinde güçlük yaratabilir. Bu nedenle anî edim ve diğer edimler ayrımı daha kolaylaştırıcı bir tasnif olarak kabul edilmektedir.

¹¹⁰ Altınok Ormancı, 2011: 7-8.

¹¹¹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 11; Altınok Ormancı, 2011: 11 vd.

¹¹² Seliçi, 1976: 7.

¹¹³ Gauch vd., 2014a: N. 94; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 37; Kılıçoğlu, 2017: 8.

¹¹⁴ Öğretide Oğuzman ve Öz (2017a), tarafından, eser sözleşmesinde ifaya hazırlık eylemlerinin TBK m. 473 gereğince özel bir önem taşıdığı ve hükmüne bağlandığı savunulmaktadır. İfaya hazırlık eylemleri, edimin ani ya da sürekli olduğunu tespitinde önem taşımazken, TBK m. 473’e göre, bu aşamadaki aksaklıklar nedeniyle iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 11, dn. 38.

¹¹⁵ Serozan, 2007: 164, dpn. 24, Sungurbey, 1980: 479 vd.

¹¹⁶ Gauch vd., 2014a: N. 94.

¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 37; Kılıçoğlu, 2017: 8.

gereken mutlak bir kesintisizlik değil, edimlerin fiili ve hukukî yönden bütünlük arz etmesidir¹¹⁸. Dönemsel edimler ise, aralıklı edimler, devirli edimler yahut art arda (periyodik) ifalı edimler olarak da adlandırılmaktadır. Bu edimlerde borçlu ortak bir hukukî sebebe dayanan ve ekonomik bir bütünlük teşkil eden, düzenli ya da düzensiz aralıklarla tekrarlanan davranışlar sergilemektedir¹¹⁹. Borçlu, bu aralıklarla tekrarlanan anî edimleri yerine getirmeyi borçlanmaktadır. Bu yönüyle dönemsel edimler, anî edimin bir türü olarak da kabul edilmektedir¹²⁰. Dönemsel edimleri sürekli edimlerden ayıran unsur ise, ifanın kesintiye uğramasıdır¹²¹. İfası uzun bir süreye yayılmış sözleşmelerin dönemsel edimli mi sürekli edimli mi olduğunu belirlemek güçleşebilir. Türk Hukukunda alacağın toplam miktarının sözleşme kurulduğu sırada tahmin edilebilir olup olmamasına göre değerlendirme yapılmaktadır¹²². Edimin miktarı önceden bilinebiliyorsa ve alacaklı talep ettikçe ifa gerçekleşirse dönemsel edimin var olduğu kabul edilir. Edimin miktarı tahmin edilemeyip, ifa taraflardan birinin ihtiyacına bağlı olarak gerçekleşirse sürekli borç ilişkisinin var olduğu kabul edilir¹²³.

Bir bütün teşkil eden edim, birden fazla parça hâlinde, kısım kısım ifa ediliyorsa, bu noktada dönemsel edimli değil, anî edimli bir sözleşme bulunmaktadır. Meselâ tek seferde taşınamayan edimin birden fazla seferde taşınmak suretiyle ifa edilmesi durumunda, edim tek ve bir bütündür. Fakat ifa fiili parçalara ayrılmıştır.

1.1.2.3. Bölünebilmelerine Göre Edim Türleri

Edimler “bölünebilir edimler” ve “bölünemez edimler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Edimin bölünebilir olmasından ne anlaşılması gerektiği konusu ise oldukça tartışmalıdır. İleride bu konu ve hukukî sonuçları oldukça detaylı olarak ele alındığı için, bu kısımda açıklama yapılmamıştır¹²⁴.

1.1.3. Edim Yükümü Kavramı

1.1.3.1. Genel Olarak

Borcun konusunu oluşturan “edim” in borç ilişkisinin içeriği bakımından taşıdığı anlam, “edim yükümü” kavramının açıklanmasıyla anlaşılabilir. Yukarıda açıklanan edim

¹¹⁸ Eren, 2017: 107.

¹¹⁹ Schraner, 2000: Art. 89, N. 9, s. 391; Gümüş, 2011: 356; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014a: 38; Weber, 2005: Art. 89, N. 11; Oğuzman ve Öz, 2017a: 12; Kılıçoğlu, 2017: 9.

¹²⁰ Altınok Ormancı, 2011: 16.

¹²¹ Altınok Ormancı, 2011: 17.

¹²² Kuntalp, Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 9.

¹²³ Kuntalp, 1968: 9; Öz, s. 16; Altınok Ormancı, 2011: 21; Gümüş, 2012a: 20.

¹²⁴ Bk. 1.1.7.

kavramı, borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu davranışı ifade eder. Objektif açıdan borçlanılan davranışı edim yükümü kavramı, subjektif açıdan borçlunun üzerine düşen davranışı da edim yükümlülüğü kavramı ifade etmektedir¹²⁵.

Borç ilişkisi, çeşitli hakların ve yükümlerin kaynağını oluşturur. Borcun gereği gibi yerine getirilebilmesi için de borçlanılan yükümlerin neler olduğunun tespit edilmesi gerekir. Gerçekleşen ya da teklif edilen ifanın eksiksiz ve doğru biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek, borçlunun neyi borçlandığının tam anlamıyla anlaşılması bakımından ön şarttır. Bu içeriğin belirlenmesi de borçlanılan yükümlerin hukukî niteliklerinin ortaya konulmasıyla mümkündür.

Borç ilişkisinden doğan yükümler bakımından öğretide çok çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Yükümlerin “edim yükümleri” ve “yan yükümler” olarak ayrıldığı ve bu tasnifin dışında, istisnaî bir durum olarak edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinin incelendiği görülmektedir¹²⁶. Edim yükümleri ve yan yükümler de farklı açılardan tasniflere tâbi tutulmaktadır. Edim yükümleri esas olarak doğuş sırasına göre, hukukî işlemin tipini belirlemelerine göre; yan yükümler ise bağımlı olup olmamalarına, ifaya yardımcı ya da koruyucu etki taşımalarına göre tasnif edilmiştir. Aşağıda, bu temel ayrımlar çerçevesinde borç ilişkisinden doğan yükümler ele alınmaktadır.

1.1.3.2. Edim Yükümü Türleri

Doğuş sıralarına göre edim yükümleri, borç ilişkisinin kurulması sırasında meydana gelmişse birincil (ilk, primär) edim yükümü olarak adlandırılır¹²⁷. Alacaklı, birincil edim yükümlerinin ifasıyla tam olarak tatmin edilmemişse bu menfaati tazmin ve telafi eden edimlere ise ikincil (sekundär) edim yükümleri denir¹²⁸. Bu ayrımın edimin sözleşmenin

¹²⁵ Öğretide İpek, “Edim yükümü” ve “edim yükümlülüğü” arasındaki kavram karışıklığına neden olabilen terminolojik meseleye ilişkin çözümü, açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Yazara göre yüküm kelimesi de yükümlülük kelimesi de bir işi yapma zorunluluğunu ifade eder. Fakat yüküm, bu zorunluluk nesne, yani borçlanılan şey bakımından ele alındığında kullanılırken, yükümlülük, borçlanan kişi bakımından ele alındığında kullanılır. Bu nedenle bahsi geçen mesele, hukukî ilişkinin tarafları değil de doğrudan konusu ile ilişkili olarak incelendiği takdirde, yüküm kavramının kullanılması isabetli hâle gelir. Bk. İpek, 2016: 21-22.

¹²⁶ Bu ayrımlar için bk. Eren, 2017: 29 vd; İpek, 2016: 23 vd; Kılıçoğlu, 2017: 40 vd; Tekinay vd., 1993: 17 vd.

¹²⁷ Fikentscher ve Heinemann, 2006: 25; İpek, 2016: 48-49. Öğretide Aral, birincil ve ikincil edim yükümlerinin zaman bakımından art arda gelmesinin mutlak bir zorunluluk olmadığını ileri sürmektedir. Yazar, tazminat talebinin ifa talebinden önce geldiği hâlleri bu duruma örnek olarak göstermektedir. Nitekim teslim için belirli vadenin öngörüldüğü ticari satışlarda (TBK m. 212/II) satıcının temerrüde düşmesi durumunda kabul edilen yasal karine, alıcının teslim talebinden vazgeçtiği ve bunun yerine müspet zararın tazminini talep ettiği yönündedir. O hâlde bahsi geçen durumda öncelik- sonralık ilişkisinden bağımsız olarak tazminat talebi, aynen ifa talebinden önce gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. Aral, 2011: 39. Ancak burada tazminat talebinin aynen ifadan önce gelmesi, borç ilişkisinin tarafların, ilişkinin başında taşıdıkları amaç değil, kanunun öngördüğü karinedir. Taraflar bu durumda da önce borcun gerektiği gibi ifasını ummaktadır. Fakat bu gerçekleşmediği takdirde yasal bir karine ile edim yükümünün tazminata dönüştüğü belirlenmektedir. Alıcı, müspet zarar değil, aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep ettiğini, temerrüde düşen satıcıya derhal bildirebilir.

¹²⁸ Fikentscher ve Heinemann, 2006: 25; Aral, 2011: 37-38; İpek, 2016: 49.

tipini belirlemesi önemli değildir. İkincil edim yükümleri, birincil edim yükümlerinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi, yani borç ilişkisinin ihlâlî sonucu bunların yerini alan ya da birincil edim yükümleri yanında ortaya çıkan edim yükümleridir¹²⁹. Meselâ bir sözleşme ile kararlaştırılan birincil edim, yerine getirilmediği takdirde bir tazminat borcuna dönüşür, yani ikincil edim yükümü halini alır.

Edim yükümleri, hukukî işlemin tipini belirleme, ona hukukî niteliğini kazandırma yönünden aslî edim yükümleri ve yan edim yükümleri olmak üzere ikiye ayrılır¹³⁰. Aslî edim yükümleri borç ilişkisi doğduğunda ortaya çıkan, ilişkinin tipini, esaslı noktalarını ve özelliklerini belirleyen edim yükümleridir¹³¹. Aslî edim yükümleri, alacaklının borç ilişkisinden doğan alacağını oluştururken, borçlu bakımından da bunun karşılığını oluşturur¹³². Meselâ satış sözleşmesinde satıcının satılanın mülkiyet ve zilyetliğini devir borcu ile alıcının bedel ödeme borcu, aslî edim yükümleridir.

Yan edim yükümleri ise, borç ilişkisinin doğmasıyla ortaya çıkan, borç ilişkisinin tipini belirlemeyip, alacaklının aslî edim yükümüne ilişkin menfaatine tam ve gerektiği şekilde erişmesini sağlayan, bu bakımdan da aslî edim yükümlerine fonksiyonel olarak bağlı olan tamamlayıcı nitelikteki edim yükümleridir¹³³. Aslî edim yükümlerine göre ikinci derecede öneme sahipten olan bu yükümler, aslî edim yükümlerinden bağımsız bir içeriğe ve amaca sahip oldukları için ayrı bir talep ve dava konusu olabilirler. Başka bir deyişle, yan edim yükümlerinin aslî edim yükümlerine fonksiyonel bir bağı olup, talep ve dava edilebilmek bakımından herhangi bir bağılıkları bulunmamaktadır. Bu sebeple yan yükümlere “bağımsız yan yüküm” de denmektedir¹³⁴.

Bir edim yükümünün yan edim yükümü mü, yoksa bir karma sözleşmede kararlaştırılan aslî edim yükümü mü olduğu her zaman kolayca tespit edilemeyebilir. Karma sözleşmelerde tarafların edimleri, farklı sözleşme türlerine ait aslî edim yükümleridir ve bu özelliği karma sözleşme içinde de taşırlar. Fakat taraf iradeleriyle kararlaştırılan yan edim yükümleri başka bir sözleşme bakımından aslî edim yükümü olsalar bile, kararlaştırıldıkları sözleşmede aslî edim yükümünün yerine getirilmesine yardımcı, ikinci derecede önem ve anlam taşıyan edim yükümleridir¹³⁵. Yan edim yükümlerinin geçersiz olması, borç ilişkisini tümüyle geçersiz hâle getirmez. Ancak alacaklı bu edimin yerine getirilmemesi yüzünden

¹²⁹ İnal, 2014: 223; Aral, 2011: 38; Akıncı, 2016a: 40.

¹³⁰ İpek, 2016: 52; Eren, 2017: 31 vd; Aral, 2011: 34; Antalya, 2013: 11.

¹³¹ Schwenger, 2012: 27; Esser ve Schmidt, 1995: 107; Aral, 2011: 34; İpek, 2016: 53; Kılıçoğlu, 2017: 40; Eren, 2017: 31; Akıncı, 2016a: 40.

¹³² Fikentscher ve Heinemann, 2006: 26; Eren, 2015: 32; Antalya, 2013: 11.

¹³³ Schöbi, 1990: 7; Schwenger, 2012: 27; İnal, 2014: 235; Aral, 2011: 35-36; Eren, 2017: 33; Akıncı, 2016a: 40-41; Kılıçoğlu, 2017: 41; Antalya, 2013: 12.

¹³⁴ Ayrıca konu hakkındaki tartışma için bk. Fikentscher ve Heinemann, 2006: 29; Schöbi, 1990: 72.

¹³⁵ Esser ve Schmidt, 1995: 107; Eren, 2017: 33.

uğradığı zararın tazminini talep edebilir¹³⁶. Öğretide yan edim yükümlerinin ihlâli “sözleşmenin müspet ihlâli” kavramı kapsamında da değerlendirilmektedir¹³⁷. Bu anlamda yan edim yükümlerine aykırılıklar, somut olayın niteliğine göre kötü ifa veya ayıplı ifa olarak ortaya çıkar.

Yan edim yükümlerinin kaynağını kanun, sözleşme ya da dürüstlük kuralı oluşturabilir. *Kanundan doğan yan edim yükümleri*, bizzat kanun maddelerinin borç ilişkisinin taraflarına yüklediği yükümlerdir. Meselâ, alacağı temlik eden kimsenin borç senedini temlik alana vermesi kanundan doğan bir yan edim yükümüdür (TBK m. 190). Yine, satılanın ayıplı çıkması hâlinde alıcının malın muhafazası için gerekli önlemleri alması (TBK m. 226/I) kanundan doğan bir yan edim yükümüdür. Kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hükmün amaca uygun tamamlanması ve yorumlanmasıyla kanundan doğan yan edim yükümleri tespit edilebilir¹³⁸. Ancak, ilişkinin tarafları, kanundan doğan yan edim yükümünü, sözleşmenin subjektif esaslı noktası hâline getirebilir. Bu hâlde sözleşme karma sözleşme değil, birden çok aslî edim yükümünü içeren tek bir sözleşme niteliği taşımaktadır¹³⁹. *Sözleşmeden doğan yan edim yükümleri*, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları içerisinde, tarafların iradî olarak sözleşmeye ekledikleri edim yükümleridir¹⁴⁰. Bu edim yükümleri yerine getirilmediğinde, bağımsız bir dava ile talep edilebilir¹⁴¹. *Dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümleri*, borçlunun aslî edim yükümünü yerine getirirken riayet etmesi gereken ve kaynağını dürüstlük kuralından (TMK m. 2) alan edim yükümleridir. Bir yan edim yükümü kanun ya da sözleşmede yer almasa dahi, dürüstlük kuralının kaynaklık ettiği yan edim yükümleri, aslî edim yükümünün tam ve doğru olarak yerine getirilmesi için gerekli olabilir¹⁴². Yan edim yükümlerine ilişkin genel bir düzenlemeye Alman Hukukunda yer verilmiştir. BGB §-242¹⁴³ hükmüne göre, “Borçlu edimi, genel âdetlerin gerektirdiği dikkatle dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirmelidir.”.

¹³⁶ Eren, 2017: 34; İpek, 2016: 57.

¹³⁷ Bk. Serozan, 2007: 304.

¹³⁸ İnal, 2014: 236.

¹³⁹ Eren, 2017: 36.

¹⁴⁰ İnal, 2014: 234; Eren, 2017: 36; İpek, 2016: 61.

¹⁴¹ Aral, 2011: 37; İpek, 2016: 61.

¹⁴² Aral, 2011: 37; İpek, 2016: 62; Kılıçoğlu, 2017: 42. Meselâ bir kitabı çoğaltma ve yayma hakkı başkasına devredilirken, kitabın okunaksız bir el yazısıyla yazılmış nüshasının değil de bilgisayarda yazılmış nüshasının teslim edilmesi dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğüdür.

¹⁴³ BGB §-242 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html, (erişim tarihi: 13.9.2016). Konu hakkında bk. Fikentscher ve Heinemann, 2006: 30.

1.1.4. Yan Yükümler

Yan yüküm kavramı, çerçeve niteliğinde olup, bununla “diğer davranış yükümleri”nin, “özen yükümleri”nin, koruma yükümleri”nin vb. kast edildiği kabul edilmektedir¹⁴⁴. Bu yükümler, borç ilişkisinde edim yükümlerinin yanında var olan, aslî edim yükümünün tam ve doğru olarak ifa edilmesine dolaylı olarak hizmet eden ve ihlâli müeyyideye tâbi olan yükümlerdir¹⁴⁵. Bu müeyyide, ihlâl edici davranışın doğurduğu zararın tazmini olup, doğan yüküm, tâlî bir edim yükümü niteliği taşır¹⁴⁶. Varlık amaçları borç ilişkisinin amacına ulaşmasını sağlamak olan bu yükümlerin “sosyal temas” ile ortaya çıktığı ve kaynağını dürüstlük kuralından (TMK m. 2) aldığı kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Bir yükümün edim yükümü (özellikle yan edim yükümü) mü yan yüküm mü olduğu her zaman kolayca ayırt edilemeyebilir. Bu ayrımın yapılması, yükümün ihlâli hâlinde açılması gereken dava bakımından önem taşır. Öğretide bir görüşe göre, aslî ve yan edim yükümleri ayrı bir ifa davası ile talep edilebilirken; yan yükümler ihlâl edildiğinde ayrı bir ifa davası açılmaz, bunun yerine ancak tazminat davası açılabilir¹⁴⁸. Bir diğer görüşe göre ise, edim yükümleri en başta aslî ve yan edim yükümleri ayrımı dâhilinde incelenip; yan yükümler ve koruma yükümleri, yan edim yükümlerinin kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak ayrı bir dava konusunun oluşup oluşmadığı tartışmasına gerek kalmamaktadır¹⁴⁹. Türk Hukukunda konunun çok farklı ayrımlar dâhilinde incelendiği görülmektedir. Bu noktada kabul gören temel ayrım, yan yükümleri bağımlı yan yükümler ve bağımsız yan yükümler olarak ikiye ayıran görüştür¹⁵⁰. Bağımsız yan yükümlerle kast edilen bu çalışmada “yan edim yükümleri” olarak ifade edilen yükümlerden başka bir şey değildir. Bağımlı yan yüküm kavramı ile ifade edilen ise, bu başlık altında incelenen yan yükümlerdir. Bu ayrım (bağımlı yan yüküm-bağımsız yan yüküm) yerine, bu çalışmada yan yükümler kavramı, ayrıca bir ifa davasına konu olamayan yükümleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

1.1.5. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri

Borcun kaynaklarının Roma Hukukundaki tasnifleri¹⁵¹ günümüzün karmaşık ilişkilerini ve ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmıştır. Sosyal temas ve işlem yapma

¹⁴⁴ Fikentscher ve Heinemann, 2006: 26; İnal, 2014: 299; İpek, 2016: 68; Antalya, 2017: 395.

¹⁴⁵ İnal, 2014: 299 vd; İpek, 2016: 67; Antalya, 2013: 13.

¹⁴⁶ İnal, 2014: 80; Kılıçoğlu, 2017: 43.

¹⁴⁷ Esser ve Schmidt, 1995: 106; Aral, 2011: 40; Antalya, 2017: 395.

¹⁴⁸ Edis, 1997: 316-317; Eren, 2017: 37; Aral, 2011: 41; Kılıçoğlu, 2017: 43; Antalya, 2013: 13.

¹⁴⁹ Aral, 2011: 42 vd; Schöbi, 1990: 7.

¹⁵⁰ Aral, 2011: 42; İnal, 2014: 299 vd; İpek, 2016: 71 vd.

¹⁵¹ Konu hakkında bk. Berki, 1950: 134 vd.

iradesi taşıyan kişiler arasında, içeriği koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir¹⁵². Bu ilişkide borç, edim yükümleri henüz ortaya çıkmadan, sadece tarafların sosyal temaslarından ötürü oluşan yan yükümlerin ihlâlinden kaynaklanmaktadır. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kaynağını TMK m. 2/I'den alan borç ilişkileridir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerine akdî sorumluluğa ilişkin hükümlerin mi yoksa haksız fiile ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı tartışmalıdır. Özellikle ispat yükü ve zamanaşımı konuları bakımından taşıdığı dezavantajlar sebebiyle haksız fiil hükümlerinin değil, akdî sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği öğreti ve yargı uygulamasında kabul edilmektedir¹⁵³ (TBK m. 60, HMK m. 33).

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri sosyal temasla başlar ve borç ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam eder. Sadece tarafların korunmasına hizmet etmeyip, borç ilişkisinin etki alanına giren üçüncü kişilerin de korunmasına imkân sağlamaktadır¹⁵⁴. Bu sebeple edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri, “sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri” ve “üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri” olmak üzere ikili bir ayırım dâhilinde incelenir. Sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri, sözleşmenin kurulması aşamasından önce doğan koruma yükümlerinin ihlâli hâlinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerektiği düşüncesine dayanır ve öğretide “culpa in contrahendo” olarak da adlandırılmaktadır¹⁵⁵. Türk Hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğunun yer bulduğu pek çok düzenleme yer almaktadır¹⁵⁶. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri, borç ilişkisinin nisbîliği prensibinin bir istisnasını teşkil edip, borç ilişkisinin taraflarının, diğer tarafın koruma alanında bulunan kişilere karşı da koruma yükümlerine riayet etmesi gerektiği esasına dayanmaktadır¹⁵⁷.

1.1.6. Külfet

Külfet, borç ilişkisinin taraflarına yüklenen ve taraflardan birinin menfaatine hizmet eden, bir taraf belirli bir davranışı yerine getirmediğinde o menfaati kaybetmesine sebep olan davranıştır¹⁵⁸. Genellikle külfeti yerine getirmekten menfaat sağlaması beklenen olan taraf, borç ilişkisinin alacaklı tarafıdır¹⁵⁹. Külfeti yerine getirilmesi gereken kişiye karşı onu bu

¹⁵² Yalman, 2006: 37; Eren, 2017: 42; İpek, 2016: 83-84; Oğuzman ve Öz, 2017a: 39; Antalya, 2013: 14

¹⁵³ Yalman, 2006: 133 vd; Tekinay vd., 1993: 978 vd.

¹⁵⁴ Serozan, 1968a: 121; İpek, 2016: 84.

¹⁵⁵ Esser ve Schmidt, 1999: 110-111; Yalman, 2006: 37; İpek, 2016: 89; Antalya, 2013: 14.

¹⁵⁶ Meselâ yetkisiz temsilciden talep edilebilecek tazminatlar, irade fesadı hâllerinde sözleşmenin iptal edilmesiyle sözleşme akdedenden talep edilen tazminatlar sayılabilir. (Bk. TBK m. 39, m. 47).

¹⁵⁷ Eren, 2017: 43; İpek, 2016: 91; Antalya, 2013: 19.

¹⁵⁸ Esser ve Schmidt, 1995: 113; Fikentscher ve Heinemann, 2006: 31; Eren, 2017: 45; Yılmaz, 2015: 73; Altınok Ormancı, 2016: 15; Kılıçoğlu, 2017: 43-44.

¹⁵⁹ Tekinay vd., 1993: 32; Antalya, 2013: 15.

davranışa zorlayıcı herhangi bir dava açılmaz, talepte bulunulamaz¹⁶⁰. Çünkü külfeti yerine getirmek, yerine getirenin menfaatine sonuç doğurur. Dolayısıyla bu menfaatten istifade etmek istemeyen kişi, bu davranışa zorlanamaz. Bu kişiye karşı tek yaptırım, kendi yararına oluşan hukukî durumlardan mahrumiyettir. Meselâ TBK m. 223'te alıcıya yüklenmiş olan ayıby ihbar, bir külfettir. Ayıp ihbarında bulunmayan alıcı, ayıptan dolayı sahip olduğu hakları bu külfeti yerine getirmediği için kullanamaz.

1.1.7. Bölünebilir Edim ve Bölünemez Edim Kavramları

1.1.7.1. Genel Olarak

Edimin bölünebilir olması pek çok açıdan önem arz eden bir konudur. Edimin ya da kanundaki ifadesiyle borcun bölünebilir olması hususu, TBK m. 85'te "bölünemeyen borç" başlığı altında hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra kısmî ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 137'de "karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması" ifadesine yer verilmiştir. Alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu borç ilişkilerinde de edimin bölünebilme niteliği önemlidir. Bir edimin bölünebilir olduğunu tespit etmede başvurulacak ölçütlerin yukarıdaki ihtimaller bakımından özdeş olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Bununla birlikte bölünebilir edimin kanun koyucu tarafından öngörülmuş ölçütleri yahut yapılmış bir tanım bulunmamaktadır. Fakat kanunda, dolaylı da olsa bölünebilirliğin şartları ile ilgili bir düzenleme, TMK m. 699/III c. 1'de, yer almaktadır. Bu hükme göre, bölme talebi durum ve şartlara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine imkân bulunmuyorsa açık artırma ile satışa hükmolunur. Bu hüküm uyarınca, paylı mülkiyet konusu malın "bölünmesi" durum ve şartlara uygun olmalı ve malın değerinde bölme yüzünden önemli bir kayıp yaşanmamalıdır.

İsviçre ve Alman Hukukunda da kanunlarda yapılmış herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. İsviçre Hukukunda TMK m. 699/III'e karşılık gelen hüküm, ZGB Art. 651 hükmüdür ve iki hüküm içerik olarak aynıdır. Alman Hukukunda ise bölünebilir edim kavramı oldukça eskiye dayanan bir teorik tartışmanın konusunu oluşturur. Pandekt Hukukunda¹⁶¹, hakların bölünebilirliği meselesi miras ortaklığı bağlamında tartışılmıştır¹⁶². Zira BGB'nin yürürlüğe girdiği tarih olan 1.1.1900 tarihinden önce¹⁶³ ölüm olayının

¹⁶⁰ Eren, 2017: 45; Nomer, 2015: 14; Kılıçoğlu, 2017: 44; Altınok Ormancı, 2016: 16.

¹⁶¹ Batı ülkelerinde Rönesansla birlikte iktibas edilen Roma Hukukuna temel olarak ortak hukuka ve bu hukukun özellikle Almanya'da almış olduğu biçime Pandekt Hukuku denir. Tanım ve detaylı bilgi için bk. Küçük, 2007: 118.

¹⁶² Nacken, 1976: 3. Yazara göre "bölünemeyen edim" kavramı, Pandekt Hukukunun en karanlık kavramlarından biri sayılmıştır.

¹⁶³ Tarihçe hakkında bk. <http://www.wirtschaftslexikon.co/d/b%C3%BCrgerliches-gesetzbuch-bgb/b%C3%BCrgerliches-gesetzbuch-bgb.htm>, (erişim tarihi: 01.02.2017).

gerçekleşmesi ile mirasçılar, paylı mülkiyet konusu hâline gelen tereke üzerinde payları oranında hak sahibi olmaktadır¹⁶⁴. Pandekt hukukçularının 19. yüzyıldan itibaren hukukî pozitivizmi savunmalarının etkisiyle hukukî düzenlemelerin ve kavramların sistematize edilip sınırlandırılması sayesinde, hukukta yeknesak kavramların benimsenmesi anlayışı ortaya çıkmıştır. “Bölünebilirlik” de bu anlamda ele alınan kavramlardan biri olmuştur¹⁶⁵.

Roma Hukukunda bir hakkın bölünebilmesi, o hakkın niteliğiyle değil, niceliğiyle ilgilidir ve her bir parça, kendi içinde bir bütün oluşturur¹⁶⁶. Edim, herhangi bir değer azalması olmaksızın bölümlere ayrılarak ifa edilebiliyorsa, bölünebilir bir edim olarak nitelendirilmiştir¹⁶⁷. Ünlü Pandekt hukukçusu Windscheid, bölünebilir edimi özüne (doğasına) zarar vermeden bir hakkın parçalara ayrılabilmesi olarak tanımlamaktadır ve her bir kısım edimin, tıpkı bütün edim gibi aynı içeriğe sahip olup, bütün edimin ifasından sadece miktar bakımından farklılık göstermesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁸. Gerçekten de, bu tanımda ve benzer tanımlarda¹⁶⁹ bölünebilirlik, edimin objektif bir niteliği olarak görülmektedir ve sadece nesneler bakımından aranan bir özelliktir. Windscheid’ın yaptığı bu tanıma göre, parçalar arasında nitelik farkı da bulunmamalıdır. Meselâ bir arsa ya da kapalı alanın bölünebilir nitelikte fakat henüz bölünmemiş alanının kullanımı ile bölünmüş alanlar toplamının kullanımında bir nitelik farkı ortaya çıkmaktadır. Bu görüş, benzer bir değerlendirmeyi, yapma borçları bakımından da ortaya koyar: Yapma borcu da parçalara ayrıldığında ikinci eylem kesiti, birinci eylem kesitini zaman bakımından takip etmelidir. Fakat kesinti, eylemin tamamında bir nitelik farkına yol açmaktadır¹⁷⁰. Özetle, Pandekt Hukukunda edimin bölünebilirliği oldukça dar bir anlam taşır ve bölünebilirlik, niteliğinde bir eksilme olmaksızın bütün borcun parçalara ayrılabilmesidir.

Bir edimin bölünebilir olup olmadığını tespit etmek için, başvurulabilecek ölçütlerin belirlenmesi gerekir. Edimin doğal yapısının (fiziksel, tıbbî, teknik, kimyasal) bölünebilirliğe elverişli olması, edimin ekonomik bir bütünlük arz etmesi, sözleşmeyle hedeflenen amaca ulaşabilmek için edimin bütünlüğünün taşıdığı anlam ya da tarafların menfaati, bölünebilirliğin tespitinde zaman zaman tek başına, zaman zaman kümülâtif biçimde aranan ölçütler olmuştur. Dahası, bu ölçütlerin bir ya da birkaçının bir arada bulunması sonucu

¹⁶⁴ Nacken, 1976: 3.

¹⁶⁵ Nacken, 1976: 3-4. Yazar, bu yaklaşımı “kavram içtihatçılığı” olarak nitelendirmektedir.

¹⁶⁶ Von Scheurl ve Gottlieb, 1884: 3.

¹⁶⁷ Soergel, 2014: 374; Erdoğan, 2014: 26.

¹⁶⁸ Windscheid, 1887: 11. Tam metin için bk. <https://archive.org/details/lehrbuchdespande02wind>, (erişim tarihi: 08.02.2016).

¹⁶⁹ Alman Pandekt hukukçusu Scheurl, bölünebilirliği, hakkın bir özelliği olarak değerlendirir. Roma Hukukuna göre hakkın bir niteliği olan bölünebilirliği, bir hakkın, her biri kendi başına bir bütün teşkil eden, sadece miktar (büyüklük) olarak parçalara ayrılmış fakat nitelik olarak fark taşımayan parçalara ayrılabilmesi olarak tanımlar. Bk. Von Scheurl ve Gottlieb, 1884: 3; Scherner, 1971: 535.

¹⁷⁰ Nacken, 1976: 5

edimin “bölünebilir” ya da “bölünemez” olarak nitelendirilmesinin TBK m. 84-85 anlamında farklı, kısmî imkânsızlık bakımından farklı ve alacaklı yahut borçlu tarafın birden fazla kişi olduğu ihtimaller bakımından farklı anlam taşıdığı ileri sürülmektedir¹⁷¹. Başka bir deyişle, yeknesak bir “bölünebilirlik” tanımının yapılmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır.

Türk Hukukunda bölünebilir edimin tanımı, Roma ve Pandekt Hukukunda yapılan tanımlarla paralellik arz eder. Bu tanımlarda da esas alınan ölçüt, bölünme sonucu edimin değerinde önemli ölçüde azalma ya da niteliğinde bir değişiklik yaşanıp yaşanmamasıdır¹⁷². Buna göre, değerinde esaslı bir düşüş ve niteliğinde bir değişme olmaksızın parçalara ayrılabilen edimlere bölünebilir edim denir¹⁷³. Esasında günümüz şartlarında bir nesnenin teknik anlamda bölünememesi söz konusu değildir. Fakat ilgililerin menfaatleri ve sözleşmeyle güdülen ekonomik amaç gözetildiğinde, nesnelerin bölünmesine engel çıktığı görülmektedir. Edimin bölünebilir olup olmadığı, tarafların, özellikle alacaklının menfaatleri bakımından önem arz eder¹⁷⁴.

Alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu borç ilişkileri bakımından edimin bölünebilirliğinin anlamı oldukça dardır¹⁷⁵. Esasında bu hâllerde edimin bölünebilirliğinden ziyade, alacaklılar ya da borçlular arasında paylaştırmanın nasıl yapılacağı önem arz etmektedir.

1.1.7.2. Bölünebilirliğin Belirlenmesinde Başvurulan Ölçütler

1.1.7.2.1. Genel Olarak

Bir edimin bölünebilir olup olmadığını tespit etmekte başvuru ölçütleri, oldukça genel biçimde ortaya konulmakta ve farklı ayrımlar dâhilinde ele alınmaktadır. Ayrımların temelinde başlıca objektif, amaçsal ve sübjektif etkenler yer almaktadır. Fakat bu üç etken, edimin bölünememesinin sebebini açıklamakta zaman zaman yetersiz kalabilmektedir. Bazen de, edim tek bir ölçüte göre bölünemez olarak nitelenmişse, diğer ölçütler bakımından değerlendirme yapmak gereksiz hale gelebilir. Meselâ bir arazinin bölünmesi emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmışsa, diğer ölçütlere göre bu arazinin bölünebilir nitelikte olmasının hukukî bir anlamı kalmamaktadır. Bununla birlikte bir edim bir hukuki işlem için bölünemez

¹⁷¹ Niermeier, 2007: 19 vd.

¹⁷² Eren, 2017: 109; Ünal ve Başpınar, 2017: 37; Ercoşkun Şenol, 2016: 116; Kılıçoğlu, 2017: 9; Antalya, 2013: 40. Esasında bu yöndeki görüşlerin temelinde bölünebilir edimlerin maddî bir varlığa sahip olması gerektiği ön kabulü bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda benzer bir yaklaşım için bk. Kostkiewicz, 2016: 349; Schraner, 2000: Art. 70, N. 12, s. 65.

¹⁷³ Gümüş, 2001: 607; Eren, 2017: 1220; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 115; Gündoğdu, 2014: 114; Akıntürk, 1971: 9; Acar, 2003: 78-79; Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Esser ve Schmidt, 1999: 330.

¹⁷⁴ Heiderhoff ve Skamel, 2006: 386. Alacaklının, özellikle sözleşmenin kurulmasından önce edimin bölünebilir olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak yaptığı nitelendirme oldukça önemlidir. Bu sayede, alacaklı edimin kısmî ifaya elverişli olup olmadığı ve kısmî ifayı ret hakkının bulunup bulunmadığını değerlendirebilir.

¹⁷⁵ Niermeier, 2007: 20-21; Esser ve Schmidt, 1999: 330.

nitelik taşıırken, başka bir hukukî işlem için bölünebilir nitelikte olabilir. Meselâ tarımsal arazi, mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme için bölünemezken, kira sözleşmesinin konusu olduğunda pekâlâ bölünebilir. O hâlde edimin bölünebilirliği, hem aşağıdaki ölçütler bakımından (fizikî, hukukî, ekonomik bakımdan, taraf menfaatleri ve ticari hayatın gerekleri bakımından) hem de hukukî işlemin niteliği bakımından yapılan değerlendirme neticesinde tespit edilebilir¹⁷⁶.

1.1.7.2.2. Objektif – Organik Ölçüt

Bu ölçüte göre bir edim, özünden herhangi bir şey kaybetmeden parçalara ayrılabiliriyorsa bölünebilir niteliktedir¹⁷⁷. Bu ölçüt “doğal bölünebilirlik” olarak da adlandırılabilir¹⁷⁸. Özellikle para ve cins borçlarının bölünebilirliğini açıklamakta başvuru temel ölçüttür¹⁷⁹. Edim doğal yapısı itibarıyla bölünmeye elverişli olmalıdır¹⁸⁰. Bölünmezlik, edim konusunun doğal yapısından kaynaklanan bir özelliktir. Meselâ, canlı bir hayvanın teslimi borçlanıldığında, hayvanı ikiye ayırarak teslim etmek doğal olarak imkânsızdır. Bu örnekte bölünmezlik, edimin objektif ve doğal bir özelliğidir¹⁸¹. Dolayısıyla parçalara ayrılmak suretiyle ölmüş olan hayvanın teslim edilmesi, yani yaşayan hayvan yerine ölü bir hayvanın teslimi aliud olarak nitelendirilir. Bu yüzden organizmanın yarısının ya da parçalarının teslimi kısmî ifa olmayıp, edim hiç ifa edilmemiş sayılır¹⁸².

Objektif-organik ölçüte göre bir edimin bölünebilir olup olmadığının tespitinde tarafların iradelerinden ve edimin ekonomik değerinden ziyade, edimin özünde, niteliğinde bir değişikliğin olup olmaması önem taşır. Bu sebeple objektif-organik ölçüt, bölünebilirlik kavramını son derece dar olarak ortaya koymaktadır.

Objektif-organik ölçüt, para borçları ve cins borçları bakımından edimin bölünebilirliğini açıklamaya yeterken, pek çok istisnaî durumda meseleye çözüm getiremez. Meselâ, eşya birliğinin bölünmesine objektif-organik olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bir koleksiyonu oluşturan pullar, pekâlâ ayrı ayrı borçların konusunu oluşturabilir. Ancak işin niteliği gereği bütünlük arz eden bir koleksiyonun tamamı bir hukuki işleme konu edildiğinde edim, bölünemez olarak değerlendirilmelidir. Çünkü, koleksiyonun bölünebilir olarak nitelendirilmesi, çoğu zaman tarafların iradelerine ve sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacına hizmet etmemektedir. Bu sebeple, eşya birliğinin borç konusu olduğu

¹⁷⁶ Gündoğdu, 2014: 114.

¹⁷⁷ Staudinger, 2014: 119; Kocayusufoşapapğlu vd., 2014b: 115; Akıntürk, 1971: 9.

¹⁷⁸ Weber, 2005: Art. 70, N.13; Acar, 2003: 79.

¹⁷⁹ Heiderhoff ve Skamel, 2006: 385.

¹⁸⁰ Medicus ve Lorenz, 2012: Rn. 138; Niermeier, 2007: 23.

¹⁸¹ Niermeier, 2007: 23.

¹⁸² Niermeier, 2007: 23.

hâllerde tek başına objektif-organik ölçüt, edimin bir özelliği olarak bölünebilirliği açıklamada yetersiz kalmaktadır.

1.1.7.2.3. Objektif- Ekonomik Ölçüt

Objektif-ekonomik ölçüte göre bir edim, mübadele değerinden herhangi bir şey yitirmeden parçalara ayrılabiliriyorsa bölünebilir niteliktedir¹⁸³. Objektif-organik ölçüt ile objektif-ekonomik ölçüt birbirine karışabilmektedir. Objektif-organik ölçütte bölünebilirliği engelleyen temel unsur, edimin bölünmeyle niteliğinin, özünün değişikliğe uğramasıdır. Objektif- ekonomik ölçütte ise edimin mübadele değerinin değişmesi, bölünmesine engeldir. Mübadele değerinin yitirilmesinden anlaşılması gereken, edimin, birbirinden ayrılmış her bir kısmının mübadele değerinin toplamının, edim parçalara ayrılmamış halinin tamamının mübadele değerinden eksik olmasıdır. Günümüz teknolojisinde maddî varlığa sahip olan her şey atomlarına kadar parçalanabilmektedir. Fakat bu parçalanma edimin niteliğinde ve değerinde bir azalmaya sebep olursa o edim, bölünemez niteliktedir¹⁸⁴. Meselâ, bir otomobille birlikte satılan dört adet kış lastiği, lastiklerin ve otomobilin mübadele değerlerinde herhangi bir azalma meydana gelmeksizin ayrı ayrı borç konusu olabilir. Dolayısıyla bu edimler objektif – ekonomik ölçüte göre bölünebilir niteliktedir. Otomobilin 4 adet kış lastiğinden bağımsız olarak mübadele değerinde bir azalma gerçekleşmediği gibi lastiklerin değerinde de benzer biçimde herhangi bir azalma yaşanmaz. Ancak bu edimler, aşağıda ele alınan amaçsal-fonksiyonel ölçüte göre bir bütünlük arz edebilir ve bölünemez nitelik taşıyabilir.

Pandekt Hukukundaki bölünebilirlik tanımının, objektif- ekonomik ölçüt ile ulaşılan bölünebilirlik kavramı ile büyük oranda örtüştüğü söylenebilir. Türk Hukukunda yapılan tanımların da bu ölçüt çerçevesinde yapılmış olduğu görülmektedir. Bu noktada özellikle sözleşmeyle borçlanılan birden fazla edimin bölünebilir olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Taraflar arasında birden fazla edim borçlanılmışsa, bu edimlerin bütünlük arz eden edimler mi olduğu, yoksa edim sayısı kadar sözleşme ilişkisinin mi bulunduğu tespiti son derece önem arz etmektedir. Bu meselenin çözüme kavuşturulması, edimin niteliğinin objektif-ekonomik ölçüt ve (aşağıda ele alınan) amaçsal-fonksiyonel ölçütün tabir caiz ise iç içe olduğu bir süzgeçten geçirilerek yapılan değerlendirme sonrasında mümkün hale gelir. Birden fazla edimin amacı ve ekonomik değeri bakımından bir inceleme yapılarak edimler arasında sıkı bir bağın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Edimler arasında sıkı bir bağ yoksa her bir edimin, bağımsız ve ayrı hukukî işlemlerin konusu olduğu kabul edilmelidir.

¹⁸³ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 115.

¹⁸⁴ Ercoşkun Şenol, 2016: 117.

1.1.7.2.4. Amaçsal-Fonksiyonel Ölçüt

Amaçsal-fonksiyonel ölçüte göre sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın ve taraf menfaatlerinin edimin bölünebilmesi bakımından elverişli olması gerekir¹⁸⁵. Birden fazla sayıda edimin, organik ya da ekonomik olarak bölünmesine herhangi bir engel bulunmamasına rağmen, bu edimler ekonomik ve amaçsal bakımdan bir bütünlük arz edebilir. Bu sebeple birbirinden bağımsız olarak bir borç konusu oluşturabilen edimler belli bir fonksiyonu ancak bir arada yerine getirebiliyorsa, artık bölünemeyen bir edimin varlığı kabul edilmelidir¹⁸⁶.

Amaçsal-fonksiyonel ölçüt bakımından önem arz eden husus, borca konu birden çok sayıda ve birbirinden bağımsız edimlerin mi, yoksa yalnızca bir edimin mi borçlanıldığının belirlenmesidir¹⁸⁷. Bunun için tarafların iradelerinden hareketle, edimlerin amaçsal ve ekonomik bir bütün oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir¹⁸⁸. Edimlerin bir bütün oluşturduğu sonucuna varılıyorsa, bölünemeyen tek bir edim; oluşturmuyorsa birden fazla edim vardır. Amaçsal- fonksiyonel ölçüte, tarafların, edimin bölünebilir olup olmadığını belirlemedikleri takdirde başvurulabilir.

Özellikle birden fazla basit eşyanın bir araya gelmesiyle oluşan bileşik eşyanın, bölünebilir nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde, amaçsal-fonksiyonel ölçüte göre yapılacak değerlendirme önem taşır¹⁸⁹. Meselâ edimin konusunu bir dizüstü bilgisayarın ya da buzdolabının teslimi oluşturduğunda hukukî işlemin amacı, bilgisayarın ya da buzdolabının yüzlerce parçasına ayrı ayrı teslim edilmesi değildir. Her bir basit eşya, bileşik eşyanın meydana gelmesini sağlar. Dolayısıyla bileşik eşyayı oluşturan basit eşya ancak bileşik eşyadan sökülüp ayrıldığında bağımsız nitelik taşıyabilir. Çünkü her bir basit eşya, artık bileşik eşyanın bütünleyici parçası hâline gelmiştir. Oluşan bileşik eşya ise bölünemez nitelik taşır¹⁹⁰. Nitekim TMK m. 684/II'ye göre, bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır. Bütünleyici parçanın unsurlarından biri olan sürekli iç bağlantı unsuru da basit eşya arasındaki fonksiyonel birliği ifade edip, kural olarak eşyanın bölünememesi sonucunu doğurur.

Ekonomik, amaçsal ve fonksiyonel bir bütünlük taşıyan eşyadan oluşan eşya birliğinin, bölünemez nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Meselâ, birden fazla ciltten oluşan

¹⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 115; Acar, 2003: 79; Antalya, 2017: 97.

¹⁸⁶ Gümü, 2001: 607.

¹⁸⁷ Oğuzman ve Öz, 2017a: 278.

¹⁸⁸ Weber, 2005: Art. 70, N. 16; Antalya, 2017: 97.

¹⁸⁹ Bk. Ünal ve Başpınar, 2017: 32-33; Akipek ve Akıntürk, 2009: 47.

¹⁹⁰ Heiderhoff ve Skamel, 2006: 385; Oğuzman ve Öz, 2017a: 278; Sirmen, 2017: 22; Eren, 2016: 55 vd; Akipek ve Akıntürk, 2009: 49; Ayan, 2012a: 10 vd.

ansiklopedi setinin her bir cildi bağımsız bir varlığa sahiptir. Her bir cildin ekonomik değeri de bulunmaktadır. Fakat bu ciltler, ancak bir aradayken amaçsal ve fonksiyonel bir anlam taşır. Çoğu zaman eşya birliğinin ekonomik değeri, onu oluşturan eşyanın ekonomik değerinin toplamından da fazladır. Ayrıca, borç ilişkisinin tarafların da bu eşyanın bir arada bulunmasında bir menfaati bulunabilir. Bütün bu sebeplerle, konusu eşya birliği olan edimlerin bölünemez nitelik taşıdığının kabulü gerekir.

Asıl şey-eklenti arasındaki ilişki ise TMK m. 686/II’de hükme bağlanmıştır. Buna göre, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır mal eklentidir. Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez. O hâlde bağımsız varlığa sahip birden fazla eşya, malikin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre hukukî kader birliği içinde kabul edilmektedir. Aksi öngörülmedikçe, asıl şeye ilişkin hukukî tasarruflar, eklentiye de kapsar. Asıl şey ve eklenti amaçsal- fonksiyonel olarak bütünlük arz eder¹⁹¹. Bu bütünlük, taraf iradeleriyle ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla asıl şey ve eklenti arasındaki bağ, edimin bölünemez olarak nitelendirilmesi için yeterli, mutlak ve güçlü bir bağ değildir.

1.1.7.2.5. Sübjektif Ölçüt

Sübjektif ölçüte göre edimin bölünemezlik özelliği, tarafların iradelerinden kaynaklanmaktadır. Objektif olarak, bölünmesine engel bulunmayan bir edim, belli amaçlarla bölünemez olarak kabul edilmekteyse, taraf iradelerine dayanan, sübjektif olarak bölünemeyen bir edim mevcuttur¹⁹².

Esasında birbiri ile ilişkisi bulunmayan yahut farklı hukukî sebeplerden kaynaklanan edimlerin birlikte ifa edilmesi gerekmemektedir. Dolayısıyla bütünlük teşkil etmeyen, içsel birlik taşımayan bu edimlerden bir ya da birkaçının ifa edilmesine rağmen diğerlerinin ifa edilmemesi kısmî ifa teşkil etmez¹⁹³. Fakat bu edimler arasında taraf iradelerine dayanan bir birlik sağlanmışsa ve bu sayede edimler âdeti birbirine kenetlenmişse, sübjektif olarak bölünemez bir edimin varlığından söz edilir.

Sübjektif ölçütte, tarafların edimin bölünebilmesine ilişkin tasavvurları, sözleşmenin saikini oluşturmaktadır¹⁹⁴. TBK m. 32’ye göre saikin, sözleşmenin temeli sayılması ve bunun

¹⁹¹ Nitekim eklentinin unsurlarından “iç bağlantı” unsuru, amaçsal- fonksiyonel bütünlüğü de ifade etmektedir. Bk. Eren, 2016: 77 vd; Akipek ve Akıntürk, 2009: 49; Ayan, 2012a: 23.

¹⁹² Heiderhoff ve Skamel, 2006: 385; Weber, 2005: Art. 70, N. 16; Dalcı Özdoğan, 2015: 55-56; Kapancı, 2014: 71; Gümüş, 2001: 611; Kurt, 2016: 134; Kostkiewicz, 2016: 348; Antalya, 2017: 98.

¹⁹³ Von Tuhr ve Escher, 1974: 15; Gümüş, 2001: 611.

¹⁹⁴ Serozan, 2007: 388. Ayrıca bk. 818 sayılı BK m. 24/b.

da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması gerekir. Alacaklının ya da borçlunun, edimin bölünemez olarak nitelendirilmesine ilişkin bir tasavvurunun bulunduğu ve hukukî işlemin temeline bu kanaati yerleştirdiği, başka bir deyişle bu değerlendirme ile hukukî işlemin kurulması arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunduğu hâllerde, sübjektif ölçüte göre edim bölünemez kabul edilmelidir¹⁹⁵.

1.1.7.2.6. Hukukî Ölçüt

Bir edim yukarıda bahsi geçen bütün ölçütler bakımından bölünebilir olsa dahi, edimin bölünmesine hukukî bir engel bulunabilir. Bu engel, bir kanun hükmüyle ya da başka bir düzenleyici işlemle, bir edimin bölünmesinin hukuka aykırı olduğunun öngörülmesiyle gerçekleşmektedir¹⁹⁶. Meselâ, tarım alanlarının verimliliğinin düşmemesi adına belli bir alandan küçük parçalara ayrılmasını engelleyici düzenlemeler öngörülebilir. Nitekim Türk Hukukunda 6537 sayılı Kanunla değişik¹⁹⁷ 5403 sayılı Kanun¹⁹⁸ m. 8/II'de asgarî tarımsal arazi büyüklükleri belirlenmiş ve tarım arazilerinin daha küçük alanlara bölünmesi kanun ile engellenmiştir. Bu hâlde arazi parçasının bölünmesine objektif, organik, ekonomik, amaçsal ya da sübjektif olarak bir engel bulunmasa dahi emredici hukuk kuralının varlığı sebebiyle edimin bölünmesi hukuken mümkün değildir¹⁹⁹. Dolayısıyla, diğer ölçütlere göre bölünebilir olarak nitelenen bir edim, hukukî bir engel varsa bölünemez.

Edimin konusunun bölünebilmesine objektif, ekonomik, fonksiyonel olarak engel bulunmamasına rağmen, hukukî olarak bölünmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı durumlardan biri de, manevî tazminat talepleridir. Manevî tazminat talepleri söz konusu olduğunda, esasında bölünemeyen unsurun tazminat değil, zarar olduğu kabul edilmektedir. Manevî tazminat miktarı belirlendikten sonra, ödenmesi gereken meblağın bölünebilirliği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Fakat alacaklının tazminat miktarını bir kerede ve kesin olarak belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁰. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel

¹⁹⁵ Benzer yönde bk. Serozan, 2007: 386.

¹⁹⁶ Acar, 2003: 80. Öğretide Ünal/Başpınar, bölünebilir eşya tespit edilirken bu ayrımın fiziki bakımdan değil, hukukî bakımdan bölünebilirlik ile ilgili olduğunu savunmaktadırlar. Yazarlara göre fiziken bölünemeyen bir eşya kalmamıştır ve değerinde önemli bir azalma ve doğal nitelik korunarak bölünebilme ile hukukî anlamda bölünebilirlik kast edilmektedir. Bk. Ünal ve Başpınar, 2017: 37. Fakat, bu çalışmada hukukî anlamda bölünebilirlik daha dar bir anlamda kullanılmaktadır ve bir hukuk kuralı ile belli bir hukukî işlem bakımından edimin bölünmesinin ya da daha küçük parçalara ayrılmasının engellenmesini ifade etmektedir.

¹⁹⁷ Bk. RG. T. 15.05.2014, S. 29001.

¹⁹⁸ Bk. RG. T. 19.7.2005, S. 25880.

¹⁹⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Özay, 2015; Eren ve Başpınar, 2017: 168 vd.

²⁰⁰ Yargıtay, açılmamış sayılan manevî tazminat davasında talep edilen tazminat miktarının, daha sonra açılan davada arttırılamayacağına hükmetmiştir. Bk. Yarg. 17. HD., T. 28.11.2016, E. 2014/12861, K. 2016/10949. Karar metni için bk. www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, (erişim tarihi: 01.02.2018).

Kurulu'nun içtihadında da manevî tazminat talebinin bölünemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir²⁰¹.

1.1.7.3. Olumlu ve Olumsuz Edimlerin Bölünebilirliği

Borç ilişkisinden doğan edimler, konularına göre olumlu edimler ve olumsuz edimler olarak ikiye ayrılır. Olumlu edimler verme ve yapma edimleri olup, olumsuz edimler katlanma ve kaçınma edimleridir²⁰². Bu edimlerden hangilerinin bölünebilir olduğu tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre²⁰³, ancak verme borçları bölünebilir nitelikte olup, yapma ve yapmama borçları (katlanma ve kaçınma borçları) bölünemez niteliktedir. Çünkü, bölünebilirlik, edimin niceliğine ilişkin bir tartışmadır. Verme borcu dışındaki borçlar bakımından ise edimin “niceliği” tartışma konusu olamaz. Bu yüzden yapma ve yapmama borçlar bölünemez niteliktedir.

Öğretideki ikinci görüşe göre²⁰⁴ verme edimleri bazen, yapma edimleri çoğunlukla, yapmama edimleri ise hiçbir zaman bölünemeyen edimlerdir. Verme borçlarının konusu olan edimlerin bölünebilir nitelik taşıyabildiği, yapmama borçlarının konusu olan olumsuz edimlerin ise bölünemez nitelikte oldukları kabul edilir. Yapma borçları bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. Borç ilişkisinde tek bir edim fiili borçlanılmışsa, bu edimler bölünemez. Birden fazla edim fiil borçlanılmışsa, bölünebilir edimin var olduğu kabul edilir. Fakat, edim sonucu borçlanılmışsa, ulaşılmak istenen amaca göre nitelendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁵. Eğer edim sonucuna ulaşılamamışsa ve o zamana kadarki faaliyet münferit olarak bir değer taşımıyorsa bölünemeyen edimin; taşıyorsa bölünebilen edimin varlığı kabul edilmektedir²⁰⁶.

Savunulan üçüncü görüşe göre²⁰⁷ verme borçları bölünebilir nitelikte olabilir. Yapma borçları ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Dar anlamda yapma borçları, özellikle bir eserin imâlî ya da zarar görmüş bir şeyin onarılmasının borçlanıldığı hâllerde bölünemeyen bir edim

²⁰¹Yüksek Mahkemenin kararında manevî tazminat talebinin bölünememesinin sebebi, hâkimin takdir yetkisinin bölünememesi olarak açıklanmaktadır. Bk. Yarg. HGK, T. 14.11.2001, E. 2001/21-993, K. 2001/1019. Karar metni için bk. www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, (erişim tarihi: 25.04.2016). Edimin özellikle de hukukî anlamda bölünebilir nitelik taşınamamasının usul hukuku açısından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Meselâ bölünemeyen edimlerin konu edildiği talep sonuçlarının ıslah yoluyla arttırılamayacağı ve kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra talep sonucu belirli değilse ve davalı tarafından da belirlenememişse, HMK m. 107 gereği belirsiz alacak davası ile bu alacağın talep edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bk. Pekcanıtez, 2011: 44. Konu ile ilgili tartışmalar için bk. 2.4.3.

²⁰²Bk. 1.1.2.1

²⁰³Gümü, 2001: 605; Von Tuhr ve Escher, 1974: 326.

²⁰⁴Kapancı, 2014: 71-72; Akıntürk, 1971: 9, Eren, 2017: 1197; Gündoğdu, 2014: 114-115.

²⁰⁵Gündoğdu, 2014: 115.

²⁰⁶Gündoğdu, 2014: 115.

²⁰⁷Weber, 2005: Art 70, N. 17 vd.

vardır. Bu noktada ifa yardımcısı kullanılması ya da birden fazla kişinin yardımıyla ifanın gerçekleştirilebilmesi, başka bir ifade ile edimin yerine getiriliş tarzı, onun bölünebilirliğini belirlemede başvurulacak bir ölçüt değildir. Bu niteliği kazandıran şey bizzat edimin özelliğidir²⁰⁸. Bu görüşe göre, bir yapma borcu olarak nitelendirilen hesap verme borcu da bölünemez nitelik taşır. Fakat zamana yaygın yapma borçları, meselâ hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir işgörmeye borcu, kural olarak bölünebilir niteliktedir²⁰⁹. Kaçınma borçları ise bölünemez nitelik taşır. Çünkü bu edim kısım kısım yerine getirilirse, artık en başta hedeflenen sonuca ulaşılamaz²¹⁰. Bu görüşe göre, olumsuz edimler bir zincirin halkaları gibidir, bu yüzden, edimin ifası bütün süreç boyunca devam etmeli, kesintiye uğramamalıdır.

Kaçınma edimleri bakımından farklılık taşıyan dördüncü görüşe göre²¹¹ ise, bu edimin süreklilik özelliği taşıyıp taşıyamamasına bakılmalıdır. Süreklilik arz eden bir kaçınma edimi, belli zaman dilimlerine bölünebilir ve borçlu bir zaman dilimindeki kaçınma borcunu yerine getirirken diğerini yerine getirmeyebilir. Süreç, bir bütün olarak hukukî işlemin tarafları bakımından zamansal bir yeknesaklık ve bölünemezlik arz ediyorsa, kaçınma edimi bölünemez niteliktedir.

Savunulan görüşlerden çıkarılan sonuca göre, verme borçlarının bölünebilirlik niteliğini taşıyabileceği hususunda tartışma olmadığı anlaşılmaktadır. Fakat özellikle yapma ve yapmama borçları bakımından farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmüştür. Kanaatimizce, olumsuz edimlerin bölünebilmesi mümkün değildir. Olumlu bir edimi ise, en baştan bölünebilir ya da bölünemez olarak nitelemek isabetli değildir. Bölünebilirliği tespit etmede başvurulacak ölçütlere göre yapılan değerlendirme sonucunda, bir verme ediminin bölünmesi mümkün olmayabilirken, bir yapma borcunun bölünebilmesi pekâlâ mümkün olabilir²¹². Bu

²⁰⁸ Weber, 2005: Art. 70, N. 20. Türk hukukunda Acar, eser sözleşmesi bakımından yaptığı değerlendirmede bölünebilen bir eserin ya da bölünemez nitelikte bir eserin borçlanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bk. Acar, 2013: 10-11.

²⁰⁹ Soergel, 2014: 374.

²¹⁰ Nacken, 1976: 38.

²¹¹ Nacken, 1976: 38.

²¹² Yapma borcunun bölünebilirliği ve kısmî ifaya konu olması hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadına konu olan olayda; inşaat sözleşmelerinin emek ve masrafa dayanan uzun bir zaman sürecine yayılmış ve sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara tâbi olduğu; müteahhidin kusurlarının varlığı kısmî ifasının karşılığını almasına engel olmayıp, ancak iş sahibine ödenecek tazminatın kapsamına etki ettiği belirtilmiştir. Somut olayda yüklenicilerin işi bitirmek için gösterdikleri çaba, ilk sözleşmeye göre edimlerinin tamamına yakın bölümünü ikmal etmiş olmaları, ek sözleşme ile kararlaştırılan ve imar değişikliğine dayanan ilave iki katın gözönünde bulundurulması hâlinde dahi tümü itibarıyla işin % 65'inin ikmal edildiği dikkate alındığında işin ortaya çıkan bu özelliği ve kapsamı bakımından kısmî ifalarının karşılığı olmak üzere sözleşmelerinde öngörülen bağımsız bölümler oranlanarak hangilerine ve ne kadarına hak kazandıklarının belirlenmesi suretiyle feshin ileriye etkili şeklinde kabulüne karar verilmiştir. Bk. Yarg. HGK. T. 27.01.1988, E. 1987/509, K. 1988/48. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 05.08.2017).

sebeple belli başlı edim örnekleri bakımından değerlendirme yapmak ve bunlara kıyasla benzer sonuçlara ulaşmak daha isabetlidir. Bu örnekler şunlardır²¹³:

Eşya hukukuna ilişkin pek çok hak (dolayısıyla konusunu bu hakların oluşturduğu edimler) bölünemez niteliktedir. Meselâ, zilyetliğin korunmasına ilişkin talepler, taşınmaz mülkiyetinden doğan kısıtlamalar bölünemez niteliktedir. Bir taşının zilyetliğinin nakledilmesi borçlanıldığında bu edimin bölünemez olduğu kabul edilebilir. Özellikle zilyetliğin teslimsiz nakil yolları olan temsilci aracılığıyla nakil, hükmen teslim, zilyetliğin havale yoluyla nakli bakımından bu özellik daha belirgindir²¹⁴. Fakat, zilyetliğin naklinin konusu olan taşınır eşya bölünebilir nitelikte ise, bu eşyanın bir kısmının nakli pekâlâ mümkündür. Taşınmaz lehine kurulan irtifaklarda, yüklü taşınmaz malikinin katlanma ve kaçınma borçları bölünemez niteliktedir²¹⁵. Mülkiyeti devir borcu doğuran hukuki işlemlerde, mülkiyet hakkı, kanunda aksine bir düzenleme öngörülmemişse bölünebilir niteliktedir. Bununla birlikte, zilyetliğin bölünememesinin mülkiyetin devri üzerindeki etkisi üzerinde durulmalıdır. Bu noktada öğretide ikili bir ayrım yapılmaktadır²¹⁶: Mülkiyeti devir borçlusu, zilyetliği teslimsiz nakil yollarından biri ile naklederse mülkiyet hakkı bölünebilir olmaya devam eder. Dolayısıyla zilyetliğin bölünememesi sorun teşkil etmez. Fakat mülkiyetin devri, ancak teslimle mümkünse, zilyetliğin bölünememesi, mülkiyetin de bölünememesine sebep olur.

Konusunu olumlu edimlerin oluşturduğu cins borçları, parça borçlarının aksine içerik bakımından özdeş parçalara ayrılabilir²¹⁷. Bir parça borcunun teslimi ise kural olarak bölünemez niteliktedir²¹⁸. Kaçınma edimleri ise kural olarak bölünemez niteliktedir. Meselâ rekabet yasaklarına ilişkin edimler bölünemez²¹⁹.

Rıza beyanında bulunma yükümlülükleri²²⁰ ve yenilik doğuran hakların da bölünemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir²²¹.

²¹³ Weber, 2005: Art. 70, N, 17-22; Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Soergel, 2014: 374.

²¹⁴ Zilyetliğin nakil yolları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Ünal ve Başpınar, 2017: 146 vd; Akipek ve Akıntürk, 2009: 148 vd.

²¹⁵ Weber, 2005: Art. 70, N, 17-22; Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Soergel, 2014: 374.

²¹⁶ Nacken, 1976: 37.

²¹⁷ Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Soergel, 2014: 374.

²¹⁸ Weber, 2005: Art. 70, N, 17-22; Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Soergel, 2014: 374.

²¹⁹ Weber, 2005: Art. 70, N, 17-22; Von Tuhr ve Escher, 1974: 325; Soergel, 2014: 374.

²²⁰ Weber, 2005: Art. 70, N, 17-22.

²²¹ Nacken, 1976: 38; Akil, 2013: 66. Yazar yenilik doğuran hakların kullanımının bölünemez olmasına örnek olarak tapu kaydının düzeltilmesi davasının kısmî dava olarak açılmamasını göstermektedir.

1.2. Edimin Bölünebilir Olmasıyla İlgili Hâller

1.2.1. Tarafların Birden Çok Kişiden Oluştugu Hukukî İşlemler Bakımından Edimin Bölünebilir Olması

Borç ilişkisinin taraflarının birden fazla kişiden oluştuğu bazı hâller vardır. Bunların başlıcaları müteselsil borçluluk ve alacaklılık, borca katılma, elbirliği hâlinde borçluluk ve alacaklılık, kısmî borçluluk ve alacaklılık, bölünemeyen edime birlikte borçluluk ve alacaklılık ile kümülâsyondur. Bu hâllerin bazılarında, hukukî ilişkinin taraflarından en az birinin birden fazla kişiden oluşmasının edimin bölünebilir olması ile ilişkisi değerlendirilmelidir. Çoğu zaman bu ilişki, edimin bölünebilmesi ile değil; borcun, sorumluluğun ya da alacağın paylaşılması ile ilgilidir. Buna karşılık edimin bölünebilir nitelik taşımadığı hâllerde birden fazla kişiden oluşan borçlu ya da alacaklı tarafın hukukî durumu, edimin bu niteliğine göre şekillenmektedir. Bazı hâllerde ise edimin bölünebilir olup olmaması, borç ilişkisinin taraflarının teşekkülü ile hiçbir bağlantı ve ilişki taşımamaktadır. Bu sebeple, aşağıda alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu hukuki ilişkiler hakkında kısaca bilgi verilerek, bu ilişkilerin, edimin bölünebilme niteliği ile bağlantıları açıklanmıştır.

1.2.1.1. Müteselsil Borçluluk ve Alacaklılık

1.2.1.1.1. Müteselsil Borçluluk

Birden fazla borçlunun her birinin, bir ya da daha fazla alacaklıya karşı, borçlanılan edimin tamamından sorumlu olduğu ve borçlulardan birinin ya da bir kısmının borcu ifa etmesiyle, diğer borçluların da ifa edilen kısım bakımından borçtan kurtulduğu borç ilişkisine müteselsil (zincirleme) borçluluk denir²²². Müteselsil borcun hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde, müteselsil borçlulukta kaç borcun olduğu hususu yatmaktadır. Savunulan birinci görüşe göre²²³, müteselsil borçlulukta, tek bir hukukî ilişki ve tek bir borç bulunmaktadır. Borcun konusu tek olmakla birlikte borçlu sayısı birden fazladır. Bu görüşe “birlik/teklik görüşü (einheitstheorie)” denir. İkinci görüşe göre²²⁴ ise, müteselsil borçlulukta borçlu sayısı kadar hukukî ilişki ve borç bulunmaktadır. Bu görüşe “çokluk görüşü (mehrheitstheorie)” de denir. Türk Borçlar Kanunu’nda çokluk görüşünün kabul edildiği

²²² Kırca, Ç., 2006: 642-643; Oğuzman ve Öz, 2017b: 461; Eren, 2017: 1224. Müteselsil borçlulukta borç ilişkisinin pasif tarafı, yani borçlu olan taraf birden fazla kişiden oluştuğu için, bu müesseseye “pasif teselsül” de denmektedir. Bk. Karayalçın, 2007: 109.

²²³ Akıntürk, 1971: 48 vd; Tekinay vd., 1993: 288-289; Kırca, Ç., 2006: 643; Oğuzman ve Öz, 2017b: 452; Eren, 2017: 1224.

²²⁴ Akıntürk, 1971: 58 vd; Tekinay vd., 1993: 288-289; Oğuzman ve Öz, 2017b: 452; Eren, 2017: 1224. Roma Hukukundaki korrealite ve solidarite modeli hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Akıntürk, 1971: 46-47; Kırca, Ç., 2006: 643, dpn. 11-12.

görülmektedir. Dolayısıyla, müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümlere göre, kural olarak borçluların mutlak bir hukukî kader birliği içinde olmamaları öngörülmüştür²²⁵. Müteselsil borçluluğun temelinde bir temsil ilişkisinin var olduğu da öğretilde savunulan bir diğer görüştür²²⁶. Buna göre teselsülde borçlulardan biri tarafından ya da birine karşı yapılan işlemler, diğer borçlular tarafından ya da diğerlerine karşı yapılmış sayılır. Bunun sebebi, aralarındaki karşılıklı temsil ilişkisidir²²⁷. Fakat günümüzde bu görüş terk edilmiştir.

Müteselsil borçluluk kanunda açıkça öngörülmemişse ya da sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, ticari işler dışında karine olarak kabul edilemez²²⁸. Hukukî işlemde kaynaklanan müteselsil borçlulukta borçluların her birinin teselsül iradesi beyanının alacaklının kabul iradesi beyanı ile uyumlu olması gerekir²²⁹. Zaman zaman teselsül iradesinin, durumun özelliklerinden ve sözleşmenin yorumundan da anlaşılması mümkündür²³⁰. Kanundan doğan müteselsil borçluluk hâlleri ise sınırlı sayıdadır. Bu hâllerde müteselsil borçluluk esası açıkça öngörülmüştür²³¹. Türk Hukukunda kanundan doğan müteselsil sorumluluk hallerine örnek olarak haksız fiillerden kaynaklanan müteselsil sorumluluk ve dolayısıyla müteselsil borçluluk (TBK m. 61-62) gösterilebilir.

Müteselsil borçlulukta alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişki “dış ilişki”, müteselsil borçluların kendi aralarındaki rücu ilişkisi ise “iç ilişki” olarak adlandırılır²³². Borç ilişkisinde borçlanılan edim, müteselsil borçlulardan sadece biri ya da birkaçı tarafından ifa edilirse, borç sona erer. Sona ermeden, ifaya katılmamış diğer müteselsil borçlular da yararlanır²³³. Alacaklı, dilediği müteselsil borçludan, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını talep edebilir²³⁴. Bu bakımdan alacaklının borçlulara karşı yarışan bir talep hakkının

²²⁵Fakat kanunda, zaman zaman çokluk görüşünden de uzaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle TBK m. 164 ve 166 hükümlerinden bazı borçluların def’iler, teminatlar ya da itirazlar bakımından farklı olanaklara sahip olmaları öngörülmüştür. Bu da kanun koyucunun çokluk görüşüne üstünlük tanıdığını göstermektedir. Fakat zamanaşımının kesilmesine ilişkin TBK m. 155 hükmüne göre zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilirse diğerlerine karşı da kesilmiş sayılmaktadır. Bu ise çokluk görüşünden uzaklaşılan, teklik görüşüne üstünlük tanınan bir düzenlemedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017b: 462.

²²⁶ Tekinay vd., 1993: 289-290.

²²⁷ Tekinay vd., 1993: 289-290.

²²⁸ Oğuzman ve Öz, 2017b: 467; Eren, 2017: 1226 Hâlbuki Alman Hukukunda kural müteselsil borçluluk olup kısmî borçluluk istisnadır Bk. BGB §-431.

²²⁹ Tekinay vd., 1993: 293; Dalcı Özdoğan, 2015: 66 vd; Oğuzman ve Öz, 2017b: 465; Eren, 2017: 1227; Kılıçoğlu, 2017: 929.

²³⁰ Oğuzman ve Öz, 2017b: 467; Kılıçoğlu, 2017: 929.

²³¹ Öğretilde, kanundan doğan müteselsil borçluluk hâlleri emredici ve iradi müteselsil borç ilişkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 60 vd.

²³² Oğuzman ve Öz, 2017b: 470 vd; Eren, 2017: 1201; Kılıçoğlu, 2017: 934-936.

²³³ Eren, 2017: 1225; Kılıçoğlu, 2017: 936.

²³⁴ Bk. Yarg. 10. HD., T. 02.04.2015, E. 2014/6079, K. 2015/6347. Kararda alacaklının borcun muaccel olması şartıyla edimin tam veya kısmî olarak ifasını dilerse borçluların hepsinden, dilerse de herhangi birinden talep etme hakkına sahip olmasının borçlulardan birini, dış ilişkide alacaklıya tek başına ifade bulunarak borcun tüm ekonomik yüküne tek başına katlanmak durumunda bırakabileceği, bu nedenle kanunun müteselsil borçlulukta iç ilişkiyi düzenleyen hükümleri ile, bu ekonomik yükün, borçlular arasında hakkaniyete uygun bir şekilde

bulunduğu kabul edilmektedir²³⁵. Kendisinden talepte bulunulmasa bile her bir borçlu, alacaklıya ifada bulunabilir. Borçlulardan her biri, borçtan şahsen sorumlu olup, sorumlu olunan borç miktarı farklılık gösterebilir. Bu durumda teselsülün, en düşük borç miktarında var olduğu kabul edilir²³⁶. Alacaklı, borçlulardan sadece birine ya da bir kısmına karşı dava açar ve hüküm elde ederse, bu hükme istinaden dava açmadığı diğer müteselsil borçlulara karşı ilamlı icra takibi yapamayacağı kabul edilmektedir²³⁷.

Müteselsil borçlulukta dış ilişki bakımından en önemli husus, borçluların ortak ve kişisel def'ileri ile itirazlarıdır. Müteselsil borçluların her birinin, alacaklı ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlar, kişisel def'i ve itirazlar olarak adlandırılır²³⁸ (TBK m. 164/I). Her bir müteselsil borçlu, kişisel def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir²³⁹ ve bu sayede ifadan kaçınabilir. Borçlu, kişisel bir savunmayı alacaklıya karşı ileri sürmekten kaçınırsa, bu savunmanın yapılmaması, borçluyu, diğer müteselsil borçlulara karşı sorumlu kılmaz. Payına düşenden fazlasını ifa ettiği takdirde, borçlunun savunma sebebini ileri sürmemiş olması, onun rücu alacağına etki etmez²⁴⁰. Kişisel savunma sebebini, sahibi tarafından ileri sürülmemesi, diğer müteselsil borçlulara, bu sebebi ileri sürme imkânı sağlamaz. TBK m. 164/I'e göre, ortak def'i ve itirazlar müteselsil borcun sebep ve konusundan doğan def'iler ve itirazlardır. Bu def'i ve itirazlar, bütün müteselsil borçlulara borcun ifasından kaçma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla, bu savunma araçlarını ileri sürmek her borçlu için hem bir hak hem de yükümlülüktür (TBK m. 164/II)²⁴¹. Bu def'i ve itirazların müteselsil borçlu ya da borçlular tarafından ileri sürülmesi gerekirken sürülmemesi, iç ilişkide, rücu ilişkisinde, sorumluluğu arttırıcı bir sonuç doğurur²⁴². Müteselsil borcun dayandığı sözleşmenin geçerli olmadığı²⁴³ ya da borcun sona erdiği yönündeki savunmalar ortak def'i ve itirazlara örnektir.

Müteselsil borçlulukta çokluk görüşü hâkim olduğu için, borçluların borçları birbirinden bağımsızdır. Bunun sonucu olarak, borçluların bireysel davranışlarıyla, diğer

dağıtılmasını amaçlandığı belirtilmektedir. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 01.07.2017).

²³⁵ Tekinay vd., 1993: 285; Akıntürk, 1971: 157 vd.

²³⁶ Kırca, Ç., 2006: 657; Eren, 2017: 1226.

²³⁷ Oğuzman ve Öz, 2017b: 471.

²³⁸ Eren, 2017: 1231; Kılıçoğlu, 2017: 935-936.

²³⁹ Kırca, Ç., 2006: 654-655; Eren, 2017: 1231; Kılıçoğlu, 2017: 936.

²⁴⁰ Oğuzman ve Öz, 2017b: 475; Kılıçoğlu, 2017: 936.

²⁴¹ Tekinay vd., 1993: 300-301; Oğuzman ve Öz, 2017b: 474. Bu yükümlüğün kapsamı, ortak savunmayı gereği gibi yapmaktan ibaret olup, savunma yapılmış olmasına rağmen mahkeme tarafından aleyhe hüküm tesis edilirse, savunmayı yapan borçluların, iç ilişkide yine payları oranında rücu edebilmesi gerektiği savunulmaktadır.

²⁴² Eren, 2017: 1227; Oğuzman ve Öz, 2017b: 475.

²⁴³ Müteselsil borçluluğa neden olan hukukî ilişkinin geçersizliği, müteselsil borçlulardan sadece bir ya da birkaçının kişiliğinden kaynaklanıyorsa, bu durumda kısmî hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/II hükmünün uygulaması gerektiği kabul edilmektedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017b: 473.

müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmaları kural olarak mümkün değildir (TBK m. 165). Bu ilkenin en önemli sonucu, ortak def'i ve itirazları yapmadığı için açılan davayı kaybeden müteselsil borçlu ya da borçluların, borcu ifa etmek zorunda kalmaları hâlinde bu durumdan diğer müteselsil borçluların etkilenmemesidir²⁴⁴. Benzer şekilde, müteselsil borçlulardan biri ya da birkaçının borcu ihlâl etmeleri, diğerlerinin yükümlülüğünü arttırmaz²⁴⁵.

Bir müteselsil borçlunun, diğer borçlular lehine olan savunma ve fiillerinden, diğer borçlular da yararlanır. Alacaklının sadece bir ya da birkaç müteselsil borçlu aleyhine olan davranışı, diğerlerinin durumunu ağırlaştırmaz (TBK m. 165)²⁴⁶. TBK m. 168/II ile alacaklının, diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirmesi halinde, bunun sonuçlarına katlanması öngörülmüştür. Esasında alacaklı, dilediği borçludan, borcun dilediği miktarını talep edebilir, dilediği borçluyu ibra edebilir ya da bazı borçlular lehine ek süre vermek vb. gibi avantajlar sağlayabilir. TBK m. 168/III hükmü ile amaçlanan, alacaklıya tanınan bu hakların ortadan kaldırılması olmayıp, borçluların iç ilişkide halefiyetle güçlendirilmiş rücu alacaklarını tehlikeye sokmamaktır²⁴⁷.

Müteselsil borçluların kendi aralarındaki iç ilişki, borç ifa edildikten sonra, sorumluluğa nihaî olarak kimin katlanacağını belirlenmesine ilişkindir. İç ilişkide müteselsil sorumluluk söz konusu değildir ve bir paylaşımın olması gerekir²⁴⁸. Bu paylaşımın nasıl olması gerektiği ise TBK m. 167'de düzenlenmektedir. TBK m. 167/I'e göre borçlular, kendi aralarında eşit sorumluluk dışında bir sorumluluk rejimi benimseyebilirler. Böyle bir anlaşma yoksa ve durumun gereğinden aksi anlaşılmıyorsa²⁴⁹, her bir borçlu, iç ilişkide borçtan eşit oranda sorumludur²⁵⁰.

²⁴⁴ Tekinay vd., 1993: 317; Oğuzman ve Öz, 2017b: 480.

²⁴⁵ Meselâ, temerrüde düşen müteselsil borçlunun ödemesi gereken temerrüt faizi, diğer müteselsil borçlulara yüklenemez. Borçlu temerrüdü, sadece ilgili müteselsil borçlu bakımından sonuç doğurur. İhtar, muacceliyet, temerrüt faizi, seçimlik haklar ve tazminatlar bakımından sadece ilgili müteselsil borçlu için hukukî sonuçlar doğarken, TBK m. 125 gereğince alacaklının sözleşmeden dönmesi hâlinde bütün borçlular etkilenir. Kusurlu ifa imkânsızlığı bakımından da buna sebep olan müteselsil borçlular, imkânsızlığın hukukî sonuçlarından sorumlu olur. Ancak imkânsızlık, diğer borçlular bakımından umulmayan hal niteliğindeyse, kusuru bulunmayan borçlular açısından da borç, TBK m. 136 gereğince sona erer. Bk. Tekinay vd., 1993: 310-311; Eren, 2017: 1233; Oğuzman ve Öz, 2017b: 478.

²⁴⁶ TBK m. 165'te öngörülen bu genel ilkenin istisnası, zamanaşımı bakımındandır. Zira TBK m. 154'e göre zamanaşımı müteselsil borçlulardan biri için kesilirse, diğerleri için de kesilmiş sayılır. Bu durumda kanun koyucunun çokluk görüşünden uzaklaşıp, teklik görüşüne üstünlük tanıdığı sonucuna ulaşılabilir. Fakat öğretide bu düzenleme isabetli bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, kendisi için zamanaşımı süresinin dolduğunu düşünen müteselsil borçlu, beklemediği biçimde başka bir müteselsil borçlu bakımından zamanaşımı kesildiği takdirde, zamanaşımı def'ini ileri süremez. Bk. Kırca, Ç., 2006: 653.

²⁴⁷ Oğuzman ve Öz, 2017b: 483; Tekinay vd., 1993: 321.

²⁴⁸ Kırca, Ç., 2006: 644; Eren, 2017: 1234; Dalcı Özdoğan, 2015: 124; Oğuzman ve Öz, 2017b: 488.

²⁴⁹ Meselâ teminat amaçlı borca katılmadan kaynaklanan müteselsil borçlulukta, katılan borcu öderse, iç ilişkide ifa ettiği miktarın tamamı için ilk borçluya rücu edebilir.

²⁵⁰ Haksız fiilden kaynaklanan müteselsil borçlulukta iç ilişkideki pay oranları bakımından eşitlik karinesinin kabul edilmediği belirtilmiştir. Bu durumda iç ilişkideki pay oranlarının nasıl belirlenmesi gerektiği TBK m.

Müteselsil borçlunun diğer müteselsil borçlulara iç ilişkide rücu²⁵¹ hakkının doğabilmesi için ilk olarak alacaklıya bir ifanın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun dışında, borçlu, iç ilişkide payına düşenden fazla miktarda borcu alacaklıya karşı ifa etmiş olmalıdır²⁵². Dolayısıyla kendi payı kadar borcu ifa eden müteselsil borçlunun rücu hakkı bulunmamaktadır. Bir borçlunun, rücu etmek üzere yöneldiği diğer borçlulardan da ancak onlara düşen payla sınırlı olmak üzere talepte bulunması mümkündür (TBK m. 167/II). Eğer müteselsil borçlular eşit paylarla sorumlu değilse, rücu ilişkisi her bir müteselsil borçlu için payları ile orantılı olarak gerçekleşir²⁵³.

Müteselsil borçlulardan biri ya da birkaçı borcu ifayla, ifa ikameleriyle, alacaklı temerrüdü sonucu gerçekleşen tevdiyle ya da takasla sona erdirirse, diğer borçlular, sona ermeden yararlanır ve dış ilişki bakımından borç o oranda sona erer (TBK m. 166/I)²⁵⁴. Alacaklıyı tatmin eden borçlunun, diğer borçluları borçtan kurtarma iradesi taşıması, diğer borçluların bu suretle borçtan kurtulabilmesi için şart değildir²⁵⁵. Eğer borcun tamamı değil de bir kısmı müteselsil borçlu ya da borçlular tarafından sona erdirilirse, kalan kısım bakımından müteselsil borçluluk devam eder²⁵⁶.

Borç, zamanaşımı ya da hak düşürücü sürenin dolmasıyla, alacaklı ya da borçlu sıfatlarının birleşmesiyle, ibra ya da kusursuz sonraki imkânsızlık sebepleriyle alacaklı tatmin edilmeksizin de sona erebilir. Bu hâllerde borç bütün borçlular bakımından sona erer. Fakat istisnâî bazı hâllerde, bir borçlu bakımından borcu sona erdiren sebep, bütün borçlular açısından borcu sona erdirir. Meselâ borç, müteselsil borçlulardan biri ya da bir kısmı bakımından alacaklı ya da borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, sulh sözleşmesi ya da konkordato sebebiyle sona ermişse, bu, ilgili olmayan borçlular bakımından borcu sona erdirmez²⁵⁷. Alacaklının tatmin edilmediği sona erme sebeplerinden diğer borçluların nasıl yararlanması gerektiği hususunda TBK m. 166/II hükmü uyarınca durumun gereklerine ve sona erme sebebine göre değerlendirme yapılmalıdır. TBK m. 166/III ile ibra bakımından özel bir

62'de düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca iç ilişkideki payların hesaplanmasını hâkimin takdir yetkisine bırakmıştır²⁵⁰. Hâkimin, durum ve koşulları, durumun ağırlığını, her bir borçluya yüklenebilecek kusurun ağırlığını ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu göz önünde bulundurarak karar vermesi öngörülmüştür.

²⁵¹ Öğretide müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye ilişkin olarak "rücu" kavramı yerine "denkleştirme" kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğu savunulmaktadır. Fakat bu çalışmada rücu ifadesi kullanılmaktadır. Bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 110. Yazar, denkleştirme (Ausgleich) kavramının Alman Hukukunda kullanılan kavram olduğunu belirtmektedir.

²⁵² Dalcı Özdoğan, 2015: 121; Eren, 2017: 1234; Oğuzman ve Öz, 2017b: 486; 939-940.

²⁵³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 479. Borçlulardan birinin borç ödemediği âciz olması durumunda, diğer müteselsil borçlular, âciz durumundaki borçlunun payından sorumlu olurlar.

²⁵⁴ Tekinay vd., 1993: 297; Canbolat, 2008: 79; Oğuzman ve Öz, 2017b: 477; Eren, 2017: 1237-1238.

²⁵⁵ Eren, 2017: 1237.

²⁵⁶ Oğuzman ve Öz, 2017b: 477; Dalcı Özdoğan, 2015: 90; Canbolat, 2008: 70.

²⁵⁷ Eren, 2017: 1238-1239; Dalcı Özdoğan, 2015: 48. Sulh sözleşmesinin müteselsil borçlulara etkisi hakkında bk. Karauz, 2014: 102-103.

düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, borçlulardan birinin ibra edilmesi, onun iç ilişkideki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Payından fazla kısmı ifa eden bir diğer müteselsil borçlu, iç ilişkide ibra edilen borçluya payı oranında rücu edebilir²⁵⁸.

Payından fazla kısmı ifa eden müteselsil borçlunun, payına düşen kısmı aşan miktar bakımından iç ilişkideki rücu alacağı, halefiyetle güçlendirilmiş bir rücu alacağıdır (TBK m. 168/I). Halefiyet sayesinde alacağa bağlı haklar, ispat araçları vb. payından fazla ifade bulunan müteselsil borçluya intikal eder²⁵⁹. Alacaklıya halef olan müteselsil borçlu karşısında, diğer borçlular müteselsilen borçlu değildir²⁶⁰.

Sonuç olarak; müteselsil borçlulukta borç ilişkisinin pasif tarafı birden fazla kişiden oluşmaktadır. Fakat borcun konusunun bu birden fazla kişi arasında bölünebilir olması iç ilişki bakımından da dış ilişki bakımından da şart değildir²⁶¹. Edim ister bölünebilir olsun, ister olmasın, müteselsil borcun konusu olabilir. Müteselsilen bir verme ya da yapma borcu üstlenilebilir²⁶². Kanaatimizce, olumsuz bir edimin de müteselsil olarak borçlanılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Eğer edim bölünemiyorsa, edimin niteliğinden dolayı TBK m. 85'ten kaynaklanan bir müteselsil borçluluk durumu doğmaktadır. Müteselsil borçlulukta her bir borçlu, borcun tamamından sorumlu olduğu için, edimin niteliği, bu borçluluk türünün doğmasında önem arz etmez.

1.2.1.1.2. Müteselsil Alacaklılık

Borç ilişkisinin aktif tarafının birden fazla kişiden oluştuğu hâllerden biri müteselsil alacaklılıktır. Müteselsil alacaklılık, birden fazla kişi olan alacaklılardan her birinin, ortak borçludan edimin ifasını kendisine talep edebildiği, borçlunun da bu alacaklılardan dilediğine bir defa ile sınırlı olmak üzere edimin tamamını ifa ederek borçtan kurtulabilme yetkisine sahip olduğu birlikte alacaklılık hali olarak tanımlanmaktadır²⁶³. Müteselsil alacaklılığın şartları, alacak hakkının bulunması, bu hakkın birden fazla alacaklıya ait olması ve bunun kanun veya sözleşme ile öngörülmesidir (TBK m. 169/I). Müteselsil alacaklılıkta da çokluk görüşüne üstünlük tanınmakta ve alacaklı sayısı kadar alacak hakkının bulunduğu kabul

²⁵⁸ Oğuzman ve Öz, 2017b: 478-479; Dalcı Özdoğan, 2015: 47. Esasında bu sonucun, müteselsil borçlulukta kabul edilen çokluk görüşü ile çeliştiği savunulmaktadır. Çünkü, müteselsil borçlulukta birden çok ve birbirinden bağımsız borcun mevcut olduğu kabul ediliyor ise, borçlulardan biri açısından yapılan ibra sözleşmesinden, diğerlerinin etkilenmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bk. Kırca, Ç., 2006: 667-669.

²⁵⁹ Akıntürk, 1971: 222; Kılıçoğlu, 1979: 18.

²⁶⁰ Dalcı Özdoğan, 2015: 125.

²⁶¹ Fakat öğretide Canbolat, müteselsil borçluluğu, niteliği itibarıyla bölünebilen bir edimin birden fazla borçlusunun bulunması olarak açıklamaktadır. Fakat bu görüşe katılmaya imkân bulunmamaktadır. Müteselsil borçluluğun doğumu bakımından edimin bölünebilir olması önem taşımaz. Bununla birlikte, edim bölünemeyen nitelikteyse, zaten edimin niteliğinden kaynaklanan bir müteselsil borçluluk durumu mevcuttur. Bk. Canbolat, 2008: 68.

²⁶² Kılıçoğlu, 1979: 69.

²⁶³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 492; Acar, 2003: 54.

edilmektedir²⁶⁴. Alacaklılar arasında, borçludan edimin kendisine ifasını talep etme hakkı bakımından eşitlik bulunmaktadır²⁶⁵. Edimin ifasını her bir alacaklının talep edebilmesi, müteselsil alacaklılığı diğer birlikte alacaklılık hâllerinden ayırmaktadır²⁶⁶. Alacaklının ifayı talep yetkisi, ifanın sadece kendisine gerçekleştirilmesini talep etmekle sınırlı olmayıp, alacaklılık sıfatının alacaklıya tanıdığı en geniş anlamdaki tasarrufları, meselâ, temlik²⁶⁷, ibrayı, takası, feragati vb. de kapsamaktadır²⁶⁸. Bunun yanı sıra alacak hakkıyla birlikte fer'i hakların ifasını da talep hakkı müteselsil alacaklılara aittir.

Borçlu, müteselsil alacaklılardan dilediğine ifada bulunarak, hem borcu ifa ettiği müteselsil alacaklıya karşı, hem de diğer müteselsil alacaklılara karşı, ifa ettiği oranda borçtan kurtulur²⁶⁹. Borçlu, dilediği alacaklıya ifayı gerçekleştirme konusunda bir seçim hakkına sahiptir (TBK m. 169/II). Bu seçim hakkının sınırını ise alacaklılardan birinin icraya ya da mahkemeye başvurmuş olması oluşturmaktadır²⁷⁰. TBK m. 169/III'e göre, bir alacaklının mahkemeye ya da icraya başvurmuş olduğu, borçluya bildirilmedikçe borçlu, dilediği alacaklıya ifada bulunarak borçtan kurtulabilir. Aksi hâlde gerçekleştirilen ifa, borçluyu borçtan kurtarmaz. Borçlu, ifa dışında, meselâ takas, kusursuz sonraki imkânsızlık gibi bir sebeple borçtan kurtulabilir. Borçlunun, alacaklılardan biri tarafından ibra edilmesi, sulh ya da borcun yenilenmesi durumunda ise, sona erme sadece alacaklı bakımından hüküm ifade eder²⁷¹. Müteselsil borçlulukta iç ilişkide kabul edilen eşitlik karinesi, müteselsil alacaklılık bakımından da iç ilişkide kabul edilmiştir (TBK m. 169/IV)²⁷². Payından fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür (TBK m. 169/V).

²⁶⁴ Eren, 2017: 1244; Oğuzman ve Öz, 2017b: 494.

²⁶⁵ Bu noktada alacak hakkı ile talep hakkının farkları hakkında detaylı açıklama için bk. Acar, 2003: 56. Yazara göre alacak hakkının ve alacak hakkına dayanan talebin bulunmadığı, fakat başka bir hakka dayanan talep haklarının yarışmasının söz konusu olduğu hukukî ilişkilerde TBK m. 169 anlamında teselsül bulunmamaktadır.

²⁶⁶ Esser ve Schmidt, 1999: 353-354; Acar, 2003: 62. Nitekim elbirliği hâlinde alacaklılıkta, alacaklıların tamamı edimin ifasını talep edebilirken, kısmî alacaklılıkta alacaklılar, edimin, ancak kendi paylarına düşen kısmını talep edebilmektedir.

²⁶⁷ Alacak temlik edildiğinde, temlik alan alacaklının, teselsül ilişkisine gireceği kabul edilmektedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017b: 497.

²⁶⁸ Acar, 2003: 64.

²⁶⁹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 498; Acar, 2003: 66; Kılıçoğlu, 2017: 944.

²⁷⁰ Öğretide alacaklının hakeme başvurusunun, alacağını iflâs masasına kaydettirmesinin, kendisi aleyhine açılan davada savunma olarak bu alacağı ileri sürmesinin veya karşı dava açmasının da aynı hukukî sonucu yarattığı kabul edilmektedir. Bk. Eren, 2017: 1244; Oğuzman ve Öz, 2017b: 500.

²⁷¹ Eren, 2017: 1244-1246; Oğuzman ve Öz, 2017b: 500; Kılıçoğlu, 2017: 945.

²⁷² Acar, 2003: 334; Kılıçoğlu, 2017: 945. Bu sonuç BGB §-426²⁷² hükmünde açıkça öngörülmüştür. Hâlbuki mehaz kanun olan İsviçre İsviçre Borçlar Kanunu'nda müteselsil alacaklılar arasında rücu ilişkisi düzenlenmemektedir. BGB §-426 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_426.html, (erişim tarihi: 25.10.2016).

Alacaklılar arası teselsül ile edimin bölünebilirliği arasında, müteselsil alacaklılığın doğumu bakımından bir ilişki bulunmamaktadır²⁷³. Edim ister bölünebilir ister bölünemez nitelikte olsun, müteselsil alacaklılık gündeme gelebilir. Bölünemeyen borcun birden çok alacaklısının her birinin, borcun alacaklıların tamamına ifasını isteyebilmesine ve borçlunun da edimini alacaklıların hepsine birden ifa etme zorunluluğuna ilişkin TBK m. 85/İhükümü ise müteselsil alacaklılığın doğuşuna ilişkin sınırlayıcı bir anlam taşımamaktadır²⁷⁴. Bu madde ile, kanun koyucu, yalnızca bölünemeyen bir edimin her bir alacaklısının, ifayı alacaklıların tamamı için isteyebilmesini öngörmüştür. Hükümden anlaşılması gereken, bunun aksinin mümkün olmadığı değildir. Çünkü TBK m. 85 hükmü emredici bir hukuk kuralı değildir. Taraflar, sözleşme ile, her bir alacaklının, bölünemeyen edimin ifasını tek başına ve yalnızca kendisi için talep edebileceğini kararlaştırabilir. Fakat edim bölünemez olduğu takdirde, borçlunun, ifayı birden fazla alacaklıya nasıl gerçekleştirmesi gerektiği hususu, alacaklılar arasındaki ilişkinin niteliğine göre belirlenmelidir. Alacaklılar arasında müteselsil ya da elbirliği hâlinde alacaklılık gibi özel bir iç ilişki veya sözleşme yoksa, bölünemeyen edime birlikte alacaklılık hali mevcuttur. Bu nedenle TBK m. 85 uygulama alanı bulur. Dolayısıyla müteselsil alacaklılık, bölünemeyen edimler bakımından istisnâ olup, taraflar arasında ve alacaklıların kendi arasında açıkça kararlaştırılmadığı sürece söz konusu olmaz.

1.2.1.2. Borca Katılma

Borç ilişkisinin pasif tarafının birden fazla kişiden oluştuğu hukukî durumlardan biri de borca katılma²⁷⁵. Borca katılma müessesesi 6098 sayılı TBK ile ihdas edilmiştir. Borca katılmada alacaklı ve borca katılan arasında akdedilen bir sözleşme ile mevcut borçlu, borçluluğunu sürdürürken, katılan, onun yanında, onunla birlikte borçlu hale gelmektedir (TBK m. 201)²⁷⁶. Bunun yanı sıra, ilk borçluyla katılan arasında, tam üçüncü kişi (alacaklı) lehine yapılan bir sözleşmenin de borca katılma sonucu doğurduğu kabul edilmektedir²⁷⁷. Borca katılan, ilk borçlunun borcunun doğum sebebinden farklı bir hukukî sebeple ve aslî bir yükümlülük ile borç altına girmektedir²⁷⁸. Borca katılma sözleşmesi, genellikle ilk borçlunun

²⁷³ Acar, 2003: 51.

²⁷⁴ Acar, 2003: 52.

²⁷⁵ Öğretide borca katılma terimi yerine “birlikte borç yüklenme” ifadesi de kullanılmaktadır. Bk. Akıntürk, 1971: 74.

²⁷⁶ Şener, 2009: 1282; Oğuzman ve Öz, 2017b: 622; Dalcı Özdoğan, 2015: 71; Eren, 2017: 1279; Çabri, 2014: 157; Yıldız Portakal, 2016: 10; Kılıçoğlu, 2017: 1030.

²⁷⁷ Şener, 2009: 1291-1292; Özen, 2014: 8-9. Fakat bu ihtimal borca katılmanın olağan şekli olarak öngörülmeyp, doğan sonuçlar bakımından borca katılmayla örtüşmektedir.

²⁷⁸ Yıldız Portakal, 2016: 11; Oğuzman ve Öz, 2017b: 622. Öğretide borca katılanın borcunun fer’i nitelik taşıdığını savunan yazarlar da bulunmaktadır, Bk. Reisoğlu, 2013: 109. Fakat bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Borca katılan, aslî, münferit bir borç altına girmektedir. Ayrıca borca katılma ile, geniş anlamda tek bir, dar anlamda iki tane borç ilişkisinin ortaya çıktığı da savunulmaktadır. Bk. Kapancı, 2014: 64.

yanında bir başka kişinin müteselsil olarak sorumlu olması suretiyle ve teminat amacıyla akdedilmektedir²⁷⁹. İlk borçlunun borçluluk sıfatında bir değişiklik olmamakla birlikte, katılan, ilk borçlu ile müteselsilen sorumlu hale gelir (TBK m. 201/II). Müteselsil sorumluluğa ilişkin bütün ilke ve esaslar, borca katılma bakımından da geçerlidir. Fakat bu iki müessesenin farklılaştığı nokta, borcun doğuşundaki aslîlik-fer'ilik ilişkisidir. Buna göre, borca katılma ile ortaya çıkan borç, doğuş itibarıyla fer'i bir borçken, devamı ve sona ermesi bakımından tamamen bağımsız bir borçtur²⁸⁰. Hâlbuki baştan itibaren müteselsil borçlulukta borçlar hem doğuş hem de devam ettikleri süreç bakımından bağımsızdır²⁸¹. Fer'ilik niteliğinin sonucu olarak, borca katılma sözleşmesi için geçerli bir asıl borcun varlığı gerekir. Borca katılma anında mevcut ve geçerli borç, katılmadan sonra geçmişe etkili olarak sona erer veya geçersiz hale gelirse, borca katılanın borcu konusuz kalır²⁸². Başlangıçtaki fer'ilik ilişkisi borcun devamı ve sona ermesi bakımından var olmadığı için, katılan, katılmadan sonra, asıl borçluya ait olarak ortaya çıkan savunma sebeplerinden yararlanamaz²⁸³. Asıl borçlu ve borca katılandan biri alacaklıya ifada bulunursa, diğeri de borçtan kurtulmuş olur. Fakat ifada bulunan borçlu, diğeri borçluya iç ilişkide rücu edebilir. Borca katılan ile asıl borçlu arasındaki iç ilişki, rücu ve halefiyet esası müteselsil borçluluk ile aynıdır.

Borçlanılan ilk edim, olumlu bir edim olabileceği gibi, olumsuz bir edim de olabilir. Borca katılma bakımından edimin bölünebilirliği meselesi, müteselsil borçluluktaki durum ile aynıdır. Edimin bölünebilir nitelikte olması, borca katılma sebebiyle ortaya çıkan sorumluluğu ne iç ilişkide ne de dış ilişkide etkilememektedir.

Borca katılanın borcunun hukukî sebebinin, ilk borcun hukukî sebebi ile aynı olduğu hakkında bk. Özen, 2014: 7; Kapancı, 2014: 67.

²⁷⁹ Turan Başara, 2014: 421; Kapancı, 2014: 65. Kanunda, borca katılma sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmamıştır. Öyle ki, ilk borç ilişkisi şekil şartına tâbi olsa dahi, bu borç ilişkisinden doğan borca katılma sözleşmesi için herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemektedir. Fakat TBK m. 603'teki kefaletle ilişkin şekil kurallarının bütün kişisel teminat sözleşmelerine uygulanmasına ilişkin hüküm sebebiyle, teminat amacıyla akdedilen borca katılma sözleşmelerinin de kefalet sözleşmesi için öngörülen şekilde akdedilmesinin bir geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Bk. Kırca, İ., 2006: 437; Özen, 2014: 48; Yıldız Portakal, 2016: 53 vd. Gerçek kişilerce teminat amacıyla gerçekleştirilen borca katılma sözleşmelerinin, müteselsil kefalet sözleşmesinden bile daha ağır sonuçlar doğurabildiği göz önünde bulundurulduğunda, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekilde akdedilmesinin yerinde olduğu savunulabilir. Fakat, katılan, kendi menfaati için borca katılıyorsa ya da borca katılma teminat amacıyla gerçekleşmiyorsa herhangi bir şekle tâbi değildir. Bk. Şener, 2009: 1292. Kanaatimizce, tarafların bu iradelerinin belirlenmesi ve ispatı oldukça güçtür. Bu nedenle hangi amaçla akdedilirse akdedilsin, borca katılma sözleşmesinin, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekilde yapılması isabetli olur.

²⁸⁰ Yıldız Portakal, 2009: 14-15; Reisoğlu, 2013: 109; Özen, 2014: 9 vd.

²⁸¹ Özen, 2014: 9.

²⁸² Turan Başara, 2014: 425; Yıldız Portakal, 2009: 13-14.

²⁸³ Özen, 2014: 10; Reisoğlu, 2013: 110; Yıldız Portakal, 2009: 15-16.

1.2.1.3. Elbirliği Hâlinde Borçluluk ve Alacaklılık

1.2.1.3.1. Elbirliği Hâlinde Borçluluk

Alacaklının, alacağını, borçlu olan birden fazla kişinin tamamından talep edebildiği, borçluların da söz konusu borcu ancak hep birlikte ifa edebildiği durumlarda “elbirliği (iştirak hâlinde) borçluluk” söz konusudur²⁸⁴. Elbirliği hâlinde borçlulukta alacaklının ifaya olan menfaati bütünlük arz eder. Bu sebeple borçlulardan sadece biri ya da birkaçının borcun bir kısmını ifa etmeye çalışması, onları borçtan kurtarmaz²⁸⁵. Elbirliği hâlinde borçluluk, elbirliği hâlinde mülkiyet ilişkisinin var olduğu hâllerde ortaya çıkar²⁸⁶. Bu hâllere ilişkin özel düzenlemelerin dışında, kanunlarda elbirliği hâlinde borçluluğa ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır²⁸⁷.

Elbirliği hâlinde borçluluk için ortaklık malvarlığına ilişkin bir borç bulunmalıdır ve bu ilişkilerde her borçlu, borcun tamamından sorumludur. Alacaklı alacağını borçluların birinden ya da bir kısmından talep etme yetkisine sahip olmayıp, tamamından talep etmek zorundadır²⁸⁸. Hâlbuki, Türk Hukukunda elbirliği hâlinde borçluluk ilişkilerinin tamamında müteselsil sorumluluk esasının getirilmiş olduğu görülmektedir. Bu durumda, elbirliği hâlinde borçlulardan sadece birinden talepte bulunulmasının yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre, elbirliği ortaklıklarında ortaklık borçları bakımından bütün borçlular aleyhine dava açmak zorunlu olmayıp, sadece birinden borcun ifası talep edilebilmelidir²⁸⁹. Zira müteselsil sorumluluğun doğal sonucu budur. Dolayısıyla, alacaklının her bir borçluyu birlikte dava ve takip etmesi gerekmemekte, sadece birine yönelmesi yeterli olmaktadır. Bu yüzden Türk-İsviçre Hukukunda esasında elbirliği hâlinde borçluluğun kabul edilmediği savunulmaktadır²⁹⁰.

Öğretide savunulan bir görüşe göre²⁹¹, ortaklık borçlarından dolayı müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü hükümler emredici nitelikte olmadığı için, alacaklıların bütün

²⁸⁴ Akıntürk, 1971: 7; Oğuzman ve Öz, 2017b: 460; Dağdelen, 2011: 193. Öğretide elbirliği hâlinde borçluluktan söz edebilmek için hukuken bölünemeyen bir borcun bulunması gerektiği de savunulmaktadır. Bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 58, dn. 137.

²⁸⁵ Dalcı Özdoğan, 2015: 58.

²⁸⁶ Öğretide Dalcı Özdoğan, elbirliği hâlinde borçluluğun fiili nedenlerle de ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Örnek olarak da bir müzik grubunun birlikte konser vermesini göstermektedir. Fakat bu durumda elbirliği hâlinde borçluluğa çok benzeyen bir müessese olan bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk durumu söz konusudur. Bu borçlulukta teselsül, elbirliği hâlinde borçlulukta olduğu gibi kanundaki özel düzenlemelerden değil, edimin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yazarın nitelemesine katılmak mümkün değildir. Bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 58-59.

²⁸⁷ Kanunlarda öngörülen elbirliği mülkiyeti hâlleri ise, aile malları ortaklığı (TMK m. 373), eşler arasındaki mal ortaklığı rejimi (TMK m. 256), miras ortaklığı (TMK m. 640) ve adi ortaklıktır (TBK m. 620).

²⁸⁸ Kapancı, 2014: 9; Akıntürk, 1971: 20.

²⁸⁹ Kapancı, 2014: 10 Akıntürk, 1971: 25.

²⁹⁰ Akıntürk, 1971: 21; Acar, 2003: 90-91, dpn. 234; Kapancı, 2014: 11. Aslında bu çözüm elbirliği hâlinde sorumluluk ve borçluluk prensiplerine uygun olmamakla birlikte alacaklının menfaatlerine hizmet etmektedir.

²⁹¹ Guhl vd., 2000: §-5, s. 26; Kapancı, 2014: 12.

borçlulara hep birlikte başvurması sözleşme ile öngörülmesine hukukî bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu durum alacaklı aleyhine sonuçlar doğurur. Bir diğer görüşe göre ise²⁹², elbirliği ortaklıkları ancak kanunda öngörülen hâllerle sınırlıdır, taraf iradeleriyle elbirliği hâlinde bir ortaklık ve borçluluk ilişkisi kurulamaz.

Kanaatimizce, elbirliği hâlinde borçluluk ilişkilerinin varlığında, kanun, maddî hukuk bakımından müteselsil borçluluk hukukî sonucunu öngörmüştür. Ancak şeklî hukuk, bu sonuçla uyumlu değildir. Müteselsil borçluluğun sonucu olarak alacaklının her bir borçludan, borcun tamamını talep edebilmesi kabul edilmekle birlikte, dava ve takip hukuku bakımından elbirliği hâlinde borçlular, zorunlu dava arkadaşısıdır²⁹³. Elbirliği hâlinde borçlulukta maddî hukuk kuralları müteselsil sorumluluğu öngörmüşken, HMK m. 59’a göre usul hukuku, “ihtiyarî dava arkadaşlığı” (HMK m. 57) yerine, zorunlu dava arkadaşlığını açıkça hükme bağlamıştır. O hâlde maddî hukuk bakımından borçluların bir ya da birkaçına başvurulması mümkün olsa dahi, dava ve takip hukuku bakımından bunun bir değeri yoktur ve sadece bazı borçlulara başvurulması hâlinde dava hemen reddedilmez. Verilen süre içinde dava arkadaşları davada yer almazsa dava, taraf teşkili yokluğundan reddedilir²⁹⁴. Açılan dava tek bir dava olup, verilen hüküm de bir tanedir²⁹⁵.

Elbirliği hâlinde borçluluğun temelinde yatan ortaklığın malvarlığı, borçları karşılamaya yetmezse, her bir borçlunun kişisel malvarlığına, farazi bir pay oranında başvurulabileceği savunulmaktadır (İİK m. 53)²⁹⁶. Bu farazi payların da TBK m. 112 gereğince “eşit” olduğu varsayılmaktadır²⁹⁷. Kanaatimizce dış ilişki bakımından farazi paylar söz konusu olmayıp her bir borçlu, borcun tamamından, kişisel malvarlığı ile sorumlu olmalıdır. Fakat teselsül, borçlular arasındaki iç ilişkide devam etmemektedir.

Edimin bölünememesi yüzünden ortaya çıkan şeklî teselsül durumu haricinde, elbirliği hâlinde borçluluğun ortaya çıktığı hâllerde edimin bölünebilir olup olmaması, ele alınması gereken bir konudur. Meselâ miras ortaklığında mirasçıların bir vasiyet alacaklısına antika bir elmas kolyeyi (bölünemeyen bir edimi) teslim etmeleri gerektiğinde, bu borç, miras ortaklığının bir borcu olduğu için bütün borçlulardan talep edilip, ifa, ortaklık malvarlığından gerçekleştirilir (TMK m. 641). Dolayısıyla edimin bölünemez nitelikte olması önem arz

²⁹²Bk. Acar, 2003: 88, dpn. 219.

²⁹³ Pekcanitez vd., 2013: 328. Öğretide Yılmaz, zorunlu dava arkadaşlığını maddî anlamda ve şekli anlamda olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Bk. Yılmaz, E., 2013: 596.

²⁹⁴ Yılmaz, E., 2013: 601; Pekcanitez vd., 2013: 330-331. Bu yönde bk. Yarg. 10. HD, T. 24.10.2011, E. 2011, E. 2011/11992, K. 2011/14535.

²⁹⁵ Pekcanitez vd., 2013: 330-331; Postacıoğlu ve Altay, 2015: 327, §-638, dn. 19.

²⁹⁶ Kapancı, 2014: 14, dn. 48’deki yazarlar.

²⁹⁷ Fakat işin niteliğinden ya da borçlular arasındaki ilişkiden bu oranın eşit olmadığı ya da farklı oranlarda sorumlu olunduğu anlaşılabilirse iç ilişkideki rücu ilişkilerinde bu orana riayet edilmesi gerektiği savunulabilir.

etmez, çünkü bu bir ortaklık borcudur. Edim konusu bölünebiliyorsa ve temelde yatan elbirliği hâlinde ortaklık ilişkisinin malvarlığından alacağın tamamı temin edilemiyorsa, alacaklı bütün borçlulara başvurmalıdır. Her bir borçlu da kalan kısmın tamamından sorumlu olur. Eğer edim bir tâlî edime dönüşürse, bir tazminat borcu hâline gelirse, bütün borçlular, tazminat borcunun tamamından sorumlu olurlar²⁹⁸.

1.2.1.3.2. Elbirliği Hâlinde Alacaklılık

Elbirliği hâlinde alacaklılık, birden fazla kişinin, yapmış oldukları hukukî işlemle ya da kanunda öngörülen hâller sebebiyle meydana gelen elbirliği ortaklığına dâhil olan bir alacak üzerindeki alacaklılık durumuna verilen addır²⁹⁹. Elbirliği hâlinde alacaklılık, kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Elbirliği hâlinde alacaklılık için, alacağın bu ortaklık ilişkisinden doğmuş olması gerekmektedir. Alacağın doğuşu, külli halefiyet yoluyla alacaklılara intikal etmek suretiyle ya da ortaklık devam ederken gerçekleşebilir³⁰⁰.

Elbirliği hâlinde alacaklılık durumlarında tek bir alacak vardır ve alacaklıların bölünmemiş bir tane alacak hakkı bulunmaktadır³⁰¹. Alacaklılar hep birlikte talepte bulunmadıkça, borçlu ya da borçlular birlikte dava açma def'ini ileri sürebilirler³⁰². Borçlu ya da borçlular, ifayı, alacaklıların tamamına gerçekleştirmelidir. Alacaklıların da kendi aralarında, ifayı birlikte kabul zorunlulukları bulunmaktadır³⁰³.

HMK m. 59 hükmünün açık ifadesi sebebiyle, elbirliği hâlinde alacaklılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Alacak, sadece bazı alacaklılar tarafından dava edilirse, dava hemen reddedilmez fakat verilen süre içinde dava arkadaşları davada yer almazsa dava, taraf teşkili yokluğundan reddedilir³⁰⁴.

Elbirliği hâlinde alacaklılık bakımından edimin bölünebilir olmasının önemine ilişkin sonuçlar, elbirliği hâlinde borçluluğa ilişkin sonuçlarla paralellik arz eder. Elbirliği hâlinde alacaklılık durumunda da edim ister bölünebilir olsun ister bölünemeyen nitelikte olsun, alacak, ortaklığın malvarlığıdır. Bu yüzden elbirliği hâlinde alacaklılığın ortaya çıkması bakımından edimin bölünebilir olup olmaması önem taşımaz.

²⁹⁸ Kapancı, 2014: 16; Acar, 2003: 91, dpn. 238.

²⁹⁹ Von Tuhr ve Escher, 1974: 293; Eren, 2017: 1219; Acar, 2003: 88-89; Oğuzman ve Öz, 2017b: 493. Elbirliği hâlinde alacaklılığın sözleşme ile kararlaştırılması ender karşılaşılan bir durum olsa da, pozitif hukuk bakımından böyle bir sözleşmenin yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

³⁰⁰ Von Tuhr ve Escher, 1974: 293; Acar, 2003: 89.

³⁰¹ Guhl vd., 2000: 27; Acar, 2003: 90.

³⁰² Acar, 2003: 91. Genel kural her alacaklının hep beraber dava açması olsa dahi gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde her bir alacaklının ortaklık menfaatlerini tehlikeye düşürmemek adına dava açabileceği TMK m. 640/4 ve 702/4'te öngörülmüştür.

³⁰³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 493; Acar, 2003: 92.

³⁰⁴ Yılmaz, E., 2013: 601; Pekcanitez vd., 2013: 330-331.

1.2.1.4. Kısmî Borçluluk ve Alacaklılık

1.2.1.4.1. Kısmî Borçluluk

Aynı hukukî ilişkiden dolayı borç altına giren birden fazla kişinin, borcun tamamından değil de, sadece belirli bir kısmından sorumlu olmayı üstlenmesine “kısmî borçluluk” veya “paylı (müşterek) borçluluk” denir³⁰⁵. Kısmî borçluluk -tıpkı bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta olduğu gibi- edimin niteliğine bağlı bir borçluluk türüdür. Çünkü, kısmî borçluluğun doğabilmesi için ön şart, edimin niteliğinde, ekonomik değerinde bir değişim olmaksızın bölünebilmesidir³⁰⁶. Kısmî borçluluğun doğabilmesinin bir diğer şartı da borçlular arasında kanundan ya da hukukî işleminden doğmuş bir teselsül ilişkisinin bulunmamasıdır³⁰⁷.

İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında kısmî borçluluğa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte özellikle TBK m. 85/II ve 162 hükümlerinin karşıt anlamlarından, kısmî borçluluğun anlam ve niteliğini ortaya koymak mümkün hale gelir. Gerçekten de, TBK m. 85/II hükmü ile, bölünemeyen borcun birden çok borçlusunun her biri, borcun tamamını ifa ile yükümlü kılınmıştır. Bu hükmün işaret ettiği hukukî sonucun, yorum yoluyla ulaşılabilen zıt anlamı da şudur: “Borçlanılan edim bölünebilir nitelikteyse ve birden fazla borçlu tarafından borçlanılmışsa, her bir borçlu, borcun kendi payına düşen kısmıyla sorumlu olur.”.Başka bir deyişle, borçluların her birinin, borcun tamamından sorumlu olma sebebi, edimin bölünemezlik niteliği olduğuna göre, bu nitelik ortadan kalktığında, yani bölünebilir bir edim borçlanıldığında, borçluların her birinin borcun tamamından sorumlu olmasının da gereği ortadan kalkar. Dolayısıyla her bir borçlu, payı oranında sorumlu olur. Borçluların tamamının kendi payına düşen borcu yerine getirmesiyle de, “bütün edim” ifa edilmiş olur.

TBK m. 162 hükmü gereğince, müteselsil borçluluk ya kanundan ya da borçluların her birinin alacaklıya karşı teselsül iradesi taşıdığını bildiren bir anlaşma ile kurulabilir. Bu hükmün yorumuyla ulaşılan sonuç, müteselsil sorumluluğun karine olarak kabul edilmeyip mutlaka bir kanun ya da sözleşme hükmüne dayanması gerektiğidir. O hâlde, bu iki hukukî sebepten hiçbirisi yoksa, birden fazla kişinin borçluluğunun hukukî niteliğinin tespiti gerekir. Bu hukukî nitelik de kısmî borçluluktur. TBK m. 85 ve TBK m. 162 hükmünün birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur: Kanundan veya sözleşmeden doğan bir müteselsil borçluluk durumu yoksa, bölünebilen bir borcun borçluları, alacaklıya karşı kısmî

³⁰⁵ Oğuzman ve Öz, 2017b: 460; Akıntürk, 1971: 7; Dalcı Özdoğan, 2015: 52; Kılıçoğlu, 2017: 927-928.

³⁰⁶ Eren, 2017: 1222; Kapanıcı, 2014: 17 vd; Dalcı Özdoğan, 2015: 53; Akıntürk, 1971: 14; Tunçomağ, 1976: 1024.

³⁰⁷ Akıntürk, 1971: 14; Eren, 2017: 1223.

borçludurlar. Bu kişiler, edimin tamamından değil, sadece kendi borçlandıkları edimi ya da paylarına düşen edim kısmını ifa ile yükümlüdürler.

Türk Hukukunda bölünebilen edimin birden fazla borçlusu arasındaki hukukî ilişkinin kural olarak kısmî borçluluk olması, kaynağını Roma Hukukundan almaktadır³⁰⁸. Buna göre, genel kural kısmî borçluluk olmakla birlikte, yalnızca ticari işler bakımından teselsül, karine olarak öngörülmüştür (TTK m. 7). Benzer şekilde İsviçre Hukukunda da kural olarak kısmî borçluluk kabul edilmişken, Alman Hukukunda, tam aksi bir kabul hâkimdir. Gerçekten de, BGB §- 420'ye göre³⁰⁹ birden fazla kişi bölünebilen bir edimi borçlanmışsa ya da bölünebilen bir edimin alacaklısı ise, şüphe durumunda borçluların her biri eşit miktarda sorumlu olup, alacaklılar da eşit miktardaki kısmı talep edebilir³¹⁰. Fakat kısmî borçluluğu, kısmî alacaklılığı ve eşitlik karinesini düzenleyen bu hükme, BGB §- 427³¹¹ ile son derece geniş bir istisna öngörülmüştür³¹². Buna göre, birden fazla kişi, sözleşmeyle, bölünebilir bir edimi birlikte borçlanmışsa, şüphe durumunda bunların müteselsil borçlu olduğu kabul edilir. O hâlde genel kural, sözleşmeden doğmayan borçlar bakımından uygulama alanı bulur.

Kısmî borçlulukta hukukî sebep tektir. Alacaklıya karşı kısmî borçların bir araya gelerek oluşturduğu tek bir “bütün borç” borçlanılmıştır³¹³. Bu sebeple borçlar, doğumları bakımından birliktelik taşır. Fakat doğduktan sonra bu borçların hukukî kaderleri birbirinden ayırmakta ve bağımsızlaşmaktadır³¹⁴. Her bir borçlu, bütün borcun sadece belli bir kısmını borçlanmakta ve o kısmı ifa etmekle borcundan kurtulmaktadır³¹⁵. Fakat payına düşen borcu ifa eden borçlu, ifa ettiği oranda diğer borçluları borçtan kurtarmaz. Borç, borçlulardan biri bakımından herhangi bir sebeple sona ererse, bu durum diğer borçluları etkilemez³¹⁶. Alacaklı da, üzerine düşen borç kısmını ifa etmeyen borçlunun borcu için, diğer borçlulara başvuramaz ya da bir borçluya karşı sahip olduğu bir def'i hakkını, bu hakka sahip olmadığı diğer borçlu ya da borçlulara karşı ileri süremez³¹⁷.

Kısmî borçlulukta önem arz eden bir diğer konu da, her bir borçlunun borcunun kapsamının belirlenmesi, yani borçluların sorumluluk paylarının ortaya konulmasıdır. Eğer borçlular arasında bir sözleşme varsa, sorumluluk oranı, bu sözleşmede öngörülen oran ve

³⁰⁸ Kapancı, 2014: 19; Akıntürk, 1971: 15.

³⁰⁹ BGB §- 420 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_420.html, (erişim tarihi: 29.10.2016).

³¹⁰ Jürgens, 1988: 11.

³¹¹ BGB §-427 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_427.html, (erişim tarihi: 29.10.2016).

³¹² Jürgens, 1988: 11; Akıntürk, 1971: 15. Alman Hukukunda, borçluların müteselsil değil, kısmî borçlu olduklarının sözleşme ile kararlaştırılmış olması gerekmektedir.

³¹³ Jürgens, 1988: 13.

³¹⁴ Guhl vd., 2000: §-5, s. 25; Kapancı, 2014: 18-19; Eren, 2017: 1223.

³¹⁵ Von Tuhr ve Escher, 1974: 291; Dağdelen, s. 193; Akıntürk, 1971: 17.

³¹⁶ Akıntürk, 1971: 18; Kapancı, 2014: 21.

³¹⁷ Tunçomağ, 1976: 1026; Kapancı, 2014: 20. Benzer biçimde, borçlulardan biri borç ödemekten acze düşerse, bu diğer borçluların sorumluluğunu artırmaz, bu rizikoya alacaklı katlanır. Bk. Von Tuhr ve Escher, 1974: 291.

ilkelere göre belirlenir³¹⁸. Asıl mesele böyle bir sözleşmenin bulunmaması hâlinde ortaya çıkar. Bu durumda özellikle alacaklı bakımından yeterince dezavantajlı bir müessese olan kısmî borçluluk hâlinde, ayrıca alacaklının, borçluların sorumluluk paylarını bilmemesi daha da aleyhinedir. Bu durumda TBK m. 167'deki eşitlik karinesinin uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilmektedir³¹⁹.

Alacaklının, borçluların sorumlu oldukları oranda, her bir borçluya ayrı ayrı başvurması, dava açması ve takip başlatması gerekir³²⁰. Aksi hâlde, yani borçlulardan herhangi birine borcun tamamı ya da payına düşenden fazla kısım için başvurulduğunda, borçlunun “bölme def’i”ni ileri sürme hakkı vardır. Bu def’inin ileri sürülmesiyle, borçlular arasında rücu ilişkilerinin doğmasının da önüne geçilir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmî borçlulardan biri, üzerine düşen kısmın ifasını alacaklıya teklif ederse, alacaklının, diğer kısmî borçluların borçlarını yerine getirmedikleri gerekçesi ile ödemezlik def’ini (TBK m. 97) ileri sürememesi gerektiği kabul edilmektedir³²¹. Alman Hukukunda bu durumda alacaklıya ödemezlik def’ini ileri sürebilme imkânı BGB §- 320 ile tanınmaktadır. Fakat borçlulardan herhangi biri ya da birkaçı, payına düşenden fazla miktarda borcu öderse, gerçekleşen ifa, üçüncü kişinin ifası niteliğindedir. Bilindiği gibi, kural olarak borcun borçlu tarafından bizzat ifa edilmesi gerekmez. Bu sebeple alacaklı, bir borçlu yerine, payına düşenden fazlasını ödeyen başka bir borçlunun ifa teklifi karşısında bütün edimi yine de elde edemiyorsa, bu durumda onun, kısmî ifayı ret hakkının mevcut olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Kanaatimizce, alacaklının ret hakkı, karşı edimin, başka bir deyişle alacaklının borçlandığı edimin niteliğine göre belirlenebilir. Kısmî borçluların her birinin borçlandığı edim ya da edimler, kısmî borçluluğun bir gereği olarak bölünebilir nitelik taşıdığından, artık alacaklının, üzerine düşen edim kısmını ifa eden borçluya karşı kendi borcunu ifadan kaçınması ve ödemezlik def’ini ileri sürmesi haklı bir sebebe dayanmaz. Ancak alacaklının karşı edimi bölünemeyen nitelikteyse, artık TBK m. 85 hükmü uygulama alanı bulur ve alacaklı tamamen tatmin edilene kadar ödemezlik def’ini ileri sürebilmelidir.

1.2.1.4.2. Kısmî Alacaklılık

Birden fazla alacaklının her birinin, borçludan, borcun sadece belli bir kısmını istemeye yetkili olduğu alacaklılık durumuna kısmî alacaklılık “Teilgläubigerschaft” denir³²².

³¹⁸ Akıntürk, 1971: 17; Dağdelen, 2011: 192.

³¹⁹ Jürgens, 1988: 11; Akıntürk, 1971: 16; Kapancı, 2014: 21.

³²⁰ Akıntürk, 1971: 16; Kapancı, 2014: 21.

³²¹ Dağdelen, 2011: 193; Akıntürk, 1971: 18. Ayrıca bk. 3.1.2.1.2.

³²² Eren, 2017: 1242; Acar, 2003: 85-86.

Türk Borçlar Kanunu'nda kısmî alacaklılığa ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kısmî borçluluk için yapılan açıklamalar ve sonuçlar kısmî alacaklılık için de geçerlidir. Buna göre elbirliği hâlinde, müteselsil ya da bölünemeyen edime birlikte alacaklılık hâlleri gibi istisnâî birlikte alacaklılık hâli mevcut olmadıkça, kural, kısmî alacaklılığın varlığıdır³²³. Tıpkı kısmî borçlulukta olduğu gibi, kısmî alacaklılık da ancak bölünebilen borçlar bakımından mümkündür³²⁴. Türk-İsviçre Hukukunda kural kısmî alacaklılıktır. Bunun gibi, Alman Hukukunda BGB §-420 hükmü ile kısmî alacaklılık kural olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, kısmî borçlulukta olduğu gibi istisna içeren bir hüküm (§-427) kısmî alacaklılar için öngörülmemiştir. O hâlde, Alman Hukukunda kaynağı ne olursa olsun, bölünebilen bir edime kısmî alacaklılık kuraldır³²⁵. Alacaklılar arasında herhangi bir sözleşme yoksa, alacak miktarının eşit olduğu karinesi Alman Hukukunda açıkça hükme bağlanmıştır. Türk Hukukunda açık bir kanunî düzenleme bulunmamakla birlikte, TBK m. 85/I ve 162/II hükümlerinin yorumu ile aynı sonuca ulaşılır.

Birden fazla alacaklı, alacağı kısım kısım elde ederken, ne alacaklıların ne de borçluların bu durumdan kaynaklanan bir zararı olmalıdır. Zira kısmî alacaklılığın ilk şartı, edimin ekonomik değerinde ve işlevinde bir eksiklik meydana gelmeksizin bölünebilir olmasıdır. Sözleşme ile sübjektif olarak bölünememesi kararlaştırılan edimler bakımından kısmî alacaklılık mümkün olamaz³²⁶.

Kısmî alacaklılıkta, aynı hukukî sebepten doğmuş tek bir borç bulunmaktadır. Fakat bu borç birden fazla alacaklıya ifa edilmelidir³²⁷. Dolayısıyla her bir alacaklı, alacağın kendi payına düşen kısmının ifasını talep edebilir. Tıpkı kısmî borçlulukta olduğu gibi kısmî alacaklılıkta da borçlu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kendi (karşı) edimini ifa eden alacaklılardan birinin kısmî talebi ile karşılaştığında, diğer alacaklı ya da alacaklıların üzerlerine düşen borcu yerine getirmedikleri iddiası ile, borcunu yerine getiren alacaklıya ifadan kaçınmaz, ödemezlik def'ini ileri süremez³²⁸.

Kısmî alacaklılığa ilişkin bir diğer mesele de alacaklılar arasında rücu (denkleştirme) alacağının doğup doğmamasına ilişkindir. Kısmî alacaklılıkta her bir alacaklı, alacağın sadece belli bir kısmını talep edebildiği için borçlu ya da borçlular da sadece borcun belli bir kısmını ilgili alacaklıya ifa ile yükümlüdür. Dolayısıyla alacaklılar arasında, kendi aralarındaki hukukî ilişkiye göre belli olan alacak miktarından fazla bir kazanım elde etmeleri teorik olarak

³²³ Gauch vd., 2014b: N. 3658; Acar, 2003: 84.

³²⁴ Esser ve Schmidt, 1999: 330; Eren, 2017: 1242; Acar, 2003: 85-86.

³²⁵ Esser ve Schmidt, 1999: 330; Acar, 2003: 86.

³²⁶ Acar, 2003: 87.

³²⁷ Gauch vd., 2014b: N. 3659; Acar, 2003: 87.

³²⁸ Akıntürk, 1971: 18; Acar, 2003: 87.

mümkün değildir³²⁹. Zira, bir alacaklının, kendi payına düşen alacak miktarını talep etmesi, haklı bir sebebe dayanmaz, borçlu da fazla kısmı ifaya zorlanamaz. Borçlunun, alacaklılardan birine kısmî alacağı ifa etmesi ya da borcu sona erdiren başka bir sebeple alacağın sona ermesi, diğer alacaklıların alacak haklarına etki etmez.

1.2.1.5. Bölünemeyen Edime Birlikte Borçluluk ve Alacaklılık

1.2.1.5.1. Bölünemeyen Edime Birlikte Borçluluk

Bölünemeyen edime birlikte borçluluk hâli TBK m. 85/II'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, bölünemeyen borcun birden çok borçlusunun bulunması halinde, borçlulardan her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. Bu borçluluk türünde edimin niteliğinden kaynaklanan bir birliktelik ortaya çıkmaktadır³³⁰. Bu “zorunlu” birlikteliğin borcun ifasında oynadığı rolün belirlenmesi bakımından kanun koyucunun önünde iki seçenek bulunmaktadır. Buna göre, kanun koyucu ya alacaklının, ancak borçluların tamamından aynı anda ya da borçlulardan herhangi birinden edimin ifasını talep etmesi yönünde bir irade ortaya koyabilirdi. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nda ikinci yolun tercih edildiği görülmektedir. Her bir borçlu, edimin ifasından tek başına sorumlu tutulabilmektedir³³¹.

Türk Hukukundaki düzenleme (TBK m. 85/II) ile İsviçre Hukukundaki düzenleme (OR Art. 70/II) paralellik arz etmektedir. Ancak istisnâ bazı hâllerde, alacaklının, bölünemeyen edimin birlikte borçlularından sadece birinden ya da birkaçından edimi talep edebilmesi mümkün olamayabilir³³². Hâlbuki, bu hâllerde zorunlu olarak, alacaklının bütün borçlulardan talepte bulunması gerekmektedir. Bazı yazarlar, bahsi geçen ihtimalde elbirliği hâlinde borçluluğa benzer bir durumun ortaya çıktığını savunmaktadır. Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise, doğrudan doğruya elbirliği hâlinde borçluluğun oluştuğunu ileri sürmektedirler³³³. Bölünebilen bir edim, taraf iradeleriyle bölünemez hale gelmişse, alacaklı

³²⁹ Acar, 2003: 88.

³³⁰ Dalcı Özdoğan, 2015: 55; Akıntürk, 1971: 8. Para borçları bakımından TBK m. 85 hükmünün uygulanamayacağı yönünde bk. Yarg. 12. HD., T. 13.07.2010, E. 2010/6591, K. 2010/18867. Karara konu olan olayda iki lehdarı bulunan bonunun lehdarları arasındaki ilişki açıkça aksi belirtilmediği be borç da para borcu olduğu için, kısmî alacaklılık olarak tespit edilmiştir. Bu nedenle lehdarlardan birisinin tek başına senetten doğan hakkın tamamını isteyemeyip, ancak yarısını dava ve takip etme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı doğrultuda bk. Yarg. 12. HD., T. 23.06.1992, E. 1992/1813, K. 1992/8573, Yarg. 12. HD., T. 15.11.2005, E. 2005/18094, K. 2005/22292. Karar metinleri için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 10.08.2017).

³³¹ Kostkiewicz, 2016: 351; Oğuzman ve Öz, 2017a: 290; Honsell vd., 2011: Art. 70, N. 3; Guhl vd., 2000: §-5, s. 27. Türk hukukundaki bu düzenlemenin benzeri İsviçre Hukukunda da benimsenmektedir. Bk. OR, Art. 70/II.

³³² Konuya ilişkin olarak bk. Yarg. 12. HD., T. 09.12.1982, E. 1982/9039, K. 1982/9255. Karara konu olan olayda kiracıların kira borcundan payları oranında sorumlu oldukları belirtilmiştir. Ancak, borçlulardan biri hakkında yapılan takibe dayanarak kiralananın tahliyesi istenemeyeceği, çünkü bu borcun bölünebilen borçlardan olmadığına hükmedilmiştir. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 09.07.2017).

³³³ Bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 55-56, dpn. 127.

her bir borçludan, borcun tamamını talep edebilirken; tersi durumda, yani bölünemez nitelikteki bir edimin bölünebilir olduğunun taraflar arasında kararlaştırılması hâlinde ise başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz bir sözleşmenin olduğu savunulmaktadır³³⁴.

TBK m. 85/III'e göre ifade bulunan borçlu durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, alacaklıya halef olur ve diğer borçlulardan payları oranında alacağını isteme hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra TBK m. 155/I'e göre müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu bölünemeyen borca birlikte borçluluğu, bir müteselsil borçluluk hâli olarak öngörmemiştir. Fakat, müteselsil borçlulukla aynı hukukî sonuçlara bağlamıştır³³⁵. Alman Hukukunda bölünemeyen borcun birden fazla borçlusu arasındaki teselsül ilişkisinin varlığı BGB §-431³³⁶ ile kabul edilmektedir³³⁷. Bahsi geçen hüküm uyarınca birden fazla kişi bölünemeyen bir edim borçlanırsa, bunlar, müteselsilen sorumlu olur. Esasında bu ihtimalde, müteselsil borçluluğa çok benzer bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır. Hatta bu yüzden öğretide bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk, “şekli teselsül” olarak da adlandırılmaktadır³³⁸. Şeklî hukuk bakımından ise bölünemeyen borcun birlikte borçluları arasındaki ilişki, zorunlu dava arkadaşlığı olarak kabul edilmektedir (HMK m. 59).

Bölünemeyen edim, zamanla bir tazminata dönüşürse, yani edimin mahiyeti değişerek bölünebilir bir edim hâline gelirse, alacaklının, edimin tamamını borçluların herhangi birinden talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre borçlular arasında teselsül devam eder ve alacaklı herhangi bir borçludan borcun tamamını talep edebilir³³⁹. Öğretide savunulan ikinci görüşe göre, TBK m. 162/II'ye göre kısmî borçluluk kural, müteselsil borçluluk istisnâî nitelikte olduğu için açık bir kanun hükmü bulunmadıkça müteselsil sorumluluğun var olduğu sonucuna varılamaz³⁴⁰. Bu yüzden borcun doğuş sebebine bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Üçüncü görüşe göre ise, bölünemeyen bir edim daha sonra bölünebilir bir edime dönüşürse, borçlular arasında kısmî borçluluk gündeme gelmelidir³⁴¹. Kanaatimizce, bu son görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira bölünemeyen edim sebebiyle birlikte borçluluğu müteselsil

³³⁴ Dalcı Özdoğan; s. 56.

³³⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 290; Dalcı Özdoğan, 2015: 56; Antalya, 2017: 101.

³³⁶ BGB §-431 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_431.html.

³³⁷ Jürgens, 1988: 24; Dalcı Özdoğan, 2015: 56; Akıntürk, 1971: 10.

³³⁸ Von Tuhr ve Escher, 1974: 319; Guhl vd., 2000: 27; Akıntürk, 1971: 10 ve dnp 12'deki yazarlar ve s. 72; Dalcı Özdoğan, 2015: 56; Dağdelen, 2011: 195; Antalya, 2017: 101.

³³⁹ Weber, 2005: Art. 70, N. 48. Türk hukukunda bu görüş Oğuzman ve Öz (2017a) tarafından savunulmaktadır. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 290. Konu hakkında ayrıca bk. Dalcı Özdoğan, 2015: 57; Akıntürk, 1971: 12. dnp. 17'deki yazarlar.

³⁴⁰ Gauch vd., 2014b: N. 3698; Eren, 2017: 1221; Akıntürk, 1971: 12; Dalcı Özdoğan, 2015: 57.

³⁴¹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 290; Dalcı Özdoğan, 2015: 58; Akıntürk, 1971: 13, 73.

borçluluğa yaklaştıran unsur, edimin niteliğinden başka bir şey değildir. Edimin bu niteliği kaybetmiş olmasına rağmen, borçlular arasında bu etkinin devam etmesinin herhangi bir hukukî dayanağı da bulunmamaktadır.

1.2.1.5.2. Bölünemeyen Edime Birlikte Alacaklılık

Bölünemeyen edime birlikte alacaklılık, edimin niteliğinden kaynaklanan bir birliktelik hâlidir. Konuya ilişkin TBK m. 85/I'e göre bölünemeyen bir borcun birden çok alacaklısının olması hâlinde, alacaklılardan her biri, borcun alacaklıların tamamına ifasını isteyebilir. Borçlu ise, edimini alacaklıların hepsine birden ifa etmek zorundadır. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, bölünemeyen edimin birlikte alacaklılarından her biri, edimin tamamının ifasının ancak alacaklıların tamamına gerçekleştirilmesini talep edebilir. Ancak alacaklılardan biri ifayı kendisine talep etme konusunda diğerlerinin temsilcisi ise, ifa temsilci olan alacaklıya da gerçekleştirilebilir³⁴². Borçlu da sadece talepte bulunan alacaklıya edimi ifa etmekle borçtan kurtulamaz, bunun yerine, alacaklıların her birine hep birlikte edimi ifa etmelidir³⁴³. Borçlu, alacaklıların tamamına edimi ifa etmezse, borçlunun diğer alacaklılara karşı borcu sona ermez ve onlara karşı sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu gündeme gelir³⁴⁴. Esasında bu hüküm, alacaklının ifaya katılması gereken hâllerde uygulama alanı bulur. Zira ifa, alacaklının veya alacaklıların katılımı olmaksızın gerçekleşebiliyorsa bölünemeyen edimin kime ifa edileceği, sorun teşkil etmez³⁴⁵.

Alacaklılardan herhangi birinin açmış olduğu ifa davasında talep, ancak edimin bütün alacaklılara ifa edilmesi olabilir. Bununla birlikte hüküm, diğer alacaklıları lehe veya aleyhe etkilemez³⁴⁶. Alacaklılardan hiçbirisi yalnız başına edimin tamamını tahsil edemez. Borçlu, edimi bütün alacaklılara tam ve gereği gibi ifa etmeyi teklif ettiğinde alacaklılardan herhangi biri kabulden kaçınırsa, kabule yanaşan alacaklılar da dâhil olmak üzere bütün alacaklılar temerrüde düşer³⁴⁷ (TBK m. 106). Ayrıca ifanın alacaklıların tamamına gerçekleşememesi

³⁴² Kostkiewicz, 2016: 350; Von Tuhr ve Escher, 1974: 326.

³⁴³ Von Tuhr ve Escher, 1974: 326; Esser ve Schmidt, 1999: 332-333; Kostkiewicz, 2016: 350; Schraner, 2000: Art. 70, N. 36, s. 65; Antalya, 2017: 101; Acar, 2003: 81. Bu özellik bölünemeyen edime birlikte alacaklılık ile müteselsil alacaklılığı birbirinden ayıran en önemli farktır. Zira müteselsil alacaklılıkta her bir alacaklı, edimin ifasını talep edebilir, Bu yönüyle iki alacaklılık birbirine benzer. Fakat müteselsil alacaklılıkta borçlu herhangi bir alacaklıya edimi ifa ile borçtan kurtulurken, bölünemeyen edime birlikte alacaklılıkta bütün alacaklılara ifa etmedikçe borçtan kurtulamaz.

³⁴⁴ Von Tuhr ve Escher, 1974: 326; Uygur, 2012: 590; Tunçomağ, 1976: 1030.

³⁴⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 290. Meselâ bölünemeyen nitelik taşıyan yapmama edimlerinin birden fazla alacaklısı olsa dahi ifanın kime gerçekleştirileceği önem arz etmez. Çünkü, alacaklıların bu tür edimlerin ifasına katılması gerekmez.

³⁴⁶ Von Tuhr ve Escher, 1974: 327; Schraner, 2000: Art. 70, N. 38, s. 65-66; Acar, 2003: 82. Öğretide Tunçomağ, bölünemeyen alacağın ifasını tek başına talep eden alacaklının, diğer alacaklılarla arasındaki ilişkiyi vekâletsiz iş görme olarak belirleyip, bu kişinin gerçek vekâletsiz iş görenden, kendi menfaatine hareket etmekle farklılaştığını belirtmektedir. Bk. Tunçomağ, 1976: 1029.

³⁴⁷ Schraner, 2000: Art. 70, N. 37, s. 65; Uygur, 2012: 590; Oğuzman ve Öz, 2017a: 290; Antalya, 2017: 100.

alacaklıların biri veya birkaçının davranışlarından kaynaklanıyorsa, borçlunun, alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanmasına bir engel bulunmamaktadır.

Borç ilişkisinde borçlanılmış bölünemeyen edim, bölünebilir bir edime, meselâ bir tazminat alacağına dönüşmüşse, her bir alacaklı, artık tazminatın payına düşen kısmını talep edebilir³⁴⁸. Alacaklıların her biri, bağımsız hareket edebilir³⁴⁹.

Her bir alacaklı, ifanın bütün alacaklılara gerçekleşmesini talep edebileceği için, ifa gerçekleştikten sonra, alacaklılar arasında bir iç ilişkinin, dolayısıyla bir rücu ilişkisinin kanunda öngörülmediği görülmektedir³⁵⁰. Paylaşım bakımından alacaklıların arasındaki iç ilişkiye dair esasların geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁵¹.

1.2.1.6. Kümüleşyon (Yığılma)

Alacaklının, aynı edimi birbirinden farklı borçlulardan talep edebildiği ve bunlardan biri edimi yerinde getirdiğinde, diğeri veya diğerlerinin borcunun sona ermediği hâllerde “kümüleştif (yığılmalı) borçluluk” söz konusudur³⁵². Kümüleştif borçluluk, özellikle şahıs sigortalarında ortaya çıkmaktadır. Şahıs sigortalarında riziko gerçekleştiğinde sigortalı hem sigortacıdan, sigorta sözleşmesine dayanarak; hem de zarar veren üçüncü kişiden zararının tazminini talep edebilir. Bu takdirde farklı hukukî sebeplerle borçlu olan kişilerden birinin edimi ifa etmesi, diğerinin borcunu sona erdirmez, alacaklının diğerinden de talepte bulunulmasına engel olmaz. Esasında burada birden fazla sayıda olan, borçlular değil, borç ilişkileridir³⁵³. Kümüleştif borçlulukta borçlular arasında herhangi bir hukukî bağ bulunmamaktadır. Zira borcu doğuran hukukî sebepler farklıdır³⁵⁴. Bu yüzden borçluların kendi aralarında bir iç ilişkiden ve rücu ilişkisinden de söz edilemez.

Kümüleştif borçlulukta ilişkinin pasif tarafı birden fazla kişiden oluşmaktadır. Fakat borç ilişkileri farklı hukukî sebeplere dayanmaktadır. Dolayısıyla edimin bölünebilir olması, gerek ifanın konusu, gerekse her bir ifanın doğurduğu hüküm ve sonuçlar bakımından önem taşımamaktadır. Olumlu veya olumsuz bir edim, kümüleştif olarak borçlanılabilir.

Kümüleştif borçlulukta olduğu gibi kümüleştif alacaklılığı da belirleyen ortak nitelikler bulunmamaktadır. Borç ilişkisinin aktif tarafında birden fazla kişi bulunup her bir alacaklı kendisine ifayı talep edebilmekle birlikte, borçlu, alacaklılardan birine borcu ifa etmekle

³⁴⁸ Von Tuhr ve Escher, 1974: 327; Gauch vd., 2014b: N. 3684.

³⁴⁹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 290; Tunçomağ, 1976: 1030.

³⁵⁰ Schraner, 2000: Art. 70, N. 45, s. 67.

³⁵¹ Schraner, 2000: Art. 70, N. 45, s. 67.

³⁵² Jürgens, 1988: 145; Von Tuhr ve Escher, 1974: 290; Akıntürk, 1971: 6; Oğuzman ve Öz, 2017b: 460; Kapancı, 2014: 84; Eren, 2017: 1222.

³⁵³ Eren, 2017: 1222; Akıntürk, 1971: 5.

³⁵⁴ Akıntürk, 1971: 6; Kapancı, 2014: 84; Eren, 2017: 1222.

borçtan kurtulmaz. Çünkü borçlu, alacaklı sayısı kadar ifa yükümü altında bulunmaktadır³⁵⁵. Dolayısıyla alacaklı sayısı kadar borç ilişkisi vardır. Bu sebeple, alacaklılardan birinin tatmin edilmesi durumunda, diğerleriyle arasında bir rücu ya da denkleştirme ilişkisi bulunmamaktadır.

1.2.2. Kismî İfa İmkânsızlığı Bakımından Edimin Bölünebilir Olması

1.2.2.1. Genel Olarak

İmkânsızlık, felsefî ve hukukî bakımdan ayrı anlamlar taşıyan, pek çok farklı tasnifle incelenen bir kavramdır. Fakat Türk-İsviçre Hukukunda imkânsızlık, “sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama” (TBK m. 27/I) ve bir “ifa engeli” (TBK m. 136/I) olmak üzere başlıca iki yönlü olarak hükme bağlanmaktadır³⁵⁶. Kavramın, mevzuatta bir tanımı bulunmamakla birlikte öğreti tarafından yapılmış pek çok tanımı bulunmaktadır. Bu tanımların bazıları imkânsızlığın bütün unsurlarını ortaya koymamaktadır³⁵⁷. Genel anlamda, imkânsızlık, borçlanılan edimin baştan itibaren geçerli olarak doğmasını veya doğduktan sonra borçlu veya üçüncü kişiler tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen fiilî veya hukukî engellerdir³⁵⁸.

İmkânsızlık, öğretide objektif/sübjektif imkânsızlık, başlangıçtaki/sonraki imkânsızlık, sürekli/geçici imkânsızlık ve tam/kismî imkânsızlık olmak üzere değişik açılardan tasnif edilmektedir³⁵⁹. Edimin bölünebilir olmasının önem taşıdığı ayırım ise tam imkânsızlık-kismî imkânsızlık ayırımıdır. Tam imkânsızlık, borçlanılan edimin ifasının tam olarak yerine getirilemediği hâllerde ortaya çıkar³⁶⁰. Kismî imkânsızlık ise, edimin yerine getirilmesinin tamamen değil de kısmen mümkün olmadığı hâllerde ortaya çıkar³⁶¹. Bunun yanı sıra öğretide, kismî imkânsızlığın zaman, konu ve yer bakımından incelendiği görülmektedir. Ayrıca kismî imkânsızlığın hüküm ve sonuçları, başlangıçta ve sonradan ortaya çıkmasına göre farklılık arz eder.

Kismî imkânsızlığın, edimin bölünebildiği hâllerde ortaya çıktığı savunulmaktadır³⁶². Edim, niteliği itibarıyla bölünemiyorsa, ortaya çıkan imkânsızlık tam imkânsızlıktır. Tam imkânsızlığın müeyyidesi ise, TBK m. 112 gereğince edimin hiç ifa edilmemesi yüzünden

³⁵⁵ Acar, 2003: 92; Eren, 2017: 1241-1242.

³⁵⁶ Dural, 1973: 12.

³⁵⁷ Bazı tanımlarda imkânsızlık mantikî olarak ele alınmaktadır ve mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hâller imkânsız olarak nitelenmektedir. Bk. Dural, 1973: 13 vd.; Gündoğdu, 2014: 83; Altunkaya, 2005: 116; Kurt, 2016: 81 vd.

³⁵⁸ Ayrıca imkânsızlık kavramı, hukukî imkânsızlık, fiili imkânsızlık, manevî imkânsızlık ve ekonomik imkânsızlık olarak ayrılmakta ve tanımlanmaktadır. Bk. Dural, 1973: 14 vd.; Ercoşkun Şenol, 2016: 44 vd.

³⁵⁹ Bk. Başpınar, 1998: 110 vd.

³⁶⁰ Dural, 1973: 37; Altunkaya, 2005: 127; Gündoğdu, 2014: 113; Sert, 2013: 40.

³⁶¹ Altunkaya, 2005: 127; Dural, 1973: 37; Gündoğdu, 2014: 113.

³⁶² Scherner, s. 535; Gündoğdu, 2014: 113; Başoğlu, 2012: 184, dn. 406.

uğranılan zararın tazmin edilmesidir. Bunun yanı sıra, edim bölünebilir olmakla birlikte, alacaklının sözleşmeden beklediği yarar, edimin tamamının ifası ile elde edilebiliyorsa edimin bir kısmının imkânsızlaşması, tam imkânsızlık sonucunu doğurur³⁶³. Taraflar, edimin bir bütün olarak ifa edilmesi hususunda anlaşmışlarsa, bir kısmın ifasının imkânsızlaşması, tam imkânsızlığa neden olurken, böyle bir anlaşma yoksa sözleşmenin amacına ve edimin niteliğine göre değerlendirme yapılır³⁶⁴. Edim bölünebilir nitelikteyse, ifası imkânsızlaşmayan kısım, imkânsızlaşan kısımdan etkilenmez ve geçerliliğini korur³⁶⁵. Kismî imkânsızlığın tam imkânsızlığa eşdeğer sayılmasında alacaklının menfaatinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir³⁶⁶.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kismî imkânsızlıkla ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda hüküm yoktur. Bu konudaki yeni bir hüküm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ihdas edilmiştir. "Kismî ifa imkânsızlığı" başlıklı TBK m. 137 hükmüne göre borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle ifa kısmen imkânsızlaşırsa, borçlu, imkânsızlaşan kısmın ifasından kurtulur. Ancak kismî imkânsızlık önceden öngörülseydi taraflar arasında böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise taraflardan birinin borcu kismî olarak imkânsızlaşır ve alacaklı da kismî ifaya rıza gösterirse, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının kismî ifaya razı olmazsa ya da karşı edimin bölünemeyen nitelikte ise, tam imkansızlık hükümleri uygulanır.

Kesin hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/II hükmü uyarınca sözleşme hükümlerinin bir kısmının hükümsüzlüğü, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemez. Fakat, bu hükümler olmadan sözleşmenin yapılamayacağı anlaşıldığı takdirde, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. Bu ana ilke gereğince, kural olarak sadece imkânsızlaşan kısım kesilip atılır³⁶⁷. İmkânsızlaşan edim bakımından öngörülen hüküm bu olmakla birlikte, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki karşı edim bakımından, satılanın ayıplı ifasında bedelin indirilmesine ilişkin TBK m. 227 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır³⁶⁸. Görüldüğü gibi, TBK m. 27/II ve 137/I hükümleri, "önceden öngörülebilme" kıstasının benimsenmiş olması bakımından paralellik arz etmektedir. TBK m. 137/II'de karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından kismî imkânsızlık hükümlerinin mi

³⁶³ Von Tuhr ve Escher, 1974: 97; Altunkaya, 2005: 128; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 175; Kurt, 2016: 132.

³⁶⁴ Dural, 1973: 39; Altunkaya, 2005: 128-129.

³⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 175; Başpınar, 1998: 123; Altunkaya, 2005: 129. Yazarlar bu sonucun, Roma Hukukundaki "Utile per inutile non vitiatur (geçerli olmayan kısım geçerli olan kısma zarar vermez)" ilkesinin bir sonucu olduğunu belirtmektedir.

³⁶⁶ Başoğlu, 2012: 184; Dural, 1976: 128.

³⁶⁷ Nomer, 2015: 323; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 175.

³⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 175; Başoğlu, 2012: 188. Alman Hukukunda da BGB §- 275 hükmüne göre, kismî imkânsızlık durumunda ifası mümkün kısma ilişkin karşı edimin BGB §-441/3 gereğince indirimine tâbi tutulacağı kabul edilmektedir.

tam imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanması gerektiğinin tespiti, tamamen alacaklının iradesine bırakılmıştır³⁶⁹. TBK m. 27/II hükmü bakımından ise, tarafların farazî iradelerinin ne olduğu araştırılmalıdır. Bu da, dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların sözleşme ile neyi, hangi amaçla istemiş olduklarının tespiti ile mümkündür³⁷⁰.

Edim bölünebilir olmakla birlikte, alacaklının imkânsızlaşmamış kısmın ifasının teklifi ile karşılaşması durumunda, bu kısmı kabul edip etmemesi hususu önem arz eder³⁷¹. Esasında meselenin TBK m. 84'ün uygulama alanı ile ilgili olup olmadığı belirlenmelidir. Bir görüşe göre alacaklı, kural olarak ifası mümkün olan kısmı kabul etmek zorunda değildir. Kısmî ifayı ret hakkını kullandığında ise, hukukî sonuçlar bakımından tam imkânsızlığa benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, alacaklı kısmî ifayı reddederek, tıpkı ifanın tamamı imkânsız hale gelmiş gibi borçluyu sorumlu tutabilir³⁷². Fakat edimin tamamının ifası mümkünken, alacaklı kendisine teklif edilen kısmî ifayı kabul ederse ve kalan kısmın tamamının veya bir kısmının ifası daha sonra imkânsızlaşırsa; imkânsızlığın, edimin tamamına ilişkin olup olmadığı incelenmelidir. Eğer alacaklı, kabul ettiği kısmı iade edebilirse, bu durumda tam imkânsızlık söz konusu olur. Fakat alacaklı bu kısmı iade edemiyorsa veya iade sözleşmenin diğer tarafı için büyük bir zarara sebep oluyorsa edimin tamamının değil, bir kısmının imkânsızlaştığı kabul edilmelidir³⁷³. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise³⁷⁴, TBK m. 84'ün kısmî imkânsızlık hâllerine uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu madde, edimin tamamının ifası mümkün olduğu hâllerde, bir kısmının ifa edilmesi karşısında alacaklının ret hakkını düzenlemektedir. Hâlbuki edimin bir kısmının ifasının imkânsızlaşması yüzünden edimin daralması durumunda ifa edilmeyen kısma ilişkin borç artık mevcut değildir. Aksine, ifası mümkün olan kısmın “tamamının” ifası söz konusudur. Dolayısıyla, meseleye alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğu ya da ret hakkı açısından bakılamaz. Ancak kısmî imkânsızlığın tam imkânsızlığa dönüşüp dönüşmediği incelenmelidir. Tam imkânsızlığa dönüşmemişse, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, kendi ediminin indirilmesini talep edebilir³⁷⁵.

Kanaatimizce, yukarıda bahsedilen meselenin TBK m. 84'ün uygulama alanına dâhil olup olmadığı incelenirken, alacaklının kısmî ifayı ret hakkının sınırları anlaşılmalıdır. Alacaklının ret hakkını kullanmasının sınırları ile kısmî imkânsızlık sonucu ifası mümkün

³⁶⁹ Başoğlu, 2012: 185. Yazar, TBK m. 137/I'deki hükmün, maddenin ikinci fıkrasındaki istisna olmaksızın kabul edilmiş olmasının daha isabetli sonuçlar doğurduğunu savunmaktadır.

³⁷⁰ Başpınar, 1998: 96. Tam veya kısmî butlan hakkında karar vermesi gerekenin borçlu olan taraf olduğu yönünde bk. Eren, 2017: 354.

³⁷¹ Gündoğdu, 2014: 114.

³⁷² Altunkaya, 2005: 129; Gümüş, 2001: 613.

³⁷³ Altunkaya, 2005: 129.

³⁷⁴ Dural, 1976: 128-129.

³⁷⁵ Von Tuhr ve Escher, 1974: 97; Dural, 1976: 130.

kısma ilişkin hukukî tasarrufunun sınırları karşılaştırılmalıdır. İfası mümkün olan kısmın ifasının kabulü alacaklının menfaatlerini karşılamıyorsa, ret hakkını kullanması dürüstlük kuralına ve kanunlarda öngörülen sınırlara aykırı olmadıkça mümkün sayılmalıdır. Alacaklı ret hakkını kullanmışsa, tam imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur. Nitekim konuyla ilgili TBK m. 137 hükmü de bu yöndedir. O hâlde, gerek bölünebilir edimler, gerekse bölünemeyen edimler imkânsızlaşabilir. Fakat bölünebilen edimlerin bir kısmının imkânsızlaşması, edimin tamamının imkânsızlaşması sonucunu doğurabilir. Kısmî imkânsızlığın tam imkânsızlığa yol açıp açmadığı, sözleşmenin amacına ve tarafların iradelerine göre tespit edilmelidir³⁷⁶. Ancak TBK m. 137 hükmü ile, bu belirlemenin yapılması, alacaklının iradesine bırakılmaktadır.

1.2.2.2. Konu Bakımından Kısmî İmkânsızlık

Kısmî ifa imkânsızlığının ilk ve en önemli şartı, ifanın konusu olan edimin niteliğinin bölünebilir olmasıdır³⁷⁷. Hangi edimlerin bölünebilir olduğuna ilişkin açıklamalara yukarıda değinilmişti³⁷⁸. Edim bölünebilir nitelikteyse, kural olarak ifası imkânsızlaşmayan kısım, imkânsızlaşan kısımdan etkilenmez ve geçerli olmaya devam eder³⁷⁹. Benzer biçimde, aynı borç ilişkisinde birden fazla edim borçlanılmışsa, bunlardan birinin imkânsızlaşması, diğerinin ifasını engellemez³⁸⁰. Farklı edimler arasında sıkı bir bağlantının bulunmadığı hâllerde birden fazla sözleşme ilişkisinin var olduğu kabul edilmektedir³⁸¹. O hâlde birden fazla borç ilişkisinin mi, yoksa bir borç ilişkisinde borçlanılmış birden fazla edimin mi var olduğu; tarafların iradelerine, sözleşmenin amacına, edimler arasındaki amaçsal, ekonomik, hukukî ve fonksiyonel bağa göre tespit edilmelidir.

Bölünebilir nitelikte olmasına rağmen kısmî imkânsızlık hukukî sonucunun doğmadığı edimler de bulunmaktadır. Cins ve para borçları bu borçlardandır³⁸². Cins borçlarının konusunu genellikle misli eşya oluşturur³⁸³ ve misli eşya da bölünebilir niteliktedir. Niteliği hakkında tartışma olan para borçları da imkânsızlık hükümlerine tâbi değildir³⁸⁴. Bu borçların tamamı veya bir kısmı ifa edilemese dahi imkânsızlaşamaz. Çünkü yeryüzünde para ve cins

³⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 115; Ercoşkun Şenol, 2016: 31; Dural, 1973: 38-39; Altunkaya, 2005: 128-132.; Gündoğdu, 2014: 114.

³⁷⁷ Dural, 1976: 90; Altunkaya, 2005: 131; Antalya, 2017: 377.

³⁷⁸ Bk. 1.1.7.

³⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 175; Başpınar, 1998: 123; Altunkaya, 2005: 129; Antalya, 2017: 377.

³⁸⁰ Von Tuhr ve Escher, 1974: 97; Dural, 1976: 91; Altunkaya, 2005: 131.

³⁸¹ Dural, 1973: 38; Altunkaya, 2005: 132.

³⁸² Oğuzman ve Öz, 2017a: 9; Ercoşkun Şenol, 2016: 24 ve 121; Antalya, 2017: 249.

³⁸³ Fakat bu mutlak bir kural değildir. Misli eşya kavramı, borçlanılan şeyin özü, doğası ile ilgili olup tarafların yaptığı nitelikle ilgili değildir. Misli eşya parça borcunun konusu olabileceği gibi, misli olmayan eşya da çeşit borcunun konusu olabilir. Bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 80-81.

³⁸⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 9-10; Antalya, 2017: 249-250.

borcu konusu edim yok olmadıkça, imkânsızlık da gündeme gelmez³⁸⁵. Bu ilke “nevi telef olmaz (genus non perit)” ifadesiyle özetlenmektedir. Ancak istisnâî olarak cins borcunun ifasının imkânsız hale gelebileceği kabul edilmektedir. Meselâ edimin ifası, ithalat ya da üretim yasağı gibi bir sebeple borçlu için olağanüstü bir fedakârlık gerektirirse yahut borçlunun tutuklanması veya felç geçirmesi gibi bir sebeple borcu sübjektif sebeplerle ifa edememesi hâlinde, borçlanılan edim cins borcu dahi olsa borcun ifası imkânsızlaşabilir³⁸⁶.

Borç, belirli bir cinsin belirli bir stoğundan yüklenilmişse sınırlı cins borcu (stok borcu) söz konusu olur³⁸⁷ ve bu borçların imkânsızlaşması gündeme gelebilir. Sınırlı cins borcu, stoğun tükenmesi ile imkânsızlaşmaktadır. Fakat bu borçlar bakımından kısmî imkânsızlık (stoğun yettiği miktarı aşan kısım bakımından) gündeme gelebilir³⁸⁸. Alıcı stok dışı malı kabul etmek zorunda olmadığı için imkânsızlık söz konusu olabilir³⁸⁹.

1.2.2.3. İfa Yeri Bakımından Kısmî İmkânsızlık

Borçlanılan edimin ifasının gerçekleştirileceği yere ifa yeri denir. TBK m. 89’da edim türleri bakımından ifa yerinin neresi olacağı ayrı ayrı düzenlenmektedir³⁹⁰. Fakat sözleşmenin tarafları TBK m. 89’da öngörülen yerden farklı bir ifa yeri belirleyebilir. İfa yerinin kısmî imkânsızlık ile ilişkisi tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, borcun ifa yerinde ifa edilmemesi kısmî imkânsızlık olarak nitelendirilmektedir³⁹¹. Bu görüşe göre ifa; konu, yer ve zaman unsurlarına uygun olarak ifa edilmelidir ve bu unsurlardan birine uygun olmayan ifa, kısmen imkânsızlaşmış sayılır³⁹². Buna karşılık bize göre, ifa yeri unsuruna uygun olmayan bir ifa, ifa yeri edimin bir unsuru hâline gelmedikçe kısmî imkânsızlığa sebep olmaz³⁹³. Meselâ, bir arsanın belli bir kısmından yol geçeceği için inşaat yapılamıyorsa kısmî imkânsızlık gündeme gelebilir. Fakat bir arsa yerine başka bir arsaya inşaat yapılıyorsa, artık

³⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 81; Oğuzman ve Öz, 2017a: 557; Başpınar, 1998: 122; Antalya, 2017: 249.

³⁸⁶ Altunkaya, 2005: 134; Antalya, 2017: 249.

³⁸⁷ Eren, 2017: 112; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 84; Oğuzman ve Öz, 2017a: 8-9; Gündoğdu, 2014: 80 ve 162.

³⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 84.

³⁸⁹ Gündoğdu, 2014: 164.

³⁹⁰ TBK m. 89 uyarınca ifa yeri taraflarca belirlenir. Aksine anlaşma bulunmadığı sürece para borçları alacaklının; parça borçları sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun; bunun dışındaki borçlar ise doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Fakat alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yeri değişirse ve bu değişiklik sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.

³⁹¹ Koller, 2006: §-57, N. 71; Dural, 1973: 40; Altunkaya, 2005: 137; Kurt, 2016: 140-141; Ercoşkun Şenol, 2016: 161.

³⁹² Dural, 1973: 40; Altunkaya, 2005: 137.

³⁹³ Başpınar, 1998: 122-123; Dural, 1973: 40; Altunkaya, 2005: 137; Kurt, 2016: 141. Öğretide Antalya, kısmî imkânsızlığın sadece edimin konusu (nicelik) bakımından gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bk. Antalya, 2017: 378.

kısmî değil, tam imkânsızlık söz konusu olur³⁹⁴. Kısmî imkânsızlığın düzenlendiği TBK m. 137 hükmü de imkânsızlığı, edimin konusu bakımından düzenlemekte olup hükümden, ifa yeri ve imkânsızlık ilişkisine dair bir çıkarımda bulunmak mümkün görünmemektedir.

1.2.2.4. İfa Zamanı Bakımından Kısmî İmkânsızlık

İfa zamanı, alacaklının alacağını talep edebildiği, borçlunun da borcunu yerine getireceği zamanı ifade eder³⁹⁵. Türk Borçlar Kanunu'nda ifa zamanı genel olarak m. 90 vd. maddelerde düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra bazı sözleşmeler açısından ifa zamanı özel olarak düzenlenmiştir (meselâ kira sözleşmesi bakımından TBK m. 314 ve 362, eser sözleşmesi bakımından 479 gibi). Bu kuralların tamamı tamamlayıcı nitelik taşıyan yedek hukuk kurallarıdır³⁹⁶. İfa zamanının ne zaman olduğu hususunda yeknesak bir sonuç ya da düzenlemeden ziyade çok yönlülük mevcuttur. Zaten bu noktada asıl önemli olan, ifanın zamanında gerçekleşmemesinin hukukî sonucunun ne olduğudur. Bir görüşe göre, borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda edimin konu, yer ve zaman unsurlarından zaman unsuru ihlâl edilmiş olduğu için kısmî imkânsızlık söz konusu olur³⁹⁷. Fakat ifanın zamanında gerçekleşmemesi her zaman imkânsızlığa sebep olmayabilir. Meselâ, bir takım elbisenin teslim tarihinden bir gün önce teslim edilmesi ifa zamanına uymamakla birlikte kısmî imkânsızlık teşkil etmez. Fakat, bazı hâllerde, ifanın belirlenen zamanda ifa edilmemesi, tam imkânsızlığa sebep olabilir³⁹⁸. Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise, edimin belirli bir zamanda ifa edilmemesi ya da edilememesi imkânsızlık sonucunu her zaman için doğurmaz; edim daha sonra da ifa edilebilir. İfa, ifa zamanından geç gerçekleşirse, temerrüt gündeme gelir ve temerrüt imkânsızlıktan tamamen farklı bir kavramdır³⁹⁹.

İfa zamanı ve kısmî imkânsızlık ilişkisinin münhasıran önem taşıdığı durumlar bulunmaktadır. Özellikle kesin vadeli işlemlerde ifa zamanı, tam ve doğru ifanın ayrılmaz bir unsurudur ve o zamanın geçmesiyle ifa imkânı çoğu zaman ortadan kalkmaktadır. Bu durumda tam imkânsızlık gündeme gelebilir. Bunun yanı sıra sürekli borç ilişkilerinde edim bir zaman dilimine yaygın bulunmaktadır ve bu sürecin bir bölümünde ifanın

³⁹⁴ Başpınar, 1998: 123; Dural, 1976: 93-94; Altunkaya, 138.

³⁹⁵ Öğretide Yüce, ifa zamanı kavramını iki boyutlu olarak ele almaktadır. Buna göre ilk boyutta alacaklı açısından, ikinci boyutta ise borçlu açısından değerlendirme yapılmaktadır. Alacaklı açısından yapılan değerlendirme, borcun ne zaman muaccel olacağı ile ilgiliyken; borçlu açısından yapılan değerlendirme ifa kabiliyeti ile ilgili görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. Yüce, 2015: 14.

³⁹⁶ Yüce, 2015: 9.

³⁹⁷ Altunkaya, 2005: 135; Kurt, 2016: 143; Dural, 1976: 96-97; Ercoşkun Şenol, 2016: 158-159; Koller, 2006: §-57, N. 71. Yazar, 10 Nisan tarihinde teslim edilmesi gereken bir edimin 15 Nisan tarihinde teslim edilmesini kısmî imkânsızlığa örnek olarak göstermektedir.

³⁹⁸ Dural, 1973: 42. Öğretide Antalya, kısmî imkânsızlığın sadece edimin konusu (nicelik) bakımından gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bk. Antalya, 2017: 378.

³⁹⁹ Dural, 1976: 96-97; Antalya, 2017: 378.

gerçekleşmemesi geri kalan kısmın ifasına kural olarak engel teşkil etmez. Bu durumda kısmî imkânsızlık⁴⁰⁰ durumu gündeme gelebilir. Çünkü artık ifanın zamanı, doğrudan edimin konusuna da etki etmektedir⁴⁰¹. Fakat, edimin geri kalanı, alacaklı bakımından bir anlam ifade etmiyor veya alacaklının ifaya olan menfaati önemli ölçüde zarar görüyorsa, sürekli borç ilişkilerinin belli bir kesitinin yerine getirilmemesi artık tam imkânsızlık sonucu doğurur.

İfa zamanı ve kısmî imkânsızlık ilişkisi bakımından tartışmalı olan bir husus da geçici imkânsızlığın kısmî imkânsızlık teşkil edip etmediğidir. İmkânsızlık sürekli ise, edimin ifa edilebilme imkânı sürekli olarak ortadan kalkmıştır. Geçici imkânsızlıkta ise imkânsızlığa sebep olan engel ortadan kalkabilir ve bu sayede ifa, mümkün hale gelir⁴⁰². Fakat ifanın geçici imkânsızlığı, sözleşmenin amacını ortadan kaldırıyor veya ciddi biçimde tehlike altına sokuyorsa artık geçici imkânsızlık, tam imkânsızlığa dönüşmektedir⁴⁰³. İfanın yeri, zamanı ya da konusunun herhangi birinin eksikliğini kısmî imkânsızlık olarak kabul eden görüşe göre geçici imkânsızlık bir kısmî imkânsızlık sebebidir⁴⁰⁴. Diğer görüşe göre ise, tam-kısmî imkânsızlık ayrımı ile sürekli-geçici imkânsızlık ayrımı tamamen farklı olup; tam imkânsızlığın geçici, kısmî imkânsızlığın sürekli nitelik taşıması mümkündür⁴⁰⁵. Bununla birlikte, özellikle sürekli borç ilişkilerinde geçici imkânsızlık, durumun niteliğine göre kısmî imkânsızlığa sebep olabilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, geçici imkânsızlık hâllerinde TBK m. 112 ve 136 anlamında bir imkânsızlık durumu doğmayıp, bunun yerine ifası halen mümkün olan bir edimin ifasının gecikmesi söz konusudur. Bu sebeple borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 vd. hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁴⁰⁶. Geçici imkânsızlığın tarafların ifa yükümüne geciktirici bir etkisi bulunmaktadır.

1.3. İfa Kavramı

1.3.1. İfa ve İfa İkameleri

1.3.1.1. İfa Kavramı ve Hukukî Niteliği

1.3.1.1.1. Genel Olarak

“İfa” kavramı ne İsviçre Borçlar Kanunu’nda ne Alman Medeni Kanunu’nda ne de Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanan bir kavramdır. Öğretide ifa, borçlanılmış olan edimin

⁴⁰⁰ Kısmî imkânsızlık hakkında ayrıntılı bilgi için bk. 1.2.2.

⁴⁰¹ Dural, 1973: 44; Ercoşkun Şenol, 2016: 159; Başpınar, 1998: 122-123.

⁴⁰² Von Tuhr ve Escher, 1974: 93; Özçelik, 2014: 583; Dural, 1973: 45.

⁴⁰³ Özellikle geçici imkânsızlığın ne kadar süreğinin bilinmemesi, edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının bir menfaatinin kalmaması ve zamanın geçmesiyle edimin sözleşmede kararlaştırılardan tamamen farklı bir niteliğe bürünmesi hâllerinde geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlığa dönüştüğü kabul edilmektedir. Bu konuda bk. Dural, 1973: 46; Özçelik, 2014: 584; Ercoşkun Şenol, 2016: 96 vd.

⁴⁰⁴ Bk. Dural, 1973: 44

⁴⁰⁵ Dural, 1973: 44-45.

⁴⁰⁶ Özçelik, 2014: 584; Kurt, 2016: 170.

borçlu ya da üçüncü kişi tarafından borca uygun olarak tam ve doğru biçimde yerine getirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁷. İfa tam ve doğru olarak gerçekleşirse, yani ifa modalitelerine uygun biçimde yer, zaman, miktar ve nitelik olarak eksiksiz yerine getirilirse, alacaklı tatmin edilmiş olur ve borç sona erer⁴⁰⁸. Esasında bütün borç ilişkileri de bunun için kurulur. Bu yüzden edim yükümü, borçlunun serbest iradesiyle yerine getirilmediğinde, dava ve cebrî icra yoluyla alacaklı alacağına kavuşsa bile, ifa menfaati tam olarak sağlanmış olmaz. Zira ifa doğru zamanda gerçekleşmemiştir⁴⁰⁹.

Borçlanılan edimin niteliği bazen bir edim fiili, bazen bir edim sonucu, bazen de bir kaçınma şeklinde olabilir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nda ifa yerine "ödeme" ve "yerine getirme" ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir (TBK m. 778, 100, 103). Ancak "ödeme" kelimesi yalnızca para borçlarının ifası için kullanılmaktadır ve bu yüzden dar bir anlam taşımaktadır⁴¹⁰.

Borçların ifası, TBK m. 83 vd. maddelerde düzenlenmektedir. Bu hükümler tamamlayıcı nitelik taşıdıkları görülmektedir⁴¹¹. Hükümlerden bazıları sadece para borçlarının ifasına ilişkindir (TBK m. 99 vd.), bazıları ise sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere (TBK m.97) uygulanabilir.

İfa, dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olduğu için borç ilişkisini sona erdirmez. Borç ilişkisinin içindeki münferit borcu sona erdirir⁴¹². Fakat tek bir borç ve tek bir alacaktan oluşan anî edimli borç ilişkilerinde ifa hem dar anlamdaki borcu, hem de bundan ibaret olan borç ilişkisini sona erdirir⁴¹³. Bir borç ilişkisindeki birden fazla edimin tamamı ifa edildiğinde de artık ifa, hem dar anlamda borçları, hem de borç ilişkisini sona erdirmektedir. İfa asıl borcu sona erdirirken o borca ilişkin kefalet, rehin, faiz gibi fer'i borçları da sona erdirir⁴¹⁴. Bir borcun ifa edildiğinin ileri sürülmesinin def'i değil, itiraz niteliği taşıdığı kabul

⁴⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 7; Kocağa, 2007: 139; Eren, 2017: 928; Oğuzman ve Öz, 2017a: 251; Kılıçoğlu, 2017: 677; Yılmaz, 2015: 23; İpek, 2016: 95.

⁴⁰⁸ İpek, 2016: 94; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 8. Nitekim Roma Hukukunda ifa kavramına "solutio" denir. Bu sözcüğün anlamı ise çözülmüştür.

⁴⁰⁹ İpek, 2016: 96.

⁴¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 7; Eren, 2017: 928-929; İpek, 2016: 97. Benzer biçimde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da "tediye" ifadesinin ifa kavramı yerine kullanıldığı görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da "erfüllung" kavramı yerine ödeme anlamında "zahlung" kelimesinin zaman zaman kullanıldığı görülmektedir. Öğretide Tunçomağ, ödeme teriminin yalnız bir borcun ifası amacıyla değil, bir ödünç ya da bağışlama gibi diğer bazı amaçlarla bir miktar para verilmesi için de kullanıldığı gerekçesiyle, her zaman ve her yerde ifa anlamı taşımadığını belirtmektedir. Bk. Tunçomağ, 1976: 663.

⁴¹¹ Eren, 2017: 929; İpek, 2016: 93; Antalya, 2017: 5.

⁴¹² Eren, 2017: 929; Kılıçoğlu, 2017: 677-678; Antalya, 2017: 6.

⁴¹³ Eren, 2017: 929; Kılıçoğlu, 2017: 678; Antalya, 2017: 6.

⁴¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 8; Kılıçoğlu, 2017: 678.

edilmektedir⁴¹⁵. Bu sebeple taraflar ileri sürmese dahi yargılamada hâkim, dava dosyasından bunu anlıyorsa ifanın gerçekleştiğini re'sen dikkate almak zorundadır⁴¹⁶.

İfanın hukukî niteliği öğretide oldukça tartışmalıdır. Tartışmaların temelinde özellikle borçlunun ifa kastı taşıyıp taşımadığı, bir ifa anlaşmasının gerekip gerekmemesi, tarafları ehliyet durumlarının ve tasarruf yetkilerinin ifanın geçerliliğine etkisi hususları yer almaktadır⁴¹⁷. İfanın niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen başlıca görüşler sözleşme görüşleri, borçlunun iradesini yeterli sayan görüş, maddî fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşüdür.

1.3.1.1.2. Sözleşme Görüşleri

İfanın hukukî niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden ilki klasik sözleşme görüşüdür. Günümüzde etkisini yitirmiş olan bu görüş, kaynağını Alman Hukukundan ve Pandekt Hukukundan almaktadır⁴¹⁸. Buna göre, ifa ancak maddî fiil ve hukukî işlemin unsurlarının bir arada gerçekleşmesi ile hüküm ve sonuç doğurabilir⁴¹⁹. Borçlu, edimi yerine getirirken, alacaklının ve borçlunun bunu ifa olarak nitelendirmesi ve bu hususta anlaşmış olması gerekir. Bu şekilde gerçekleşmemiş bir “yerine getirme”, ifa olarak nitelendirilmez ve borcu da sona erdirmez. İfanın bir sözleşme olarak nitelendirilmesi sebebiyle tarafların mutlaka fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Eğer taraflardan biri tam ehliyetli değilse, ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisinin sözleşmeyi akdetmesine, sınırlı ehliyetsizse yasal temsilcinin izin ya da icazetine ihtiyaç duyulmaktadır.

Öğretide, ifanın hukukî niteliğine ilişkin olarak savunulan görüşlerden biri de real sözleşme görüşüdür. Bu görüşe göre ifaya yönelik maddî fiilin yanı sıra taraflarca yapılan bir sözleşmenin varlığı gerekir⁴²⁰. Bu sözleşme, maddî fiilin ifaya ilişkin olduğunun taraflarca kararlaştırılması hakkındadır. Klasik sözleşme görüşü ile real sözleşme görüşü arasındaki farklılık, ifa anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkindir. Klasik sözleşme görüşüne göre ifa anlaşması bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilirken, real sözleşme görüşüne göre ifa anlaşması borcu sona erdiren bir anlaşma değil, kazandırmanın amacı hususunda tarafların basit bir uzlaşmasından ibarettir⁴²¹. Önemli olan, tarafların amaç konusunda uzlaşmış

⁴¹⁵ Von Tuhr ve Escher, 1974: 1; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 8; Eren, 2017: 930.

⁴¹⁶ Eren, 2017: 930.

⁴¹⁷ İnceoğlu, 2005: 149; İpek, 2016: 98; Antalya, 2017: 7.

⁴¹⁸ Tunçomağ, 1976: 664-665; Gauch vd., 2014b: N. 2005; Yalman, 1995: 496; İpek, 2016: 99; İnceoğlu, 2005: 150.

⁴¹⁹ Tekinay vd., 1993: 759; İnceoğlu, 2005: 150; Antalya, 2017: 8.

⁴²⁰ Antalya, 2017: 8; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 15.

⁴²¹ İpek, 2016: 100; Antalya, 2017: 8.

olmalarıdır. Tarafların ehliyetlerine ve tasarruf yetkilerine ilişkin klasik sözleşme görüşündeki açıklamalar, bu görüş bakımından da geçerlidir⁴²².

Türk- İsviçre Hukukunda ifanın hukukî niteliği konusunda kabul edilen diğer bir görüş de sınırlı sözleşme görüşüdür. Bu görüşe göre, edimin hukukî niteliği edim türlerine göre belirlenebilir⁴²³. Yapmama borçları bakımından borca aykırı davranılmamış olması yeterlidir ve borçlunun ifa kastı taşıması gerekmez⁴²⁴. Dolayısıyla tarafların hukukî işlem ya da tasarruf ehliyetlerinin olması ifanın geçerliliği bakımından önem taşımaz. Maddî bir fiilin icrasına ilişkin borçlar, başka bir deyişle, yapma borçları bakımından borçlunun edimi, ifa kastıyla (animus solvendi) yerine getirmesi şart değildir, alacaklının da ayrıca kabul iradesi taşımasına gerek yoktur⁴²⁵. İfa, maddî bir fiille gerçekleşiyorsa, tarafların ehliyet durumlarının ifanın geçerliliğine etki etmediği kabul edilmektedir⁴²⁶. Bununla birlikte ifa, hukukî bir işlemle, özellikle akdî nitelikte bir tasarruf işlemi ile gerçekleşiyorsa; ifa anlaşması, tarafların ehliyet durumları ve tasarruf yetkisi bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Borcun ifası, bir hukukî işlemi gerektirdiğinde tarafların kazandırıcı işlemin hukukî sebebi hususunda anlaşmış olmaları gerektiği, aksi hâlde borcun sona ermediği kabul edilmektedir⁴²⁷.

1.3.1.1.3. Borçlunun İfa İradesini Yeterli Sayan Görüş

İfanın gerçekleşmesi için borçlunun iradesini yeterli sayan görüşe göre ifa, bir sözleşme niteliği taşımaz. Borçlunun ifa amacına yönelik tek taraflı bir irade taşıması yeterlidir⁴²⁸. Bu iradenin beyanı da hukukî işlem değil, hukukî işlem benzeri olarak nitelendirilmektedir⁴²⁹. Bu görüşün temel dayanağı, BGB'nin TBK m. 101'e karşılık gelen §-366'nın yorumudur. Bu maddelerde, alacaklı ile borçlu arasında birden çok borç bulunduğu takdirde, gerçekleşen ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu belirleme yetkisi borçluya tanınmaktadır⁴³⁰. Buradan hareketle ifanın hukukî niteliğinin borçlunun ifa iradesini beyan etmekten ibaret olduğu savunulmaktadır.

⁴²² İnceoğlu, 2005: 150; İpek, 2016: 100; Antalya, 2017: 8.

⁴²³ Gauch vd., 2014b: N. 2007; Antalya, 2017: 9.

⁴²⁴ Tekinay vd., 1993: 759; Yalman, 1995: 497-498; Eren, 2017: 932; İpek, 2016: 106; İnceoğlu, 2005: 155; Akıncı, 2016a: 201, dpn. 2; Antalya, 2017: 10.

⁴²⁵ Gauch vd., 2014b: N. 2008-2009; Eren, 2017: 933; İpek, 2016: 106; İnceoğlu, 2005: 155; Nomer, 2015: 266; Antalya, 2017: 9.

⁴²⁶ Yalman, 1995: 498; İnceoğlu, 2005: 155; Antalya, 2017: 9.

⁴²⁷ İnceoğlu, 2005: 156; Nomer, 2015: 265; İpek, 2016: 107.

⁴²⁸ İnceoğlu, 2005: 151; Antalya, 2017: 8; İpek, 2016: 101.

⁴²⁹ İnceoğlu, 2005: 151.

⁴³⁰ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Tischendorf, 1993: 14 vd; İnceoğlu, 2005: 151; İpek, 2016: 102.

1.3.1.1.4. Maddî Fiil Görüşü

Alman Hukukunda hâkim olan ve Türk-İsviçre Hukukunda savunulan maddî fiil görüşüne göre, edimin gerekli kıldığı davranışlar borca uygun şekilde yerine getirildiği takdirde borç sona erer. Ayrıca tarafların ifa sebebine ilişkin bir anlaşma yapmaları gerekli değildir⁴³¹. Borcun ifası alacaklının katılımını gerektirmiyorsa, ifa amacının dile getirilmesine gerek bulunmamaktadır. Fakat ifa için alacaklının katılımı gerekliyse, meselâ zilyetliği devralması gerekiyorsa artık bu sözleşme ifa sözleşmesi değil, edimin gerektirdiği fiillerin gerçekleşmesini sağlayan bir unsur olarak değerlendirilmektedir⁴³². Alacaklı ile borçlu arasında birden fazla borç varsa, hangi borcun ifa edildiği konusunda anlaşma yapılması gerektiği, bu görüşün tek istisnasıdır. Bu husustaki anlaşmaların da hukukî işlem, hukukî işlem benzeri ya da maddî fiil olarak nitelendiği görülmektedir⁴³³. İfanın gerçekleşmesi, hukukî bir işlemin yapılmasına bağlı olmadıkça, tarafların hukukî işlem ve tasarruf ehliyetlerinin bulunmasına gerek yoktur⁴³⁴.

1.3.1.2. Borçların İfasına Hâkim Olan Temel İlke: Edime Uygun İfa Kuralı

Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesidir. Bu ilke gereğince borç, kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmelidir⁴³⁵. Taraflar, sözleşme şartlarını hukuka ve ahlaka aykırı bir içerik taşımadığı sürece serbestçe belirlemekte özgürdür⁴³⁶. Dolayısıyla sözleşme kurulduktan sonra tarafların tek taraflı irade beyanlarıyla, öngörülmuş olan sözleşme hükümlerini değiştirmeleri mümkün değildir. Edimin, sözleşmede kararlaştırıldığı şart, zaman ve nitelikte ifa edilmesi, hukukî ilişkinin tarafları için güç dahi olsa temel ilke, sözleşme hükümlerine sâdık kalmaktır. Taraflar, kararlaştırılan sözleşme hükümlerine sâdık kalınacağını düşünerek akdî ilişki içine girerler⁴³⁷. Edim, tıpkı sözleşmede kararlaştırılan şekilde, yerde, zamanda, miktarda vb. ifa edilmelidir. Borçlu ve alacaklının borçlanılan edime bağlı kalması ilkesi “edime uygun ifa kuralı” olarak adlandırılmaktadır⁴³⁸.

Borçların ifasına ilişkin bu temel ilke, Türk Hukukunda pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Fakat, CC. Art. 1243’te “Alacaklı, kendisine ifası teklif edilen edimin değeri borçlanılan edimle eşit ya da daha değerli olsa bile, borçlanılan edimden başka bir

⁴³¹ Tekinay vd., 1993: 760; Yalman, 1995: 497; Tunçomağ, 1976: 664; Antalya, 2017: 8; İpek, 2016: 102; İnceoğlu, 2005: 151; Akıncı, 2016a: 201, dñn. 2.

⁴³² Tekinay vd., 1993: 760; İpek, 2016: 103.

⁴³³ İpek, 2016: 104.

⁴³⁴ İnceoğlu, 2005: 153; İpek, 2016: 104; Eren, 2017: 932; Antalya, 2017: 9.

⁴³⁵ Zimmermann, 1996: 577; Tekinay vd., 1993: 761; Oğuzman ve Öz, 2017a: 280; Kılıçoğlu, 2017: 748; Antalya, 2017: 4; Engin, 2001: 840-841.

⁴³⁶ Akıncı, 2016a: 13-14; Zimmermann, 1996: 578; Nomer, 2015: 56 vd.

⁴³⁷ Zimmermann, 1996: 579; Tunçomağ, 1976: 665 vd.

⁴³⁸ Cemal, 1969: 239; Oğuzman ve Öz, 2017a: 274; İpek, 2016: 159; Kocaağa, 2007: 139.

edimin ifasını kabule zorlanamaz.” hükmü ile edime uygun ifa kuralı, veciz bir biçimde hükme bağlanmıştır⁴³⁹. Bu temel ilke ile ifade edilmek istenen, maddede belirtildiği gibi, tam ve doğru ifanın ancak, borçlanılan edimin ifası ile mümkün olabildiğidir. Bu özelliklerin dışında bir edimin ifası ile karşılaşan alacaklı, teklif edilen bu ifayı kabul etmek zorunda değildir.

Edime uygun ifa kuralı parça borçları, cins borçları ve para borçları bakımından geçerli bir ilkedir. Parça borçlarında borçlanılan şeyin, cins borçlarında ise ancak borçlanılan türde bir şeyin ifa edilmesiyle edime uygun ifa gerçekleşir⁴⁴⁰. Aksi hâlde, başka bir şeyin ifası (aliud) gündeme gelir. Para borçları bakımından, kaydı para ile gerçekleşen ödemelerin (kredi kartı, posta çeki, banka havalesi gibi) edime uygun ifa teşkil edip etmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ancak devletin kabul ettiği metal ve kâğıt paralar ödeme aracı olabilir. Bu sebeple kaydi parayla ödeme yapılması hâlinde alacaklının bu ödemeyi kabul zorunluluğunun bulunmadığı; bununla birlikte banka ya da posta idaresi tarafından nakit ödeme gerçekleştiğinde, artık bunun ifa olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴¹. İkinci görüşe göre, kaydi para da hukukî anlamda para olarak kabul edilmeli ve para borcunun hesaba yatırılmasıyla gerçekleşen ifa, tam ve doğru bir ifa olarak değerlendirilmelidir⁴⁴². Para borçlarının ifası konusunda doğru bir değerlendirme yapabilmek için dikkate alınması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. İlk olarak para borcunun belli bir şekilde ödenmesine ilişkin emredici bir hukuk kuralı bulunuyorsa, ifa para borcunun kaydi para olarak ödenmesi hâlinde gerçekleşir. Meselâ TBK m. 420 gereğince işçinin işverenden ibra sözleşmesinden kaynaklanan alacağına ilişkin ödemenin mutlaka banka aracılığıyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda banka hesabına yapılan havale, ifa olarak nitelendirilmelidir. Taraflar, sözleşme ile ödemenin ne şekilde gerçekleşeceğini belirlemişlerse, meselâ nakden ödeme hususunda anlaşmışlarsa, sözleşmede öngörüldüğü şekilde ifa gerekmektedir. Benzer şekilde banka hesabına ödemenin yapılması hususunda anlaşma yapıldığı takdirde, borç konusu meblağın, alacaklının hesabına alacak olarak kaydedildiği anda ifanın gerçekleştiği ve borcun sona erdiği kabul edilmektedir⁴⁴³. Ancak herhangi bir emredici düzenlemenin bulunmadığı ya da sözleşme ile para borcunun ne şekilde ifa edileceğinin kararlaştırılmadığı hâllerde, tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğindeki TBK m. 89/I b. 1 uygulama alanı bulur. Buna göre para borcu götürülecek bir borçtur ve alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmelidir.

⁴³⁹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 274; kanun metninin çevirisi için bk. İpek, 2016: 160.

⁴⁴⁰ Tekinay vd., 1993: 762; Kocaağa, 2007: 140; İpek, 2016: 127.

⁴⁴¹ Barlas, 1992: 87-88; Tunçomağ, 1976: 680.

⁴⁴² Barlas, 1992: 88; Tunçomağ, 1976: 680.

⁴⁴³ Barlas, 1992: 89; Kocayusufoğlu vd., 2014b: 100.

1.3.2. Edime Uygun İfa Kuralının İstisnası Olarak İfa İkameleri

1.3.2.1. Genel Olarak

İfa ikamelerinin Türk- İsviçre Hukukunda, kanunda yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Borçların ifasında temel ilke edime uygun ifa olmakla birlikte, istisnaî olarak taraflar anlaşarak borçlanılan edimden başka bir şeyle borcun ifa edilmesi konusunda anlaşılabilir. İfa ikameleri (Erfüllungssurrogat) denen bu istisnalar, ifa yerine geçen edim ve ifa amacıyla yapılan edimdir. Bu iki ihtimal dışında ifa ikamesi olarak kabul edilemeyen nitelikte olup edimin değiştirildiği durum ise seçimlik yetki ile edimin tek taraflı olarak değiştirilmesi ihtimalidir. Bu ihtimalde edimin değişmesi, kanun ya da sözleşme ile tanınan ve tek taraflı olarak kullanılan bir yetkiye dayanmaktadır⁴⁴⁴. Son olarak edime uygun ifa kuralının istisnası olduğu ileri sürülen bir durum da borçlunun iflâsıdır⁴⁴⁵. İflas eden borçlunun, konusu para olmayan borçlarının tamamı paraya çevrilerek iflâs masasına yazılır (İİK m. 198).

1.3.2.2. İfa Yerine Geçen Edim

Edimin anlaşma yoluyla değiştirilmesi ve bu sayede borçlanılandan başka bir şeyle ifanın gerçekleşmesinin kararlaştırılması, ifa yerine geçen edim (datio in solutum) olarak adlandırılmaktadır⁴⁴⁶. Borç ilişkisinin tarafları arasında borçlanılan edimden başka bir şeyle ifanın gerçekleştirilmesi kararlaştırılabilir. İfa yerine geçen edimin hukukî niteliği ise tartışmalıdır⁴⁴⁷. Bir görüşe göre ifa yerine geçen edim karşılığında alacaklının asıl edimden vazgeçtiği ve bunun ibra niteliği taşıdığı kabul edilmektedir⁴⁴⁸. Savunulan diğer görüşe göre ise, ifa yerine edimin kararlaştırılması, mevcut sözleşmenin şartlarını değiştiren bir değiştirme sözleşmesinden ibarettir⁴⁴⁹.

İfa yerine geçen edimde, yedek (ikame) edimin her şey olabilir. Meselâ, bir eşya, bir alacak hakkı, ifa yerine geçen edimin konusunu oluşturabilir. Ancak yedek edim ayıplı ise ya

⁴⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 88; Nomer, 2015: 275. Seçimlik yetki, sıklıkla seçimlik borç ile karıştırılmaktadır. Seçimlik borçta iki edim yükümünden biri seçilir ve tek bir edim ifa edilir. Seçimlik yetkideyse, tek bir edim yükümü bulunur fakat başka bir edimin onun yerine konabilmesi mümkündür. Yani asıl mesele, edimin belirlenmesiyle alâkalı değil, edimin değiştirilebilmesiyle alakalıdır. Öğretide Akıncı, seçimlik yetkiyi de ifa ikameleri arasında kabul etmektedir. Bk. Akıncı, 2016a: 204; Kılıçoğlu, 2017: 749; Antalya, 2017: 77.

⁴⁴⁵ Tekinay vd., 1993: 763; Antalya, 2017: 86. Ancak iflâs masası, isterse borcun konusunu aynen ifa edebilir.

⁴⁴⁶ Gernhuber, 1994: 163; Gauch vd., 2014b: N. 2277; Tunçomağ, 1976: 718; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 91; Nomer, 2015: 267; Kocağa, 2007: 141-142; İpek, 2016: 184; Yalman, 1995: 506; Tekinay vd., 1993: 762; Akıncı, 2016a: 205; Şenocak, 1989: 113; Kılıçoğlu, 2017: 749; Antalya, 2017: 78; Engin, 2001: 841.

⁴⁴⁷ İfa yerine geçen edime ilişkin olarak hangi görüş benimsenirse benimsensin; üzerinde ittifak bulunan husus, ifa yerine geçen edimin hukukî niteliğinin TBK m. 133 anlamında “yenileme” olmadığıdır. Yenileme, borcu sona erdiren bir sebep olup, eski borç, eski borçtan doğan def’iler, fer’i haklar sona erer. İfa yerine geçen edimde ise yeni bir borç oluşmaz, ikame edimin hukukî sebebi eski borç olmaya devam eder. Bk. Engin, 2001: 846; Kocağa, 2007: 143; Kılıçoğlu, 2017: 750.

⁴⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 91; Kocağa, 2007: 142.

⁴⁴⁹ Antalya, 2017: 79; Eren, 2017: 938; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 91; Kocağa, 2007: 142.

da üçüncü kişinin üstün hak iddiası sebebiyle edim alacaklının elinden alınmışsa, satış sözleşmesinde ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin veya yanılmaya ilişkin hükümlerin (TBK m. 31 vd.) kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Nitekim, Alman Medeni Kanunu §-365'te bu husus açıkça hükme bağlanmıştır⁴⁵¹. Bu hüküm uyarınca, bir alacak ya da bir hak, ifa yerine geçmişse borçlu bu şeyin maddî ve hukukî ayıplarından satıcı gibi sorumlu olur. İfa yerine geçen edim, asıl edimden daha düşük değerde ise, alacaklının değer farkını borçludan isteyemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵².

İfa yerine geçen edimin hukukî sonucu ise borcun sona ermesidir. Borç, ifa edilmiş kabul edilir. Nitekim BGB §- 364/1'de⁴⁵³ alacaklının, borçlanılan edimden başka bir edimin ifasını kabul etmesi durumunda borcun sona ereceği açıkça hükme bağlanmaktadır.

1.3.2.3. İfa Amacıyla Yapılan Edim (İfa Uğruna Edim)

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, borcun ifası amacıyla borçlunun alacaklıya asıl edimden başka bir şey vermesi ve alacaklının da bunu paraya çevirerek alacağını elde etmesi konusunda tarafların anlaşmasına ifa amacıyla yapılan edim (datio solvendi causa) denir⁴⁵⁴. Başka bir şeyin paraya çevrilmesiyle o meblağ kadar asıl borç sona ermektedir. Alacaklı, bu edimi ifa yerine değil; ifadan beklediği sonucu gerçekleştirmeye yarayan bir araç olarak kabul etmektedir ve borç ilişkisinden doğan asıl edimi talep hakkından vazgeçmeyip, esasında borçluya yeni bir süre tanımaktadır⁴⁵⁵. İfa amacıyla yapılan edim, Türk Borçlar Kanunu'nda genel bir hükümle düzenlenmemiştir. Fakat ifaya yönelik devri düzenleyen TBK m. 192⁴⁵⁶ ve havaleye ilişkin TBK m. 556/I⁴⁵⁷ hükümleri, ifa amacıyla edimin özel görünümleridir.

Maddî varlığa sahip olan ya da olmayan ve paraya çevrilmesi mümkün, bütün malvarlığı değerleri ifa amacıyla edimin konusunu oluşturabilir⁴⁵⁸. İfa amacıyla yapılan edimde borcun sona erme anı, edimin borçlu tarafından yerine getirildiği an değil, bunun

⁴⁵⁰ Cemal, s. 243; Kocaağa, 2007: 144; Yalman, 1995: 507; Antalya, 2017: 81. Öğretide Serozan'a göre bu hâllerde alacaklı sözleşmeden dönebilir, eski ve asıl edimi ihya edebilir. Bk. Kocayusufoğlu vd., 2014b: 92.

⁴⁵¹ BGB §-365 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_365.html, (erişim tarihi: 27.11.2017).

⁴⁵² Oğuzman ve Öz, 2017a: 276; Antalya, 2017: 83.

⁴⁵³ BGB §-364 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_364.html, (erişim tarihi: 27.11.2017).

⁴⁵⁴ Gauch vd., 2014b: N. 2282; Tunçomağ, 1976: 719; Engin, 2001: 839; Oğuzman ve Öz, 2017a: 276; Nomer, 2015: 267; Yalman, 1995: 508; İpek, 2016: 202 vd.; Antalya, 2017: 82; Cemal, 1969: 245 vd.; Eren, 2017: 941. İfa amacıyla edimin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre ifa amacıyla edim, atipik bir sözleşme iken, diğer görüşe göre vekâlet ya da vekâlet benzeri bir hukukî ilişkidir. Öğretide Kocaağa, bunun, kendine özgü bir vekâlet ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Kocaağa, 2007: 151-152.

⁴⁵⁵ Eren, 2017: 941; Kocayusufoğlu vd., 2014b: 94; Kocaağa, 2007: 145-146.

⁴⁵⁶ TBK m. 192 uyarınca alacaklı, alacağını borcu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte borca mahsup edilmesi gereken miktarı belirlememişse devralanın, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı, kendi alacağına mahsup etmesi gerekir.

⁴⁵⁷ TBK m. 556 ile havalenin, havale edenin havale alıcısına olan borcunun ifası amacıyla yapılması hâlinde, bu borcun ancak havale ödeyicisinin borcu ifa etmesiyle sona erdiği hükme bağlanmıştır.

⁴⁵⁸ Engin, 2001: 840; Kocaağa, 2007: 146.

alacaklı tarafından paraya çevrildiği andır⁴⁵⁹. Alacaklı, paraya çevirme imkânı bulunduğu sürece borçluya tekrar başvurup asıl edimi isteyemez⁴⁶⁰. İfa amacıyla yapılan edimin en yaygın örneği, borçlunun alacaklıya bono ya da çek vermesi durumudur. Borçlu, ifa amacıyla soyut borç ikrarı içeren bir senet de verebilir. Bu durumda asıl borç sona ererse veya baştan ya da sonradan hükümsüz hale gelirse, soyut borç ikrarı içeren senedin, aksine anlaşma yapılmadıkça, kendiliğinden geçersiz hale gelmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, alacaklının malvarlığında TBK m. 77/II bağlamında sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkmaktadır⁴⁶¹.

İfa amacıyla yapılan edim, asıl alacaktan fazlaysa, alacaklının bu fazlalığı borçluya iade hususunda özenli bir vekil gibi davranması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶². Borçlu, ifa amacıyla verdiği şeyin, alacaklı tarafından paraya çevrilmesine ya da devrettiği alacağın tahsil edilmesine mâni olamaz. Paraya çevirmesi için alacaklıya gerçekleştirilen ifa amacıyla edim üzerinde, alacaklının serbest bir tasarruf yetkisinin bulunduğu söylenemez. Zira alacaklı, öncelikli olarak hakkını ikame edimden almalıdır⁴⁶³. Alacaklı paraya çevirme sonucunda alacağına kavuşmuşsa, artan edimi de borçluya vermelidir⁴⁶⁴.

İfa amacıyla yapılan edimin ayıplı olması ya da alacaklının, üçüncü kişilerin bu edim üzerinde üstün hak iddiasında bulunması sebebiyle edimi elde edememesi durumunda, aynı meseleye ilişkin ifa yerine geçen edim bakımından ileri sürülen tartışmalar yinelenmektedir. Bir görüşe göre, bu durumda satış sözleşmesindeki ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin⁴⁶⁵, bir diğer görüşe göre yanılma hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁶⁶. Daha isabetli olan bir diğer görüşe göre ise, bu sebeplerden biriyle ifa amacıyla gerçekleşen edimi elde edemeyen alacaklının asıl edimi sona ermediği ve onu talep hakkı ortadan kalkmadığı için, alacaklı kayıtsız şartsız asıl edimi talep edebilir⁴⁶⁷.

⁴⁵⁹ Yalman, 1995: 508; Kocaağa, 2007: 150; Eren, 2017: 941; Oğuzman ve Öz, 2017a: 276.

⁴⁶⁰ Bu halde borçlunun artık geciktirici bir def'i hakkına sahip olduğu ve alacaklıya, kendisine devredilen şeyden alacağını tahsil etmesini, alacağı karşılamayan bir kısım kalmışsa ancak o takdirde kendisine başvurulmasını ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bk. Tekinay vd., 1993: 763; Yalman, 1995: 508-509; Antalya, 2017: 83; İpek, s. 225.

⁴⁶¹ Bk. Öz, 1990: 83 vd; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 95; Engin, 2001: 857.

⁴⁶² Tekinay vd., 1993: 763; Antalya, 2017: 84; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 95. TBK m. 192'de de bu özen yükümlülüğüne yer verilmektedir. Öğretide ifa amacıyla edimin alacaklıyla borçlu arasında, verilen şeyin paraya çevrilmesi yönünden vekâlet sözleşmesine benzer bir hukukî ilişki yarattığı yönünde görüş için bk. Tunçomağ, 1976: 719.

⁴⁶³ Gernhuber, 1994: 162; İpek, 2016: 226; Antalya, 2017: 84.

⁴⁶⁴ Engin, 2001: 855; İpek, 2016: 228; Antalya, 2017: 86.

⁴⁶⁵ Tartışmalar hakkında bk. Kocaağa, 2007: 155.

⁴⁶⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 276, dpn. 96. Kocaağa, 2007: 155. Hatta ifa amacıyla gerçekleştirilen edimi paraya çeviren alacaklının, şeyin ayıplı olması nedeniyle alıcıya karşı sorumluluğu gündeme gelirse, zararını, asıl borçludan talep edebileceği savunulmaktadır.

⁴⁶⁷ Gernhuber, 1994: 172; Cemal, 1969: 253-255; Kocaağa, 2007: 155; Yalman, 1995: 508; İpek, 2016: 228.

İfa amacıyla yapılan edim, doğrudan asıl borcu sona erdirmemektedir. Bunun yerine ikame edimin paraya çevrilmesi ve alacaklının tatmin edildiği anda ve oranda sona ermektedir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Engin, 2001: 854; Eren, 2017: 941; Kocaağa, 2007: 156; Cemal, 1969: 255; İpek, 2016: 201; Kılıçoğlu, 2017: 751; Antalya, 2017: 85.

İKİNCİ BÖLÜM

KISMÎ İFA VE KISMÎ İFANIN HÜKÜMLERİ

2.1. Kismî İfa Kavramı

2.1.1. Kismî İfa

2.1.1.1. Genel Olarak

Kismî ifa kavramı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Fakat TBK m. 84'te “kısmen ifa”nın, borçların ifasında mahsubu düzenleyen TBK m. 100'de “kısmen ödeme”nin ve kismî ifa imkânsızlığına ilişkin 137. maddede “kismî ifa imkânsızlığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ne Türk-İsviçre ne de Alman Hukukunda tanımı kanun koyucu tarafından yapılan kismî ifa kavramının, bilinir olduğu kabul edilmiştir. Kavramın kanunda tanımlanmamış olmasının, uygulamada herhangi bir aksaklığa sebep olduğu söylenemez. Zira bu eksiklik, öğreti ve yargı kararları ile doldurulmuştur. Kavramın, ilişkili olduğu pek çok hukukî kurum bakımından anlamı dar ya da geniş biçimde ortaya konulmuştur.

Esasında kismî ifa kavramı, borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilip bir kısmının ifa edilememesi problemi ile ilgilidir. Edimin tamamının yerine bir kısmının ifa edilmesi ya da ifasının teklif edilmesi farklı hukukî sebeplere dayanabilir. Bu ihtimaller borçlanılmış olan toplam borcun, kısım kısım ifa edilmesi, borç ilişkisinin taraflarının, yani alacaklı veya borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu durumlar, borçlanılan asıl borcun bir kısmının yok olması yahut ifasının imkânsızlaşması yüzünden ancak kalan kısmının ifasının mümkün olması ve kismî temerrüttür.

Genel anlamda borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilmesinin sebepleri bu dört ihtimal dâhilinde ele alınmakta ve kavram çok yönlülük kazanmaktadır⁴⁶⁹. Bu noktada bir tek “kismî ifa” kavramının mı, yoksa kavrama değinilen konular bakımından çok anlamlı bir “kismî ifa” kavramının mı var olduğu tartışılmıştır⁴⁷⁰. Özellikle Almanya'da 20. yüzyılın ortalarına kadar öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş, Alman Medeni Kanunu'nun tamamı bakımından yeknesak bir tanımın yapılması gerektiği yönündedir. Buna “birlik teorisi (Einheitstheorie)” denir⁴⁷¹. Bu düşüncenin temellenmesinde hukukî pozitivizmin etkili olmasının rolü büyüktür. İkinci görüşe göre⁴⁷², bu dört ihtimal bakımından “bölünebilirlik” (teilbarkeit), bunun sonucu olarak da kismî ifa, aynı anlama gelmez. Her bir “bölünebilirlik”

⁴⁶⁹ Coing, 1949: 534.

⁴⁷⁰ Niermeier, 2007: 2.

⁴⁷¹ Gernhuber, 1994: 148-149; Niermeier, 2007: 3.

⁴⁷² Staudinger, 2014: 119; Gernhuber, 1994: 148-149; Coing, 1949: 534; Nacken, 1976: 2; Schulze, 2017: §-266, N. 4, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

kavramı, ilişkin olduğu hukukî düzenlemenin özel bir kapsamı ve amacı olduğu için, farklı anlam taşır⁴⁷³. Borcun, kısım kısım (parçalara ayrılarak) ifa edilmesi ve borçlanılan asıl borcun bir kısmının yok olması yahut ifasının imkânsızlaşması yüzünden ancak kalan kısmının ifasının mümkün olması hâllerinde, alacaklı veya borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu durumlardan farklı bir mesele bulunmaktadır. Alacaklı veya borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu ihtimallerin, edimin bölünebilirliği ile değil, paylaştırılması, bölüşülmesi ile ilgili olduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki borçlanılmış olan toplam borcun, kısım kısım (parçalara ayrılarak) ifa edilmesi ve borçlanılan asıl borcun bir kısmının yok olması yahut ifasının imkânsızlaşması yüzünden ancak kalan kısmının ifasının mümkün olması hâlleri, edimin bölünebilirliği ile ilgili olmaları bakımından benzerlik taşır. Bu ihtimallerin birbirinden farklılaştığı nokta ise, alacaklının, teklif edilen kısmî ifayı, dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar içinde kural olarak her zaman reddedebilmesine karşılık, kısmî imkânsızlıkta ise ancak belli durumlarda geriye kalan ifası mümkün kısmı kabul edebilmesidir. Kısmî temerrüt ise, toplam borcun, kısım kısım (parçalara ayrılarak) ifa edilmesi ile yakından ilişkili olup, ifası teklif edilmemiş ya da gerçekleşmemiş olan kısma ilişkin hukukî sonuçtur. Fakat kanunda, özel bir borca aykırılık hâli olarak kısmî temerrüde yer verilmemektedir.

TBK m. 84 anlamında kısmî ifa, öğretide bir hukukî ilişkiden doğmuş ve muaccel borcun (aslî ya da yan edimin) tamamen ifa edilmesi yerine, borçlanılan miktarın gerisinde kaldığı ifa olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁴. Edimin ifasında bütünlük ilkesinden hareketle, kısmî ifa, bütün edimin miktar bakımından gerisinde kalan kısmının ifası olarak anlaşılmaktadır⁴⁷⁵. Bu sebeple kısmî ifa için, miktar bakımından parçalara ayrılabilen, yani bölünebilen bir edimin varlığı şarttır. Dolayısıyla “kısmî ifa” kavramı, edimin niceliğine ilişkin bir mesele olarak ele alınmıştır⁴⁷⁶. Bununla birlikte, TBK m. 84’ün kanundaki yeri incelendiğinde, bu hükmün ifanın gerçekleştirilme tarzı (ifa modaliteleri) ile ilgili olduğu açıktır. O hâlde TBK m. 84 hükmü, ifanın yapılış tarzını düzenleyen hükümler arasında yer almakla beraber, içerik bakımından bölünebilir bir edimin varlığı hâlinde uygulanabilir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, kısmî ifanın anlamı sadece, bölünebilir bir edimin miktar bakımından noksanlığı ile sınırlı olarak ele alınamaz⁴⁷⁷. Bu görüşe göre,

⁴⁷³ Gernhuber, 1994: 149.

⁴⁷⁴ Staudinger, 2014: 119; Gümüş, 2001: 603; Eren, 2017: 942.

⁴⁷⁵ Alman Hukukunda benzer bir tanım için bk. Heiderhoff ve Skamel, 2006: 383.

⁴⁷⁶ Gümüş, 2001: 605.

⁴⁷⁷ Gernhuber, 1994: 148. Yazara göre bir yüklenici kendi içinde bütünlük arz eden bir edimin belirli bir kısmını meydana getirirse, özdeş kısımlara ayrılamamış olmasına rağmen belli bir edim kısmını ifa etmiş olur. Meselâ yol yapımı borçlanıldığında topografik yapı ve zemin koşulları yeknesaklık göstermez. Dolayısıyla edim kısımları özdeş değildir. Ancak bu durum, edimin kısmî ifaya konu olmasına engel teşkil etmemelidir.

kısmî ifadan bahsedebilmek için, borç konusunun sadece objektif olarak bölünebilir olması tek ölçüt değildir⁴⁷⁸. Meselâ hukukî anlamda birliktelik arz eden edimlerin, (eşya birliğini oluşturan birbirinden farklı eşyada olduğu gibi) objektif ve doğal olarak bölünmesine bir engel yoktur. Fakat bu birlik, çoğu kez işin niteliği gereği bir bütün olarak değerlendirilir ve “bölünemez” nitelik taşır⁴⁷⁹. Bu nitelermeye göre, objektif ya da maddî olarak bölünebilir olmasına rağmen, işin niteliği gereği bir bütün teşkil eden edim, kısmî ifanın konusu olamaz. Meselâ hukukî işlemin tarafları, birbirinden bağımsız taleplere konu olabilecek edimleri, hukukî sebepleri bakımından bir bütün içinde değerlendirebilirler⁴⁸⁰. Bu bağlantı, taraf iradeleriyle kurulduktan sonra, edimlerin tamamının ifa edilmemesi, kısmî ifaya sebep olabilir. Dolayısıyla kısmî ifa, edimin sadece teknik ve maddî bakımdan bölünebilir ya da kısımlara ayrılabilir olmasıyla ilişkili değil, tarafların iradelerine, bu iradelerin iş hayatında geçerlilik taşıyan görüşler uyarınca yorumlanmasına göre de belirlenebilen bir kavramdır. Bu belirleme yapılırken, borç ilişkisi bir bütün olarak değerlendirilmeli ve amaçsal, ekonomik, fonksiyonel, hukukî bir bütünlük taşıyan edimlerin tamamının mı, bir kısmının mı ifa edildiği sorusu cevaplanmalıdır.

Sonuç olarak, bir tek edimin kendi içinde veya birden fazla edimin bir bütün teşkil ettiği borç ilişkilerinde borçlanılmış olan hukukî, objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif olarak bölünebilen “bütün edim”in gerisinde kalan edim yığınının ifası, TBK m. 84 anlamında kısmî ifadır.

Alacaklı, kural olarak kısmî ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bununla birlikte, alacaklının, bölünmekle niteliğinde bir bozulma ve değerinde bir eksilme meydana gelmemiş olan edimin kısmî ifasını kabul etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁸¹.

2.1.1.2. Kısmî İfa ile Edimin Bütünlüğü İlkesi Arasındaki İlişki

Edime uygun ifa kuralının bir yansıması da ifanın bütünlüğü ilkesidir. Buna göre, edimin, borçlanılan miktara uygun olarak herhangi bir eksiklik olmaksızın ifa edilmesi gerekmektedir. Edim ister bölünebilir ister bölünemez nitelikte olsun, bir bütün olarak ifa edilmesi ile alacaklı ifaya olan menfaatine kavuşmalıdır⁴⁸². “İfanın bütünlüğü ilkesi” olarak adlandırılan bu ilkeye öğretide “bölümsel ifa yasağı” da denilmektedir⁴⁸³. İfanın bütünlüğü

⁴⁷⁸ Niermeier, 2007: 24; Gernhuber, 1994: 148.

⁴⁷⁹ Niermeier, 2007: 24; Weber, 2005: Art. 69, N. 12-13. Meselâ birden fazla eşya bir arada kiraya verilmişse, ödünç verilmişse, bunların iadesi de bir arada gerçekleşmelidir.

⁴⁸⁰ Gernhuber, 1994: 152.

⁴⁸¹ Niermeier, 2007: 23; Antalya, 2017: 96.

⁴⁸² Staudinger, 2014: 119; Weber, 2005: Art. 69, N. 5; İpek, 2016: 165; Antalya, 2017: 4.

⁴⁸³ Kocayusufoğlu vd., 2014b: 116. Yazarlar bu ilkeyi “Dosdoğru, tastamam, gereği gibi ifa, yalnız kişi, yer, zaman ve nitelik yönünden değil, nicelik yönünden de olmalıdır.” şeklinde veciz sözlerle ifade etmektedirler.

ilkesinin, yalnız niceliğe ilişkin bir ilke olduğu, buna karşılık edimin niteliği ile ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Bu ilke gereğince edim, bir bütün olarak ifa edilmelidir. Edimin bölünebilir nitelik taşıması, bu ilkenin, borçların ifasında ana ilke olmasını değiştirmez⁴⁸⁵. Meselâ beş ton kömür teslimini borçlanan borçlu, dört ton kömür teslim ederek borcundan kurtulamaz. Böyle bir ifa teklifiyle karşılaşan alacaklıya, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınan TBK m. 84 düzenlemesi ile ret hakkı tanınmıştır. Borçlanılan miktara uygun olmaksızın gerçekleştirilmek istenen ifayı ret hakkı, ifanın bütünlüğü ilkesinin ihlâlinin kanunda öngörülen yaptırımını olarak nitelendirilebilir.

Kısmî ifa, başka kavramlarla yakın ilişkili bir deyim olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim öğretilde kavramın tanımı ve sınırlandırılması, edimin bölünebilirliğinin ortaya konulması sayesinde gerçekleşmiştir⁴⁸⁶. Bu noktada temel kavram “edimin bölünebilir olması”dır. Edimin bölünebilir olması ile kısmî ifa arasında çok güçlü bir ilişki bulunmaktadır⁴⁸⁷. Bu iki kavramın ilişkilendirilmesinin temel sebebi, kısmî ifanın gerçekleştirilmesi için bütün edimin parçalara ayrılabilmesinin şart olduğu ön kabulüdür⁴⁸⁸. Fakat bölünebilen her edim kısmî ifa için elverişli değildir. Günümüzde atomun dahi küçük parçalara ayrılabilirdi göz önünde bulundurulduğunda, konusu verme olan bir edimin bölünememesi düşünülemez veya yapma veya yapmama borçları hiç olmazsa zaman bakımından kısımlara ayrılabilir. Ancak bir edimin kısmî ifaya konu olabilmesi için, ifa edilen kısmın, objektif olarak ekonomik bir değer taşıması ve alacaklının belli bir ölçüde de olsa ifadan beklediği menfaati karşılamaya yetmesi gerekir. Kanun koyucu bu düşünceden hareketle kısmî ifayı kabul etme ya da reddetme hakkını alacaklıya tanımıştır.

Sonuç olarak, TBK m. 84 anlamında kısmî ifa, edimin bölünebilirlik özelliği ile çok yakından ilişkili olmakla birlikte, bu nitelik her bir edim türünün özelliği ve alacaklının menfaati bakımından bir değerlendirme yapılmasını gerektirir.

2.1.2. Kısmî İfa Edilebilen Edimler ve TBK m. 84’ün Uygulama Alanı

TBK m. 84 “Borçların İfası” hükümleri arasında “İfanın Konusu” başlığı altında yer alan bir hükümdür. Esasında bu hüküm ifanın gerçekleştirilme tarzını ele alan düzenlemelerdendir⁴⁸⁹. TBK m. 84 bir yedek hukuk kuralı olduğu için, tarafların kısmî ifayı zorunlu tutmaları ya da kısmî ifaya imkân tanımaları, sözleşme ile kararlaştırılabilir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ Weber, 2005: Art. 69, N. 8; İpek, 2016: 165. Bk. 2.1.1.2.

⁴⁸⁵ Tekinay vd., 1993: 764.

⁴⁸⁶ Niermeier, 2007: 1; Nacken, 1976: 1.

⁴⁸⁷ Nacken, 1976: 1.

⁴⁸⁸ Nacken, 1976: 1.

⁴⁸⁹ Weber, 2005: Art. 69, N. 5; 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu husus 68 ve 69. maddelerde ele alınmaktaydı. 68. maddenin başlığı ise “kısmen tediye” idi. Tediye ifadesinin sadece para borçlarını kapsadığı, hâlbuki hükmün

TBK m. 84'e göre borcun tamamının belirli ve muaccel olması durumunda alacaklı, kısmî ifayı reddetme hakkına sahiptir. Alacaklı, kısmî ifayı kabul ederse, borçlu, borcun, ikrar etmiş olduğu kısmının ifasından kaçınmaz.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun TBK m. 84'e karşılık gelen 69. maddesi⁴⁹¹ de aynı içeriktedir. Hem Türk hem İsviçre hukukunda düzenlemenin alacaklı açısından kaleme alındığı ve onun ret hakkı bakımından hükme bağlandığı görülmektedir. Hüküm sadece ifanın gerçekleştirilme tarzı ile sınırlı bir anlam taşımamaktadır; aksine kısmî ifanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin de bir düzenlemedir. Hâlbuki BGB §-266'ya göre⁴⁹² borçlu, kısmî ifaya yetkili değildir. BGB §-266 hükmü, alacaklı değil borçlu açısından; fakat tümüyle alacaklı lehine kaleme alınmıştır⁴⁹³. Alacaklının ret hakkının kullanmasının tartışılmasından önce, borçlunun edimi kısmen ifa edemeyeceği vurgulanmıştır. Öğretide Alman Hukukundaki bu düzenlemenin sadece ifanın yerine getiriliş tarzı ile sınırlı bir anlamı bulunduğu, dolayısıyla ifanın hüküm ve sonuçlarıyla ilgili olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁹⁴.

Hangi edimlerin kısmî ifanın konusu olabildiği, dolayısıyla TBK m. 84'ün uygulama alanına girdiğinin tespiti, son derece önem arz etmektedir. Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda bölünebilir edimin tanımına yer verilmemiştir. Meselenin çözümünün öğreti ve yargı kararlarına bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu noktada her bir edim türü bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Olumlu (verme ve yapma edimleri) ve olumsuz edimlerin (katlanma ve kaçınma edimleri) kısmî ifasının mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Öğretide savunulan bir görüşe göre, TBK m. 84 anlamındaki kısmî ifa, edimin sadece niceliği ile ilgili bir düzenleme olup, hiçbir suretle niteliğine ilişkin değildir⁴⁹⁵. Bu görüşe göre verme borcu haricindeki borçların bölünebilirliği tartışılmaz, dolayısıyla bu edimlerin niceliğinin değil, niteliğinin (edime uygun ifa- kötü ifa) tartışılabilceği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak miktar bakımından eksik gerçekleşen ifa, ayıplı ifa ya da kötü ifa olarak nitelenemez. Bu görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinin kısmî ifası mümkün değildir; zira bu tür edimler nitelikleri gereği zaten kısım kısım ifa edilebilirler. Dolayısıyla sürekli bir edimin sadece belli bir süre ifa edilmesi sürekli edimin anlam ve kapsamını ifade etmediği için kısmî ifa olarak

her türlü edimin kısmî ifasını konu aldığı ve bu şekilde anlaşılıp yorumlanması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktaydı. Bu konuda bk. Tunçomağ, 1976: 699.

⁴⁹⁰ Gümü, 2001: 606.

⁴⁹¹ OR Art. 69 metni için bk. https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=78&art=Die_Wirkung_der_Obligationen, (erişim tarihi: 27.11.2016).

⁴⁹² BGB §-266 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_266.html, (erişim tarihi: 27.11.2016).

⁴⁹³ Nacken, 1976: 9; Weber, 2005: Art. 69, N. 5.

⁴⁹⁴ Nacken, 1976: 25.

⁴⁹⁵ Gümü, 2001: 605; Antalya, 2017: 97.

nitelenemez⁴⁹⁶. Bu durumda zamanından önce ifa faaliyetlerinin bırakılması, duruma göre, imkânsızlık ya da gereği gibi ifa etmeme olarak nitelenmelidir. Verme borcunun bir alt türü olan para borçlarının ve cins borçlarının kısmî ifasının mümkün olduğu; dolayısıyla, TBK m. 84'ün uygulama alanına girdiği kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

Mülkiyet hakkının konusu bölünebilir nitelikte olmasa dahi, mülkiyet hakkı teknik olarak bölünebilir niteliktedir⁴⁹⁸. Dolayısıyla mülkiyetin devri borçlanıldığında, hakkın bir kısmının devri kısmî ifaya sebebiyet verebilir. Zilyetlik ise esasında fiili hâkimiyeti gerektirmektedir ve fiili hâkimiyet bölünememekle birlikte; birlikte zilyetlik kabul edilmektedir⁴⁹⁹.

Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre, yapmama borçları bölünemediği için kısmî ifanın konusu olamaz. Yapma borçları bir eser meydana getirme borcu niteliğinde ise yine bölünemez ve kısmî ifanın konusu olamaz⁵⁰⁰. Buna göre, edim sonucunu yerine getirmek için borçlunun gerçekleştirdiği hazırlık fiillerinin kısmî ifa teşkil etmediği kabul edilmektedir⁵⁰¹. Dolayısıyla bir eserin imâli borçlanıldığında, zamana yaygın bütün fiiller, tam ve eksiksiz ifanın hazırlığı niteliği taşır ve bu edimlerin kısmî ifası söz konusu olamaz⁵⁰². Ancak bu noktada öğretide anî edimli ve sürekli edimli borç ilişkileri bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre sürekli borç ilişkilerinde edimin bir kısmının ifası ancak edimin zaman bakımından kısımlara ayrılması hâlinde gündeme gelebilir. Anî edimli borç ilişkilerinde edimin maddî varlığındaki bir eksiklikle kısmî ifa ortaya çıkabilir. Kural olarak anî edimli bir sözleşme olduğu kabul edilen eser sözleşmesinde, yüklenicinin “eser” olmayan eksik şeyin ifasını iş sahibine teklif etmesi mümkün değildir. Bazı durumlarda, meselâ tazminat karşılığı feshi düzenleyen TBK m. 484. madde gereği, iş sahibinin eser olmayan şeyi kabul etmesi “kısmî ifa” olarak değerlendirilmektedir⁵⁰³. Bu noktada önem taşıyan diğer bir husus, henüz tam anlamıyla ortaya çıkmamış bir şeyin, kısmî ifa olarak kabul edilip

⁴⁹⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 533; Gümüş, 2001: 605.

⁴⁹⁷ Kostkiewicz, 2016: 349; Gümüş, 2001: 605.

⁴⁹⁸ Nacken, 1976: 36; Kostkiewicz, 2016: 349. Mülkiyet hakkının bölünebilirliği meselesinin bir görünüm biçimi olarak paylı mülkiyetin hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide savunulan birinci görüşe göre mülkiyet hakkı değil, eşyanın kendisi paylara bölünmektedir. İkinci görüşe göre tek bir hak olan mülkiyet hakkının kendisi paylara ayrılmakta, paydaşlara payları oranında bölünmektedir ve kısmî mülkiyet haklarının toplamı paylı mülkiyeti ortaya çıkarır. Üçüncü görüşe göre ise tek bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır, paylar fiziki bir bölünmeyi değil, farazi bir bölünmeyi ifade eder ve paylar belirli bir oran dâhilinde paydaşlara tek tek ait olan yetki ve ödevleri kapsamaktadır. Bu görüşlerden üçüncüsü ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Konuya ilişkin tartışmalar için bk. Eren, 2016: 87-88; Ayan, 2012a: 32-33; Akipek ve Akıntürk, 2009: 389.

⁴⁹⁹ Nacken, 1976: 36; Kostkiewicz, 2016: 349. Birlikte zilyet olanlardan her biri, diğerinin katılımı olmadan eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti tek başına kullanabiliyorsa buna paylı zilyetlik; hepsi birlikte kullanabiliyorsa buna elbirliği hâlinde zilyetlik denir. Konu hakkında bk. Ünal ve Başpınar, 2017: 125 vd.

⁵⁰⁰ Kostkiewicz, 2016: 349; Oğuzman ve Öz, 2017a: 277-278; Kurt, 2016: 133; Antalya, 2017: 97.

⁵⁰¹ Steinlehner Stelzner, 1984: 9; Tunçomağ, 1976: 703; Acar, 2013: 3.

⁵⁰² Öz, Turgut, 1989: 144; aynı yönde bk. İpek, 2016: 289.

⁵⁰³ Öz, 1989: 145; Gönen, 2016: 249-250.

edilmeyeceğidir. Eğer, esere dair ortaya çıkmış herhangi bir şey yoksa, yüklenicinin eserin imaline ilişkin ön hazırlıkları, emeği ve masrafı kısmî ifa olarak nitelendirilemez⁵⁰⁴. Bir yapma ediminin kısmî ifa olarak nitelenebilmesi için, eser olmayan fakat ifası teklif edilen kısmın, alacaklının ifaya ilişkin menfaatini münferit olarak, başlı başına ve ek bir faaliyet gerektirmeksizin, kısmen karşılaması gerekir. Bu özellik bulunmuyorsa, teklif edilen kısım, hazırlık faaliyeti olarak nitelenmelidir⁵⁰⁵.

TBK m. 84'ün verme borçları bakımından uygulanabilir olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Yapma borçları bakımından edimin anî veya sürekli olma niteliğine göre bir inceleme yapılmalıdır. Sürekli edimli sözleşmeler zaman bakımından kısımlara ayrılabilirdiği yani bölünebildiği için TBK m. 84'ün bu edimler bakımından uygulama alanı bulduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁶. Anî edimli sözleşmeler bakımından ise, alacaklının menfaatlerini esas alan bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilir. Buna göre henüz tamamlanmamış bir edim söz konusu ise, alacaklının bu kısımdan herhangi bir ek masraf yapmaksızın yararlanması mümkünse ve bu kısım kendisinin, ifaya olan menfaatini kısmen de olsa karşılamaktaysa, artık kısmî ifanın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Fakat teklif edilen kısım, sözleşmede kararlaştırılan aslî edime ilişkin değilse ve alacaklının ifaya olan menfaatini kısmen dahi karşılamakta kifayetsiz kalıyorsa, kısmî ifanın gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Ortaya çıkan hukukî durum ise somut olaya göre edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yahut imkânsızlık kapsamında değerlendirilmelidir.

Borçlunun kanun ya da mahkeme kararı gereği, asıl borcun sadece belli bir kısmını ifa etmesiyle borçtan kurtulmaya yetkili olduğu hâllerde asıl borcun bir kısmı ifa edilmiş olsa dahi, bu ifa kısmî ifa olarak nitelendirilmemektedir⁵⁰⁷. Mahkeme içi ya da mahkeme dışı konkordatoda olduğu gibi, borçlunun asıl borcun bir miktarını ödemesi ile borcun ortadan kalktığı hâllerde artık kısmî ifa değil, tam bir ifa olduğu kabul edilmektedir.

Kısmî ifa, ancak aynı borç ilişkisinin konusu olan edimlerde söz konusu olabilir; dolayısıyla birden fazla borç ilişkisinden kaynaklanan birden fazla edim, kısmî ifanın

⁵⁰⁴ Öz, 1989: 146; İpek, 2016: 291. İfaya hazırlık fiillerinin gerçekleştirilmesi ise ifa olarak, dolayısıyla kısmî ifa olarak nitelendirilmemektedir. Bk. Tunçomağ, 1976: 703. Öğretide Acar, eser, %0 seviyesindeyken eserin meydana getirilmeye başlandığından değil, olsa olsa meydana getirmek için ön hazırlık mahiyetinde faaliyetlerden söz edilebileceğini, bunların da eserin tamamlanma oranı kapsamında ele alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Bk. Acar, 2013: 3.

⁵⁰⁵ Öz, 1989: 42-43; Gümüş, 2001: 605; Kurt, 2016: 134.

⁵⁰⁶ Staudinger, 2014: 120; Kocaağa, 2014: 217. İşgörme borcu doğuran sözleşmelerde, meselâ hizmet sözleşmesinde işçinin işgörme borcu zaman bakımından kısımlara ayrılabilir fakat bu edimlerin TBK m 84 bağlamında kısmî ifası alacaklı tarafından reddedildiğinde reddin hukukî sonuçları, diğer bölünebilir ve maddî varlığı olan edimlerden farklılık arz eder.

⁵⁰⁷ Gümüş, 2001: 612.

konusunu oluşturmaz⁵⁰⁸. Bu noktada, tek bir sözleşme ile borçlanılmış birden fazla edimin mi, yoksa edim sayısı kadar sözleşmenin mi olduğunun tespiti önem taşır. Birden fazla edim arasında amaçsal, ekonomik, fonksiyonel bir birlik ve bağlantının bulunduğu hâllerde tek bir sözleşmenin olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁹. Tek bir işlemin konusu olan (uno actu) ve bir bütün teşkil eden edim ise kısımlara ayrılamaz. Özellikle para borcunun borçlusu, yüksek bir meblağı küçük kısımlara ayırarak ödediği takdirde, alacaklının bu ifayı reddetmesi kendisinden beklenemediği takdirde artık meselenin kısmî ifa ile ilgili değil, borçların ifasında dürüstlük kuralına riayet edilmemesi ile ilgili olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla böyle bir ifa, kısmî ifa olarak nitelendirilemez⁵¹⁰. Tek bir işlemle birbirinden bağımsız birden fazla edim borçlanılmışsa, edimlerin ekonomik- fonksiyonel açıdan bölünebilir olup olmadığının ve niçin aynı borç sebebinin konusu olduğunun tespiti gerekmektedir. Böyle bir birliktelik yoksa her bir edim bağımsız olarak ifa edileceğinden, kısmî ifa gündeme gelmez⁵¹¹. Bu noktada edimlerin birbirinden bağımsız olup olmaması belirleyici niteliktedir.

Borçlu, herhangi bir hukukî sebeple edimin tamamını tek bir seferde ifa etmek zorunda ise, tek bir seferde ifayı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Fakat aynı hukukî sebepten kaynaklanmış olsa dahi, farklı muacceliyet tarihleri olan birden fazla borç bulunduğu bunların muaccel olanlarının ifa edilmesiyle, kısmî ifa gerçekleşmiş olmaz⁵¹². Meselâ, kiralayan, kiracının muaccel olan kira borçlarını, henüz muaccel olmayan kira bedellerinin ifa edilmediği, dolayısıyla teklif edilen kira bedelinin kısmen ifa edildiği gerekçesiyle reddedemez.

Borç ilişkisinin tarafları, kısmî ifa yasağının aksini, yani edimin kısım kısım ifa edilebilmesi imkânını, açık ya da örtülü olarak kararlaştırabilirler. Art arda teslimli satış sözleşmesi ya da taksitle satış sözleşmesi, edimin kısım kısım ifasının sözleşme ile öngörüldüğü hâllerin tipik örneklerini oluşturmaktadır⁵¹³. Bu hâllerde kısmî ifaya cevaz veren ya da verdiği kabul edilen alacaklının TBK m. 84 gereğince kısmî ifayı reddetmesi düşünülemez⁵¹⁴. İfa hazırlık fiillerinin zamanında ifa edilip edilmemiş olması meselesi de kısmî ifaya, dolayısıyla TBK m. 84'e ilişkin bir mesele değildir. Zira bu hâllerde genellikle

⁵⁰⁸ Koller, 2006: §-57, N. 2; Gernhuber, 1994: 150; Weber, 2005: Art. 69, N. 20; Soergel, 2014: 373; Tekinay vd., 1993: 765; Kurt, 2016: 133.

⁵⁰⁹ Koller, 2006: §-57, N. 1-2; Dural, 1976: 91; Kurt, 2016: 133.

⁵¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 289; Gernhuber, 1994: 150; Tekinay vd., 1993: 765.

⁵¹¹ Weber, 2005: Art. 69, N. 20; Oğuzman ve Öz, 2017a: 279; Tekinay vd., 1993: 765.

⁵¹² Gernhuber, 1994: 150; Weber, 2005: Art. 69, N. 20.

⁵¹³ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 117; Gauch vd., 2014b: N. 2367.

⁵¹⁴ Öğretide istisnâ olarak taksitlerin tamamı muaccel ise borçlunun artık borcun tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu, dolayısıyla alacaklının tamamı muaccel taksitlerin ayrı ayrı ödenmesini kabule mecbur tutulmaması gerektiği savunulmaktadır. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 280. Kanaatimizce konusu para olan edimlerin alacaklı tarafından kısmî ifasını kabul zorunluluğunun bulunduğu kabulü isabetlidir. Konu hakkında bk. 2.4.2.3

bir teslim borçlanılmış olup ifa, teslimle gerçekleştirilmiş olur. Hâlbuki, borçlu tarafından yerine getirilen hazırlık fiili, edimin ifası ya da kısmî ifası olarak nitelendirilemez⁵¹⁵.

Öğretide bir görüşe göre, borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan gecikme zararlarına ilişkin talepler, asıl borç ile bir bütün oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bunların bir bütün teşkil ettiği gerekçesiyle borçlu tarafından aynı anda ifa edilmemesi kısmî ifa olarak nitelenemez⁵¹⁶. Aslî edim yükümlerinin dışında kalan yükümler, sözleşmeden ya da kanundan doğan faiz ve masraflara ilişkin talepler, asıl edimle bir bütün teşkil etmemektedir⁵¹⁷. Farklı hukukî sebeplere dayanan bu borç kalemlerinin bir bütün oluşturmadığı, dolayısıyla bunlardan bazılarının ifa edilip bazılarının edilmemesinin kısmî ifa olarak nitelendirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir. İkinci görüşe göre ise, asıl talep bakımından tek bir borç sebebi olduğunun kabul edildiği durumlarda gecikme faizi, masraflar ve gecikme faizini aşan zararlar (munzam zarar) asıl talebe dâhil olur⁵¹⁸. Bunun sonucu olarak da bahsi geçen kalemlerin sadece bir kısmının ifası kısmî ifa teşkil etmektedir. Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, asıl borçtan bağımsızlaşan fer'i borçlar (özellikle faiz borçları) doğumlarıyla birlikte ayrı bir hukukî varlık kazanır ve bağımsızlaşır⁵¹⁹. Dolayısıyla bu borçlara ilişkin ifa teklifleri, kısmî ifa teşkil etmez⁵²⁰. Aslî edim yükümlülüklerinin dışında kalan ve bölünebilir nitelik taşıyan yükümlülüklerin de kısmî ifası mümkündür, TBK m. 84 uygulama alanı bulur⁵²¹.

2.1.3. İfa İkamelerinin Kısmen Gerçekleşmesi

TBK m. 84 ifanın tarzını belirleyen bir hüküm olarak kabul edildiği için, ifa ikameleri bakımından da uygulama alanı bulur⁵²². İfa ikameleri daha önce incelendiği üzere⁵²³ ifa yerine geçen edim ve ifa amacıyla yapılan edimdir. Bu iki durumda asıl borçlanılan edimden farklı bir edim ifa edilerek borçtan kurtulma imkânı vardır. İfa yerine edimin kısmî ifanın konusu olup olamayacağının tespiti, kanaatimizce özellik arz etmemektedir. İfa edilecek edimin yerine geçen edimin objektif, amaçsal, fonksiyonel, hukukî, ekonomik olarak ve taraf iradelerine aykırılık oluşturmaksızın bölünebilir ve bir kısmının ifa edilebilir olduğu hâllerde, bu yeni edimin, kısmî ifanın konusu olabileceği kabul edilmelidir.

⁵¹⁵ Weber, 2005: Art. 69, N. 23.

⁵¹⁶ Gernhuber, 1994: 151. Ancak yazar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşı edim borçlusundan, üzerine düşen edimin tamamını ifa etmesinin beklenemeyeceğini savunmaktadır.

⁵¹⁷ Gernhuber, 1994: 151.

⁵¹⁸ Nacken, 1976: 36. Faizin fer'i niteliği ve asıl alacaktan bağımsızlaştığı istisnaî hâller hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Helvacı, 2000: 50 vd.

⁵¹⁹ Soergel, 2014: 373. Bk. 3.2.1.2.; Antalya, 2017: 120.

⁵²⁰ Bk. 2.1.2.

⁵²¹ Weber, 2005: Art. 69, N. 7.

⁵²² Weber, 2005: Art. 69, N. 7-8; İpek, 2016: 165.

⁵²³ Bk. 1.3.2.

İfa amacıyla gerçekleşen edim bakımından ise, ulaşılan sonuç daha açıktır. Bu ifa ikamesinde asıl edimin yerine, paraya dönüştürülebilen başka bir edim geçmektedir. Dolayısıyla ikame edim daima bir para borcu hâline gelmektedir. Para borçları da bölünebilirliği üzerinde tartışma bulunmayan borçlardır. Dolayısıyla bu borçlar TBK m. 84 anlamında kısmî ifaya konu olabilir. Şunu belirtmek gerekir ki, ifa amacıyla gerçekleşen edim, bir bono, poliçe ya da çek olarak alacaklıya verilmişse, bu kambiyo senetlerine ilişkin özel düzenlemeler kısmî ifanın hüküm ve sonuçları değerlendirilirken göz önünde bulundurulmalıdır. Bu konu, ileride ayrıntılı olarak incelenmektedir⁵²⁴.

2.2. Kısmî İfa Kavramının Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

2.2.1. Kötü İfa (Gereği Gibi İfa Etmeme) ve Kısmî İfa

Kötü ifa kavramı hukukumuzda, tanımı hususunda uzlaşmaya varılamamış kavramlardan biridir. Özellikle akdin müspet ihlâli, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi ve kötü ifa kavramları birbiri yerine sıklıkla kullanılan kavramlardır. Bu belirsizliğin sebebinin, kanunda imkânsızlık ve temerrüt dışındaki bütün borca aykırılık hâllerinin bu terimle nitelendirilmesi ile ilişkili olduğu görülmektedir⁵²⁵.

Öğretide savunulan bir görüşe göre kötü ifa, “akdin müspet ihlâli”nden başka bir şey değildir. Bu bakımdan temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan bütün sözleşmeye aykırılık hâlleri akdin müspet ihlâli (kötü ifa) olarak nitelendirilmektedir⁵²⁶. Kötü ifanın kapsamını ise, ayıplı ifalar, ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümlerine aykırılıklar ve davranış yükümlerine aykırılıklar oluşturmaktadır⁵²⁷. Bu görüşe göre, akdin müspet ihlâlinin TBK m. 112’de ifade edilen “hiç ya da gereği gibi ifa edilememe” olgusu ile aynı anlamda kabul edilerek bütün yan yükümlere ve bağımsız davranış yükümlerine aykırılığın bu bağlamda değerlendirilmesi kanun koyucunun iradesi ile örtüşmemektedir⁵²⁸. Böyle bir yaklaşım yerine TMK m. 2/I’den, TBK m. 112, TBK m. 117 ve ayıplı yahut kötü ifaya ilişkin özel kanunî

⁵²⁴ Bk. 2.4.2.2.

⁵²⁵ Türk-İsviçre ifa engelleri hukukunun genel sistematiği ve bu sistematiğe ilişkin eleştiriler için bk. Atamer, 2010: 317-360.

⁵²⁶ Nomer, 2015: 327; Antalya, 2017: 389; Kocayusufoğlu vd., 2014b: 246; Serozan, 2007: 280 vd. Esasında Serozan “akdin müspet ihlâli” kavramını borçlar hukukunda yerleşik bir kavram olması nedeniyle tercih etmekle birlikte bu kavramı terminolojik olarak isabetsiz de bulmaktadır. Yazara göre müspet ihlâl deyimi yanıltıcıdır, çünkü ihlâl sadece olumlu bir davranışla gerçekleşmez, olumsuz bir tutumla da gerçekleşebilir. Ayrıca müspet ya da menfi “ihlâl” sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, sözleşme dışı borç ilişkilerinden de kaynaklanabilir. Benzer tartışma için bk. Aral, 2011: 78; Eren, 2017: 1068. Kötü ifanın akdin müspet ihlâlinin bir türü olarak değerlendirilmesi hakkında bk. Weber, 2000: Art. 97, N.60, s. 67.

⁵²⁷ Aral, 2011: 109. Yazar, kötü ifayı, akdin müspet ihlâlinin bir alt türü olarak kabul etmektedir ve bu kavramın da içine ayıplı ifayı, yan yükümlere ve koruma yükümlerine aykırılık hâllerini dâhil etmektedir. Kocayusufoğlu vd., 2014b: 249. Ayıplı ifanın kötü ifanın bir türü olarak değerlendirilmesi hakkında bk. Şenocak, 1989: 114-115.

⁵²⁸ Kocayusufoğlu vd., 2014b: 249.

düzenlemelerden hareket edilerek “hukukî kıyas” yoluyla türetilen bir genel ilkenin bulunması gerektiği savunulmaktadır⁵²⁹.

Kötü ifa kavramı yerine tercih edilmesi gereken kavramın TBK m. 112 (BK m. 96)’de kullanılan “gereği gibi ifa etmeme” (nicht gehöriqe Erfüllung) olduğu da öğretilerde savunulan görüşlerden biridir. Bu görüşe göre “akdin müspet ihlâli” kavramına, “gereği gibi ifa etmeme” kavramı karşısında gerek kalmamaktadır⁵³⁰. Zira akdin gereği gibi ifa edilmemesi bir üst kavram olup, ayıplı ifa hâlleri ve akdin müspet ihlâli, bu kavramın içindedir⁵³¹. Akdin müspet ihlâli ya da kötü ifa ise, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin amacını tehlikeye düşüren ya da akamete uğratan hareketlerden kaçınma konusundaki genel yükümlülüklerin ihlâli olarak tanımlanmaktadır⁵³².

Öğretilerdeki bir diğer yaklaşıma göre ise “kötü ifa” kavramı ile “borcun gereği gibi ifa edilmemesi, birbiri yerine kullanılabilen kavramlardır⁵³³. Bu görüşe göre temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan hâller için akdin müspet ihlâli terimi yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak kötü ifanın, yapılması gereken bir şeyin yapılmamasından da kaynaklanması mümkün olduğu için, kötü ifayı ifade eden doğru terim “borcun gereği gibi ifa edilmemesi”dir⁵³⁴.

Kötü ifa, gereği gibi ifa etmeme, ayıplı ifa, eksik ifa, kısmî ifa, culpa in contrahendo sorumluluğu, akdin müspet ihlâli hâllerinin TBK m. 112’nin kapsamına girip girmediği, giriyorsa bu ihlâlin hukukî sonuçlarının ne olduğu son derece önemlidir. Kanaatimizce, bu terminoloji karmaşasının temelinde, Alman Medeni Kanunu’nun 2002 yılında geçirdiği değişiklik öncesinde imkânsızlık ve temerrüt odaklı olarak ifa engellerinin (ya da sözleşmenin ihlâlinin) düzenlenmiş olması, buna karşılık, bu iki ifa engeli dışında kalan hâllere ilişkin bir genel düzenlemenin bulunmaması yatmaktadır⁵³⁵. 2002 yılında BGB’de değişiklik yapan

⁵²⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 250.

⁵³⁰ Tandoğan, 2010: 400; Eren, 2017: 1069. Öğretilerde Aral, gereği gibi ifa etmeme kavramını geniş ve dar anlamda olmak üzere ikili bir ayırım dâhilinde incelemektedir. Buna göre geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme edimin kanun veya sözleşmeyle öngörülen şartlara uymaması; dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ise ayıplı ifa (nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme) anlamına gelmektedir. Bk. Aral, 2011: 74 vd.

⁵³¹ Tunçomağ, 1976: 488-489; Aral, 2011: 76; Tandoğan, 2010: 400. Yazara göre akdin müspet ihlâli durumunda, temerrüt ve imkânsızlıktan farklı olarak menfî bir hareket tarzıyla değil, müspet bir hareketle borç ihlâl edilmektedir.

⁵³² Tandoğan, 2010: 401; Aral, 2011: 78. Aral, akdin müspet ihlâlini, müspet bir fiille yüküm ihlâli, yani yapmama hükümlerine aykırı hareket ve ayıplı ifa hâlleri olarak nitelemektedir. Eren, 2017: 1069. Öğretilerde Eren, esas olarak “gereği gibi ifa etmeme” terimini isabetli bulmaktadır. Bununla birlikte kötü ifa ve yan yükümlülüklerin (özellikle koruma yükümlülüklerinin) ihlâli hâllerini gereği gibi ifa etmeme başlığı altında incelemektedir. Ancak yazar, ayıplı ifa ile kötü ifayı birbiri yerine kullanmaktadır. Bk. Eren, 2017: 1048.

⁵³³ Oğuzman ve Öz, 2017a: 43; İpek, 2016: 256.

⁵³⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 475; Eren, 2017: 1069.

⁵³⁵ Aral, 2011: 76; Ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, 2000: 231-248.

Reform Kanunu (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)⁵³⁶ ile ifa engelleri yeniden düzenlenmiştir. Reform Kanunu’nun 280/1 ve 3, 281 ve 282. paragraflarıyla “yüküm ihlâli”, ifa engelleri konusunun temelini oluşturan kavram olarak kabul edilmiştir⁵³⁷. Hâlbuki, Türk-İsviçre Hukukunda tercih edilen sistematik farklı olup imkânsızlık ve temerrüt dışında “gereği gibi ifa etmeme” gerek TBK m. 112 gerekse OR m. 97’de bir borca aykırılık durumu olarak açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan akdin müspet ihlâli kavramına Türk-İsviçre hukukları bakımından ihtiyaç bulunmadığı ileri sürülmektedir⁵³⁸. Bu çalışmada da esas alınan görüş “gereği gibi ifa etmeme” kavramının kötü ifa kavramı ile eş anlamda kullanıldığı son görüştür. Akdin ihlâlinin menfi bir davranışla da gerçekleşebildiği gerekçesiyle akdin müspet ihlâli kavramı tercih edilmemektedir. Temerrüt ile imkânsızlık dışında kalan borca aykırılık hâllerinin en yalın biçimde “kötü ifa” teşkil ettiği, dolayısıyla bütün bu ihtimaller için gereği gibi ifa etmeme ya da kötü ifa kavramının kullanılması gerektiğini savunan görüş isabetli bulunmaktadır. Borçlanılan edimin miktar ve niteliklerine uygun olmayan ifayı, yan edim yükümlerine, yan yükümlere ve koruma yükümlerine aykırılıkları ifade etmek üzere kötü ifa kavramı tercih edilmelidir⁵³⁹.

Kötü ifanın hukukî yaptırımı tespit edilirken ilk olarak temerrüt ve imkânsızlık hükümlerine başvurulmaktadır. Hâlbuki temerrüt ve imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasının elverişli olmadığı durumlar da bulunmaktadır. Ayıp, zapt, ambalaj hataları ya da yanlış tıbbi müdahaleler gibi örneklerde ne temerrüt ne de imkânsızlık söz konusudur. Kanunda özel olarak düzenlenen kötü ifa hâllerinde, meselâ ayıp ve zapttan doğan sorumluluk hâllerinde özel hükümler uygulanabilir. Bunun yanı sıra söz konusu durumlarda TBK m. 112’ye de başvurulabilmesi gerek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir⁵⁴⁰. Özel düzenlemelerin olduğu bu durumlar dışında ise TBK m. 112 gereğince, alacaklının kötü ifadan doğan zararının tazminini talep etmesi hükme bağlanmaktadır. Talep edilen tazminat maddî tazminat olabileceği gibi, manevî tazminat da olabilir. Borçlu, kusursuzluğunu ispatlamadıkça kötü ifa neticesinde doğan zarar ile uygun illiyet bağı içerisinde olan bütün zararlar, sorumluluk kapsamındadır⁵⁴¹. Kötü ifa sebebiyle

⁵³⁶ Kanun 1.1.2002’de yürürlüğe girmiştir. Kanun metni için bk. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D_1514375053882, (erişim tarihi: 02.05.2016).

⁵³⁷ Akıncı, 2016b: 1392; Serozan, 2000: 233-234.

⁵³⁸ Aral, 2011: 99; Oğuzman ve Öz, 2017a: 475.

⁵³⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 249; Tekinay vd., 1993: 972 vd; İpek, 2016: 265.

⁵⁴⁰ BGE 100 II 30. Karar metni için bk.. https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/2e52302d-e36c-4b74-82b4-155f15373382?sp=3%7Ckd3ivk&source=document-link#cons_2, (erişim tarihi: 5.12.2017). Yarg. 13. HD. T. 19.03.1992 E. 1992/384, K. 1992/2617. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (erişim tarihi: 5.12.2017).

⁵⁴¹ Aral, 2011: 185; Antalya, 2017: 402.

borç ilişkisinin karşı tarafı tazminat talep edebileceği gibi, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiler, ancak kanunun öngördüğü sınırlı hâllerde tazminat talep edebilirler. Bu istisnai hâllerin tipik örneğini ise TBK m. 53/I, b. 3 uyarınca kötü ifanın ölüme sebebiyet vermesi hâlinde destekten yoksun kalma tazminatı oluşturur⁵⁴². Sözleşmenin tarafı ile yakın ilişki içerisinde bulunan, kötü ifanın etkisi ile temas hâlinde bulunan üçüncü kişilerin de kötü ifa sebebiyle tazminat talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu görüşün temelini ise “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi” oluşturmaktadır⁵⁴³. Esasında bu kişilerin edimle alâkalı olarak herhangi bir talep hakları bulunmamaktadır. Ancak kaynağını TMK m. 2’deki dürüstlük kuralından alan bu anlayışa göre koruma yükümlerinin sözleşmenin tarafı olmayan kişilere de teşmil edilmesi gerekir. Türk-İsviçre Hukuku bakımından bu zararların tazmininin talep edilmesine hukukî bir engel bulunmamaktadır⁵⁴⁴.

Alacaklının, kötü ifa hâlinde edimin aynen ifasını talep edip edememesi de tartışılması gereken bir konudur. Kötü ifanın bir türü olan satıcının zapttan doğan sorumluluğu bakımından, tam zapt söz konusu ise sözleşme sona ermiş sayıldığı için (TBK m. 217/I) aynen ifa talebinde bulunulamaz⁵⁴⁵. Kısmî zapt hâlinde ise alıcının uğradığı zararın giderilmesini (TBK m. 218/I) veya belli şartlar hâlinde “sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilmesini” istemesi mümkündür. Başka bir deyişle alıcı, sözleşmeden dönmeyi talep edebilir ve tam zapt ile aynı hukukî sonuca ulaşılmış olur⁵⁴⁶. Keza satış sözleşmesinde, gerek Türk Borçlar Kanunu’nda gerekse TKHK’da ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında aynen ifa talebi anlamına gelen seçimlik haklar mevcuttur. Hangi seçimlik hakların aynen ifa talebine yönelik olduğu tartışmalı olmakla birlikte⁵⁴⁷, yenisiyle değiştirme ve onarım taleplerinin aynen ifaya yönelik talepler olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁸. Benzer şekilde TBK m. 306/I uyarınca kiracının kiralananın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini⁵⁴⁹ ve ayıbın giderilmesini talep hakkı da kötü ifa sonucunda aynen ifa talebinin bir örneğini oluşturmaktadır⁵⁵⁰. Eser sözleşmesi bakımından TBK m. 473 ve m. 475 aynen ifa talebinin düzenlendiği maddelerdir. TBK m. 473/II’ye göre eserin, yüklenici tarafından meydana

⁵⁴² Aral, 2011: 188-189.

⁵⁴³ Aral, 2011: 189-190.

⁵⁴⁴ Bu konuda öğretide Tandoğan, üçüncü kişinin zararının tazmini talebinin hukukî dayanağının TBK m. 129’da (BK m. 111) düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme olarak tespit edilmesi gerektiği ileri sürmektedir. Bk. Tandoğan, 1963: 167; Aral, 2011: 190.

⁵⁴⁵ Başoğlu, 2012: 125.

⁵⁴⁶ Başoğlu, 2012: 126.

⁵⁴⁷ Malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebiyle açılan davanın bir ifa davası olduğu yönündeki görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bk. Tandoğan, 2008: 198, dpn. 107, 107a.

⁵⁴⁸ Başoğlu, 2012: 117.

⁵⁴⁹ Kiralananın ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep hakkının ancak imkân bulunduğu ölçüde ve misli mallar bakımından kullanılabilir bir hak olduğu yönünde bk. Yavuz, 2011: 206.

⁵⁵⁰ Yavuz, 2011: 206 vd.

getirildiği sırada ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olacağı açıkça görülüyorsa, iş sahibi yükleniciye ayıbın ya da aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere onarım ya da işin devamının üçüncü kişiye verileceği hususunda ihtarda bulunabilir. Bu maddede düzenlenen kötü ifa yaptırımının TBK m. 113 ile farklı şartlar taşımakla birlikte esas olarak paralellik taşıdığı ve aynen ifa talebinin bir örneği olduğu kabul edilmektedir⁵⁵¹. TBK m. 475'te eserdeki ayıp sebebiyle iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar sayılmış ve üçüncü bentte ücretsiz onarım talep etme hakkı iş sahibine tanınmıştır. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, kanunda bazı kötü ifa hâllerinde aynen ifa talebine de imkân tanındığı görülmektedir.

TBK m. 112'de tıpkı aynen ifa talebinde olduğu gibi kötü ifa sonucunda sözleşmeden dönme ya da fesih bildiriminde bulunmaya ilişkin de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak dönme ve fesih bildiriminde bulunulabileceğinin açıkça öngörüldüğü hâllerin örnekleri Türk Hukukunda yer almaktadır. Meselâ TBK m. 306/II uyarınca kiralananın ayıplı olması durumunda kiracının belirli şartlarla kira sözleşmesini feshetmesine imkân tanınmıştır⁵⁵². Yine TBK m. 316/III'e göre kiralayana da kiracının kiralanayı özenle kullanma borcuna aykırı davranması hâlinde belirli şartlarla sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Esasında TMK m. 2'den de yola çıkılarak, fesih veya dönme, kötü ifanın gerçekleştiği borç ilişkisinin alacaklısının başvurabileceği bir hukukî yol olarak kabul edilebilir⁵⁵³. Nitekim bu görüşü destekleyen bir hükme, hizmet sözleşmesinde derhal feshe ilişkin m. 435/II'de yer verilmiştir. Buna göre haklı sebep, sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve şartlardır. Bu hükümden hareketle haklı feshin gerekçesini, sözleşmenin taraflarının, edimlerini kötü ifa etmeleri durumunda diğer taraftan edimini yerine getirmesinin beklenememesi oluşturmaya yetmektedir.

Kısmî ifanın, esasında kötü ifanın ortaya çıkış şekillerinden biri olduğu, başka bir deyişle, kötü ifanın (ya da gereği gibi ifa etmeme) kısmî ifa şeklinde de gerçekleşebildiği savunulmaktadır⁵⁵⁴. Kısmî ifa hâlinde alacaklıya tanınan ret hakkı ve bu hakkın kullanımının sınırı olarak kabul zorunluluğu (TBK m. 84-85), faiz ve masraflara ilişkin öngörülen özel düzenleme (TBK m. 100) ile kısmî ifa, kötü ifanın kanunda özel olarak düzenlenmiş nitelikli bir hali olarak değerlendirilebilir. Türk borçlar hukukunda temerrüt ve imkânsızlık hâllerinde

⁵⁵¹ Başoğlu, 2012: 142 vd.

⁵⁵² Benzer bir düzenleme TBK m. 305/II'de de yer almaktadır.

⁵⁵³ Aral, 2011: 196-197.

⁵⁵⁴ Akıncı, 2016b: 1402. Fakat Yargıtay'ın, kısmî ifayı kötü ifanın bir görünümü olarak ele aldığı kararı için bk. Yarg. 3.HD., T. 03.04.2014., E. 2013/20541, K. 2014/5378. Karar metni için bk. www.hukukturk.com, (erişim tarihi: 09.07.2017). Ayrıca Alman Hukuku bakımından da kısmî ifanın pek çok durumda kötü ifa (nicht wie geschuldet oder nicht vertragsgemäß) olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu konuda bk. Heiderhoff ve Skamel, 2006: 384.

özel düzenlemeler ile hukukî sonuçlar öngörülmektedir. Benzer şekilde ayıplı ifa dolayısıyla da satış (TBK m. 219 vd), eser (TBK m. 474), kira (TBK m. 310) hükümlerinde ve TKHK çerçevesinde ayıplı mal ve hizmetten doğan sorumluluk (m. 8 ve 13) açıkça hükme bağlanmaktadır. Bu hâllerin dışında kalan ve “kötü ifa” olarak nitelendirilen hâllerde genel hüküm olan TBK m. 112 gereğince kusuru bulunmadığını ispat edemeyen borçlunun, kötü ifa yüzünden doğan zararı tazmin sorumluluğu doğar⁵⁵⁵. Zira alacaklının, gereği gibi yapılmayan ifayı kabul zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁵⁶. Alacaklı, kötü ifayı kabul etmiş olsa dahi, bu kabul, onun, borçlunun sorumluluğuna başvurmadan feragat ettiği anlamına da gelmez⁵⁵⁷. TBK m. 112 bir tazminat sorumluluğu öngörmekle birlikte, aynen ifa ya da dönme hakkına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bu noktada öğretide, gereği gibi ifa etmeme durumunda da somut olayın özelliğine göre tazminat, sözleşmeden dönme, fesih, hatta aynen ifa yaptırımlarına başvurulabilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁸.

Kanaatimizce, kısmî ifanın, kötü ifanın bir türü olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. İmkânsızlık ve temerrüt hâlleri dışında kalan bütün hâlleri kapsayan “gereği gibi ifa etmeme” ya da “kötü ifa” ile kısmî ifanın örtüşüp örtüşmediğini, kısmî ifanın hukukî sonuçlarından hareketle belirlemek yol gösterici olabilir. Kısmî ifa haklı bir sebep olmaksızın reddedilirse, borç varlığını sürdürmekte ve alacaklının temerrüdü başlamaktadır. Kısmî ifa haklı bir sebeple reddedilirse, reddedilen kısım da dâhil olmak üzere edimin “gereği gibi ifa edilmemesi” değil; hiç ifa edilmemesi söz konusu olur. Kısmî ifa kabul edildiğinde ifa edilen kısım bakımından borç sona ererken, ifa edilmeyen kısım bakımından yine “hiç ifa etmeme” hali gündeme gelir. O hâlde kısmî ifanın kabulü, edimin bir kısmının; reddi ise tamamının “hiç ifa edilmemesi” sonucunu ortaya çıkarır. Dolayısıyla “gereği gibi ifa etmeme” kısmî ifanın bir sonucu değildir. Hiç ifa etmeme hâlleri de Türk Borçlar Kanunu’nda imkânsızlık ve temerrüt olmak üzere hükme bağlanmaktadır. Alacaklının kısmî ifayı kabul etmesine ya da reddetmesine bağlı olarak edimin tamamı ya da bir kısmı gereği gibi ifa edilmemiş değil, hiç ifa edilmemiş olur⁵⁵⁹. Fakat istisnâ olarak, kısmî ifanın kabul edildiği hâllerde ifa edilen kısım, gereği gibi ifa edilmemiş, meselâ ayıplı ifa edilmiş olabilir. Bu gibi hâllerde, kısmî ifa edilmiş kısım bakımından kötü ifa gündeme gelebilir. Kısmî ifanın kötü ifa teşkil edebileceği bir diğer ihtimal de alacaklının kısım kısım gerçekleşen ifaları kabul etmiş olmasına rağmen, sırf bu sebeple bir zarara ya da menfaat kaybına uğradığı hâller olabilir. Bu

⁵⁵⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 476; Yavuz, 2010: 971; Tekinay vd., 1993: 851 vd. 975; Aral, 2011: 185 vd; Kılıçoğlu, 2017: 845.

⁵⁵⁶ Yavuz, 2010: 971; İpek, 2016: 255.

⁵⁵⁷ Yavuz, 2010: 971; İpek, 2016: 255.

⁵⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 250; Tekinay vd., 1993: 851 vd. 975; Oğuzman ve Öz, 2017a: 476, dpn. 476.

⁵⁵⁹ Aynı yönde bk. Koller, 2006: §57, N. 37; Tandoğan, 2010: 399.

durumda, alacaklı kısmî ifayı kabul etmiş olsa bile, ifanın kısım kısım gerçekleşmiş olması yüzünden uğradığı zararın TBK m. 112 uyarınca borçludan tazminini talep edebilir.

2.2.2. Ayıplı İfa ve Kısımî İfa

Ayıplı ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin, başka bir ifade ile kötü ifanın en sık karşılaşılan örneğidir⁵⁶⁰. Ayıp, borçlanılan edimin kanun veya sözleşme ile belirlenen nitelikleri taşımaması nedeniyle alacaklının sözleşmeyi akdetmekteki amacına ulaşmasını engelleyen bir nitelik eksikliği olarak tanımlanmaktadır⁵⁶¹. Bu anlamda ayıplı ifa esasında borçlunun, aslî edimi amaca uygun, nitelik bakımından iyi şekilde ifa etmeye ilişkin yan edim yükümüne aykırı davranmasıdır⁵⁶². Ayıplı ifa sebebiyle sorumluluğun doğmasının temelinde, alacaklının beklentisinin korunması yatar⁵⁶³. Ayıplı ifa, hem sözleşmenin aslî edim yükümlülüğüne hem de yan edim yükümlülüğüne ilişkin olabilir⁵⁶⁴. Hangi edimin ayıplı olduğu, sözleşme hükümlerine, kanuna ve dürüstlük kuralına göre tespit edilmelidir.

Temeli Roma Hukukuna dayanan bu borca aykırılık hali⁵⁶⁵, birçok sözleşme türü bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça hükme bağlanmaktadır. Satış (TBK m. 219 vd), eser (TBK m. 474), kira (TBK m. 310) sözleşmelerine ilişkin hükümlerde ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin olarak özel düzenlemeler mevcuttur. Ayıplı ifa durumunda bahsi geçen bu özel hükümler ile kötü ifaya ilişkin TBK m. 112 hükmü arasındaki ilişki, başka bir ifadeyle bu özel hükümler ile genel hükmün yarışıp yarışmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre⁵⁶⁶ genel hüküm ile özel hükümler yarışma hâlinde değildir ve genel hüküm karşısında özel hükümlere öncelik tanınmalıdır. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi de bu doğrultuda içtihat oluşturmuştur⁵⁶⁷. Diğer bir görüşe göre, genel hükümlere başvurulduğunda dahi ayıptan sorumluluğa ilişkin ödevlerin alacaklı tarafından yerine getirilmesi gerektiği ve ancak bu

⁵⁶⁰ Öğretide Kocayusufpaşaoğlu vd., (2014b), kötü ifa kavramını sözleşmenin müspet ihlâli olarak adlandırmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 247.

⁵⁶¹ Aral, 2011: 112; Şenocak, 1989: 115; Akıncı, 2016b: 1396; Canbolat, 2009: 38. Esasında ayıplı ifaya ilişkin olarak yapılan tanımlarda edimin zikir ve vaad olunan hususlara aykırı ya da lüzumlu vasıflarında eksiklik vurgusu yapılmaktadır. Gerek TBK'de, gerekse 6502 sayılı TKHK'deki ayıp tanımlarında da vurgulanan hususlar bunlardır.

⁵⁶² Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 247. Öğretide Aral, ayıplı ifa ile kötü ifayı, ayıplı ifa bakımından bir üst kavram olarak kullanmaktadır. Yazar, kötü ifayı, temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan ve çeşitli borç ilişkilerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül olgusuna girmeyen edim yükümünün ayıplı ifası olarak tanımlamakta ve ayıplı ifa kavramını geniş anlamda kullanmaktadır. Bk. Aral, 2011: 94-95.

⁵⁶³ Özdemir, 2013: 69.

⁵⁶⁴ Serozan, 2007: 283; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 247; Canbolat, 2009: 39.

⁵⁶⁵ Roma Hukukunda ayıptan doğan sorumluluk ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bk. Emiroğlu, 2011: 99 vd.

⁵⁶⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 476; Yavuz, 2010: 973; Akıncı, 2016b: 1418.

⁵⁶⁷ Bk. BGE 121 III 453. Karar metni için bk. https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/03684646-80b8-4df9-b629-2af3eee67146?sp=4%7Cs32bjz&source=document-link#cons_4, (erişim tarihi: 05.12.2017).

takdirde genel hükümün uygulanabileceği de savunulmaktadır⁵⁶⁸. Üçüncü görüşe göre ise hakkında özel hüküm bulunan ayıplı ifa hâllerinde dahi borcun gereği gibi ifa edilmediğine ilişkin genel hükümlere başvurulabilir⁵⁶⁹. Yargıtay'ın bu doğrultuda da içtihadı bulunmaktadır⁵⁷⁰. Esasında bu görüşlerden herhangi birinin tercih edilmesinin pratik sonucu, kusur ve kusurun ispatı, muayene ve ihbar külfeti ile zamanaşımı süreleri bakımından ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce üçüncü görüşe üstünlük tanımak daha isabetlidir. Çünkü ayıptan sorumluluğa ilişkin sıkı şekil kurallarına tâbi fakat alacaklı bakımından daha avantajlı imkânlar tanıyan hükümler ile borca aykırılığa ilişkin şekil şartları daha elverişli fakat alacaklıya daha sınırlı imkânlar tanıyan genel hükümler birbiriyle yarışan hükümlerdir. Meselâ muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alacaklının, TBK m. 112 gereğince tazminat talep edebilmesine hukukî bir engelin olduğu söylenemez. Bu düşüncüyü destekleyici bir diğer hukukî gerekçe de TBK m. 114/II'nin yaptığı yollama sebebiyle TBK m. 60 hükmüdür. Buna göre, bir kişinin sorumluluğu birden fazla hukukî sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, ona en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir. O hâlde açıkça ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin bir talepte bulunulmadıkça, hâkimin zarar gören lehine karar vermesi, meselâ ayıptan sorumluluğa ilişkin kaçırılan kısa zamanaşımı süresi yerine TBK m. 112'den kaynaklanan sorumluluğa ilişkin uzun zamanaşımı süresini dikkate alarak hüküm tesis etmesi isabetli olur.

Ayıplı ifa hâllerinde edim, gerekli vasıfları haiz değildir⁵⁷¹. Başka bir ifadeyle ayıp, edimin niteliğine ilişkin bir mesele olup, kural olarak niceliği ile ilgili değildir⁵⁷². Bununla birlikte niteliğe etkili olan nicelik eksikliğinin de ayıplı ifa olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁷³. Nitekim satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK m. 219 hükmünde bu husus açıkça belirtilmektedir. Hükümde ile ayıbın ne olduğu açıklanmakla birlikte, niteliğe etkili nicelik eksiklikleri de ayıp olarak sayılmaktadır.

⁵⁶⁸ Yavuz, 2010: 973; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 247; Akıncı, 2016b: 1418-1419.

⁵⁶⁹ Yavuz, 2010: 973; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 247.

⁵⁷⁰ Yarg. 13. HD. T. 19.03.1992, E. 1992/384, K. 1992/2617. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (erişim tarihi: 05.12.2017).

⁵⁷¹ Tandoğan, 2010: 399; İpek, 2016: 267. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da edim sonucunun değil de edim fiilinin ya da bir işin görülmesinin taahhüt edildiği sözleşmelerde ayıplı ifanın, o fiil bakımından sarf edilmesi gereken özen borcunun ölçüsüne göre belirlenmesidir. Yapmama borçlarının ifasında ise ayıplı, eksik ya da kısmî ifanın değil; sadece ifa etme ya da etmemenin söz konusu olabildiği kabul edilmektedir. Bu konuda bk. Aral, 2011: 112; İpek, 2016: 270.

⁵⁷² Aral, 2011: 112; Koller, 2006: §-57, N. 35.

⁵⁷³ Eren, 2015: 100. Yazar, bu duruma örnek olarak el dokuması halılarda metrekaşe başına atılan düğüm sayısının, zikir ve vaad edilenden eksik olmasının niteliğe etkili bir nicelik eksikliği olduğunu ve ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Kısmî ifa ile ayıplı ifanın ayırt edilmesinin güçleştiği esaslı noktalardan ilki, niteliğe etkili nicelik eksikliği hâlleridir. Zira nicelik eksikliği kısmî ifaya ilişkin bir meseledir. Alacaklının, kısmî ifayı kabul edip kalan kısım bakımından borca aykırılığa ilişkin hükümler gereğince talepte bulunması gerekir ya da kısmî ifayı reddederek edimin tamamı bakımından borçlu temerrüdü gerçekleşir. Ancak ayıp olarak nitelenen bir borca aykırılık durumunda özel hükümlerde çeşitli seçimlik haklar tanınmakta ve alacaklı lehine nispeten daha avantajlı hükümler öngörülmektedir. Bu sebeple hukukî nitelemenin doğru yapılması son derece önemlidir. İfanın kısmen gerçekleşebilmesi için bölünebilir edimin, borçlanılan edimin gerisinde kalması gerekmektedir. Dolayısıyla edim objektif, ekonomik, amaçsal, fonksiyonel bakımdan değer kaybetmeksizin küçük parçalara ayrılabiliriyorsa ve bu parçaların ifası gerçekleştirilmişse, artık ayıplı değil, kısmî ifa vardır. Ancak edim bölünebildiği için değil de niteliğinde farklılık geçirdiği için borçlanılan edimin miktar bakımından gerisinde kalıyorsa (Quantitätsmangel), artık ayıplı ifanın mevcut olduğu kabul edilmelidir. Meselâ 10 metrekare ve orta yoğunlukta sunta plakanın teslimi borçlanıldığında, 8 metrekare orta yoğunlukta sunta plakanın ifası kısmî ifa, fakat 10 metrekare düşük yoğunlukta sunta plakanın ifası ayıplı ifa olarak nitelendirilmelidir. Ancak sözleşme uyarınca ya da alacaklının menfaati bakımından sunta plakanın tek parça ve orta yoğunlukta olması önem arz etmekteyse, bu durumda 8 metrekare ve 2 metrekareden oluşan toplam 10 metrekarelik orta yoğunlukta sunta plakanın ifasının teklifi TBK m. 112 gereğince gereği gibi ifa etmemek olarak nitelendirilmeli ve kısım kısım ifa kabul edilmiş olmasına rağmen bu sebeple bir zarara uğranmışsa bu zararın tazmini talep edilebilmelidir.

Yapma borcu doğuran sözleşmelerden eser sözleşmesinde ayıp kavramı, satış sözleşmesinde olduğunun aksine açıkça tanımlanmamaktadır. Bu noktada öğretide satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 219 hükmünden eser sözleşmesi bakımından da faydalanılabileceği yönündedir⁵⁷⁴.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan meselelerden biri de taşınmazlardaki yüzölçümü eksikliklerinin niteliğe etkili nicelik eksikliği teşkil edip etmediğidir. Yargıtay konuyla ilgili olarak 9.12.1992 tarihli ve 27.09.2000 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararlarında⁵⁷⁵ bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümlerinin daha küçük olmasını ayıplı ifa değil, “eksik ifa” olarak nitelendirmektedir. Fakat Yüksek Mahkeme’nin bu görüşüne katılmaya imkân bulunmamaktadır. Zira bu durumda tam anlamıyla niteliğe etkili bir nicelik eksikliği

⁵⁷⁴ Acar, 2013: 4, www.eakademi.org, (erişim tarihi: 05.02.2017), Öz, 2006: 190; Gümüş, 2012b: 49-50.

⁵⁷⁵ Yarg. HGK, T., 9.12.1992, E. 1992/15-649, K. 1992/732, Yarg. HGK, T. 27.09.2000, E. 2000/15-1134, K. 2000/1191. İlgili karar metni için bk. Şahin, 2014: 52.

söz konusudur⁵⁷⁶. Meselâ 70 metrekare olarak inşa ve teslim edilmesi borçlanılan bağımsız bölümün mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmüş ve 60 metrekareye karşılık gelen 6/7'lik arsa payı, alacaklıya devredilmiş olsaydı kısmî ifadan bahsedilirdi. Fakat 70 metrekarelik bağımsız bölümün inşa ve teslimi borçlanılıp 60 metrekarelik bir bağımsız bölüm inşa ve teslim edilirse, artık bu durumda ayıplı ifanın var olduğu kabul edilmelidir⁵⁷⁷. Anılan kararda yüzölçümü eksikliğinin fahiş miktarda olması durumu ise aliud ifa olarak nitelendirilmiştir⁵⁷⁸. Kanaatimizce bu karara bu bakımdan da katılmaya imkân bulunmamaktadır. Sözleşmeye aykırılığın “miktarı”nın bu aykırılığın hukukî niteliğini değiştirmesi düşünülemez. Benzer meseleler, mümkün olduğunca genel, objektif ve tekrarlanabilir çözümlerle sonuçlandırılmalıdır. Bu sebeple eksik yüzölçümü meselelerinin niteliğe etkili nicelik eksikliğinden kaynaklanan bir ayıp olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir.

2.2.3. Eksik İfa ve Kısmî İfa

Eksik ifa, ifanın tam olarak yerine getirilmemesi olarak tanımlanmakta⁵⁷⁹ ve kısmî ifanın bir türü olarak değerlendirilmektedir⁵⁸⁰. Eksik iş ve eksik ifa kavramı arasında bir fark olup olmadığı ise hem yargı kararlarında⁵⁸¹ hem de öğretide belirsizdir. Hatta aralarındaki farkın ortaya konulamadığı kavramlara ayıplı ifa da dâhildir. Bu belirsizliğin ve terminolojik farklılıkların temelinde “eksik ifa”nın yapma borçları bakımından mümkün olup olmadığı tartışması yatmaktadır.

Kısmî ifayı salt nicelik eksikliği olarak niteleyen görüşe göre, yapma borcunun kısmî ifası mümkün değildir; çünkü yapma borçları bölünmeye elverişli değildir⁵⁸². Bu görüşün sonucu olarak yapma borcu doğuran sözleşmeler bakımından taahhüt edilenin ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği seviyenin gerisinde kalan bir ifa ya da ifa teklifi hiç ya da gereği gibi ifa etmeme (TBK m. 112 vd.) bağlamında değerlendirilmektedir. Fakat bizim de katıldığımız diğer görüşe göre kısmî ifa yapma borçları bakımından da mümkün olabilir⁵⁸³. Hukukî,

⁵⁷⁶ Aynı yönde bk. Kurt, 2016: 139. Öğretide Acar, eser sözleşmesi bakımından ayıbın nicelik, miktar ya da sayı ile ilgili olmadığını savunmaktadır. Yazar, bu görüşünü eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK m. 474'te sadece “ayıbın derecesi”nin vurgulanmasına dayandırmakta ve Yüksek Mahkeme'nin içtihadını isabetli bulmaktadır. Bu durumda borca aykırılığın temerrüt hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bk. Acar, 2013: 5 vd.

⁵⁷⁷ Benzer görüşte bk. Gümüş, 2012b: 28; Öz, 2006: 131; Gökyayla, 2009: 138-139.

⁵⁷⁸ Yargıtay, üç odalı olarak yapılması kararlaştırılan bağımsız bölümün iki odalı olarak yapılmasını başka bir kararda ise eksik iş olarak nitelendirmektedir. Bk. Yarg. 15. HD., 17.06.2008, 1942/4021. Ayrıca karar metni için bk. Şahiniz, 2014: 53-54.

⁵⁷⁹ Akıncı, 2016b: 1399. Öğretide Acar, eksik işi, eserin tamamlanma oranıyla ilgili bir kavram olarak açıklamaktadır. Bk. Acar, 2013: 6.

⁵⁸⁰ İpek, 2016: 278; Antalya, 2017: 97.

⁵⁸¹ Bk. Yarg. HGK. 27.04.2011 T., 2011/13-4 E., 2011/230, K. 02.11.2011. Ayrıca bk. Akıncı, 2016b: 1400.

⁵⁸² Bu görüş hakkındaki açıklamalar için bk. 2.1.2. Gümüş, 2001: 605.

⁵⁸³ Öz, 1989: 144.

objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif açılardan bölünebilen bir yapma borcunun ifasının, edimin tamamının ifasının gerisinde kaldığı bütün hâller eksik ifa ya da eksik iş olarak nitelendirilmelidir⁵⁸⁴. Eğer kısmî ifayı geniş ele alan bu görüş bakımından dahi ifası teklif edilen yapma borcunun konusu bölünebilir nitelikte değilse, bu durumda gerçekleşen eksik ifanın hukukî niteliği kısmî ifa değil, somut olayın niteliğine göre imkânsızlığın, aliud ifanın ya da ayıplı ifanın var olduğunun kabulü daha isabetlidir⁵⁸⁵. Meselâ iki metre karelik bir ahşap masa yerine bir buçuk metre karelik masanın teslim edilmesi durumunda artık bu ifanın eksik ifa ya da kısmî ifa olarak nitelendirilmesi isabetli olmaz⁵⁸⁶. Çünkü edim bölünebilir nitelikte değildir.

Yapmama borçlarının eksik ifası ise bu borçların niteliği gereği mümkün değildir. Zira bu borçlar bir defaya mahsus ihlâl edilse bile, artık hiç ifa etmeme gerçekleşmiş sayılmalıdır⁵⁸⁷.

Eksik ifa veya eksik iş⁵⁸⁸ kavramı ile farkının ortaya konulması gereken bir diğer kavram ayıplı ifadır. Eksik ifa durumunda borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilememesi söz konusu iken, ayıplı ifada herhangi bir eksiklik bulunmaksızın ifa gerçekleşmiş olduğu hâlde edim, sözleşmede kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralı gereği taşınması gereken nitelikleri taşımamaktadır. Bununla birlikte niteliğe etkili nicelik eksikliklerinin de ayıplı ifa olarak nitelendirilmesi hususunda kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Yapma borcu doğuran işler bakımından da bu kıstas kabul edilmelidir. İmal edilen edim kendi içinde eksiksiz bir bütün teşkil etmekle birlikte borçlanılan edimin gerisinde kalmışsa (meselâ yüzölçümü eksik teslim edilen bağımsız bölümlerde olduğu gibi) artık niteliğe etkili bir nicelik eksikliği bulunmaktadır ve bu eksiklik “ayıplı ifa” olarak değerlendirilmelidir⁵⁸⁹. Fakat kötü ifanın bu iki türünü birbirinden ayırmak her zaman bu denli kolay olamamaktadır. Bu iki durumu

⁵⁸⁴ Akıncı, 2016b: 1400-1402. Bazı Yargıtay kararlarında eksik iş ve eksik ifanın farklı kavramlar olduğu vurgulanmaktadır. Fakat anılan kararlarda, bu farkın ne olduğu açıkça ortaya konulmadığı için anlaşıl原因amamaktadır. Meselâ bir Hukuk Genel Kurulu kararında ayıp kavramı ile eksik iş birbirinden farklı olduğu belirtilmiştir. Karara göre ayıp, kanun veya sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olması olarak; eksik iş ise, sözleşme konusu işlerin yapılmaması olarak tanımlanmaktadır. Eksik ifa ise, 4077 sayılı TKHK m. 4’te sayılan ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bk. Yarg. HGK. T. 27.04.2011, E. 2011/13-4, K. 2011/130. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (erişim tarihi: 23.05.2017).

⁵⁸⁵ Konuya ilişkin olarak Alman Hukukunda Steinlehnnet-Stelzner, eksik ifa ile kısmî ifayı farklı kavramlar olarak ele almaktadır. Yazar konuya ilişkin olarak verdiği örnekte iki metre karelik bir ahşap masa yerine bir buçuk metre karelik masanın teslim edilmesi durumunda artık bir kısmî ifanın değil, eksik ifanın var olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce bu durumda somut olayın özelliklerine göre aliud ifa ya da ayıplı ifadan söz edilebilir. Bk. Steinlehner Stelzner, 1984: 5.

⁵⁸⁶ Steinlehner Stelzner, 1984: 5.

⁵⁸⁷ Akıncı, 2016b: 1399.

⁵⁸⁸ Bu çalışmada eksik ifa ve eksik iş kavramları eş anlamlı kullanılmaktadır.

⁵⁸⁹ Tartışmalar için bk. Acar, 2013: 4 vd.

birbirinden ayırt etmek için öğretide bir kıstas önerilmektedir⁵⁹⁰: “Eserin diğer kısımlarına dokunmaksızın ve zarar vermeksizin giderilebilen işlerin eksik iş, buna karşılık giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi gerektiren işlerin ayıplı sayılması” kabul edilebilir.

Eksik ifa ve kısmî ifa ilişkisinde vurgulanması gereken bir diğer husus da muacceliyet kavramıdır. Aşağıda ele alındığı üzere⁵⁹¹ kısmî ifanın gerçekleşebilmesi, hukukî sonuçlarını doğurabilmesi veya alacaklının ret hakkını kullanabilmesi için alacağın tamamının belli ve muaccel olması gerekir. “Eksiklik”ten bahsedebilmek için de borcun ifa zamanının gelmesi, başka bir deyişle, muaccel olması gerekmektedir. Dolayısıyla henüz muaccel olmayan edimin ifa edilmemesi, eksik ifa oluşturmamaktadır⁵⁹². Bu ilkenin bir diğer sonucuna ya da görünüm biçimine, bedele ilişkin TBK m. 479’de yer verilmiştir. Hükme göre iş sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslimi anında muaccel olmaktadır. Hükümün ikinci fıkrası uyarınca eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırıldığı takdirde bedel parçalara göre belirlenmiş ise, her parçanın bedeli, teslimi anında muaccel hale gelir⁵⁹³. Bu hüküm ile bölünebilen edim niteliğindeki eserin bedelinin esasen tek bir bedel olduğu, fakat her bir parçaya ilişkin bedelin (karşı edimin) eserin parçalarının teslimiyle muacceliyet kazandığı vurgulanmaktadır⁵⁹⁴. Hükümün ifadesinin zıt anlamından çıkarılacak sonuç ise, teslimlerin kısım kısım yapılacağı kararlaştırılmış, fakat bedel, teslim edilecek kısımlara göre belirlenmemişse, bütün bedelin, son kısmın teslimi ile muaccel olmasıdır⁵⁹⁵. Bu noktada asıl mesele, maddenin ikinci fıkrasının bölünemeyen edimler bakımından da uygulanmasına ilişkindir. Öğretide kabul edildiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bölünemeyen bir edimin konu edildiği eser sözleşmeleri bakımından eser olmayan şeyin bir kısmının teslimi mümkün olmadığından, bu hüküm uygulanamaz⁵⁹⁶. Uygulamada özellikle ödemenin ara hak edişler şeklinde kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde (çoğunlukla inşaat sözleşmelerinde) ara ödemelerin hukukî niteliği tespit edilmelidir. Çoğunlukla inşaatın tamamının meydana getirilmesi ve teslimi, bölünemeyen edim olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat eser niteliği taşımayan şeyin bedelinin bir kısmının ara hak ediş olarak ödenmesi durumunda genellikle, henüz iş sahibine teslim edilen herhangi bir şey ya da kısım bulunmamaktadır. İş tamamlandıktan sonra

⁵⁹⁰ Gökyayla, 2009: 138, dpn. 343; Öz, 2006: 131. Konu hakkında Yargıtay kararları için bk. Akıncı, 2016b: 1407 vd.

⁵⁹¹ Bk. 2.4.1.2.

⁵⁹² Acar, 2013: 7.

⁵⁹³ TBK m. 479/II’ye benzer bir düzenleme BGB §- 641/1 c. 1’de yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca da eserin kısım kısım teslim edilmesi mümkünse ve her bir kısım için ücret belirlenmişse teslim edilen kısmın ücreti muaccel olur. Madde metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_641.html, (erişim tarihi: 30.12.2016).

⁵⁹⁴ Bu hükümün birden fazla eserin borçlanıldığı sözleşmeler için de uygulanabileceği hakkında bk. Acar, 2013: 9, dpn. 36.

⁵⁹⁵ Baygın, 1999: 196; Gönen, 2016: 235.

⁵⁹⁶ Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 553, Acar, 2013: 9-10.

bölünemeyen edimin teslimi gerçekleşmektedir. Bu tür ara ödemeler avans niteliğinde olup, eser tamamlanınca kesin hak edişten, ara ödemeler düşülerek bakiye kısım belirlenir ve yükleniciye ödenir⁵⁹⁷. Bu hâllerde bölünebilen edim eser sözleşmesinin konusu olmamakta, bu edimin karşı edimini oluşturan bedel ödeme borcu olmaktadır⁵⁹⁸. Dolayısıyla TBK m. 479/II'de düzenlenen eserin kısım kısım teslimi söz konusu olmadığı için, hükmün bu hâllerde uygulanması sadece tarafların iradesine, dolayısıyla sözleşmeye dayanabilir. Kaldı ki TBK m. 479/II hükmü emredici değil düzenleyici bir hukuk kuralıdır⁵⁹⁹. Bir eser sözleşmesinde yapılan ödemenin TBK m. 479/II bağlamında değerlendirilmesinin hukukî sonucu, yüklenicinin sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Zira kısmî ödemeyi gerçekleştiren iş sahibi, kendisine teslim edilen eseri (eser kısmını) kabul etmişsayılır⁶⁰⁰. İş sahibi ihtirazi kayıt koymadan ödeme yapmışsa, bu ifa edilen kısmın kabulü anlamına gelir⁶⁰¹. Fakat avans niteliğindeki ödemelerin böyle bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Ayrıca ücret alacağına ilişkin zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tarihin belirlenmesi bakımından da bu nitelenmenin doğru yapılması önem taşımaktadır⁶⁰².

Özellikle eser sözleşmesinde eksik ifa ile kısmî ifa karşılaştırılırken borca aykırılığın, hangi borca ilişkin olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Eserin meydana getirilmesi borcuna mı, yoksa meydana getirilen eserin teslimi borcuna mı aykırı davranıldığı ayırt edilmelidir. Bölünebilir bir edim meydana getirmenin borçlanıldığı bir eser sözleşmesinde, kısmî ifa, eserin tamamlanma oranı ile ilgiliyken⁶⁰³, teslim borcunun kısmî ifası, eserin zilyetliğinin (ve bazı hâllerde mülkiyet hakkının da) belli bir oranının devri ile ilgili olabilir. Bu son ihtimalde kısmî ifadan bahsedebilmek için mülkiyeti devir borcunun, mülkiyet hakkının belli bir payının devredilmesinin hukukî, objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif bakımlardan mümkün olması, özellikle alacaklının menfaatinin kısmen karşılanabilmesi gerekmektedir.

⁵⁹⁷ Baygın, 1999: 196-197; Acar, 2013: 9; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 553; Gönen, 2016: 249 vd.

⁵⁹⁸ Karşı edim çoğunlukla karşılaşıldığı gibi para ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi arsa payı (dolayısıyla tamamlanan bağımsız bölümün) devri şeklinde de olabilir. Bu durumda da karşı edim olan arsa payının devri bölünebilir niteliktedir fakat eserin tamamının meydana getirilmesi ediminin bölünebilir olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Meselâ bir taşınmaz üzerine 15'er daireden oluşan 3 blok apartman inşasının borçlanıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye eseri teslimi karşılığında her bloktan 5'er bağımsız bölüm devredilmesi hususunda anlaşılmışsa, sadece bir bloğun tamamlanması durumunda karşı edimin, yani tamamlanan binanın 5 bağımsız bölümünün mülkiyetinin devri bakımından TBK m. 479/II uygulama alanı bulabilir. Zira edimin de karşı edimin de somut olayda bölünebilir nitelikte olduğu kabul edilebilir.

⁵⁹⁹ Baygın, 1999: 197; Gönen, 2016: 245.

⁶⁰⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 553; Acar, 2013: 10; Baygın, 1999: 197.

⁶⁰¹ Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 553; Gönen, 2016: 246.

⁶⁰² Baygın, 1999: 197-198; Gönen, 2016: 287 vd.

⁶⁰³ Aynı yönde bk. Acar, 2013: 8.

Bahsi geçen tartışmalar sonucunda ulaşılan sonuç şudur: En başta eksik ifanın, kısmî ifanın bir türü olduğunu peşinen kabul etmek yerine, ancak bölünebilmesi mümkün olan yapma borçlarının eksik ifası kısmî ifa olarak nitelendirilmelidir. Zira bu durumda bölünebilir nitelikteki bir verme borcunun kısmî ifasından farklı bir hukukî durum bulunmamaktadır. Başka bir deyişle eksik ifa ve kısmî ifa bu hâllerde örtüşmektedir. Fakat bölünemeyen yapma borçları (meselâ bilgisayar yazılımları, sanat eserleri vb.) eksik ifa edilirse, artık bu hâlde somut olayın özelliklerine göre borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi (aliud ifa, ayıplı ifa ya da imkânsızlık gibi) gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, mülkiyeti devir borcunu da içeren yapma borçlarında, edim bölünemez nitelikte olup, mülkiyet hakkı paylı mülkiyete dönüştürülerek mülkiyet hakkının tamamı değil de belli bir oranı devredilirse bu hâlde de objektif, ekonomik, amaçsal, fonksiyonel, sübjektif ve hukukî kıstaslara göre yapılan değerlendirme neticesinde edim değil, fakat mülkiyet hakkı eksik ifa edilebilir ve bu eksik ifa da somut olayın özelliklerine göre kısmî ifa teşkil edebilir.

2.2.4. Aliud İfa ve Kısmî İfa

Bir borç ilişkisinde borçlu, alacaklıya borçlandığı şeyi ifa ederek borcundan kurtulmuş ve edime uygun bir ifa gerçekleştirmiş olur. Dolayısıyla, borçlanılan edim dışında başka bir şeyin ifasının teklifi, borçluyu borçtan kurtarmaya yetmez. İşte, borçlanılan edimden başka bir şeyin ifa olarak teklif edilmesine aliud (falsche leistung) adı verilir⁶⁰⁴. Eğer borç ilişkisinin tarafları arasında, borçlanılan şeyden başka bir şey ile ifanın gerçekleşmesi hususunda anlaşma varsa, somut olayın niteliklerine göre ifa yerine geçen edim ya da ifa amacıyla yapılan edimden söz edilebilir. Fakat böyle bir anlaşma yoksa, aliud ifa söz konusudur. Meselâ buzdolabı yerine derin dondurucunun ya da cep telefonu yerine tablet bilgisayarın teslim edilmesi istendiğinde aliud ifa gündeme gelir.

Aliud ifa, sık sık ayıplı ifa ya da kötü ifa ile karıştırılan bir kavramdır. Esasında ayıplı ifa ya da kötü ifa hâllerinde edime uygun olmasa da bir ifa mevcuttur ancak aslî ya da yan edim beklenen özellikleri taşımamaktadır. Hâlbuki, borçlanılandan tamamen farklı bir edimin ifasının ya da ifa teklifinin var olduğu aliud ifa, hiç ifa etmemenin bir türü olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁵. Bu sebeple aliud ifanın hukukî sonuçlarının, ayıplı ya da kötü ifanın hukukî sonuçları ile farklı olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Yukarıda kötü ifanın, ayıplı ifanın hukukî sonuçları açıklanmıştı. Aliud ifanın hukukî sonucunun ne olduğu konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre aliud ifanın TBK m. 112’de ifade edilen “hiç ifa etmeme” nin bir görünümü olduğu ileri sürülmekte, dolayısıyla alacaklının, ifa hiç gerçekleşmemiş olduğu

⁶⁰⁴ Gökyayla, 2009: 137; Acemoğlu, 1972: 19; İpek, 2016: 273; Eren, 2015: 63; Antalya, 2017: 391.

⁶⁰⁵ Acemoğlu, 1972: 19; İpek, 2016: 272; Şenocak, 1989: 122; Antalya, 2017: 390.

için temerrüt veya imkânsızlık hükümlerine başvurabilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰⁶. İkinci görüşe göre, aliud ifa birinci görüşte belirtilenden daha dar bir alan bakımından söz konusu olabilir. Bu görüşe göre aliud ifa, sadece cins borçlarına ilişkin bir mesele olup; parça borçlarının aliud ifası mümkün değildir⁶⁰⁷. Üçüncü görüşe göre ise, aliud ifa kavramı reddedilerek ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶⁰⁸.

Alman Hukukunda başka şeyin ifasına ilişkin BGB'nin satış sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında özel bir düzenlemeye yer verilmektedir. BGB §-434/3'e göre⁶⁰⁹ satıcı başka ya da az miktarda bir şey teslim ettiğinde ayıbın söz konusu olacağı açıkça hükme bağlanmaktadır. Benzer bir düzenleme eser sözleşmesine ilişkin BGB §-633/2 hükmünde de yer almaktadır⁶¹⁰. Fakat aliud ifanın ayıplı ifanın hukukî sonuçlarıyla bir tutulması öğretide eleştirilmektedir⁶¹¹. Özellikle ayıplı ifa durumunda alacaklıya tanınan seçimlik haklardan ayıpsız misli ile değiştirme hakkının ancak cins borçlarında gündeme geleceği; parça borçlarında ise bu hakkın kullanımının mümkün olmadığı; dolayısıyla aliud ifaya ilişkin bu düzenleme öngörülürken parça borcu-cins borcu ayrımının gözden kaçırıldığı savunulmaktadır⁶¹². Ayrıca yine aynı düzenlemelerde borçlanılandan daha değerli bir cins borcu konusunun ifası ya da ifasının teklif edilmesi durumunun, hükmün düzenleme alanının dışında kaldığı savunulmaktadır⁶¹³.

Kanaatimizce, aliud ifa durumunda ifa edilen ya da ifası teklif edilen edim tamamen borçlanılan edimin dışında bir edim olduğu için, aliud ifa, miktar ya da fonksiyonel bakımdan borçlanılan edimin gerisinde kalan bir edimin ifasından yani kısmî ifadan tamamen farklı bir anlam taşır. Aliud ifa hiç ifa etmemek olarak nitelendirilmelidir. Buradan hareketle alacaklı, borçlu temerrüdüne ya da ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlere başvurabilir⁶¹⁴.

⁶⁰⁶ Antalya, 2017: 390; Eren, 2017: 1070. Yazar, duruma göre aliud ifa üzerine alacaklının gereği gibi ifa etmeme hükümlerine başvurabileceğini savunmaktadır. Öğretide Gümüş ise, eser sözleşmesinde aliud ifanın gerçekleşmesi durumunda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bk. Gümüş, 2012b: 53.

⁶⁰⁷ Acemoğlu, 1972: 20. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aliud ifada ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin de uygulanabileceğine ilişkin kararı için bk. BGE 94 11 26. Karar hakkında eleştiriler için bk. Şenocak, 1989: 123, dpn. 46.

⁶⁰⁸ Acemoğlu, 1972: 21. Bu konuda öğretide özellikle Serozan, ayıplı ifa ile aliud ifayı birbirinden ayırmaktadır fakat, alacaklının, ayıbı ihbar külfeti ve zamanaşımı bakımından daha elverişsiz koşulları yerine getirmekle, artık ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerle kendisine tanınan daha elverişli taleplerde bulunmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda bk. Serozan, 1968b: 235.

⁶⁰⁹ BGB §-434/3 metni için bk. www.gesetze-im-internet.de, (erişim tarihi: 23.01.2017).

⁶¹⁰ BGB §-633/2 metni için bk. www.gesetze-im-internet.de, (erişim tarihi: 23.01.2017).

⁶¹¹ Thier, 2003: 404 vd.

⁶¹² Thier, 2003: 404-405.

⁶¹³ Thier, 2003: 419.

⁶¹⁴ Eren, 2017: 1070; İpek, 2016: 272; Acemoğlu, 1972: 26-28, dpn. 29.

2.3. Borçlu Bakımından Kismî İfanın Hükümleri

Kismî ifanın, borç ilişkisinin borçlusu olan kişi ya da kişiler bakımından hükümleri gerek borçlu olan tarafın gerekse alacaklı olan tarafın durumlarına göre değerlendirilmelidir. Borç ilişkisinin alacaklısı ya da borçlusu bir veya birden fazla kişiden oluşabilir. Bu durumda ifanın hangi borçlu ya da borçlular ve hangi alacaklı ya da alacaklılar için hüküm doğurduğu belirlenmelidir. Borç ilişkisinin alacaklı ya da borçlu tarafının birden fazla kişiden oluştuğu başlıca ihtimallerin ve hem borçlu tarafın hem de alacaklı tarafın bu ihtimallerden birinde bulunmasının kismî ifa bakımından taşıdığı özellikler aşağıda incelenmektedir.

2.3.1. Alacaklının Birden Fazla Olması

2.3.1.1. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinde edim bölünebilir, yani kismî ifaya elverişli ise, birden fazla alacaklı ile karşı karşıya olan borçlunun ifayı kime gerçekleştireceği hususu önem taşımaktadır. Borçlu veya borçlular, alacaklıların tamamına ya da bir kısmına bütün edimin tamamını veyahut bir kısmını ifa edebilirler. Birlikte alacaklılığın niteliğine göre gerçekleştirilen ifanın kismî ifa teşkil edip etmediği belirlenir. Bu noktada kismî ifa ile edimin alacaklılar arasında paylaştırılabilir olup olmaması konusu da önem taşımaktadır.

Edim, bölünebilir nitelikte değilse, alacaklı sayısı ister bir kişi ister birden çok kişi olsun, kismî ifa mümkün olmaz. Alacaklı sayısının birden fazla olduğu hukukî durumların başlıcaları müteselsil alacaklılık, elbirliği hâlinde alacaklılık, kismî alacaklılık ve kümülâsyondur. Bu hukukî durumlarda kismî ifanın gerçekleşmesi aşağıda ele alınmaktadır.

2.3.1.2. Özel Durumlar

Alacaklı sayısının birden fazla olduğu hâllerin ilki *müteselsil alacaklılıktır*⁶¹⁵. Birden fazla kişinin her birinin, ortak borçludan edimin ifasını kendisine talep edebildiği, borçlunun da bu alacaklılardan dilediğine bir defa ile sınırlı olmak üzere edimin tamamını ifa ederek borçtan kurtulabilme yetkisine sahip olduğu birlikte alacaklılık hali olan müteselsil alacaklılık kanundan ya da hukukî işlemde kaynaklanabilir⁶¹⁶. Müteselsil alacaklılıkta kanun koyucunun kabul ettiği görüş, “çokluk görüşü” olduğu için, alacaklı sayısı kadar alacak hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁷. Dilediği alacaklıya ifayı gerçekleştirme hususunda seçim hakkı bulunan borçlu, TBK m. 169/III’te öngörülen sınırlamalar dâhilinde borcu ifa edebilir. Buna göre alacaklılardan biri icra veya mahkemeye başvurmuş ve bu

⁶¹⁵Bk. 1.2.1.1.2.

⁶¹⁶ Oğuzman ve Öz, 2017b: 492; Acar, 2003: 54; Tekinay vd., 1993: 327; Eren, 2017: 1242.

⁶¹⁷ Oğuzman ve Öz, 2017b: 494; Eren, 2017: 1242.

kendisine bildirilmişse, borçlu ifayı bu alacaklıya gerçekleştirmek zorundadır⁶¹⁸. Bu durumda diğer alacaklıların alacak hakları sona ermemekle birlikte, talep haklarını kullanabilmeleri, bu hüküm ile engellenmiş olur.

TBK m. 169'da düzenlenen müteselsil alacaklılık, borçluya, alacaklılardan herhangi birine ya da birkaçına ifanın gerçekleşmesi ile borçtan kurtulma imkânı verir (TBK m. 169/II). Fakat borçlu, alacaklılardan birine ya da birkaçına edimin bir kısmını ifa etmişse, kalan kısmı yine her bir alacaklı talep etme yetkisine sahiptir⁶¹⁹. Dış ilişki yani müteselsil alacağın borçlusu ile olan ilişki bakımından alacaklılardan birine, birkaçına ya da tamamına, bölünebilir edimin bir kısmının ifa edilmesi kısmî ifanın gerçekleşmesi bakımından özellik arz etmez, borç kısmî ifanın kabul edilmesiyle o oranda sona erer. Borçlu alacaklıların her birinin kabul etmesi şartıyla, her bir alacaklıya kısım kısım ifada bulunarak edimin tamamını ifa edebilir ve borcu sona erdirebilir⁶²⁰. Bu çözüm tarzı, ifa dışındaki borcu sona erdiren hâllerden takas, alacaklı temerrüdü sebebiyle tevdi hakkının kullanılması ve TBK m. 125 uyarınca dönme hakkının kullanıldığı hâller bakımından da geçerlidir⁶²¹. İbra ya da yenileme ile alacaklılardan biri ya da birkaçının borcun sona ermesine sebep olmaları, sadece kendileri bakımından sonuç doğurur ve diğer alacaklılara karşı alacak hakkı tümüyle varlığını sürdürür⁶²².

Esasında müteselsil alacaklılık, bölünebilir edimler bakımından salt bir paylaşım problemidir ve iç ilişki yani alacaklıların arasındaki ilişki bakımından önem taşır. Bölünebilir nitelik taşımayan bir edim, tazminat borcuna dönüşmüşse, alacaklılar arası teselsül sürer⁶²³. Alacaklılardan birine edimin tamamının ifa edilmesi de kısmî ifa değildir. Borçlu edimi tamamen ifa etmiş olmasına rağmen müteselsil alacaklılardan biri ya da birkaçının edimin kendi payına düşen kısmına hiç ya da kısmen erişememesi, iç ilişkiye ilişkindir.

İç ilişki bakımından TBK m. 169/IV'te eşitlik karinesi öngörüldüğü için aynı ilke, kısmî ifanın kabul edilmesi durumunda da geçerli olmalıdır. Başka bir deyişle edimin kısmî ifası teklif edilmiş ve alacaklılardan biri ya da birkaçı tarafından kabul edilmişse, bu kısmın, alacaklılar arasında aksi öngörülmedikçe iç ilişkide eşit olarak paylaşılması, hakkaniyete uygun bir çözüm olarak kabul edilebilir⁶²⁴. Müteselsil alacaklılardan biri ya da birkaçının

⁶¹⁸ Alacaklılardan birinin hakeme başvurusu, alacağı iflâs masasına kaydettirmesi ya da kendisine karşı açılan davada savunma olarak bu alacağı karşı dava olarak ileri sürmesi hâllerinde de borçlu ifayı bu alacaklıya gerçekleştirerek borçtan kurtulabilir. Bk. Eren, 2017: 1244; Tekinay vd., 1993: 327.

⁶¹⁹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 498.

⁶²⁰ Oğuzman ve Öz, 2017b: 499.

⁶²¹ Eren, 2017: 1226; Oğuzman ve Öz, 2017b: 499.

⁶²² Eren, 2017: 1244; Oğuzman ve Öz, 2017b: 499.

⁶²³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 496.

⁶²⁴ Öğretide Eren, müteselsil alacaklılıkta alacaklıların arasındaki rücu ilişkisinin kanunda düzenlenmediği gerekçesiyle tatmin edilen alacaklıya diğer alacaklıların rücu hakkının bulunmadığını savunmaktadır. Bk. Eren,

kısmî ifayı reddetmesi durumunda, reddin hüküm ve sonuçlarının bütün alacaklılar bakımından gerçekleştiği kabul edilmelidir. Borçlu dilerse, ret hakkını kullanmamış olan alacaklı ya da alacaklılara kısmî ifayı teklif edebilir.

Alacaklı sayısının birden fazla olduğu hâllerin biri de *elbirliği hâlinde alacaklılıktır*⁶²⁵. Elbirliği hâlinde alacaklılık durumunda borçlunun, ifayı alacaklıların tamamına gerçekleştirmesi zorunlu olduğu için, bir ya da birkaç alacaklıya karşı gerçekleşen ifa, tamamen ya da kısmen borcu sona erdirmez⁶²⁶. Elbirliği hâlinde alacaklılıkta tek bir alacak hakkının var olduğu, yani “teklik görüşü” benimsendiği için bir ya da birkaç ortağın ifayı kabul etmesi yeterli olmadığı gibi, bir ya da birkaçının ifayı reddetmesi de bütün alacaklılar bakımından hukukî sonuç doğurur. Meselâ, bir alacaklının kısmî ifayı reddetmesi hâlinde, alacaklıların tamamına ifa gerçekleştirilemediği için, şartları varsa bütün elbirliği hâlindeki alacaklılar bakımından alacaklının temerrüdü gerçekleşmiş olur. Bütün alacaklıların kısmî ifayı kabul etmesi durumunda, ifa edilen kısım bakımından borç sona erer, ifa edilmeyen kısımdan sorumluluk, bütün alacaklılara karşı devam eder.

*Kısmî alacaklılık*⁶²⁷ hâlinde de birden fazla alacaklı bulunmaktadır. Kısmî alacaklılıkta ortak olan şey, birden fazla alacaklının alacak hakkının dayandığı hukukî sebeptir⁶²⁸. Birden fazla alacaklı, edimin sadece belli bir kısmını talep edebilir, borçlu da her bir alacaklıya, sadece edimin belli bir kısmını ifa etmekle yükümlüdür. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kısmî alacaklılardan (aynı zamanda kısmî borçlulardan) biri edimini ifa ettiğinde, borçlu, edimini ifa eden alacaklıya (karşı edim borçlusuna) edimin henüz tamamı ifa edilmediği için ödemezlik def’ini ileri süremez⁶²⁹. Kısmî alacaklılardan her bir alacaklı, kendisine ait olan alacak kısmını borçludan talep edebilir. Alacaklılardan sadece birine ya da birkaçına gerçekleştirilen ifa, toplam alacak bakımından kısmî ifa oluşturmamaktadır. Ancak bir alacaklının payına düşen alacağın tamamını elde edememesi durumunda kısmî ifa gerçekleşebilir. Her bir alacaklının, kendi payına düşen alacak bakımından (o payın) kısmî ifa teklifini reddetme hakkı bulunmaktadır.

*Kümülatif alacaklılık*⁶³⁰ durumunda da alacaklı sayısı kadar borç ilişkisi ve alacak hakkı bulunup, her bir borç ilişkisi münferit olarak değerlendirilmektedir⁶³¹. Bir alacaklının alacak hakkına tamamen ya da kısmen erişmesi, diğerini etkilemez. Sadece bir alacaklıya

2017: 1246. Kanaatimizce 169. maddenin son fıkrası rücu ilişkisini ve bu rücünün hangi oranda gerçekleşeceğini hükme bağlamaktadır.

⁶²⁵ Bk. 1.2.1.3.2.

⁶²⁶ Acar, 2003: 92.

⁶²⁷ Bk. 1.2.1.4.2.

⁶²⁸ Acar, 2003: 87.

⁶²⁹ Akıntürk, 1971: 18; Acar, 2003: 87.

⁶³⁰ Bk. 1.2.1.6.

⁶³¹ Acar, 2003: 92; Jürgens, 1988: 145 vd.

gerçekleştirilen ifa, kısmî ifa teşkil etmez. Her bir alacaklı da şartları gerçekleştiği takdirde kısmî ifayı kabul veya ret hakkına sahiptir. Alacaklılar arasında iç ilişki bulunmadığı için, alacaklılardan biri ya da birkaçının kısmî ifayı reddetmesi ya da kabul etmesi diğerlerini etkilemez⁶³².

2.3.2. Borçlunun Birden Fazla Olması

2.3.2.1. Genel Olarak

Borç ilişkisinin pasif tarafının yani borçlunun birden fazla kişiden oluştuğu hâllerde, kısmî ifanın bu borçlular bakımından hangi etkileri taşıdığı önem arz etmektedir. Birden fazla kişinin ifasının kısmî ifa teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde ilk olarak edimin bölünebilir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Edim bölünebilir nitelik taşımıyorsa, bölünemeyen edimin birden fazla borçlusu vardır ve bu edimin kısmî ifası mümkün değildir. O hâlde birden fazla borçlusu olan bir edimin kısmî ifasının, bu borçlular bakımından hüküm doğurabilmesi için, edimin bölünebilir nitelik taşıması gerekmektedir. Bölünebilir edimin birden çok borçlusu için kısmî ifanın hükümleri, borçluların kendi aralarındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre farklılık arz etmektedir.

Bölünebilir bir edimin birden fazla alacaklısının olduğu hâllerde önem taşıyan husus, ifanın hangi alacaklı ya da alacaklılara gerçekleştirileceği ve tamamen ya da kısmen gerçekleştirilen ifayı hangi alacaklı ya da alacaklıların kabul edeceği idi. Bölünebilen edimin birden fazla borçlusunun bulunduğu hâllerde ise önem taşıyan husus, hangi borçlu ya da borçluların ifayı gerçekleştireceğidir. Bunun yanı sıra ifayı tamamen ya da kısmen gerçekleştiren borçlu ya da borçluların, diğer borçlular ile ilişkileri, birden çok borçlunun kendi aralarındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre belirlenir. Borçlu sayısının birden fazla olduğu başlıca hâller müteselsil borçluluk, borca katılma, elbirliği hâlinde borçluluk, kısmî borçluluk ve kümülâsyondur.

2.3.2.2. Özel Durumlar

Borç ilişkisinin borçlu tarafının birden fazla kişiden oluştuğu hâllerden ilki ve en yaygını *müteselsil borçluluktur*⁶³³. Müteselsil borçlulukta her bir borçlu, alacaklı ya da alacaklılara karşı borcun tamamından sorumludur. Bununla birlikte Türk Hukukunda müteselsil borçluluğa ilişkin olarak kabul edilen görüş “çokluk görüşü”dür ve dış ilişki

⁶³² Acar, 2003: 93.

⁶³³ Bk. 1.2.1.1.1.

bakımından borçlu sayısı kadar borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir⁶³⁴. Borç ilişkisinde borçlanılan edim, müteselsil borçlulardan sadece biri ya da birkaçı tarafından, tamamen ya da kısmen ifa edildiğinde borç, o oranda sona erer ve bu sona ermeden ifaya katılmamış diğer müteselsil borçlular da yararlanır⁶³⁵. Her bir borçlu, kendisinden talepte bulunulmasa bile alacaklıya ifada bulunabilir. Bu ifa oranınca, diğer borçlular da (dış ilişki bakımından) borçtan kurtulur. Borcun bir kısmı müteselsil borçlu ya da borçlular tarafından sona erdirilirse, kalan kısım bakımından müteselsil borçluluk devam eder⁶³⁶. Buna istinaden alacaklı, tekrar borcun bir kısmını ifa eden borçlu ya da borçlulara başvurabilir⁶³⁷. Zira TBK m. 163/II uyarınca borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ifa edilinceye kadar sürer⁶³⁸.

Müteselsil borçlulardan biri ya da birkaçının, alacaklıya karşı takas def'i ileri sürmeleri durumunda, takas edilen miktar oranında borç, bütün müteselsil borçlular bakımından sona erer. Fakat takas ile borç kısmen sona eriyorsa, alacaklı kısmî ifayı reddedemez⁶³⁹. Bunun iki sebebi bulunmaktadır: Bu sebeplerden ilki, TBK m. 143 hükmüdür. Buna göre her iki borç, takas anında daha az olan borç oranında sona erer. Daha az olan borç, müteselsil borçluların toplam borcunun miktar veya seviye bakımından gerisinde kalsa bile takas edilen borçlardan daha azı oranında toplam borcun sona ermesi gerekir. İkinci hukukî sebep ise, takas beyanının ileri sürülmesinin, yenilik doğuran hak kullanımı niteliğinde olmasıdır. Bu sebeple TBK m. 144'teki hâller dışında karşı tarafın iradesine ihtiyaç duyulmaksızın tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı yeterlidir.

Alacaklı, müteselsil borçlulardan birinin, bir kısmının ya da tamamının kısmî ifa teklifini reddederse, borcun tamamı bakımından sorumluluk bütün müteselsil borçlular için devam eder. Bununla birlikte alacaklı, müteselsil borçlu ya da borçlulardan kısmî talepte de bulunabilir⁶⁴⁰. Bu takdirde alacaklı, borçlu ya da borçluların, belli ve muaccel borcun tamamını ifa etme isteklerini reddedemez, aksi hâlde alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Alacaklı,

⁶³⁴ Akıntürk, 1971: 58 vd; Tekinay vd., 1993: 288-289; Oğuzman ve Öz, 2017b: 452; Eren, 2017: 1224; Kırca, Ç., 2006: 643, dpn. 11-12.

⁶³⁵ Eren, 2017: 1225.

⁶³⁶ Oğuzman ve Öz, 2017b: 477.

⁶³⁷ Kapancı, 2014: 142 ve 144.

⁶³⁸ İİK'da kısmî ifanın diğer borçlular bakımından etkisine ilişkin iflâs masasını düzenleyen hükümler arasında istisna niteliğinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca "Müflisle birlikte borçlu tarafından borcun kısmen ödenmesi" başlıklı İİK m. 204 uyarınca, alacaklı müflisle birlikte borçlu olanlardan alacağın bir kısmını almış ise, müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsa da olmasa da borcun tamamı masaya kaydolunur. İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklıya ve müşterek borçluya ait olup, alacaklı, masa tarafından yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hissedenden alacağını tamamlayacak kadarını alır. Müşterek borçluya ise, geriye kalan paradan rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir. Artan para ise masaya kalır.

Müteselsil borçluluğun sona ermesine ilişkin genel prensip, kısmî ifa ile borcun o oranda sona ermesidir. Hâlbuki, İİK'daki bu hüküm gereğince müteselsil borçlulardan biri kısmî ifa gerçekleştirmiş ve borç o oranda sona ermiş olmasına rağmen, ifayı gerçekleştirmeyen borçlu iflâs ederse, sanki borç kısmen sona ermemiş gibi iflâs masasına kaydedilmektedir. Rücu alacağı da masadan karşılanır.

⁶³⁹ Kapancı, 2014: 212-213.

⁶⁴⁰ Kapancı, 2014: 143; Özdoğan Dalcı, s. 46 ve 90.

borçlulardan sadece birine ya da birkaçına karşı dava açar ve hüküm elde ederse, bu hükme dayanarak dava açmadığı diğer müteselsil borçlulara karşı ilamlı icra takibi de yapamaz⁶⁴¹.

Birden fazla sayıda borçlunun, birden fazla sayıda edimi, müteselsilen borçlanmaları da mümkündür⁶⁴². Bu durumda edimler arasında içsel bir birlik varsa ve bu birlik edimlerin kısım kısım ya da ayrı ayrı ifasına engel teşkil etmiyorsa, edimlerden sadece birinin veya bir kısmının ifası kısmî ifa niteliği taşır.

Müteselsil borcun hukukî işleminden kaynaklandığı hâllerde, iç ilişki bakımından aksi öngörülmedikçe, borçluların eşit oranda sorumlu oldukları (eşitlik karinesi) TBK m. 167/I'de öngörülmüştür. Dolayısıyla edimin bir kısmını ifa eden borçlu ya da borçlular, kendi paylarını aştığı oranda gerçekleştirdikleri fazla ifayı, diğer borçlulara payları oranında rücu edebilirler. Bu noktada önem taşıyan husus, kısmî ifa durumunda ifa edilen edim oranının, rücu ilişkisinde de göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Meselâ 4 borçlu 80 birim edimi alacaklıya karşı müteselsilen borçlanmış ve borçlulardan B1 40 birim edimi ifa etmişse, öncelikle B1'in gerçekleştirdiği edimin, toplam edime oranı olan $\frac{1}{2}$ oranı bulunmalıdır. B1'in B2, B3 ve B4'ün her birine gerçekleştirebileceği rücu alacağı, 10'ar birim olur. B1, kısmî ifasının, kendi payına düşen miktarından fazlası olan 30 birimi tek bir borçludan, meselâ B2'den talep edemez (TBK m. 167/II).

Borçlulardan biri ya da birkaçı, edimin tamamını ya da bir kısmını ifa ederken borca aykırılık hâlleri ortaya çıkarsa, sorumluluğun, sadece ilgili borçlu bakımından doğması gerektiği, TBK m. 165'e uygun bir sonuç olarak kabul edilmektedir⁶⁴³. Ancak, borca aykırılık türlerinden imkânsızlık hâlinde, borç, diğer borçlular bakımından da sona erer. Ancak, bir ya da birkaç müteselsil borçlunun edimin tamamına ya da bir kısmına ilişkin kötü ifası hâlinde aslî edim yükümlülüğü, o kısım bakımından yerini tâlî edim yükümlülüğüne, yani tazminata bırakırsa diğer borçluların aslî edim yükümlülüğüne ilişkin; kötü ifade bulunan borçluların da tâlî edim yükümlülüğüne ilişkin sorumlulukları devam eder⁶⁴⁴.

Edim, kural olarak⁶⁴⁵ teselsül ilişkisinin tamamen dışında olan üçüncü kişi tarafından kısmen ifa edilirse, borç o oranda sona erer, fakat üçüncü kişi tarafından gerçekleşen ifa, müteselsil borçlular arasında bir rücu ilişkisinin doğmasına sebep olmaz, çünkü rücu

⁶⁴¹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 471; Özdoğan Dalcı, 2015: 44. Karşıt görüş için bk. Tekinay vd., 1993: 286-287.

⁶⁴² Öğretide Kapancı, müteselsil borçluların farklı edimleri müteselsilen borçlanmaları hâlinde her bir borçlunun kendi borçlandığı edimi ifa ile yükümlü olduğunu, diğer borçluların birbirlerinin ediminden sorumlu olmayacaklarını savunmaktadır. Bk. Kapancı, 2014: 141-142. Kanaatimizce bu görüşe katılmaya imkân bulunmamaktadır. Zira TBK m. 162 hükmünden bu sonuç çıkarılamamaktadır. Borçluları teselsül ilişkisi içine sokan etken edim sayısı olmadığı için, onların sorumlulukları da edim sayısına göre farklılık gösteremez.

⁶⁴³ Kapancı, 2014: 207.

⁶⁴⁴ Kapancı, 2014: 207.

⁶⁴⁵ Alacaklının, müteselsil borçluların edimi bizzat ifa etmesinde özel bir menfaati bulunmadıkça, edim, üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bk. TBK m. 83.

ilişkisinin doğmasının şartı olan “payından fazlası için ifada bulunma” şartı hiçbir borçlu bakımından gerçekleşmemiştir.

Müteselsil borçluluğun sözleşme ile kararlaştırılmasının bir örneği niteliğinde olan *borca katılma*⁶⁴⁶ bakımından da müteselsil borçlulukta kısmî ifanın hükümleri fark taşımamaktadır. Dolayısıyla müteselsil borçluluk bahsinde yapılan açıklamalar borca katılma için de geçerlidir.

*Elbirliği hâlinde borçluluk*⁶⁴⁷ da borç ilişkisinin borçlu tarafının birden fazla kişiden oluştuğu hâllerden biridir. Bu borçluluk türünde alacaklının ifaya olan menfaati bütünlük arz eder. Borçlulardan sadece biri ya da bir kısmının borcun bir kısmını ifa etmeye çalışması, onları borçtan kurtarmaz. Borcun tamamının bütün borçlular tarafından ifası gerekir⁶⁴⁸. Alacaklı, edimin bir kısmını borçluların biri ya da birkaçından talep edemez, tamamından talep etmesi gerekir⁶⁴⁹. Türk-İsviçre Hukukunda esasında elbirliği hâlinde borçluluğun kabul edilmemesine ilişkin tartışmalar⁶⁵⁰ da göz önünde bulundurulmakla birlikte, borçlulardan biri ya da birkaçının kısmî ifası, ifa edilmeyen kısım için, bütün borçlular bakımından borca aykırılık teşkil eder. Alacaklı, borçluların tamamının yerine getirdiği kısmî ifayı kabul ederse, kalan kısım bakımından elbirliği hâlinde borçluluk devam eder. Alacaklı, kısmî ifayı reddederse, borç, edimin tamamı bakımından bütün borçlular için varlığını sürdürür. Kısmî ifa sonrasında elbirliği hâlinde borçlular arası iç ilişki, elbirliği hâlinde sorumluluğun kaynaklandığı hukukî ilişkiye göre belirlenir.

*Kısmî borçluluk*⁶⁵¹ durumunda edim bölünebilir nitelikte ve her bir borçlu da birbirinden bağımsız olduğu için, edimin tamamının kısmî ifası ile, kısmî borçluların, üzerlerine düşen edimin bir kısmını ifa etmeleri, birbirinden farklı hukukî durumları ifade eder. Bu birlikte borçluluk türünde borçluların her biri borcun tamamından sorumlu değildir, aksine kendi payından sınırlı olarak sorumludur⁶⁵². Dolayısıyla bir borçlunun kural olarak ne payından fazlasını ödemesi, ne de bu sebeple borçlular arasında rücu ilişkisi söz konusu olur. Alacaklı, bir kısmî borçludan borcun tamamını talep edemez, kısmî borçlu da kendi borcundan fazlasını ifaya zorlanamaz. Kısmî borçların birbirine bağılılığı, sadece borcu

⁶⁴⁶Bk. 1.2.1.2.

⁶⁴⁷Bk. 1.2.1.3.1.

⁶⁴⁸ Dalcı Özdoğan, 2015: 58; Eren, 2017: 1220; Kapancı, 2014: 9.

⁶⁴⁹ Akıntürk, 1971: 20; Kapancı, 2014: 9.

⁶⁵⁰ Akıntürk, 1971: 21; Acar, 2003: 90-91, dpn. 234; Kapancı, 2014: 11. Türk Hukukunda elbirliği hâlindeki borçluluk ilişkilerinin tamamında müteselsil sorumluluk esasının getirilmiş olması sebebiyle elbirliği hâlinde borçlulardan sadece birinden talepte bulunulmasının yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre elbirliği ortaklıklarında ortaklık borçları bakımından bütün borçlular aleyhine dava açmak zorunlu olmayıp sadece birinden borcun ifasının talep edilmesi yeterlidir. Bu nedenle alacaklının her bir borçluyu birlikte dava ve takip etmesi yerine sadece birine yönelmesi yeterli sayılmalıdır.

⁶⁵¹Bk. 1.2.1.4.1.

⁶⁵² Jürgens, 1988: 11; Akıntürk, 1971: 16.

doğuran hukukî sebep bakımındandır, bunun dışında varlık ve ifaları tamamen birbirinden bağımsızdır. Sadece bir borçlu kendi borcunu ifa ettiğinde, kendi borcu bakımından tam bir ifa gerçekleşmiş olur ve kendi borcu sona erer. Dolayısıyla diğer borçluların, kendilerine düşen edim kısmını ifa etmemeleri sebebiyle, borcunu ifa eden borçlunun ifası, TBK m. 84 anlamında kısmî ifa teşkil etmez. Bunun anlamı ise alacaklının, kısmî borçlunun ifa teklifini, diğer borçluların borçlarını ifa etmedikleri gerekçesiyle kısmî ifa olarak niteleyip ret hakkını kullanmasının mümkün olmamasıdır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının, karşı edim bakımından ödemezlik def'i ileri sürme hakkının olup olmadığı konusu özellik arz eder. Acaba alacaklı, bazı kısmî borçluların edimlerini ifa etmemeleri hâlinde, kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir mi? Alman Hukukunda BGB §- 320 hükmü⁶⁵³ ile alacaklıya, alacağına tamamen erişinceye kadar ödemezlik def'i ileri sürebilme yetkisi tanınmıştır⁶⁵⁴. Meseleye ilişkin olarak Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında açık bir cevap bulunmamaktadır. Öğretide savunulan birinci görüşe göre, ödemezlik def'i (TBK m. 97), karşı edimin bütününün ifasına kadar ileri sürülebilir. Bu takdirde alacaklıya aynı zamanda kısmî ifayı ret hakkı verilmektedir⁶⁵⁵. Alacaklının ödemezlik def'ini ileri sürebilmesinin sınırını, kısmî ifayı ret hakkının oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁶. Bir diğer görüş ise, alacaklının bazı kısmî borçluların borçlarını ifa etmemeleri ve dolayısıyla borçlanılan bütün edimin (edimler toplamının) elde edilemediği gerekçesiyle, kendi borcunu ifa etmekten kaçınmasının mümkün olmadığı yönündedir⁶⁵⁷. Başka bir ifadeyle, alacaklı böyle bir durumda ödemezlik def'i ileri sürememelidir. Kanaatimizce, alacaklının ödemezlik def'ini ileri sürebilmesi bakımından karşı edimin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması daha isabetlidir. Eğer, alacaklının borçlandığı edim (yani borçlular bakımından karşı edim) bölünebilir nitelik taşıyorsa, alacaklı tarafından, ifada bulunan kısmî borçluya karşı ödemezlik def'i ileri sürülemez, edim bölünemez nitelik taşıyorsa ileri sürülebilmelidir. Ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin beraberinde getirdiği hukukî sonuç veya bu iradenin yorumu, kısmî borçlulardan birinin ya da birkaçının ifasının reddedilmesi zorunluluğudur.

⁶⁵³ Madde metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_320.html, (erişim tarihi: 03.06.2016).

⁶⁵⁴ Akıntürk, 1971: 18.

⁶⁵⁵ Kaniti, 1962: 110. Yazar, karşı edimin eksik ya da kötü ifasından dolayı, edimin bütününün ifasından kaçınmak için TBK m. 97'de öngörülen def'i hakkının kullanılması durumunu "akdin gereği gibi ifa edilmemesi def'i" (exceptio non rite adimpleti contractus) olarak nitelendirmektedir. Bu def'inin eksik ya da kötü ifayı tamamlamak ya da düzeltmek için ileri sürüldüğünü belirtmektedir.

⁶⁵⁶ Kaniti, 1962: 111.

⁶⁵⁷ Akıntürk, 1971: 18.

*Kümülatif borçluluk*⁶⁵⁸ durumunda borçluların birbirleriyle olan hukukî ilişkileri, kısmî borçluluktan bile daha bağımsızdır. Kümülasyon hâllerinde alacaklı, birden fazla borçludan, birbirinden bağımsız hukukî sebeplerle talepte bulunabilir. Hukukî sebepler ve hukukî ilişkiler birbirinden farklı olduğu için, borçluların ne alacaklı karşısında bir birliktelikleri, ne de kendi aralarında bir iç ilişkileri ve halefiyet mevcuttur⁶⁵⁹. Bu yüzden her bir borçlunun ayrı ayrı, üstlendiği edimi tam olarak yerine getirmesi gerekir. Bir ya da birkaç kümülatif borçlunun kendi edimini yerine getirmemesi, borçlu sayısı kadar olan edimlerin ifa edilemeyen kısım kadarının hiç ifa edilmemesi anlamına gelir ve kısmî ifa teşkil etmez. Fakat bir kümülatif borçlunun, bölünebilir nitelik taşıyan kendi edimini tam olarak yerine getirmemesi hâlinde, o borçlu bakımından kısmî ifa gerçekleşebilir ve şartları olduğu takdirde alacaklı, bu borçlunun kısmî ifa teklifini reddedebilir.

Edimin niteliği gereği bölünebilmesi mümkün değilse, bir ya da birkaç müteselsil borçlunun, borçlanılan edimin gerisinde kalan edime ilişkin ifa teklifi, somut olayın niteliğine göre borca aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda borç sona erene kadar diğer borçluların ifaya ilişkin yükümlülükleri kural olarak devam eder. Fakat bu takdirde, edim kısmî ifaya elverişli değildir. Dolayısıyla edimin niteliği gereği birlikte borçlu olanların ifa teklifinin kısmî ifa teşkil etmesi mümkün değildir.

2.4. Kısmî İfada Alacaklının Hakları

2.4.1. Alacaklının Kısmî İfayı Ret Hakkı

2.4.1.1. Ret Hakkının Anlamı, Kullanımı

TBK m. 84'ün açık ifadesine göre, borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmî ifayı reddetme hakkına sahiptir. Eğer kısmî ifanın kabulü, alacaklı bakımından bir zorunluluk değilse, alacaklının kanun gereği sahip olduğu hak, kısmî ifayı ret hakkıdır. Kısmî ifa teklifi ile karşı karşıya kalan alacaklıya bu hakkın tanınması, esasında edime uygun ifa kuralının doğal bir sonucudur. Borçlu, borçlandığı edimi tam ve doğru biçimde elde edemiyorsa, başka bir deyişle ifa teklifi ile borçlanılan edim arasında miktar ya da seviye bakımından farklılık varsa, alacaklı, hukuken bu farklılığı kabul etmek zorunda değildir. Kendisine ret hakkı tanınan alacaklı, edime uygun olmayan ifayı reddederek borca aykırılığın doğuracağı hukukî sorumluluğu, edimin tamamı bakımından borçluya yüklemiş olur. Konuya ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına⁶⁶⁰ göre, alacaklının tam ifada menfaati bulunduğu asıl olarak kabul edilmelidir. Kesin bir süre içerisinde yerine getirilmesi taahhüt edilen edimler ve genel

⁶⁵⁸ Bk. 1.2.1.6.

⁶⁵⁹ Kapancı, 2014: 86-87.

⁶⁶⁰ BGE 75 II 137, karar metni için bk. Tunçomağ, 1976: 700-701.

olarak başkalarına satmak üzere satın alınan mallar hususunda bu durumun açıkça anlaşıldığının belirtildiği kararda, kısmî ifaya yetkili olduğunu ileri süren borçlunun, edimin tamamen ifasında alacaklının menfaati bulunmadığını ispat etmekle yükümlü olduğuna hükmedilmiştir. Karara göre ret hakkının dayandığı hukukî menfaatin varlığını alacaklının değil, yokluğunu borçlunun ispatlaması gerekmektedir.

Kısmî ifayı ret hakkının kullanıldığının karşı tarafa bildirilmesi hukukî bir sonuca yönelmiş irade açıklaması olarak nitelendirilebilir. Bu irade açıklamasının şekline ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ret hakkının kullanıldığı, yazılı ya da sözlü olarak açıklanabilir. Fakat ispat hukuku bakımından ret beyanının en azından yazılı şekilde yapılması alacaklının lehinedir. Kanaatimizce borç ilişkisinin taraflarından birinin tacir olduğu durumlarda kısmî ifanın reddinin TTK m. 18/III’te öngörülen şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. TTK m. 18/III uyarınca tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir. Kısmî ifanın reddinin birincil sonucu, borçlunun temerrüde düşmesidir. Bu yüzden, ret hakkının bu maddede öngörülen şekil kuralına uyularak kullanılması gerekir. Öngörülen bu şekil, geçerlilik şekli olmayıp, ispat şeklidir⁶⁶¹.

Kısmî ifayı ret hakkının kullanımının bağlı olduğu şartlar, yine madde metninde ifade edilmektedir. Buna göre, borcun tamamı “belli” ve “muaccel” olmalıdır. Bu özelliklerin yanı sıra, elbette, daha önce de açıklandığı üzere edim, tamamının ifa edilmesi gereken bir edim olmalıdır. O hâlde ret hakkının, anılan üç husus bakımından sınırlandığı görülmektedir.

2.4.1.2. Ret Hakkının Kullanımının Şartları

Alacaklının, kendisine teklif edilen kısmî ifayı reddetmesi, ancak belli şartların varlığı hâlinde mümkündür. Bu şartlar aşağıda başlıklar hâlinde incelenmektedir:

2.4.1.2.1. İfası Bir Bütün Olarak Gerçekleşmesi Gereken Bir Edimin Borçlanılmış Olması

Kısmî ifa karşısında alacaklının ret hakkını kullanabilmesinin ilk şartı kendi içerisinde bütünlük taşıyan ve edime uygun ifa kuralı gereğince bütün olarak ifa edilmesi gereken bir edimin bulunmasıdır⁶⁶². “Edimin bütünlüğü” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu

⁶⁶¹ TTK m. 18’in hükümet gerekçesinde, hükümde öngörülen şeklin ispat şekli olduğu açıkça belirtilmiştir. Bk. www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-18/, (erişim tarihi: 09.03.2017).

⁶⁶² Weber, 2005: Art. 69, N. 12.

yukarıda detaylı şekilde açıklanmıştı⁶⁶³. Borçların ifasında genel kural “kısmî (bölümsel) ifa yasağı” idi. Bu ilke gereğince edim, bir bütün olarak ifa edilmelidir. Edimin bölünebilir nitelik taşıması, bu ilkenin, borçların ifasında ana ilke olmasını değiştirmez⁶⁶⁴. Ret hakkı, ancak bu ilkenin ihlâli durumunda gündeme gelebilir. İfası teklif edilen edimin, borçlanılan bütün edimin olması gereken miktarda ya da seviyede olmaması gerekmektedir.

2.4.1.2.2. Borcun “Belli” Olması

2.4.1.2.2.1. Edimin Niteliği Bakımından Belirli Olması

TBK m. 84’te yer alan borcun “belli” olması ifadesi yerine 818 sayılı TBK m. 68’de “muayyen olma” kavramı kullanılmaktaydı. Bu kavramlardan anlaşılması gereken ise borcun tamamının çekişmesiz olması, yani borcun varlığına ve miktarına ilişkin bir ihtilafın bulunmamasıdır. Her ne kadar kanun koyucu TBK m. 84’te “belli” kelimesini tercih etmiş olsa da, bu ifadeden anlaşılması gereken, edimin “belirlilik” özelliğidir⁶⁶⁵. Belirlilik ise borçlunun, neyi ifa edeceğini, alacaklının da neyi talep edeceğini bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıdır⁶⁶⁶. Edim, borcun doğumu anında yahut en geç ifa zamanında yer ve konu bakımından objektif biçimde belirli veya en azından belirlenebilir olmalıdır⁶⁶⁷. Belirli olmayan ya da belirlenemeyen edimler dava ve cebrî icra konusu olamaz.

“Belirlenebilirlik” ise, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından dahi edim yükümlülüğünün ne olduğunun anlaşılabilmesidir⁶⁶⁸. Bir borç ilişkisinde belirlenebilirliğin hem alacaklı hem de borçlu bakımından sağlanması gerekir⁶⁶⁹. Edimi belirleme yetkisi borç ilişkisinin taraflarına, üçüncü kişi ya da kişilere bırakılmış olabilir. Bu yetki taraflara aitse, çoğu zaman tarafların açıklamaları birbiri ile uyum göstermez ve başka unsurlara başvurmak zorunda kalınabilir. Tarafların mutlak bir belirleme yetkisinden değil, sınırı TMK m. 23 ve dürüstlük kuralı olan bir belirleme yetkisinden bahsedilebilir⁶⁷⁰. Edimi

⁶⁶³ Bk. 1.1.7.

⁶⁶⁴ Tekinay vd., 1993: 764.

⁶⁶⁵ Bk. 2.4.1.2.2.

⁶⁶⁶ Serozan, 1968b: 212; İpek, 2016: 123-124.

⁶⁶⁷ Schwenzer, 2012: 40-41; Eren, 2017: 100. Bununla birlikte edimin belirlenebilir olmasının yeterli olmadığı, borç ilişkisi kurulurken edimin belirli olmasının şart olduğu hukukî ilişkiler de mevcuttur. Bu ilişkilerde edimin belirli olması zorunluluğu, çoğu kez borç ilişkisinin taraflarını ve/veya kamu düzenini korumaya yönelik, emredici kurallardan kaynaklanmaktadır. Meselâ kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihinin kefilin kendi el yazısıyla sözleşme metninde yer almasını öngören TBK m. 583 hükmünün yorumundan çıkarılan sonuca göre en geç sözleşmenin kurulduğu sırada edimin belirli olması şartı bir geçerlilik şartıdır ve bu kural emredici bir hukuk kuralıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. Uyumaz ve Demirbaş, 2014: 42 vd. Benzer biçimde taşınmaz satışında da fiyatın belirlenebilir olması yetmez, resmi şekil şartının bir gereği olarak edimler (bedel, metrekare, parsel vb) belirtilmiş olmalıdır.

⁶⁶⁸ Schwenzer, 2012: 40.

⁶⁶⁹ Bu durum özellikle üçüncü kişi yararına sözleşmelerde “üçüncü kişi” nin, eşyaya bağlı hak ve borçlarda ise zilyedin veya aynî hak sahibinin belirlenmesi konusunda önem arz eder. Bk. Eren, 2017: 101.

⁶⁷⁰ Schwenzer, 2012: 41; Eren, 2017: 101.

belirleme yetkisi üçüncü kişi ya da kişilere bırakılmışsa, üçüncü kişi ya da kişiler, şüphe durumunda, makul ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmak zorundadır⁶⁷¹. Edimin hâkim tarafından belirlenebilmesi de mümkündür. Meselâ haksız fiil işlenip, faile karşı dava açıldığı zaman, hâkim, edimin miktarını ve niteliğini belirler⁶⁷². Ancak, bu durumda hâkim, taleple bağıllık ilkesi çerçevesinde karar verebilir. Talep edilmeyen bir edimin, hâkim tarafından hükme bağlanması söz konusu olamaz. Edimi belirleme yetkisi kime ait olursa olsun, en geç ifa zamanında edimin belirli olması gerekmektedir.

Edimin belirli olup olmadığının tespiti parça borçları bakımından, cins (çeşit) borçlarına ve seçimlik borçlara nispetle daha kolaydır⁶⁷³. Parça borçlarında niteliği ve miktarı bakımından somutlaştırılmış ve kesinlik kazanmış bir edim söz konusu olduğu için, bunların belirli olması olağandır. Parça borçlarının kısmî ifaya konu olması çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Fakat edim ya da edimlerin niteliğine göre böyle bir durumla karşılaşılabilir. Meselâ belli bir ustanın yapacağı iki adet ahşap oymalı çerçevenin teslimi borçlanılmış ve sadece bir tanesinin teslimi teklif edilmişse belirli olan parça borcunun kısmî ifası ve alacaklının ret hakkı tartışılabilir. Fakat, yine parça borcunun konusu olan el yazması antika bir kitabın bazı sayfalarının eksik olması durumunda belirli nitelikteki parça borcu, kısmî ifaya elverişli değildir. Çünkü alacak, bütün nitelikleriyle belirli fakat bölünmeye elverişli değildir.

Cins borçlarında edim, genel nitelikleri, cinsi, miktarı bakımından belirli hale gelmektedir. Edim ferdan belirlenene kadar cins borcu söz konusu iken, ferdan belirlenme anından itibaren artık parça borcu hâline gelmektedir⁶⁷⁴. Sözleşmede belirlenen niteliklere uygun olan ve o cinse ait edimin ifası ile edime uygun ifa gerçekleşmiş olur⁶⁷⁵. Nitekim TBK m. 86 uyarınca ifası teklif edilen edimi, ilgili cinsin içinden seçme yetkisi kural olarak borçluya tanınmıştır. Ancak, borçlu bu durumda, ortalama nitelikten daha düşük bir edimi seçemez. Sözleşmede belirlenenden, ya da belirleme yapılmamışsa ortalama nitelikten düşük veya yüksek nitelikteki edimin ifası teklifi, alacaklı tarafından kabul edilmek zorunda

⁶⁷¹ Schwenzer, 2012: 41. Bu konuda BGB §-317’de edimi belirleme yetkisi üçüncü kişiye bırakılmışsa, üçüncü kişinin bu yetkiyi hakkaniyete uygun biçimde kullanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca bk. Becker, 1993: 20.

⁶⁷² Tekinay vd., 1993: 10.

⁶⁷³ Öğretide Serozan, parça borcu-cins borcu ayırımına şiddetle karşı çıkmaktadır. Yazar, bu ikili ayrımın oluşturduğu çıkmazın “sınırlı cins borcu” müessesesi ile de aşılamayacağını savunmaktadır. Bu ayrım yerine misli ve gayrimisli mal ayrımı daha isabetli bulunmakta ve malın tüketilebilir olup olmaması gibi objektif bir ölçüte dayanılmaktadır. Fakat Türk Hukukunda parça borcu- cins borcu ayrımı varlığını sürdürmektedir, imkânsızlık hükümleri de bu ayrıma paralel olarak düzenlenmiştir. Bk. Serozan, 1968b: 213 vd.

⁶⁷⁴ Serozan, 1968b: 214; İpek, 2016: 126; Oğuzman ve Öz, 2017a: 283.

⁶⁷⁵ İpek, 2016: 127.

değildir⁶⁷⁶. Cins borcu, o cinsin, belli bir stoğu içinden borçlanılmışsa, “sınırlı cins borcu” vardır ve edim, o stokta bulunan cins ile ifa edilebilir⁶⁷⁷. Sınırlı cins borçlarında belirlenen şey, doğrudan edim değil, sadece edimin dâhil olduğu cins grubudur. Gerek cins borçlarında, gerekse sınırlı cins borçlarında edimin konusunu genellikle misli mallar oluşturduğu için edimin belirlenmesi, önemli bir zorluk teşkil etmemektedir.

Seçimlik borçlarda da edimin belirli olması özellik arz eden bir konudur. Seçimlik borcun konusunu birden fazla edim oluşturmaktadır. Fakat borçlunun ya da üçüncü kişinin bu edimlerden sadece birini ifa etmesiyle borç sona erer⁶⁷⁸. Seçim hakkını kullanma hakkı ise TBK m. 87 uyarınca borçluya tanınmaktadır. Seçim hakkının hukukî niteliği konusunda birçok görüş savunulmakla birlikte⁶⁷⁹ bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hak bir kurucu yenilik doğuran haktır⁶⁸⁰. Bu niteliği gereği, seçim hakkı, varması gereken bir irade beyanı olup; bir kez kullanılmakla sona erer. Seçim hakkı kullanılana kadar edim belirli değildir. Bu hakkı alacaklı, üçüncü kişi ya da borçlu kullanabilir⁶⁸¹. Hakkın kullanımıyla birlikte, seçilmeyen edimler borcun konusunu oluşturmaz⁶⁸².

Borçlu tarafından kullanılması gereken seçim hakkı kullanılmazsa, diğer şartların da gerçekleşmesiyle, borçlu temerrüdü meydana gelir⁶⁸³. Benzer biçimde seçim hakkı alacaklıya aitse ve alacaklı seçim hakkını kullanıp edimi belirlemekten kaçınırsa, alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilmektedir⁶⁸⁴. Fakat alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin seçimlik borçlar bakımından uygulanması özellik arz eder. Çünkü, konusu verme edimi olan ilişkilerde borçluya tanınan tevdi hakkının kullanımı, seçimlik borçlarda edim henüz belirli olmadığı için kullanılmaya elverişli bir hak değildir. Benzer şekilde, borçlunun TBK m. 110’a dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının, hükmün düzenleme alanı dışında kalan verme

⁶⁷⁶ Bu takdirde kısmî ifa değil, somut olayın koşullarına göre ayıplı ifa ya da aliud ifa söz konusu olur.

⁶⁷⁷ Seliçi, 1968a: 378-379; Oğuzman ve Öz, 2017a: 283; Antalya, 2017: 89.

⁶⁷⁸ Gauch vd., 2014b: N. 2252; Şengül, 2011: 209; Oğuzman ve Öz, 2017b: 284-285..

⁶⁷⁹ Öğretideki hâkim görüş seçim hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olduğu yönündedir. Bk. Weber, 2005: Art. 72, N. 29; İpek, 2016: 132. Bu noktada tartışılan bir diğer husus da seçim hakkının sadece ifa vasıtasına mı ilişkin olduğu, yoksa diğer ifa modalitelerine (ifa yeri, ifa zamanı gibi) de etki edip etmediği hususundadır. Bk. Şengül, 2011: 213. Savunulan diğer görüşe göre seçim hakkı salt edime yani ifa vasıtasına ilişkindir. Bk. Seliçi, 1968a: 377.

⁶⁸⁰ Seliçi, 1968a: 386; İpek, 2016: 131-132. Aksi görüş için bk. Antalya, 2017: 90.

⁶⁸¹ Şengül, 2011: 223; İpek, 2016: 133.

⁶⁸² Şengül, 2011: 227.

⁶⁸³ İpek, 2016: 136; Şengül, 2011: 228. Bu hakkı kullanmaktan kaçınan borçlu ya da üçüncü kişi karşısında alacaklıya tanınan imkân HMK m. 112’de hükmüne bağlanan “seçimlik dava”dır. Esasında bu dava sonunda verilen hüküm, seçimin mahkeme tarafından yapılmasına ilişkin olmayıp, borçlu ya da üçüncü kişiyi seçim yapmaya zorlayıcı bir etki taşır. Buna rağmen seçim hakkı kullanılmazsa HMK m. 112/III hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre seçimlik mahkûmiyet hükmünü cebrî icraya koyan alacaklının, takibinin konusunu, mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasretmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Ancak, bu durum, borçlunun, diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulma hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

⁶⁸⁴ Weber, 2005: Art. 72, N. 50; Şengül, 2011: 232.

borçları bakımından elverişli olmadığı savunulmaktadır⁶⁸⁵. Bir diğer görüşe göre, alacaklıya bir süre verilmeli, bu süre içinde seçim hakkı kullanılmazsa, alacaklıya karşı dava açılmalıdır. Fakat seçim yapmaya zorlayıcı bir etki taşıyan hükme rağmen alacaklı yine de bu hakkını kullanmazsa, artık cebrî icra yoluyla alacaklının seçim hakkını kullanmaya zorlanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶⁸⁶. Bu takdirde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uyarınca, borçlu, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini talep edebilir⁶⁸⁷. Türk-İsviçre Hukukunda konuya ilişkin olarak savunulan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca kabul edilen görüşe göre⁶⁸⁸ Alman Hukukundaki çözüme paralel bir çözüm benimsenmelidir. Konuya ilişkin BGB §-264/II'ye göre⁶⁸⁹, alacaklıya seçim hakkını kullanması için borçlu tarafından süre verilir. Fakat bu sürede seçim hakkı kullanılmazsa, sürenin sonunda hak borçluya geçmektedir. Bu çözüm sayesinde borçlu, alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin kendisine tanıdığı imkânları, seçtiği edimin niteliğine göre kullanabilmektedir.

Seçim hakkı üçüncü kişiye tanınır ve bu kişi seçim hakkını kullanmaktan kaçınırsa, bir görüşe göre -hâkim üçüncü kişinin yerine seçim hakkını kullanmalıdır⁶⁹⁰. Savunulan ikinci görüşe göre, hakkı kullanması gereken üçüncü kişi, bu hakkı kullanmaya zorlanamaz. Borç ilişkisi tıpkı şarta bağlı borç ilişkisi gibi değerlendirilir ve şart gerçekleşmediği için alacak hakkının doğmadığı kabul edilir⁶⁹¹. Kanaatimizce seçim hakkının taraflardan biri tarafından kullanılması gerektiği durum ve şartlardan anlaşılmıyorsa ve bu hak üçüncü kişi tarafından da kullanılmazsa, seçim hâkim tarafından yapılmalı ve edim belirli hale getirilmelidir.

Seçim hakkının konusunu oluşturan edimlerden biri ya da birkaçının imkânsızlaşması durumunda borç ilişkisinin hukukî akıbeti ve edimin seçiminin nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusunda da Türk- İsviçre kanunlarında açık hüküm bulunmamaktadır. BGB §-265'te⁶⁹² ise, seçimlik borcun imkânsızlaşmasının hukukî sonucu açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre seçimlik borcun var olduğu bir borç ilişkisinde edimlerden biri başlangıçtan itibaren imkânsızsa, ya da sonradan imkânsız hale gelmişse, diğer (ifası hâlâ mümkün olan) edimlerle yetinilir. Bu sınırlama, edim, seçim hakkı kendisinde olmayan taraftan kaynaklanan bir duruma bağlı olarak imkânsızlaşmışsa, söz konusu olmaz.

⁶⁸⁵ Weber, 2005: Art 72, N. 50; İpek, 2016: 139; Eren, 2017: 987.

⁶⁸⁶ Weber, 2005: Art 72, N. 51; İpek, 2016: 139.

⁶⁸⁷ Seliçi, 1968a: 392-393; Weber, 2005: Art 72, N. 51-52; Şengül, 2011: 234.

⁶⁸⁸ Yarg. HGK. T. 24.12.2014, E. 2013/19-1103, K. 2014/1084. Karar metni için bk. [emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/](https://www.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/), (erişim tarihi: 30.04.2017). Ayrıca bk. Seliçi, 1968a: 392.

⁶⁸⁹ BGB §-264/2 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_264.html, (erişim tarihi: 30.04.2017).

⁶⁹⁰ Seliçi, 1968a: 395; Kılıçoğlu, 2017: 12.

⁶⁹¹ Tekinay vd., 1993: 816; İpek, 2016: 141.

⁶⁹² BGB §-265 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_265.html, (erişim tarihi: 03.05.2017).

Edimin belirli olması konusunda değinilmesi gereken bir diğer kavram da “yedek edim”dir. Yedek edim, borçlunun veya alacaklının, borçlanılan asıl edim yerine geçmesi ya da karşılık teşkil etmesi amacıyla, bir diğer edimi teklif ya da talep etme yetkisinin konusunu oluşturan edimdir⁶⁹³. Seçimlik borçlardan farklı olarak, yedek edim borcun kendisine değil, ifasına ilişkindir. Edim, borç ilişkisinin başında belirsiz de değildir. Yedek edim ile ifa yetkisinin borçluda olduğu hâllerde borçlu, tek bir asıl edimi borçlanır. Fakat ifa sırasında yedek edimi ifa ederek borçtan kurtulur⁶⁹⁴. Yedek edimin Türk Hukukundaki en somut örneği ülke parası ile ödemeyi düzenleyen TBK m. 99/II hükmüdür. Bu hüküm uyarınca yabancı para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadığı takdirde, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödenebilir. Bu hüküm ve benzer diğer yedek edimlerde olduğu gibi, ifa zamanında borç ilişkisinin asıl edimi yerine yedek edimi tercih edilmiş olsa dahi, borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde asıl edim dikkate alınır⁶⁹⁵. Esasında borçlu borçlandığı edimden başka bir edimi ifa ederek borçtan kurtulduğu için, yedek edimin ifasının hukukî niteliğinin ifa yerine geçen edim olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁶. Yedek edim ile borcunu ifa etmek isteyen borçlu karşısında alacaklı, borcun muhtevası ve hukukî niteliğinden kaynaklanan sebeplerle yedek edimi kabule mecburdur. Bu takdirde yedek edim ile ifa teklif edildiğinde, zaten belirli olan edim, değişikliğe uğramaktadır. Yedek edimin söz konusu olduğu hâllerde edimin belirsizliği hiçbir zaman söz konusu değildir. Sadece borcun muhtevası ve niteliğinden kaynaklanan bir değişim neticesinde yedek edim, asıl edimin yerine geçmektedir.

2.4.1.2.2.2. Edimin Hukukî Bakımdan Belirli Olması

Edim objektif olarak belirli ya da belirlenebilir olsa bile, hukukî bakımdan belirli olmayabilir. Edimin kendisinin, miktarının, seviyesinin vb. ihtilaflı olması mümkündür. Bu durumda edim gerek taraf iradeleriyle, gerekse mahkeme kararıyla belirli hale gelene kadar, belirli ya da belirlenebilir bir edimden, dolayısıyla da alacaklının ret hakkının varlığından söz edilemez. O hâlde belirlilik hem objektif hem de hukukî bir anlam taşımaktadır.

Edimin belirli olabilmesi için, gerek varlığı gerekse miktarı bakımından hukukî bir çekişmenin bulunmaması gerekir. Edimin hukukî anlamda belirli olması hem borçlu bakımından tespit ya da tayin edilebilir olmasına, hem de borç ilişkisinin taraflarının bu hususta mutabık olmalarına bağlıdır. Taraflar edimin üzerinde uzlaşmamışlarsa ya da edimin

⁶⁹³ Tekinay vd., 1993: 818; Seliçi, 1968a: 381; Şengül, 2011: 216-217; Oğuzman ve Öz, 2017a: 275.

⁶⁹⁴ Tekinay vd., 1993: 818; Seliçi, 1968a: 382; Eren, 2017: 939.

⁶⁹⁵ Seliçi, 1968a: 382.

⁶⁹⁶ Seliçi, 1968a: 382. Fakat yazar, bu durumda ifa yerine geçen edimin değil, borcun normal ifasının var olduğu görüşünü kabul etmektedir.

hesaplanması ifa zamanında borçludan beklenemiyorsa, alacaklının, borçlu tarafından gerçekleştirilen tahmini ya da kısmî ifa teklifini reddetmesi haklı bir sebebe dayanmamaktadır⁶⁹⁷. O hâlde hukukî anlamda belirli edimin ne olduğunun anlaşılması gerekir.

Esasen, Türk Hukukunda belirli edim kavramı ile, Yargıtay'ın icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesinin şartı olarak aradığı ve öğretide kabul edilen “likit alacak” kavramının açıklanması hususunda karşılaşılmaktadır⁶⁹⁸. “Likit alacak” kavramına ilişkin tanım, TBK m. 84 bağlamında edimin hukukî olarak belirliliğinin açıklanmasında yol gösterici olabilir. Likit alacak, miktarı belirli ya da belirlenebilir olan ve bunun için tarafların anlaşmasına yahut mahkeme kararına ihtiyaç bulunmayan alacak olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁹. Borcun belirli (likit, feststehen) olmasının anlamı bir Hukuk Genel Kurulu kararında açıklanmaktadır⁷⁰⁰. Bu karara göre alacağın gerçek miktarı belli ve sabit olmalıdır veya borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi gerekmektedir. Borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesi mümkün ise, başka bir deyişle borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise alacak likittir. Görüldüğü gibi, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında alacağın likit yani ihtilafsız olması için taşınması gereken başlıca iki özellik bulunmaktadır. Bunlardan ilki bütün unsurlarıyla bilinebilirlik; ikincisi de borçlu tarafından basit bir hesaplama ile hesaplanabilirliktir. Bu noktada önemle altı çizilmesi gereken husus, bir alacağın belirli sayılabilmesi için, bir belgeye dayanmasının şart olmamasıdır⁷⁰¹. Elbette borcun varlığı bir mahkeme ilamına ya da İİK m. 68’de bahsi geçen imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye dayanıyorsa, borç belirlidir. Fakat bu belgelere dayanmamakla birlikte borçlu tarafından hesap ve tayin edilmesi mümkün olan, alacaklı ile borçlunun üzerinde mutabık olduğu edim de, belirli olarak kabul edilmektedir⁷⁰². İİK m. 68’e dayanmayan bir edimin hukuken belirli olup olmadığı yahut en azından ihtilafsız olup olmadığı her zaman kolaylıkla tespit edilememektedir. Zira borçlu, alacaklının İİK m. 68’deki belgelerden birine dayandıramadığı alacağın bir kısmına ilişkin ihtilaf çıkarırsa, ihtilafsız kısım, borçlu tarafından ikrar edilmiş, geri kalan kısım ise ihtilaf

⁶⁹⁷ Gauch vd., 2014b: N. 2376.

⁶⁹⁸ Çil ve Kar, 2012: 31; Simil, 2013: 211; Nomer, 2015: 268.

⁶⁹⁹ Akil, 2013: 77-78.

⁷⁰⁰ Yarg. HGK, T. 12.03.2003, E. 2003/19-109, K. 2003/152. Karar metninin ilgili kısmı için ayrıca bk. Yılmaz, 2008: 89, www.tbh.org.tr/dosyalar/arastirma_ve_raporlar/icra_inkar_tazminati.pdf, (erişim tarihi: 09.05.2017).

⁷⁰¹ Akil, 2013: 78.

⁷⁰² Koller, 2006: §-42, N. 15; Akil, 2013: 78.

hale gelmiş olur⁷⁰³. TBK m. 84'ün öngördüğü bu çözümün doğal sonucu, ikrar edilen borç kısmının, artık ihtilaflı olmaktan çıktığıdır⁷⁰⁴ ve borçlu bu kısmın ifasından kaçınamaz.

Alacağın belirli olduğu hâllere örnek olarak, satış sözleşmesi sonucu düzenlenen faturaya dayanan, banka kredi sözleşmesinden doğan, kambiyo senedinden doğan alacaklar... vb. gösterilebilir⁷⁰⁵. Bu hâllerde alacak belirli olduğu için, bu miktarın ya da seviyenin gerisinde kalan ifa teklifi ile karşılaşan alacaklı kısmî ifayı ret hakkını kullanabilir.

Alacağın belirli olmadığı hukukî ilişkilere örnek olarak itiraz edilen faturadan kaynaklanan alacak, kayıp-kaçak bedelleri, trafik kazasından doğan alacaklar, aşkın zarar alacakları, yazılı şekilde yapılmamış sözleşmelerden doğan alacaklar, mahkeme tarafından hesaplama yapılmak üzere bilirkişiye gönderilen alacaklar, belirlenmesi hâkimin geniş takdir yetkisinde olan alacaklar vb. gösterilebilir⁷⁰⁶. Bu hâllerde kısmî ifayı ret hakkının kullanımının kanunda aranan belirlilik şartı en azından borçlu bakımından gerçekleşmediği için, alacaklı bakımından kısmî ifayı ret hakkı bulunmamaktadır.

Edimin hukukî anlamda belirli olup olmadığının tespitinde başvurulabilen bir diğer hukukî müessese de “belirsiz alacak davası”dır. HMK m. 107’de belirsiz alacak davasının açılabilmesinin şartlarından biri, edimin belirli olmamasıdır. Belirsizliğin hangi hâllerde söz konusu olabildiği, hükümde ana hatlarıyla düzenlenmektedir. Buna göre davanın açıldığı tarihte alacaklının, alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesi kendisinden beklenemediği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, hukukî ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açılabilir. Bu hüküm, belirsiz alacak davasının davacısı olan alacaklı açısından öngörülmüş bir hükümdür. Bu hükümde ortaya konulan kıstaslar, ifa zamanında edimin miktarını, değerini, seviyesini belirleyemeyen ve kısmî ifa teklif etmiş olan borçlu bakımından da yol gösterici olabilir⁷⁰⁷. Zira borçlu, tıpkı belirsiz alacak davasının alacaklısının dava tarihinde içinde bulunduğu duruma benzer bir durumda, bu kez ifa zamanında bulunmaktadır⁷⁰⁸.

⁷⁰³ Gümüş, 2001: 614.

⁷⁰⁴ Weber, 2005: Art. 69, N. 33. Medeni yargılama hukukunda ikrar, ancak vakıalara ilişkin olabilir ve 6100 sayılı HMK’ya göre bir delil değildir. Borçlunun, alacaklının talep ettiği borcun tamamının ya da bir kısmının var olduğunu kabul etmesi durumunda ilgili alacak kısmı çekişmeli olmaktan çıkar. Bu yönüyle ikrar, davanın kabulüne benzerdir, fakat davanın kabulü, talep sonucuna ilişkin iken, ikrar, talep sonucunu haklı kılan vakıalara ilişkindir. Bu konuda bk. Pekcanitez vd., 2013: 651 vd.

⁷⁰⁵ Akil, 2013: 79-80, dpn. 75’teki Yargıtay kararları.

⁷⁰⁶ Akil, 2013: 80-81, dpn. 78-80’deki Yargıtay kararları.

⁷⁰⁷ Hatta davacı belirsiz alacak davası açmışsa, talep sonucu rakamsal olarak belirlendiğinde bunun davalı borçluya bildirilmesi gerekmektedir. Bk. Simil, 2013: 292.

⁷⁰⁸ Şunu önemle belirtmek gerekir ki edimin belirli olması bir maddî hukuk meselesidir. Fakat maddî hukuk bakımından belirliliği tartışmalı olan edimin bu niteliği, usul hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle ne likit alacak kavramı, ne de belirsiz alacak davasının açılmasına imkân veren belirsiz alacak kavramı, maddî hukuk bakımından belirli edim kavramını açıklamaya yeter. Bunlar yalnızca kavramın açıklanmasına yardımcı ve aydınlatıcı rol oynamaktadır.

Edimin miktarının ya da değerinin borçlu (ve/veya alacaklı) tarafından ifa zamanında belirlenmesi imkânsızsa, alacaklının kısmî ifayı reddetmesi haklı bir hukukî sebebe dayanmaz⁷⁰⁹. Meselâ, borçlunun borç miktarını belirlemesine yarayan belge ve bilgilerin elinde olmaması ya da borç miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu hâllerde edimin belirli olması mümkün değildir⁷¹⁰. Edimi sadece borçlu değil, alacaklı ya da üçüncü kişiler de belirleyebilecek hâlde olmayabilir. Meselâ iş kazası geçiren bir işçinin uğradığı zarar henüz tam olarak belirlenememişse, işçinin işverenden zararının tazminini talep etmesi hâlinde, bu işçinin işverenin ifa ya da kısmî ifa teklifini reddetmesi haklı bir hukukî sebebe dayanmaz. Zira henüz zarar kalemleri belirlenmeden borçlunun zarar miktarını bilebilecek durumda olması objektif ve geçici olarak imkânsızdır.

TBK m. 84/I hükmü, edimin belirliliği meselesinin geniş yorumu müsait olarak kaleme alınmış olması sebebiyle eleştiriye açıktır: Borçlunun çıkaracağı basit bir ihtilafla borç, belirli olma vasfını yitirir⁷¹¹. Esasen, alacaklı ve borçlu arasında alacağın miktarı, değeri ya da seviyesine ilişkin her anlaşmazlık, edimi belirsiz hale getirmez⁷¹². Borçlunun bilgisizliğinden, özensizliğinden ötürü hesap yapamaması sebebiyle kısmî ifa teklifinde bulunması, alacaklının ret hakkını kullanmasına engel olmaz.

Borçlu, borcun tamamını ya da bir kısmını ikrar etmişse, artık ikrar edilen kısım çekişmeli olmaktan çıkar. Borçlu ikrar ettiği borç kısmını ifa etmelidir. Ancak asıl mesele, alacaklının, borcun tamamının ifasını, çekişmenin sona erdirilmesine kadar erteleyip erteleyememesi hususundadır⁷¹³. Bir görüşe göre, alacaklı çekişmesiz kısmın ifasını, çekişmenin giderilmesine kadar erteleyemez⁷¹⁴. Bu görüşün doğal sonucu ise haksız durumdaki borçlunun, borcun belli bir kısmına ilişkin ihtilaf çıkarmak suretiyle alacaklıyı kısmî ifayı kabule zorlamasıdır. Alacaklı, hakkında herhangi bir def'i ya da itiraz ileri sürülmeyen ihtilafsız alacak kısmını kabule mecbur kalmaktadır. Bu sayede borçlu, daha fazla faiz ve dava gideri ödeme rizikosundan kurtulmuş olur. Fakat borçlunun lehine ulaşılan bu sonuç, TBK m. 84'ün öngörülme amacıyla taban tabana zıtlık teşkil etmektedir. Zira TBK m. 84 hükmü ile amaçlanan, alacaklının, borcun tamamına erişebilmesini kolaylaştırmak, bir

⁷⁰⁹ Tekinay vd., 1993: 764. Bu yöndeki görüşün Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nın karşı oy yazısında isabetli olarak savunulduğu ve çekişmeli hale gelen işlerde kısmî ifanın kabul edilmesinin hakkaniyet ve adalet ilkelerine daha uygun olduğu belirtilmektedir. Bk. Yarg. HGK. T. 02.02.200, E. 200/13-51, K. 2000/54. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 08.08.2017).

⁷¹⁰ Pekcanitez, 2011: 43 vd.; Simil, 2013: 216; Çil ve Kar, 2012: 33. Nitekim Yargıtay, miktar ve değer belirlenmesinin yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektirmesi halinde talep konusu alacağın tartışmalı ve açıkça belirlenemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bk. Yarg. 9. HD., T. 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742.

⁷¹¹ Nacken, 1976: 9, Soergel, 2014: 375, Tekinay vd., 1993: 764.

⁷¹² Simil, 2013: 212.

⁷¹³ Gümüş, 2001: 614.

⁷¹⁴ Gümüş, 2001: 614.

kısmını kabule zorlanmasını engellemek ve bu sayede alacaklının menfaatini korumaktır⁷¹⁵. Savunulan ikinci bir görüş ise TBK m. 84'ün lafzına sadık kalınması yönündedir⁷¹⁶. Buna göre bir yanda usul ekonomisi, diğer yanda alacaklının menfaati çatışırken TBK m. 84'ün açık lafzı sebebiyle alacaklıya özellikle hakkın kötüye kullanılması tehlikesine karşı hukukî bir koruma sağlanmalıdır⁷¹⁷. Öğretide TMK m. 2'nin uygulanmasında dikkatli davranılması gerektiğini ileri sürülmektedir⁷¹⁸. Bu görüşe göre alacak likit değilse, yani borçlu tarafından alacağın gerçek miktarını belirlemek için bütün unsurlar bilinir ya da bilinebilir değilse, alacağın bir kısmına yapılan itiraz dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz ve bu durumda alacaklı, yapılan kısmî ifayı kabul etmek zorundadır⁷¹⁹. Fakat, alacak likit olarak belliyse, yine de dikkatli davranılmalı ve sunî bir ihtilaf çıkararak alacaklıyı kısmî ifayı kabul etmek zorunda bırakan borçlunun, yargılama sonunda haksız olduğu anlaşılırsa, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı karşılaması gerektiği savunulmaktadır⁷²⁰. Kanaatimizce de para borçları⁷²¹ dışındaki borçlar bakımından daha isabetli olan görüş bu görüştür.

Alacaklıyı korumak adına başvurulabilen bir diğer hukukî yol da HMK m. 326/II (HUMK m. 417/I) hükmü olarak gösterilmektedir⁷²². Bu hükme göre davada tarafların her biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderleri, mahkeme tarafından tarafların haklılık oranına göre paylaştırılır. Hâkim bu hüküm ile alacaklı lehine karar verebilir ve borçlu tarafından hakkın kötüye kullanılmasının olumsuz sonucunu, alacaklı bakımından hafifletebilir veya tamamen ortadan kaldırabilir.

2.4.1.2.3. Borcun Tamamının Muaccel Olması

TBK m. 84/I uyarınca borcun tamamı muaccel olmadığı sürece, alacaklı kısmî ifayı reddedemez. Ret hakkının hukuka uygun olarak kullanılabilmesi için alacağın tamamının muaccel olması gerekmektedir. O hâlde “Bir borcun ne zaman ifa edilmesi gerekir ki kısmî

⁷¹⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 281; Antalya, 2017: 96; Gümüş, 2001: 614. Bu yazarlar, para borcu ve bölünebilen diğer borçlar arasında bir ayrım gözetmeksizin, alacaklının ihtilafsız kısmı kabul zorunluluğunun bulunmaması gerektiğini savunmaktadır. Borçlunun, çıkardığı ihtilafta haksız çıkması durumunda alacaklının uğradığı zararın göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmektedir.

⁷¹⁶ Weber, 2005: Art. 69, N. 33-34.

⁷¹⁷ Weber, 2005: Art. 69, N. 34.

⁷¹⁸ Gümüş, 2001: 615.

⁷¹⁹ Gümüş, 2001: 615.

⁷²⁰ Oğuzman ve Öz, 2017a: 281; Gümüş, 2001: 616.

⁷²¹ Para borçları bakımından aksi görüş için bk. 2.4.2.3.1. Nitekim Yargıtay'a göre de itirazın iptali davalarında, icra takibinden sonra fakat davadan önce yapılan kısmî ödemeler borçtan düşülür ve bu kısım bakımından icra inkâr tazminatına hükmedilemez. Bk. Yarg. 13. HD., T. 26.09.2007, E. 2007/7267, K. 2007/11091, Yarg. 19.HD., T. 15.11.2007, E. 2007/4505, K. 2007/10169. Karar metinleri için bk. www.kazanci.com, (erişim tarihi: 12.05.2017).

⁷²² Gümüş, 2001: 616. Ayrıca bk. HMK m. 327, 329.

ifası da reddedilebilir olsun?” sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir. Bu soruya cevap verebilmek için “muacceliyet” kavramı ile “ifa zamanı”nın tespiti önem taşımaktadır.

İfanın zamanı TBK m. 90-96 arasında tamamlayıcı hukuk kuralları olarak düzenlenmektedir⁷²³. Alacaklı, borçludan edimin ifasını “borcun muaccel olduğu an”da isteyebilir⁷²⁴. Muacceliyet ise biri dar ve biri geniş olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda muacceliyet, “alacaklı açısından ifanın istenebilir hale gelmesi” olarak tanımlanmaktadır⁷²⁵. Bu tanım tamamen alacaklı açısından yapılmış olduğu için, tanımda, borçlunun sahip olduğu çeşitli imkânlarla ifadan kaçınılabilmesinin mümkün olduğu hâller (meselâ ödemezlik def’inin ileri sürülmesiyle ifadan kaçınma) göz ardı edilmiştir. Fakat gerek TBK m. 84/I’de gerekse zamanaşımını, ödemezlik ve takas def’ilerini düzenleyen hükümlerde muacceliyetin, alacaklının alacağı talep edebildiği an esas alınarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, kural olarak borcun, doğumu anında muaccel olacağına ilişkin TBK m. 90 hükmü de aslında borçlu tarafından ifa edilebilirlik ile değil de, alacaklı tarafından istenebilirlik (beanspruchbarkeit)⁷²⁶, yani muacceliyetin dar anlamı ile ilgilidir.

Borcun ne zaman muaccel olacağı kanunla ya da sözleşmeyle düzenlenebileceği gibi, hukukî ilişkinin niteliklerinden ve durumun gereklerinden de anlaşılabilir. Bunun dışında ifa zamanının belirlenmesi, sadece taraflardan birinin iradesine de bırakılabilir⁷²⁷. İfa zamanının ve muacceliyet anının kanunda açıkça öngörüldüğü hâllerden birinin örneğini kira sözleşmelerinde ifa zamanı teşkil etmektedir. TBK m. 314 hükmü ile, açıkça her ayın sonu ve en geç kira süresinin bitimi ifa zamanı olarak tayin edilmektedir. Benzer bir örneğe TTK m. 1427’de sigorta tazminatında yer verilmektedir⁷²⁸.

Taraflar, sözleşme ile ifa zamanını tayin edebilirler. Tayin kişisel gereksinimlere göre veya işin ve halin gereklerine göre de belirlenebilir⁷²⁹. İfa zamanı, kural olarak borç ilişkisinin ikincil derecede önem taşıyan bir unsur olarak düzenlenmekte ve anlaşılmaktadır. Sözleşmede açıkça ifa zamanına ilişkin bir düzenleme bulunmaması hâlinde TBK m. 2/I ve II hükmü yol gösterici nitelik taşır. Buna göre sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşılmışsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmuş olmasa bile sözleşme kurulmuş sayılır. Ancak ikinci derecedeki noktalarda uyuşmazsa hâkim, işin özelliğine göre uyuşmazlığı karara

⁷²³ Weber, 2005: Art. 75, N. 6.

⁷²⁴ Yüce, 2015: 11-12; Nomer, 2015: 294; Antalya, 2017: 43.

⁷²⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 52; Eren, 2017: 968-969; Yüce, 2015: 16; Honsell vd., 2011: Art. 75, N. 3, s. 540; Nomer, 2015: 294; Tischendorf, 1993: 68; Antalya, 2017: 43; Üçer, 2007: 57.

⁷²⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 761.

⁷²⁷ Honsell vd., 2011: Art. 75, N. 2; Nomer, 2015: 295.

⁷²⁸ TTK m. 1427 uyarınca sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini izleyen ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olmaktadır. Can sigortalarında ise bu süre on beş gün olarak öngörülmüştür.

⁷²⁹ Weber, 2005: Art. 75, N. 60; Antalya, 2017: 49.

bağlar. Bu noktada, ifa zamanına ilişkin yedek hukuk kuralları niteliğindeki TBK m. 90 vd. hükümleri, ikincil öneme sahip ifa zamanı meselesinin belirlenmesine yarar. Hâkim, öncelikle ifa zamanına ilişkin yedek hukuk kurallarından yararlanmalı, yedek hüküm yoksa, konuya dair örf adet hukukuna bakmalı, örf adet hukukunda da konuya ilişkin bir çözüm bulunmamtaysa, sübjektif bir değerlendirme yaparak somut olaya özgü bir hüküm getirmelidir⁷³⁰. İfa zamanının ikincil derecede önem taşımadığı haller de bulunmaktadır. Meselâ düğün günü için sipariş edilen düğün pastasının düğün gününde teslimi bakımından ifa zamanı, edimin asıl ögesi hâline gelmiştir⁷³¹. Bu hâllerde çoğu zaman ifa zamanına ilişkin açık bir sözleşme hükmü bulunmaktadır.

Borcun muaccel olduğu an, işin niteliğinden de anlaşılabilir. İfa zamanının işin niteliğinden hareketle belirlendiği durumlarda edimin niteliği ve özellikleri önem arz etmektedir. Meselâ, bir spor faaliyeti için gişede bilet satışı yapıldığı esnada spor faaliyetinin başlama zamanı, bu borcun muaccel olduğu zamandır. Başka bir örnek de otomatlar aracılığıyla herhangi bir ürün satın alınmak istendiğinde paranın/jetonun atılmasıyla birlikte ürünün alıcının elde edebileceği yere düşmesi, yani muaccel olması beklenir.

Muacceliyet, borcun bir niteliği olup bu niteliğin “borcun doğumu anı”nda kazanıldığı kural olarak kabul edilmektedir (TBK m. 90). Dolayısıyla doğumu anında muaccel olan borcun, hemen ifası gerekmektedir. Fakat, her zaman doğum anı ifa zamanı ile örtüşmeyebilir, borcun ifa zamanı belirli bir vade ya da süreye bağlanabilir⁷³². Vade, ifa fiilinin gerçekleştirileceği belirli bir zaman birimine ya da kesitine verilen addır⁷³³. Vadeye bağlanmış borçlar, ifanın geleceğe ertelendiği borçlardır.

Vadeye bağlı borçlarda ifa zamanı, dolayısıyla borcun muacceliyet anı, mutlak ya da nispi şekilde tayin edilebilir. İfa zamanı mutlak olarak belirlenmişse, zaman birimi (tarih, takvim günü) esas alınır (11.01.2017 gibi) veya dolaylı olarak (2017 yılının Gençlik ve Spor Bayramı gibi) belirlenebilir⁷³⁴. İfa zamanı nispi olarak belirlenmişse, kesin olarak anlaşılan bir tarih yerine bir vakıya ya da durumun ortaya çıkmasıyla (A’nın ölümünden 5 gün sonra gibi) ifa zamanı belirli hale gelir. İfa zamanının nispi olarak belirlendiği hâllerde, borç, alacaklının gerçekleştireceği, tek taraflı ve borçluya varması gereken bir irade beyanı niteliğindeki muacceliyet bildirimi⁷³⁵ ile muaccel hale gelir⁷³⁶.

⁷³⁰ Yüce, 2015: 187-188; Tekinay vd., 1993: 804; Eren, 2017: 496 vd; Oğuzman ve Öz, 2017a: 316.

⁷³¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 53.

⁷³² Honsell, 2014: 367; Eren, 2017: 970; Oğuzman ve Öz, 2017a: 313.

⁷³³ Weber, 2005: Art. 75, N. 21; Eren, 2017: 948; Honsell, 2014: 367; Oğuzman ve Öz, 2017a: 313.

⁷³⁴ Honsell, 2014: 367; Weber, 2005: Art. 75, N. 22; Oğuzman ve Öz, 2017a: 318.

⁷³⁵ Bildirimin hukukî niteliği konusunda kabul edilen görüş, ihtarın hukukî işlem benzeri olduğu yönündedir. Bununla birlikte bildirimin yenilik doğuran hak olduğu da savunulmaktadır. Konu hakkında bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 318; Eren, 2017: 972; Yüce, 2015: 57; Öz, 2006: 151; Nomer, 2015: 334. Öğretide Buz, ihtarın temerrüt

Vadeye ilişkin olarak yapılan bir diğer ayrım da olağan vade, belirli vade ve kesin vade ayrımıdır⁷³⁷. Olağan vade, borcun, alacaklının ihtarıyla muaccel olduğu vadedir. İhtar gerçekleşmeden muacceliyet ve temerrüt gerçekleşmez⁷³⁸. Belirli vade ise, borcun muacceliyet tarihini belirtmenin yanı sıra borçlunun borcu yerine getirmemesi durumunda alacaklının ihtarına gerek kalmaksızın borçlu temerrüdünün gerçekleştiği vadedir⁷³⁹. Kesin vadede ise borçlu bu sürenin sona ermesiyle birlikte ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer ve alacaklı, ifayı kabulden kaçınıp sözleşmeden dönebilir⁷⁴⁰.

İfa zamanının belirlenmesine ilişkin “son çare” niteliğindeki tayin aracı, TBK m. 90’ın dar yorumudur. Buna göre, taraflar sözleşme ile borcun derhal muaccel olacağına dair herhangi bir anlaşma yapmamışsa, kanunda muacceliyete ilişkin özel bir düzenleme yer almıyorsa, borcun ifası için edimin niteliğinden kaynaklanan bir zaman dilimine ihtiyaç duyulmaktaysa borç, doğumu anında muaccel olur, alacaklısı tarafından istenebilir ve borçlu ifaya zorlanabilir⁷⁴¹.

İfa zamanı belirlendikten sonra, borç zamanaşımına uğrayana kadar alacaklı tarafından istenebilir⁷⁴². Zamanaşımına uğramakla borç, eksik borç hâline gelir. O hâlde ifa zamanı muacceliyet ile başlayıp, kural olarak zamanaşımı ile biten bir süreçtir. Zamanaşımına uğradıktan sonra da borç pekâlâ borçlu tarafından ifa edilebilir. Fakat borçlu buna yanaşmazsa, alacaklının talebi karşısında zamanaşımı def’i ile karşılaşması olağandır.

Borcun tamamı muaccel olduktan sonra, alacaklı, kural olarak borçlunun kısmî ifasını reddetme hakkına sahiptir. Borçlu, borcun bir kısmı henüz muaccel olmadığı için, sadece muaccel olan kısmın ifasını teklif ediyorsa, artık kısmî ifa değil, muaccel kısmın tamamının ifası söz konusudur. Bunun bir sonucu olarak borçlu, herhangi bir hukukî sebeple edimin tamamını tek bir seferde ifa etmek zorunda ise, ifanın bu şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Fakat aynı hukukî sebepten kaynaklanmış olsa dahi, farklı muacceliyet tarihleri olan birden fazla borç bulunduğunda bunların muaccel olanlarının ifası ile, kısmî ifa gerçekleşmiş

ve buna bağlı sonuçların doğmasına sebep olan temel olgu olmadığını, esas olarak sözleşmeye aykırı davranışın temerrüde bağlanan hukukî sonuçları doğurduğunu ileri sürmektedir. Yazar bu nedenle ihtarı yenilik doğuran bir hak olarak nitelememektedir. Bk. Buz, 2005: 166 vd.

⁷³⁶ Eren, 2017: 974; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 57.

⁷³⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 56 vd; Eren, 2017: 974-975. Kesin vade hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Seliçi, 1968b: 92 vd.

⁷³⁸ Eren, 2017: 972; Nomer, 2015: 334-335; Oğuzman ve Öz, 2017a: 318-319.

⁷³⁹ Eren, 2017: 972; Yüce, 2015: 102 vd; Oğuzman ve Öz, 2017a: 530.

⁷⁴⁰ Seliçi, Vade, s. 105; Eren, 2017: 972; Oğuzman ve Öz, 2017a: 312-313- 530; Yüce, 2015: 78 vd; Tekinay vd., 1993: 806.

⁷⁴¹ Gauch vd., 2014b: N. 2197-2198; Oğuzman ve Öz, 2017a: 316; Yüce, 2015: 203. Ayrıca bk. Yarg. HGK. T. 03.06.1998, E. 1998/11-299, K. 1998/380. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> , (erişim tarihi: 01.05.2017).

⁷⁴² Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 52. Yazarlar, zamanaşımının “talep edilebilirlik” niteliğinin bir sınır olmasına karşın “ifa edilebilirlik” niteliğinin sınırı olmadığını belirtmektedir. Benzer görüş için bk. Weber, 2005: Art. 75, N. 40; Honsell vd., 2011: Art. 75, N. 3, s. 539.

olmaz⁷⁴³. Meselâ, kira gibi dönemsel edimlerde, belirli bir döneme ilişkin muaccel borcun ifası, artık kısmî ifa sayılmaz. Bu yüzden alacaklının ifa teklifini, borcun tamamının ifa edilmediği gerekçesiyle reddetmesi, haklı bir sebebe dayanmaz. Fakat borçlu belirli bir döneme ilişkin muaccel borcun, meselâ mayıs ayı kirası olan beş bin TL'nin üç bin TL'sinin ifasını teklif ederse, artık bu ifa teklifi kısmî ifa olarak nitelenebilir. Benzer şekilde yıllık sekiz yüz TL karşılığında her ay dört derginin tesliminin borçlanıldığı bir abonelik sözleşmesinde bedelin sene başında peşin olarak ödenmiş olmasına rağmen altıncı aydan itibaren yeni sayıların gönderilmemesi durumunda o zamana kadar gönderilen sayılar kısmî ifa teşkil eder. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında art arda teslimli satış akdinde borç bir defada muaccel olmadığı için m. 69'un (TBK m. 84) uygulanmaması gerektiğine ve alacaklının kural olarak sözleşmede belirlenen sürelerde kısmî teslimleri kabul zorunluluğunun bulunduğu hükmetmiştir⁷⁴⁴. O halde dönemsel edimler bakımından kısmî ifadan söz edilebilmesi için, muaccel hale gelmiş edimlerin bir kısmının ifa edilmesi gerekir.

Bölünebilir bir borcun henüz muaccel olmadığı bir zamanda borçlunun kısmî ifa teklifinde bulunması hâlinde, alacaklının ret hakkının var olup olmadığına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m. 84'te kısmî ifayı ret hakkının "tamamı belli ve muaccel" borçlar için söz konusu olabileceği belirtildiğinden, hükmün zıt anlamından hareket ederek henüz muaccel olmayan borçların kısmî ifası teklifinin reddedilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Fakat bu sonuç, alacaklı için çoğu kez anlamlı ve elverişli değildir. Henüz muaccel olmayan borcun alacaklısının, çeşitli istisnalar dışında, ifayı ya da kısmî ifayı reddetmesinin kendisi için bir anlamı olmayabilir. Zira muacceliyet öncesinde de borçlu borcunu ifa etmeye yetkilidir, yalnız alacaklı bunu talep etme hakkına sahip değildir. Borç muaccel olduğunda kalan kısım ifa edilebilir. Ancak borçlu henüz muaccel olmadığı bir dönemde borcun bir kısmını ifa edip, muaccel olduktan sonra ise kalan kısmı ifa etmeyerek dolaylı bir biçimde alacaklıyı kısmî ifayı kabul etmek zorunda bırakabilir. Ayrıca belirli bir tarihten önceki ifanın alacaklının menfaatlerine aykırılık teşkil ettiği hâllerde muacceliyet tarihinden önceki kısmî ifanın kabulü alacaklıdan beklenemez. İşte bu ihtimaller göz önünde bulundurularak, istisnâî hâllerde henüz muaccel olmamış borçların da kısmî ifasının teklifi, alacaklı tarafından reddedilebilir⁷⁴⁵.

TBK m. 84/I'nin lâfzî yorumu karşısında borç zamanaşımına uğradığında alacaklının kısmî ifayı ret hakkının var olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Elbette zamanaşımına uğramış borcun, borçlu tarafında ifa edilmesine hukukî bir engel bulunmamaktadır. Fakat

⁷⁴³ Gernhuber, 1994: 150.

⁷⁴⁴ Bk. Kuntalp, 1968: 26, dpn. 79.

⁷⁴⁵ Benzer görüş için bk. Ercoşkun Şenol, 2016: 319.

borçlu, zamanaşımına uğramış borcu kısmen ifa etmek isterse, alacaklının ret hakkını kullanmasında hukukî bir menfaati bulunmaz. Zira ret hakkı ile ifası teklif edilen kısmı da kaybeder ve edimin tamamına ilişkin herhangi bir talepte bulunduğu bu talebinin gerçekleşmesi tamamıyla borçlunun iradesine terk edilmiş olur. Bu yüzden, zamanaşımına uğramış olması sebebiyle muaccel olma vasfı bulunmayan borcun ifası teklif edildiğinde, alacaklının ret hakkını kullanmasına herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Fakat alacaklının bu hakkı kullanmakta hiçbir hukukî menfaati de yoktur.

2.4.2. Kısmî İfayı Ret Hakkının İstisnaları

2.4.2.1. Genel Olarak

Alacaklı, belli bazı hâllerde, kendisine teklif edilen kısmî ifayı kabulden kaçınmaz. Esasında borçlunun, edime uygun ifa kuralının bir unsuru olan “borçlanılan edimin tam olarak ifası” ilkesini açıkça ihlâl ettiği bu ihtimaller, alacaklının katlanmak zorunda kaldığı ihlâller hâline gelmektedir. Alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğu olarak adlandırılan bu katlanma yahut kaçınmama hâli, kaynağını kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından alabilir.

Kısmî ifayı kabul zorunluluğunun hukukî niteliği tespit edilirken, bu zorunluluğun yüküm ve külfet (yükümlülük) kavramlarından hangisi ile örtüştüğünün tespiti önem arz etmektedir⁷⁴⁶. Edim yükümü ve külfet kavramlarına yukarıda değinilmişti⁷⁴⁷. Özellikle belirtilmesi gerekir ki yüküm kavramının ayırt edici özelliği, ifasının, karşı taraf açısından bir edim menfaati oluşturmastır⁷⁴⁸. Bunun yanı sıra yükümler genellikle ifaya zorlama olgusunu da içeriğinde barındırır⁷⁴⁹.

Külfet kavramı ise hukukî ilişkinin kanun koyucu tarafından öngörülen olağan akışında sonuçlandırılabilmesi için, genellikle alacaklı tarafından yerine getirilmesi gerekli olan davranış olarak tanımlanmaktadır⁷⁵⁰. Sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü bir anlam taşıması gerektiği savunulan külfet ile, bunu oluşturan davranışların yerine getirilip borç ilişkisinin tarafları arasındaki sosyal gerilimin giderilmesi amaçlanmaktadır⁷⁵¹. Külfet ile tarafların birinden, bir hakkın diğer tarafa karşı ileri sürülebilmesi ve daha elverişli hukukî

⁷⁴⁶ Öğretide Hatemi ve Gökyayla (2013), külfet kelimesini yük (Last) anlamında kullanırken, yükümlülük kelimesini münferit olarak tercih etmekte ve “Obliegenheit” teriminin karşılığı olarak kullanmaktadır. Bk. Hatemi ve Gökyayla, 2013: 23. Fakat bu çalışmada yükümlülük ve külfet, yaygın olarak kabul edildiği üzere eş anlamlı kullanılmaktadır.

⁷⁴⁷ Bk. 1.1.3, 1.1.4, 1.1.5, 1.1.6.

⁷⁴⁸ Aday, 2000: 73.

⁷⁴⁹ Aday, 2000: 75. Yazar bu konuda özellikle Alman yazar Reimer Schmidt’in hukuk normlarını tasnifine ve açıklamalarına dayanmaktadır. Reimer Schmidt’in tasnifinin ise esas olarak yaptırım kavramına dayandığı anlaşılmaktadır. Buna göre ifası dava edilebilen ve ihlâli hâlinde tazminat talebine yol açan yükümler, zorlama yoğunluğu yüksek hukuksal yükümler olup; yükümlülükler ise ifası dava edilemeyen, ihlâli de tazminat talebine yol açmayan zorlama derecesi düşük yükümler olarak nitelenmektedir. Bk. Aday, 2000: 94-95.

⁷⁵⁰ Aday, 2000: 152; Yılmaz, 2015: 73; Altınok Ormancı, 2016: 15; Tekinay vd., 1993: 32.

⁷⁵¹ Hatemi ve Gökyayla, 2013: 24; Aday, 2000: 152.

sonucun elde edilebilmesi için kanunda öngörülen davranış kuralına uyması beklenmektedir⁷⁵². Külfetin ifası talep edilemezken⁷⁵³, yerine getirilmesi, diğer tarafa bir edim menfaati sağlamamaktadır⁷⁵⁴. Kendisine yüklenen külfeti yerine getirmeyen tarafın, bu davranışının hukukî yaptırımının ne olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, külfeti yerine getirmeyen, külfeti yerine getirmenin sağladığı elverişli hukukî sonuçtan mahrum kalarak bu haklarını kaybeder⁷⁵⁵. İkinci görüşe göre ise, külfete uyulmadığı (külfet yerine getirilmediği) takdirde, sözleşmenin karşı tarafına, bu külfete uymadan hakkını ileri süren tarafa karşı ileri sürebileceği def'i niteliğinde bir kaçınma hakkı tanınmış olur⁷⁵⁶.

Öğretide savunulan ve bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre kısmî ifayı kabul zorunluluğunun hukukî niteliği “külfet” olarak kabul edilmelidir⁷⁵⁷. Kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerden biri içinde bulunan alacaklının, bu ifayı reddederek alacağın tamamının ifasını talep etmesi, onun alacak hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Benzer şekilde kısmî ifayı reddeden alacaklı, edimin tamamına ilişkin talep hakkını da yitirmez. Kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerde kabulden kaçınma ya da açıkça kısmî ifayı reddetme, alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürmekten başka bir hukukî sonuca yol açmaz. Alacaklı temerrüdü de alacak hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

Borçlu, edimin kısmî ifasının haklı bir sebebe dayandığını iddia ediyorsa, bunu ispatla yükümlüdür⁷⁵⁸. Dolayısıyla, borçlunun kısmî ifanın haklılığını ispatlaması, alacaklının kısmî ifayı ret hakkını kullanmasını hukuka uygun olmaktan çıkarır ve hukukî sonuçlar alacaklı aleyhine gerçekleşir. Borçlunun kısmî ifa teklifini haklı hale getiren sebep; kanun, sözleşme ya da dürüstlük kuralı olabilir.

TBK m. 84 hükmü emredici nitelik taşımadığı için, kısmî ifayı ret hakkının bulunmamasının sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür⁷⁵⁹. Meselâ TBK m. 253 vd. hükümlerinde düzenlenen kısmî ödemeli satışlarda ödemenin kısım kısım yapılması, sözleşmenin bir gereğidir. Benzer şekilde alacaklının, kira sözleşmesinde ya da dönemsel edimin kararlaştırıldığı diğer sözleşmelerde her bir döneme ilişkin edimin ifasını kabul zorunluluğu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Özellikle dönemsel edimlerin ifasının kısmî ifa

⁷⁵² Hatemi ve Gökyayla, 2013: 24; Antalya, 2013: 15.

⁷⁵³ Aday, 2000: 152; Hatemi ve Gökyayla, 2013: 24; Altınok Ormancı, 2016: 18; Tekinay vd., 1993: 32.

⁷⁵⁴ Aday, 2000: 73; Tekinay vd., 1993: 32.

⁷⁵⁵ Nomer, 2015: 14; Tekinay vd., 1993: 32; Antalya, 2013: 15.

⁷⁵⁶ Hatemi ve Gökyayla, 2013: 24.

⁷⁵⁷ Gauch vd., 2014b: N. 2371; Gümüş, 2001: 619; Antalya, 2017: 98.

⁷⁵⁸ Honsell vd., 2011: Art. 69, N. 7, s. 527; Soergel, 2014: 376.

⁷⁵⁹ Kostkiewicz, 2016: 349; Soergel, 2014: 375; Koller, 2006: §-42, N. 12; Antalya, 2017: 96.

teşkil etmediği, bu edimlerin her bir döneme ilişkin olanının münferit bir edim kısmı teşkil ettiği savunulmaktadır⁷⁶⁰.

Kanaatimizce dönemsel edimlerin ifasının kısmî ifa teşkil ettiğini kabul etmek, alacaklıya kısmî ifayı ret hakkının tanınması hukukî sonucunu da beraberinde getirir. Hâlbuki, ret hakkının kullanımının kanunda öngörülen temel şartlarından biri alacağın muaccel olmasıdır. Dönemsel edimlerin muaccel olanlarının ifasının kısmî ifa olarak nitelendirilmesi, sonraki dönemlere ilişkin edimler henüz muaccel olmadığı için mümkün değildir⁷⁶¹. Borçlu her bir döneme ilişkin borcunu tam olarak ifa ettiğinde kısmî ifa gerçekleştirmiş olmaz. Bu yüzden, dönemsel edimli borç ilişkilerinde her bir döneme ilişkin edimin alacaklı tarafından kabul edilmemesi, alacaklı temerrüdüne sebep olur. Fakat borçlu, belirli bir döneme ilişkin belirli ve muaccel edimi tam olarak ifa etmezse, bu durumda kısmî ifa ve alacaklının ret hakkı söz konusu olabilir. İfanın kısım kısım gerçekleşmesi dolayısıyla kısmî ifayı kabulün sözleşmeye uygun davranışın bir gereği olduğu hâllere bir diğer örnek de eser sözleşmesinde bedel ödeme borcuna ilişkin 479. maddenin, kısmî ödemeyle ilgili 2. fıkrasıdır. Bu hüküm uyarınca parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış eserin bedeli de parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli, onun teslimi anında muaccel hale gelmektedir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere eser sözleşmesinde kısmî ödeme usulünün kararlaştırılması mümkün olup, bu durumda gerçekleşen kısım kısım ödeme, alacaklı tarafından kabul edilmelidir⁷⁶². Eser sözleşmesinde geçici veya ara hakedişlerin ödenmesinin kararlaştırılması da kısmî ifayı kabul zorunluluğunun sözleşmeden kaynaklandığı hâllere örnek teşkil etmektedir.

Alacaklı için kısmî ifayı kabul zorunluluğu, kimi zaman açık bir kanuni düzenleme ile de öngörülmüş olabilir⁷⁶³. Bu hâllerde alacaklı, kendisine ifası teklif edilen edim kısmını kabule zorlanmaktadır. Poliçe, bono ve çek alacaklısının, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanunu'nda öngörülmüş olan kısmî ifayı kabul zorunluluğu, kanundan kaynaklanan zorunluluk hâllerinin en sık karşılaşılan örneklerini oluşturmaktadır. TBK m. 486 hükmü de kısmî ifayı kabul zorunluluğunun kanuna dayandığı hâllere örnek teşkil etmektedir. Bu hüküm uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda

⁷⁶⁰ Soergel, 2014: 375.

⁷⁶¹ Hatemi ve Gökyayla, 2013: 223.

⁷⁶² Kocaağa, 2014: 217-218. Yazar TBK m. 479/II hükmüne dayanan kısmî ödemelerin kanundan kaynaklandığını, geçici-ara hak ediş ödemelerinin ise sözleşmeye dayanan kısmî ödemeler olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce TBK m. 479/II hükmü, tamamlayıcı hukuk kuralı olup, kısmî ödemenin sözleşme ile kararlaştırıldığı hâllerde bedel ödeme borcunun muaccel olduğu zamanı düzenlemektedir. TBK m. 479/II hükmünde de kısmî ödeme ilkesi sözleşmeye dayanmaktadır.

⁷⁶³ Gauch vd., 2014b: N. 2377; Kostkiewicz, 2016: 349; Koller, 2006: §-42, N. 12.

kendiliğinden sona ermektedir. Bu takdirde iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilir ise, bu kısmı kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü kılınmıştır.

Her hakkın kullanımında olduğu gibi, kısmî ifayı ret hakkının da kullanımının sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁷⁶⁴. Kısmî ifa neticesinde geriye kalan ifa edilmemiş kısım, son derece önemsiz ve küçük bir kısımsa ya da başka bir deyişle borçlu, borcunun çok büyük bir bölümünün ifasını teklif ederse, artık alacaklının kısmî ifayı ret hakkını kullanması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz⁷⁶⁵. Kısmî ifayı reddin, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hâllerden biri de, tek seferde nakliyesinin çok zor ya da imkânsız olduğu edimlerin birden fazla seferde ifa edildiği hâllerdir. Eğer edimin bir seferde ifası, niteliği gereği mümkün değilse bu durumda da alacaklının kısmî ifayı reddetmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Meselâ 100 ton buğdayı, bir kamyonla üç seferde teslim etmek borçlanılmışsa, edimin niteliğinden kaynaklanan bir kısmî ifa zorunluluğu, alacaklı bakımından da kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunması dürüstlük kuralının gereğidir. Bu durumda somut olayın şartlarına göre az çok yakın zaman aralıkları içinde edim kısımlarının birden fazla seferde ifası kısmî ifa olarak nitelenmemeli, dolayısıyla da alacaklı tarafından reddedilmemelidir. Öte yandan, edimin bir bütün olarak ifası borçlu için önemli bir zorluk getirmekle birlikte bunda alacaklının dikkate değer bir menfaati de bulunmuyorsa, alacaklının kısmî ifayı reddetmesi, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmektedir⁷⁶⁶.

2.4.2.2. Poliçe, Bono ve Çek Alacaklısının Kısmî İfayı Kabul Zorunluluğu

2.4.2.2.1. Poliçe

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda poliçe borcunun kısmî olarak ödenmesi durumundaki kısmî ödemeyi kabul zorunluluğu, poliçenin kabulü müessesesi ile yakından ilişkilidir. Poliçenin kabule arz edilmesi, muhatabın poliçeyi vadede ödeyeceğine ilişkin iradesinin senet üzerinde yazıyla tespit ettirilmesi ve bu sayede kendi üzerine çekilmiş poliçenin tedavüle çıktığından haberdar edilmesinin sağlanması amacını taşır⁷⁶⁷. Kabul beyanıyla poliçenin vadesinde ödenmesi istek ve iradesi açıklanmış olur. Fakat kabul beyanı, poliçe bedelinin bir kısmına ilişkin olabilir. Nitekim 6102 sayılı TTK m. 696/I'de buna cevaz verilmektedir. Bu hükme göre kabulün kayıtsız şartsız olması gerekir. Fakat muhatap kabulü poliçe bedelinin bir kısmı ile sınırlayabilmektedir. Hamilin ise kısmî kabule rıza göstermesi gerekir. Aksi hâlde, o oranda müracaat hakkını kaybeder. Bu durumda hamil, kabul etmeme protestosu keşide ederek vadeden önce poliçe borçlularına başvurma olanağı elde eder (TTK

⁷⁶⁴ Gernhuber, 1994: 153; Gauch vd., 2014b: N. 2378; Koller, 2006: §-42, N. 12; Antalya, 2017: 102.

⁷⁶⁵ Kostkiewicz, 2016: 349; Ludwigkeit, 2014: 452; Soergel, 2014: 374; Tekinay vd., 1993: 764.

⁷⁶⁶ Tekinay vd., 1993: 764.

⁷⁶⁷ Öztan, 1997: 521.

m. 713/II). Poliçe kısmen kabul edildikten sonra başvurma hakkının kullanılması durumunda poliçe bedelinin kabul edilmeyen kısmını ödeyen kişi, kendisinden önce gelen kişilere başvurma hakkını kullanabilmek için, yaptığı ödemenin poliçeye yazılmasını, kendisine bu konuda makbuz, poliçe ve protestonun onaylı suretinin verilmesini isteyebilir (TTK m. 728). Konuya ilişkin olarak 6102 sayılı TTK'nın poliçede ödemeye ilişkin hükümlerinden "Makbuz istemek hakkı" başlıklı 709. maddeye göre muhatap, hamil tarafından ibra şerhi yazılarak poliçenin kendisine verilmesini poliçeyi öderken isteyebilir. Hamil gerçekleştirilen, kısmî ödemeyi reddedemez. Kısmî ödemenin gerçekleşmesi durumunda muhatap bu ödemenin poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu maddede de öngörüldüğü üzere, hamil, kısmî ödemeyi reddedemez ve poliçe bedelinin bir kısmını oluşturan tutarı kabul edip, geri kalan kısma ilişkin olarak poliçeden sorumlu olanlara başvurabilme yetkisine sahiptir⁷⁶⁸. Bu hükümle hamile tanınan yetkinin anlamı şudur: Hamil, kısmî ödemeyi kabul etmeyerek iade etmişse, havaleyi geri yollatmışsa, artık başvuru hakkını, reddettiği kısım bakımından kaybetmektedir⁷⁶⁹. Başka bir deyişle, hamil, ödemenin kısmen gerçekleştiği gerekçesiyle ret hakkını kullanıp senedin tümü için başvuru hakkını kullanma hakkına sahip değildir⁷⁷⁰. Bu yönüyle hüküm, TBK m. 84'ün istisnasını teşkil etmektedir⁷⁷¹. Poliçe borcunun kısmen ödenmesi hâlinde alacaklının ret hakkı bulunmamaktadır. Alacaklının kısmî ödemeyi reddetmesi, onun başvurma (müracaat) hakkını kaybettirirken, muhatabın borçlu sıfatı devam etmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu hükmün, müracaat borçlularının lehine bir düzenleme olduğu kabul edilmekte, kabulü zorunlu olan kısmî ödeme ile, yapmak zorunda kalabilecekleri bir ödemeden kısmen de olsa kurtulabilmektedirler⁷⁷². Kısmî ödemenin gerçekleşmesiyle hamil, kalan meblağ için müracaat hakkına sahip olur. Kısmî ödeme durumunda poliçe muhataba iade edilmeyebilir; zira muhatabın da poliçenin iadesini talep hakkı bulunmamaktadır⁷⁷³. Ancak muhatap, yaptığı ödemenin poliçenin üzerine yazılmasını ve kendisine makbuz verilmesini isteyebilir (TTK m. 709/III). Bu sayede üzerinde kısmî ödemenin yazıldığı poliçeyi devralan üçüncü kişiler, bu durumu senetten öğrenebilir. Kısmî ödeme ibaresi, senet metninden anlaşılan (mutlak) def'i niteliği kazanır⁷⁷⁴. Borçlu, ancak kalan meblağı da ödediğinde, senedin kendisine verilmesini isteyebilir. Fakat kısmî ödemede bulunmuşsa kendisine ancak makbuz verilmesini talep edebilir. Hamil, masrafları kısmî

⁷⁶⁸ Bozer ve Göle, 2017: 122; Poroy ve Tekinap, 2013: 216, §- 304; Eriş, 2014: 326.

⁷⁶⁹ Poroy ve Tekinalp, 2013: 304; Öztan, 1997: 693.

⁷⁷⁰ Poroy ve Tekinalp, 2013: 304.

⁷⁷¹ Ülgen vd., 2014: 192.

⁷⁷² Kınacıoğlu, 1987: 217; Öztan, 1997: 692-693.

⁷⁷³ Ülgen vd., 2014: 192; Öztan, 1997: 693.

⁷⁷⁴ Öztan, 1997: 693.

ödemede bulunan borçluya ait olmak üzere makbuz vermekten kaçınırsa kısmî ödemede bulunmayı teklif eden muhatap, ödemeyi yapmaktan kaçınabilir⁷⁷⁵.

Kısmî ödemenin reddedilmesi hamilin reddedilen kısım bakımından müracaat hakkını ortadan kaldırırsa da, muhatabın “borçlu” sıfatını ortadan kaldırmaz. Senedi düzenleyenin (poliçede kabul eden muhatabın) ve bu kişilere aval verenin bu miktar itibarıyla sorumluluğu “asıl borçlu” sıfatıyla sürmektedir⁷⁷⁶. Kısmî ödemenin reddi ile hamil, alacaklı temerrüdüne düşer⁷⁷⁷. Bu durumda muhatabın, reddedilen kısmı TTK m. 712 gereğince gideri ve riski hamile ait olmak üzere bir bankaya tevdi etmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷⁸. Fakat öğretide aksi de, yani kısmî ödemenin bir tevdi yerine yatırılmasının gerekmediği de savunulmaktadır⁷⁷⁹. Reddedilen kısım dışındaki miktar bakımından hamilin müracaat borçlularına başvurabilmesi için zamanında ödememe protestosu düzenlemesi gerekmektedir⁷⁸⁰.

Kısmî ödeme kabul edilmişse, 6102 sayılı TTK m.716/II gereğince kısmî ödeme protestoda belirtilir. Kısmî kabul hâlinde protestonun şekline ilişkin TTK m. 718 uyarınca kabul, poliçedeki bedelin bir kısmına mahsus olup bu yüzden protesto düzenlenirse, poliçenin bir suretinin çıkarılarak protestonun bu suret üzerine yazılması gerekmektedir.

6102 sayılı TTK m. 728 uyarınca poliçenin kısmen kabulünden sonra başvurma hakkı kullanılırsa, poliçe bedelinin kabul edilen kısmını ödeyen kişi, ödemenin poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bu hususta bir makbuz verilmesini isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, ödeyenin de sonradan diğerlerine karşı başvurma haklarını kullanabilmesi için, hamilin ona poliçenin ve protestonun onaylı birer suretini verme zorunluluğu bulunur. Öğretide müracaat hakkını kullanan kişinin kısmî ödemeyi kabul zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Fakat böyle bir ödeme kabul edilirse, talep hâlinde üzerine kısmî ödemenin yazıldığı poliçe nüshasının verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸¹. Ancak daha isabetli olan ikinci görüşe göre kısmî ödeme teklifi ile karşı karşıya olan hamilin, ödemeyi teklif eden kişinin asıl borçlu veya müracaat borçlusu olmasının, kısmî ödemeyi kabul zorunluluğunun bulunmasını etkilememesi gerekir. Başka bir ifadeyle, kısmî ödeme yapmak isteyen ister asıl

⁷⁷⁵ Öztan, 1997: 693. Kısmî ödeme senet arkasına yazılmışsa bunun, ciro yolu ile senedi devralana karşı da ileri sürülebilmesi hakkında bk. Yarg. 12. HD., T. 04.03.2005, E. 2005/759, K. 2005/4497. Karar metni için bk. Coşkun, 2012: 225.

⁷⁷⁶ Ülgen vd., 2014: 193, Öztan, 2016: 135.

⁷⁷⁷ Ülgen vd., 2014: 193.

⁷⁷⁸ Öztan, 1997: 693.

⁷⁷⁹ Poroy ve Tekinalp, 2013: 322.

⁷⁸⁰ Bozer ve Göle, 2017: 122; Öztan, 1997: 694.

⁷⁸¹ Kınacıoğlu, 1987: 217-218; Öztan, 1997: 694.

borçlu, ister müracaat borçluları olsun, alacaklının kabul zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir⁷⁸².

2.4.2.2.2. Bono

Bono, hukukî niteliği itibarıyla “soyut borç ikrarı” niteliği taşıyan bir kambyo senedi olup, 6102 sayılı TTK m. 778’deki atıf sebebiyle, bononun niteliğine aykırı düşmedikçe, poliçeye ilişkin pek çok hüküm bono için de uygulanır. Bononun niteliğinin, poliçenin mahiyetinden açıkça farklılık taşıdığı husus, bonoda muhatapın bulunmaması ve bonoyu düzenleyen, senedin asıl borçlusu olmasıdır. Dolayısıyla poliçenin kabulüne (ve kısmen kabulüne) ilişkin hükümler bono bakımından uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK m. 728 hükmü bono için uygulanmaz. Fakat poliçede kısmî ödemeyi kabul zorunluluğunun düzenlendiği 6102 sayılı TTK m. 709, bono için de uygulanır. O hâlde kısmî ödemeyi reddeden lehtarın, reddettiği kısım bakımından müracaat hakkını kaybedeceği sonucu çıkarılmaktadır. Kısmî ödemeye ilişkin olarak yukarıda poliçe için yapılan açıklamalar bono için de geçerlidir⁷⁸³.

2.4.2.2.3. Çek

Poliçe ve bonoda kısmî ödemenin reddine ilişkin genel ilke çek bakımından da geçerlidir. Çek hakkında uygulanacak hükümlerin düzenlendiği 6102 sayılı TTK m. 818/I b. h’deki atıf sebebiyle çek karşılığının muhatap bankada kısmen mevcut olması durumunda muhatap banka bu miktarı ödemekle yükümlüdür, hamil de gerçekleşen kısmî ödemeyi reddedemez⁷⁸⁴. Karşılığı kısmen bulunan çekin muhatap banka tarafından ödenmesi hâlinde banka, hamilden bunun çek üzerine yazılmasını ve kendisine makbuz verilmesini talep edebilir⁷⁸⁵.

6273 sayılı kanunla değişik 5941 sayılı Çek Kanunu m. 3/III-b bendine göre muhatap bankanın, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için; karşılığının kısmen bulunması hâlinde, çek bedeli bin Türk Lirası veya altında ise, çek bedelini aşmamak şartıyla kısmî karşılığı bin Türk Lirasına tamamlayacak bir miktar; çek bedeli bin Türk Lirasının üzerinde ise, çek bedelini aşmamak şartıyla kısmî karşılığa ilave olarak bin Türk Lirasını ödeme yükümlüğü bulunmaktadır. Aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca hamil, muhatap bankanın üçüncü fıkra göre ödemekle yükümlü olduğu tutar dâhil,

⁷⁸² Kınacıoğlu, 1987: 217-218; Öztan, 1997: 694.

⁷⁸³ Kısmî ödemenin bono arkasına yazılacağı ve bu hususun, senedin bono niteliğini ortadan kaldırmadığı hakkında bk. Yarg. 12. HD., T. 31.01.2006, E. 2005/24657, K. 2006/933. Karar metni için bk. Eriş, 2014: 328.

⁷⁸⁴ Kınacıoğlu, 1987: 341; Bozer ve Göle, 2017: 374-375. Bk. Yarg. HGK., T. 10.10.2012, E. 2012/19-253, K. 2012/703. Karar metni için bk. <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2012-19-353.htm>, (erişim tarihi: 12.04.2017).

⁷⁸⁵ Bozer ve Göle, 2017: 374-375.

gerçekleşen kısmî ödemeyi kabul etmezse, çeke karşılıksızdır işlemi yapılır; ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir. Çek hesabında hiç karşılığın bulunmazsa ve hamil, sadece muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini talep ederse de aynı işlem yapılır.

Muhatap bankanın kısmî ödeme yapması hâlinde hamil, bu sayede müracaat borçlularına ya da kambiyo senetlerine özgü takip yollarına başvurabilir, bu fotokopiyi ispat aracı olarak kullanabilir, ilgili mercii çekin aslını talep ederse, çekin aslı bu mercilere gönderilir⁷⁸⁶. Sonuç olarak hamil, kısmî ödemeyi reddedemez, şayet reddederse, reddettiği tutar kadar başvurma hakkını yitirir.

2.4.2.3. Kısmî İfayı Kabul Zorunluluğu Bulunan Diğer Hâller

2.4.2.3.1. Para Borçlarında Özel Durum

Para, verme borçları içinde en önemli ve yaygın ifa aracı olduğu için, Türk Borçlar Kanunu'nda kendisine özellikle önem atfedilen konulardan biri bu borçların ifasıdır. Bu yüzden “Borç ilişkisinin hükümleri” arasında borçların ifası genel hükümlerle düzenlenmiş olup, ayrıca para borçlarının ifasını ifade etmekte kullanılan “ödeme” hususu ayrıntılı biçimde hükme bağlanmıştır. Para borcu, bir para birimi ile ifade edilen değeri sağlayan cins borcudur⁷⁸⁷. Geniş anlamda para ile hem ülke parası hem de yabancı ülke parası ifade edilirken, dar anlamda para ile yalnızca ülke parası ifade edilir⁷⁸⁸.

Kısmî ifayı ret hakkının para borçları bakımından sınırları ele alınırken, para borçlarının kısmen ödenmesinde mahsubun nasıl gerçekleşeceğine ilişkin hükümler de göz önünde bulundurulmalıdır. Borçlunun alacaklıya karşı tek bir borç ilişkisinden kaynaklanan para borcu bulunuyorsa TBK m. 100’de; birden fazla hukukî sebepten kaynaklanan para borcu bulunuyorsa, TBK m. 101 ve 102’de mahsubun nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bir taraftan da, edimin tamamının değil de bir kısmının ifası gerçekleştiğinde TBK m. 84 hükmü ile alacaklıya ret hakkı tanınmaktadır. Kısmî ifanın para borçları bakımından özel bir türünü teşkil eden kısmî ödeme hükümleri, tamamen borçlu açısından ve büyük ölçüde de borçlu lehine öngörülmüş düzenlemelerdir. Bu hükümlerde gerçekleşen kısmî ödemenin alacaklı tarafından reddedilebilmesi bahis konusu yapılmazken, aksine borçluya, gerçekleştirdiği ve borcunun ya da borçlarının tamamını karşılamaya yetmeyen meblağı hangi borç kısmına ya da kalemine mahsup edeceğini tayin etme imkânı

⁷⁸⁶ Bozer ve Göle, 2017: 375.

⁷⁸⁷ Von Büren, 1964: 31; Nomer, 2015: 277; Hatemi ve Gökyayla, 2013: 214; Eren, 2017: 993.

⁷⁸⁸ Gauch vd., 2014b: N. 2295; Eren, 2017: 994.

tanınmaktadır⁷⁸⁹. Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, bir ifa ikamesi örneği olan bono, poliçe ve çek ile ödemenin gerçekleştiği hâllerde bunların alacaklısının kısmî ifayı (ya da kısmî ödemeyi) kabul etmesi, kanunda açıkça öngörölmüş bir zorunluluktur. Bu hâlde, para borcunun ifasının bir ifa ikamesi ile gerçekleştiği durumlarda öngörölmüş olan kısmî ifayı kabul zorunluluğuna ilişkin hukukî düzenlemeler ile Türk Borçlar Kanunu'nda kısmî ödemede mahsubun nasıl gerçekleşeceğini belirleme yetkisinin kural olarak borçluya tanınmasına ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde ulaşılan sonuç, örtülü olarak para borçlarında alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğuur.

Diğer bölünebilir borçların kısmî ifası reddedildiğinde edimin tamamını isteyen alacaklı, talep, dava ya da takip sonucunda, aslî edimi elde edemezse, edimin dönüşeceği tâlî edim, nihayetinde paradır⁷⁹⁰. Ancak, zaten aslî edim para ise, alacaklı talep, dava ya da takip sonucunda tâlî edim olarak yine para alacağına erişmektedir. Başka bir deyişle para borcu, neticede kural olarak yine para borcu olarak tahsil edilebilir. O hâlde alacaklıya para borcunun kısmî ifasını ret hakkı tanınmanın hukukî sonucu sorgulanmalıdır. Para borcunun alacaklısı, kısmî ödemeyi reddederek para alacağının tamamını talep ederse ikinci ifa teklifi ile elde edebileceği faiz alacağı da asıl alacağa eklenir. Bu durumda ret hakkını kullanmak, mahrum kalınan faizin borçluya yüklenmesinden başka bir amaca hizmet etmez. Hâlbuki alacaklının, pekâlâ kısmî ödemeyi kabul ederek, bu parayı kendisinin semerelendirme imkânı vardır. Bunu gerçekleştirmemesinin olumsuz hukukî sonuçlarının kısmî ödeme teklif eden borçluya yüklenmesi, kanaatimizce alacaklının aşırı korunmasından öte bir anlam taşımamaktadır.

Yukarıda sayılan bütün bu gerekçelerden ötürü, para borçlarında alacaklının kısmî ödemeyi kabul zorunluluğunun bulunduğuur kabulü isabetli görünmektedir⁷⁹¹. Kaldı ki kendisine kısmî ödeme teklif edilen alacaklının, bunu reddetmesi, olağan hayat tecrübelerine göre pek de sık karşılaşılabilen bir durum değildir. Alacaklı, kısmî ödemeyi reddederek risk altında olan meblağı arttırmaktansa, teklif edilen alacak kısmını hemen kabul ederek, ihtilâflı ya da tahsilinin rizikosu yüksek olan alacak tutarını azaltmayı sıklıkla tercih eder.

2.4.2.3.2. Takas

Borçların ve borç ilişkilerinin sona erme sebepleri arasında TBK m. 139 vd. hükümlerinde düzenlenen takas; kanun ya da sözleşme ile ileri sürme hakkı ortadan kaldırılmış olmadıkça karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun borçlulardan birinin, borcu

⁷⁸⁹ Uygur, 2012: 646; Kocayusufoşaoğlu vd., 2014b: 110; Kılıçoğlu, 2017: 772.

⁷⁹⁰ Tâlî edimlerin para olabileceği hakkında bk. Von Büren, 1964: 31-32.

⁷⁹¹ Aynı yönde bk. Kılıçoğlu, 2017: 924.

tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir⁷⁹². Takas, bir ifa ikamesi olarak kabul edilmekte⁷⁹³, bu irade açıklamasının ileri dürtülmesinin hukukî niteliği de bozucu yenilik doğuran hak olarak açıklanmaktadır⁷⁹⁴.

“Karşılıklılık” şartından anlaşılması gereken, aynı şahısların aynı anda hem alacaklı hem de borçlu olmasıdır⁷⁹⁵. O hâlde alacaklı ve borçlunun kimliği önem taşımakta olup; alacak üzerinde intifa hakkı sahibi, rehin hakkı sahibi ya da sadece alacağı talep hakkı sahibi, alacaklı sıfatını taşımaz⁷⁹⁶. Karşılıklılığın, takas beyanının ileri sürüldüğü anda mevcut olması gerekli ve yeterlidir.

Edimlerin “aynı cinsten” olmasından anlaşılması gereken, takas beyanına muhatap olan tarafın rızasına gerek olmaksızın asıl alacağın konusu yerine takas alacağının geçebilmesidir⁷⁹⁷. Edim konusu para ise aynı cinsten olma şartının varlığı, aynı para birimlerinin birbiriyle takas edilebilmesi bakımından tartışmasıdır. Fakat farklı birimlerdeki paranın birbiriyle takasının, bu paraların herkesçe kabul edilen bir değişim rayicinin bulunması hâlinde mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir⁷⁹⁸. Konusu para olmayan edimler bakımından ise takas, ancak misli eşya bakımından söz konusu olabilir, gayrimisli eşya ya da parça borçları takasa elverişli değildir. Edimler başlangıçta değilse bile takas hakkının kullanıldığı anda aynı cinsten olmalıdır⁷⁹⁹.

Takasın bir şartı da TBK m. 139’da “alacakların muaccel olması” olarak belirtilmektedir. Fakat alacaklardan sadece birinin muaccel; diğerinin “ifa edilebilir” olması yeterli sayılmaktadır⁸⁰⁰. Bununla birlikte TBK m. 142 uyarınca borçlu iflâs ederse alacaklılar, muaccel olan ve olmayan alacaklarını, müflise olan borçları ile takas edebilme hakkına sahiptir. Bu hüküm ile borçlardan birinin muaccel olmasından önce takas beyanının ileri sürülebilmesine olanak tanınmaktadır. Takas beyanında bulunan taraf kendisinin henüz

⁷⁹² Eren, 2017: 1300 vd.; Aral, 2010: 21; Von Büren, 1964: 476; Meriç, 2013: 59. Yarg. 3. HD., T. 24.2.2014, E. 2013/17632, K. 2014/2693, Karar netni için bk. www.kazanci.com (erişim tarihi: 06.06.2017)

⁷⁹³ Gernhuber, 1994: 252-253; Buz, 2005: 478; Aral, 2010: 35; Meriç, 2013: 59.

⁷⁹⁴ Develioğlu, 2012: 12-13; Aral, 2010: 176; Meriç, 2013: 59; Bucher, 2003: 613; Buz, 2005: 477.

⁷⁹⁵ Honsell, 2014: 508; Develioğlu, 2012: 79; Eren, 2017: 1300; Aral, 2010: 42. Takas edilecek alacakların aynı hukukî ilişkiden kaynaklanmaları şart değildir.

⁷⁹⁶ Aral, 2010: 43; Develioğlu, 2012: 79-82. Karşılıklılık ilkesinin en önemli istisnasını ise alacağın devrinde “Borçluya ait savunmalar” başlıklı TBK m. 188 hükmü oluşturmaktadır. Buna göre borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürme hakkına sahiptir. Bu hükmün bir sonucu olarak borçlu ile alacağı devralan arasında bir karşılıklılık ilişkisi bulunmamakla birlikte, borçlunun takas ileri sürebilme imkânı bulunmaktadır. Bk. Nomer, 2015: 387; Develioğlu, 2012: 86 vd.

⁷⁹⁷ Honsell, 2014: 512; Develioğlu, 2012: 127; Aral, 2010: 56. Asıl alacağın ifasının yerine, ifa ikamesinin de “aynı cins” olma şartını sağlayacağı kabul edilmektedir.

⁷⁹⁸ Aral, 2010: 63; Develioğlu, 2012: 131; Nomer, 2015: 387-388. Kıymetli evraktan doğan bir borç ile para borcunun takası da tartışmalıdır.

⁷⁹⁹ Aral, 2010: 65.

⁸⁰⁰ Develioğlu, 2012: 140-141. İfa edilebilirlik (Erfüllbarkeit) her zaman muacceliyet ile aynı anlama gelmemektedir. Borç vadeye bağlı değilse ifa edilebilirlik ile muacceliyet aynı anda gerçekleşir. Fakat vadeye bağlı borçlarda vaktinden önce ifa ya da ifa edilebilirlik, işin niteliği gereği mümkün değildir. Bk. Aral, 2010: 80.

muaccel olmamış fakat ifa edilebilir borcunu, diğer tarafın muaccel alacağı ile erken takas edebilir⁸⁰¹.

Takas konusu alacakların çekişmesiz olmaları da gerekmez. Nitekim TBK m. 139/II uyarınca alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülmesi mümkündür. Bu ilkenin amacı, takas konusu alacağın borçlusunun herhangi bir ihtilaf ve itiraz ile takas beyan eden kişinin bu hakkını kullanmasına engel olmasını önlemektir⁸⁰². Hatta her iki alacağın da çekişmeli olabileceği kabul edilmektedir⁸⁰³.

Takas hakkını ileri süren tarafın alacağının dava edilebilir olması gerekmektedir⁸⁰⁴. Bu şart TBK m. 139'da açıkça öngörülmüş değildir. Fakat borç, ifa edilmediği takdirde alacaklı, dava ve cebrî icra yoluyla alacağına kavuşabilmelidir. Bu sebeple eksik borçların takasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁸⁰⁵. Benzer şekilde takas edilen alacağın borçlusunun, bu borcu ifa etmekten imtina etmesini sağlayan bir def'i hakkının da bulunmaması gerekir. Bu ilkenin istisnasını, zamanaşımına uğramış borçlar bakımından TBK m. 139/III hükmü oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması şartıyla, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası ileri sürülebilmektedir. Bununla birlikte karşı alacağın dava edilebilir olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir⁸⁰⁶.

Takas edilen alacakların aynı miktarda olmaları gerekmez. Dolayısıyla, borçlardan (ya da alacaklardan) biri diğerinden küçükse, büyük borç, takas beyanının ileri sürülmesiyle küçük borç miktarı kadar sona ermektedir⁸⁰⁷. Takas beyanının ardından daha büyük olan alacağın varlığı kalan kısım bakımından devam eder. Hatta takas edenin, kendi alacağının sadece belirli bir kısmı için takas hakkını kullanması (kısmî olarak) mümkündür ve her iki borç, takas hakkının kullanıldığı miktar kadar sona erer. Sonuç olarak, birbiriyle takas edilen alacaklardan büyük olanın alacaklısı, takas beyanı sonrasında kısmî ifa hukukî sonucu ile karşı karşıya kalır. Fakat bu alacaklının TBK m. 84'te kısmî ifanın alacaklısı için öngörülen ret hakkı bulunmamaktadır. Öyle ki, kısmî ifayı kabul zorunluluğu, alacakların çekişmeli olması hâlinde dahi mevcuttur. O hâlde takas hakkının kullanılması, kısmî ifayı ret hakkının kullanılması imkânını ortadan kaldırır⁸⁰⁸.

⁸⁰¹ Nomer, 2015: 388.

⁸⁰² Aral, 2010: 98; Von Tuhr ve Escher, 1974: 197.

⁸⁰³ Eren, 2017: 1304; Nomer, 2015: 388.

⁸⁰⁴ Von Tuhr ve Escher, 1974: 196; Develioğlu, 2012: 151.

⁸⁰⁵ Develioğlu, 2012: 154; Von Tuhr ve Escher, 1974: 196.

⁸⁰⁶ Eren, 2017: 1304; Von Tuhr ve Escher, 1974: 196.

⁸⁰⁷ Von Tuhr ve Escher, 1974: 195; Nomer, 2015: 386; Aral, 2010: 22; Eren, 2017: 1306; Meriç, 2013: 61-62.

⁸⁰⁸ Schulze, 2017: §-266, N. 2, www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).

Taraflar arasında birden fazla sayıda karşılıklı, muaccel ve aynı cins borç varsa, takas hakkını kullanan tarafın hangi alacak için bu hakkını kullandığını açıkça belirtmesi gerekmektedir⁸⁰⁹.

2.4.2.3.3. İcra ve İflâs Dairelerinin Banka Hesabına Ödeme Yapılması

Para alacağına ilişkin ilamlı ya da ilamsız icra takibi neticesinde, aleyhine takip yürütülen borçlu ya da üçüncü kişi tarafından takip konusu alacak için yapılan ödeme, İİK m. 12’de düzenlenmekte idi. Bu madde 6352 sayılı Kanun⁸¹⁰’un 105. maddesinin 1. fıkrası ile mülga edilmiştir ve İİK’nun aynı kanunun 4. maddesiyle değişik İİK m. 9 uygulanmaktadır. Yürürlükten kalkan İİK m. 12 uyarınca icra dairesinin takip edilmekte olan bir para alacağına mahsuben borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ödenen paraları kabul zorunluluğu bulunmaktadır. Bu sayede borçlu, ödenen miktar kadar borcundan kurtulmaktadır. Bu maddenin yürürlükten kalkmasının ardından İİK m. 9 uyarınca, ödemelerin, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen bankalarda icra ve iflâs dairesi adına açılan hesaba yapılması öngörülmüştür⁸¹¹. Borçlu ya da üçüncü kişi icra ve iflâs dairelerine nakdî ödeme yapmak istediğinde icra memuru bu ödemeleri kabul etmek zorunda değildir, ödemenin ilgili banka hesabına yapılmasını istemelidir⁸¹². Ancak haciz sırasında borçlu ya da üçüncü kişi ödeme yaparsa istisnaî olarak icra memuru bu paraları alabilir ve en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza eder (İİK m. 9).

Borçlu veya üçüncü kişi tarafından yapılan ödeme, takip konusu alacağın tamamına ya da bir kısmına ilişkin olabilir. İcra ve iflâs dairesinin banka hesabına gerçekleştirilen ödeme tutarınca borçlu borcundan kurtulmaktadır⁸¹³. Banka hesabına yatırılan paranın alacaklı tarafından çekilebilir olmasıyla birlikte borç o oranda sona erer. Paranın borçlu ya da üçüncü kişi tarafından banka hesabına yatırıldığı tarihten itibaren borçlunun faiz yükümlülüğü de sona erer⁸¹⁴.

Sonuç olarak, para borcu icra ve iflâs dairelerinin banka hesaplarına kısmen ödendiği takdirde, alacaklının TBK m. 84 uyarınca kısmî ifayı ret hakkı bulunmamaktadır. Bu yolla gerçekleşen kısmî ifanın kabulü, alacaklı bakımından bir zorunluluktur. Elbette alacaklı, bu parayı icra ya da iflâs dairesine sormayarak kendi kaderine terk edebilir ve hiç almayabilir.

⁸⁰⁹ Eren, 2017: 1307.

⁸¹⁰ Bk. R.G. T. 5.7.2012, S. 28344.

⁸¹¹ Muşul, 2015: 49; Pekcanitez vd., 2016: 88.

⁸¹² Pekcanitez vd., 2016: 89.

⁸¹³ Muşul, s. 50; Pekcanitez vd., 2016: 88-89.

⁸¹⁴ Pekcanitez vd., 2016: 89.

Fakat bu davranışın hukukî anlamı, kısmî ifanın reddi hakkının kullanılması değildir. Bu paraların hak sahibi tarafından hak etme tarihinden itibaren 10 yıl içinde alınması için başvuruda bulunulmaması hâlinde paralar, Hazine adına gelir kaydolunur⁸¹⁵.

2.4.2.3.4. TBK m. 593 Hükmü

Kısmî ifanın kabulünün kanun gereği zorunlu olduğu hâllerden biri de bir alacağın kefalet ile teminat altına alındığında alacaklının, kefilin ya da diğer kefillerin gerçekleştirdiği kısmî ödeme teklifini kabul zorunluluğunun öngörüldüğü TBK m. 593 hükmüdür. Buna göre borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel ise kefil, alacaklının, yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Borca birden çok kişi kefil olmuşsa alacaklı, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak şartıyla, kefillerden biri tarafından yapılan kısmî ödemeyi, kabul etmek zorundadır. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur, birlikte müteselsil kefalette ise diğer kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay kadar azalır.

Alacaklının kısmî ifayı ret hakkının da isteme hakkının da söz konusu olabilmesi için borcun bölünebilir, belli ve muaccel olması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesi bakımından kefilin borcu kural olarak para borcu olduğu için bölünebilir bir borçtur. Kefilin borcu, kefalet sözleşmesi akdedilirken sorumlu olunan azami meblağ TBK m. 583 gereğince sözleşmenin zorunlu unsurudur ve bu miktara kadar TBK m. 589'daki kapsama göre belirlidir⁸¹⁶. TBK m. 593 hükmü ile borcunun muaccel olmasıyla kefil, alacaklıdan yaptığı ödemeyi kabul etmesini isteyebilmektedir. Ancak asıl borç birden fazla kefil tarafından güvence altına alınmışsa ve kefillerden biri, kendi payından az olmamak üzere kısmî ödeme yapmayı alacaklıya teklif etmişse, alacaklının kısmî ödemeyi kabul zorunluluğu bulunmaktadır⁸¹⁷. Esasında bu düzenleme birlikte kefaletle ilişkin TBK m. 587/I-II hükmü ile paralellik taşır, hatta bu hükümlerin tekrarı niteliğindedir⁸¹⁸. TBK m. 593'teki kabul zorunluluğun hukukî niteliği külfettir. Asıl borç muaccel olmadan önce, alacaklının kefilin ödeme teklifini kabul zorunluluğu (külfeti) bulunmamaktadır. Fakat TBK m. 96 gereğince asıl borçlunun, edimini muacceliyet tarihinden önce ifa etme hakkı, alacaklının da kabul külfeti bulunuyorsa, kefilin gerçekleştirmek istediği ödemeyi kabul külfetinin de bulunduğu kabul edilir⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Bk. 02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 36.

⁸¹⁶ Uyumaz ve Demirbaş, 2014: 44 vd.

⁸¹⁷ Gümüş, 2012b: 402; Özen, 2014: 406-407.

⁸¹⁸ Ayan, 2013: 526. Esasında kanun koyucu müteselsil birlikte kefalet için açıkça öngörüldüğü sonucu, adi birlikte kefalet bakımından açıkça belirtmemiştir. Fakat zaten kendisine bölme defî tanınmış olan adi birlikte kefilin, payına düşen kısmın ifasını teklif ettiği takdirde alacaklının bu ödemeyi kabul zorunluluğunun bulunduğunun evleviyetle kabulü gerekir.

⁸¹⁹ Özen, 2014: 407; Ayan, 2013: 524.

Kefil, iç ilişkide kendisine düşen paydan az bir meblağı, yani kısmî ödemeyi teklif ederse, alacaklının ret hakkının TBK m. 84'te öngörülen sınırlar içinde var olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, alacaklının, kefilin kendi payı bakımından kısmî ödemede bulunmak istemesi durumunda ret hakkının olduğu ileri sürülmektedir⁸²⁰. Bununla birlikte kefil, asıl borcun bir kısmı için kefil olmuşsa ve kefil olduğu kısmı ödemeyi teklif etmişse, artık bir kısmî ifadan söz edilemez. Çünkü ödeme yapmak istediği kısım alacaklının alacağının bir kısmını, fakat kefilin kendi borcunun tamamını teşkil etmektedir⁸²¹.

Kanaatimizce, diğer para borçları bakımından ileri sürdüğümüz görüşü burada tekrarlamakta fayda bulunmaktadır. Kefilin borcu para borcu olduğuna göre alacaklının kısmî ödemeyi ret hakkının bulunmadığının, dolayısıyla bir kabul zorunluluğunun bulunduğu kabulü yerinde olur. Kefilin kendi payına düşen kısımdan az bir meblağ için ödeme yapmak istemesi durumunda alacaklının bu ödemeyi reddetmesi, kefilin rizikosunu arttırmaktan başka bir anlam taşımaz. Bu yüzden kefil, diğer kefillerle olan iç ilişkisinde kendi payına düşenden daha az bir miktar parayı ödemeyi teklif ederse, alacaklının bu miktarı da kabul zorunluluğunun olduğu kabul edilmelidir⁸²².

Alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerde kefilin de kısmî ödemesinin alacaklı tarafından kabulünün bir zorunluluk olduğu, bu doğrultuda ulaşılan bir diğer hukukî sonuçtur. Fakat TBK m. 593/I uyarınca birlikte kefillerden biri, diğer kefillerle arasındaki iç ilişkide kendisine düşen paydan az olmayan bir meblağı ödemek isterse, bu takdirde alacaklının kısmî ödemeyi kabul zorunluluğu öngörülmüştür. Bu zorunluluğun, hukukî niteliğinin bir külfet olduğu kabul edilmektedir.⁸²³ Ancak bu külfete aykırı davranışın müeyyidesi olarak alacaklı temerrüdünün sonuçlarından farklı ve daha ağır bir hukukî sonuç öngörüldüğü anlaşılmaktadır⁸²⁴. Alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK m. 106 uyarınca alacaklının edimin ifasını kabulden haklı bir sebep olmadan kaçınması, borcu sona erdirmemektedir. Borçlu, TBK m. 107/I gereğince edimi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Hâlbuki, TBK m. 593 uyarınca alacaklı kabul külfetinin bulunduğu kısmî ödemeyi “haklı bir sebep olmaksızın” reddederse, alacaklı temerrüde düşerken kefil de borcundan tamamen

⁸²⁰ Ayan, 2013: 525; Özen, Kefalet, s. 407.

⁸²¹ Bk. Ayan, 2013: 341 ve 525; Özen, 2014: 408.

⁸²² Bk. 2.4.2.3.1.

⁸²³ Özen, 2014: 408.

⁸²⁴ Öğretide, maddenin düzenlenme biçimi eleştirilmekte ve hükümden ne anlaşılması gerektiğinin, ancak mehz kanunun 504. maddesinden hareketle ortaya konabildiği savunulmaktadır. Madde metninden, ödeme girişimi alacaklı tarafından haklı bir sebep olmaksızın engellenen birlikte kefilin, borcundan tümüyle kurtulması anlaşılırken, mehz kanunda diğer kefillerin sorumluluklarının, sorumluluktan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı oranında azalması anlaşılmaktadır (İBK Art. 204). Bu yönde bk. Özen, 2014: 405; Gümü, 2012b: 402; Honsell, 2014: 1743.

kurtulur. “Haklı bir sebep olmaması”, alacaklının kusurlu olmasını gerektirmemektedir⁸²⁵. Kefilin borçtan kurtulması, henüz yerine getirmemiş olduğu borçları bakımındandır, daha önceden gerçekleştirdiği kısmî ödemelere ilişkin olarak kefilin alacaklıdan bir iade talebi bulunmamaktadır.

Kefilin borçtan kurtulması diğer kefillerin durumunu ağırlaştırıcı bir etki taşımamaktadır. Diğer kefillerin alacaklıya karşı sorumlulukları, borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı kadar azalır ve borcundan kurtulan kefile, borcundan kurtulduğu oranda iç ilişkide rücu edilemez⁸²⁶. TBK m. 593 hükmünün nispi emredici nitelikte olduğu ve kefilin bu elverişli hükümden önceden vazgeçmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁸²⁷.

2.4.2.3.5. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Erken Ödeme Hâlleri

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un çeşitli maddelerinde düzenlenen ve ifanın zamanına ilişkin olarak nitelendirilmesine rağmen esasında kanundan kaynaklanan bir “kısmî ifayı kabul zorunluluğu” öngörülen durum “erken ödeme”⁸²⁸ dir. 6502 sayılı TKHK m. 20 hükmü taksitle satış sözleşmelerinde; m. 27 hükmü tüketici kredisi sözleşmelerinde; m. 37 hükmü ise konut finansmanı sözleşmelerinde “erken ödeme”ye ilişkindir. Bu hükümlerin tamamında ödemenin ifa zamanından önce gerçekleştirilmesi hâlinde alacaklıya, gerçekleşen ifayı kabulün yanı sıra, çeşitli indirimler yapma zorunluluğu da öngörülmüştür. Konunun kısmî ifayı kabul zorunluluğu ile ilişkisi, erken ödemenin, borcun tamamına değil de bir kısmına ilişkin olabilmesinden kaynaklanmaktadır. Erken ödeme, bir kısmî ödeme şeklinde de gerçekleşebilir. Dolayısıyla alacaklının erken gerçekleşen kısmî ödemeyi kabulü, kanundan kaynaklanan bir kabul zorunluluğu olarak ele alınmalıdır.

Dönemsel edimli sözleşmelerde her bir döneme ilişkin ifanın kısmî ifa teşkil etmediği belirtilmiştir⁸²⁹. Zira bu sözleşmelerde her bir döneme ilişkin edim, farklı zamanlarda muaccel olmaktadır. Bu durumda gerçekleşen ifa, TBK m. 84 anlamında kısmî ifa değildir. Edimin tamamı bakımından ise, sözleşme ile edimin kısım kısım ifa edileceği kararlaştırılmıştır. 6502 sayılı TKHK’da düzenlenen erken ödeme hâllerinde, henüz muaccel olmamış edim kısımları tüketici tarafından ödenmek istenirse, bunun karşı edime çeşitli etkileri vardır. Bu etkiler,

⁸²⁵ Reisoğlu, 2013: 220; Ayan, 2013: 524; Gümüş, 2012b: 404.

⁸²⁶ Özen, 2014: 410; Gümüş, 2012b: 405.

⁸²⁷ Özen, 2014: 411; Ayan, 2013: 523.

⁸²⁸ AB hukukunda erken ödemeye ilişkin hukukî düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Atamer, 2016: 160 vd.

⁸²⁹ Bk. 2.1.2.

tüketiciye tanınan erken ödeme indiriminden yararlanma ve tüketici ile işlem yapan karşı tarafın faize ve ücrete ilişkin haklarıyla erken ödeme tazminatına ilişkindir.

Taksitle satış sözleşmesinde erken ödemeye ilişkin m. 20 uyarınca tüketicinin, borçlandığı toplam miktarı ya da vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksiti önceden ödemesi mümkündür. Bu hallerde satıcı veya sağlayıcı, faiz veya komisyon almışsa, ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür. Konuya ilişkin Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik⁸³⁰, in 10. maddesi de benzer bir hüküm içermektedir. Bu hükümlerde tüketicinin eline para geçtiği takdirde erken ödeme yaparak aleyhine var olan faiz yükünü hafifletmeye teşvik edildiği anlaşılmaktadır⁸³¹. 6502 sayılı TKHK'da açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, taksitle satış sözleşmelerinde erken ödemeye ilişkin hükmün ön ödemeli konut satış sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁸³².

Erken ifaya ilişkin TBK m. 96 uyarınca sözleşmenin hükümlerinden, özelliğinden ya da durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Bununla birlikte, kanun veya sözleşme ya da adet gerektirmedikçe borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz. 6502 sayılı TKHK'da borçluya indirim yapılmamasına ilişkin genel ilkenin kanundan doğan istisnası yer almaktadır⁸³³. Erken ödeme indiriminden yararlanabilmek bakımından tüketicinin bu ödemeyi gönüllü olarak ya da cebren yapması arasında farklılık bulunmamaktadır⁸³⁴.

TBK m. 258 hükmünde de taksitle satış sözleşmelerinde satış bedelinin tamamen ödenmesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Anılan hüküm uyarınca taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulma hakkına sahiptir. Bu takdirde, peşin satış bedeline eklenen ödenmemiş taksitlere karşılık gelen kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir. 6502 sayılı TKHK m. 20 ile TBK m. 258 hükümlerinin çeşitli noktalarda farklılaştığı görülmektedir⁸³⁵: TBK m. 258, sadece kambiyo senedine bağlanmamış olan borçlar için uygulama alanı bulurken 6502 sayılı TKHK m. 20 bakımından böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. TBK hükmü ödemenin miktarı bakımından da sınırlama içermekte ve kalan borcun tek seferde tamamının ödenmesi hâlinde indirime imkân tanınmaktadır. Hâlbuki TKHK hükmü uyarınca bir taksitten az olmayan her meblağa ilişkin

⁸³⁰ Bk. R.G. T. 14.01.2015, S. 29236.

⁸³¹ Aydoğdu, 2015: 235.

⁸³² Bk. Aydoğdu, 2015: 236; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, 2016: 78-79.

⁸³³ Aydoğdu, 2015: 235.

⁸³⁴ Atamer, 2016: 203-204.

⁸³⁵ Atamer, 2016: 174.

erken ödeme hâlinde indirim yapılabilir. Ayrıca indirim yapılacak tutar da iki kanunda farklı şekillerde belirlenmiştir. 6502 sayılı TKHK’da, erken ödeme sebebiyle faiz beklentileri vb. zarara uğrayan taksitle satış yapan satıcı lehine herhangi bir erken ödeme tazminatı talep etme hakkı düzenlenmemiştir. Bu sebeple, sözleşme ile erken ödeme tazminatının öngörülmesi hâlinde bunun, TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸³⁶.

Tüketici kredisi sözleşmelerinde erken ödemeye ilişkin 6502 sayılı TKHK m. 27 uyarınca tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksiti ödeyebileceği gibi, kredi borcunun tamamını da erken ödeyebilir. Bu takdirde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Konuya ilişkin Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği’nin⁸³⁷ m. 15., 16. ve 17. madde hükümleri ile erken ödemenin hüküm ve sonuçları ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca, tüketicinin erken ödemesi ara dönemde bir taksit fazladan, birden fazla taksit ya da kalan kredi borcunun tümüyle ödenmesi şeklinde gerçekleşebilir. Fakat ara ödeme miktarı bir taksit tutarından az olamaz (Yönetmelik, m. 18/I). Bu durumda kredi verenin, erken ödemeyi kabul etmesi ve gerekli faiz indirimini yapması gerekir⁸³⁸. Alacaklının erken ödemeyi kabul etmemesi TBK m. 106 hükmü uyarınca alacaklı temerrüdüne sebep olur⁸³⁹.

6502 sayılı TKHK’da erken ödeme hâlinde kredi verenin erken ödeme tazminatı talep edebilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, sözleşme ile erken ödeme tazminatının öngörülmesi hâlinde bunun, TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁴⁰.

Konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödemeye ilişkin 6502 sayılı TKHK m. 37 uyarınca Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksiti ya da konut finansmanı borcunun tamamını erken öderse, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Faiz oranı sabit olarak belirlenmişse, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması halinde, konut finansmanı kuruluşu, tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edebilir. Bu tazminat, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini

⁸³⁶ Tüketici kredisi sözleşmelerinde erken ödeme tazminatına ilişkin olarak ulaşılan bu sonuç, taksitle satış sözleşmeleri için de geçerli kabul edilmelidir. Bk. Aydoğdu, 2015: 250.

⁸³⁷ Bk. R.G. T. 22.5.2015, S. 29363.

⁸³⁸ Aydoğdu, 2015: 249. İndirim miktarına ilişkin hesaplama yöntemi ile ilgili açıklamalar için bk. Atamer, 2016: 172 vd.

⁸³⁹ Aydoğdu, 2015: 249; Gümüş, 2014: 199.

⁸⁴⁰ Aydoğdu, 2015: 250.

geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmişse, tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez. Konuya ilişkin Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği⁸⁴¹,nin 11. maddesi ile erken ödeme ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Konut finansmanı kuruluşunun erken ödemeyi kabulden kaçınması, TBK m. 106 uyarınca alacaklının temerrüdüne sebep olur⁸⁴². Erken ödeme, tüketiciye tanınmış bir hak olmakla birlikte, erken ödemeyi kabul zorunluluğu konut finansmanı kuruluşunun zarara uğramasına sebep olabilir. 6502 sayılı TKHK’da erken ödeme sebebiyle faiz beklentileri vb. zarara uğrama ihtimali bulunan konut finansmanı kuruluşuna erken ödeme tazminatı talep etme hakkı tanınmıştır (137/II). Bu tazminatın kanunda öngörülmüş olması, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir örneği olarak kabul edilmektedir⁸⁴³. Faiz oranının sabit olarak belirlendiği konut finansmanı sözleşmelerinde ve tazminat istenebilmesinin sözleşmede kararlaştırıldığı hâllerde erken ödeme tazminatı talep edilebilir⁸⁴⁴. Türk Hukukunda, erken ödeme tazminatının nasıl hesaplanacağıyla ya da tazminatın üst sınırıyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca Yönetmeliğin m. 11/IV hükmü uyarınca erken ödeme tazminatı hiçbir şekilde tüketiciye yapılan toplam indirimi aşamaz.

2.4.3. Alacaklının Kısmî İfayı İsteme Hakkı

TBK m. 84 hükmü, esas olarak kısmî ifa teklifi ile karşılaşan alacaklının bu teklifi ret hakkını hükme bağlamaktadır. Ancak alacaklının kısmî ifayı ret hakkının taşıdığı bir diğer anlam da kısmî ifayı “reddetmeme” hakkıdır, yani teklif edilen kısmî ifayı kabul etmek de, TBK m. 84/II’nin içeriğinde bulunmaktadır⁸⁴⁵. İlgili hüküm uyarınca alacaklının kısmî ifayı kabul etmesi halinde borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz. Bu hüküm, iki farklı yorum ile iki farklı anlama gelebilir. Hükümden çıkarılabilen sonuçlardan ilki, esasında kısmî ifayı ret hakkının özünde bulunan bir hak ve sonuç olan “İfası teklif edilen ihtilafsız alacak kısmını ifa etmek borçluya yüklenen bir yükümlülük olduğu gibi, bunu talep etmek alacaklının bir hakkıdır.” önermesidir. İkinci sonuç ise, hükmün kaleme alınışıyla ilgili bir lafzî yorum sonucu olan “Borçlunun, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınmamasının şartı, alacaklının kısmî ifayı kabul etmiş olmasıdır.” önermesidir. Bu önermelerin anlamını ve isabetli olup olmadığını incelemekte yarar bulunmaktadır.

⁸⁴¹Bk. R.G. T. 28.05.2015, S. 29369.

⁸⁴² Gümüş, 2014: 242. Yazar, bu durumda tüketicinin, sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebileceğini ileri sürmektedir.

⁸⁴³ Gümüş, 2014: 242.

⁸⁴⁴ Atamer, 2016: 176-177; Aydoğdu, 2015: 267-268.

⁸⁴⁵ Honsell vd., 2014: Art. 69, N. 4; Kostkiewicz, 2016: 349; Kılıçoğlu, 2017: 754.

TBK m. 84 hükmünün alacaklıyı koruyucu bir anlam ve mahiyetinin olduğu, önceki bölümlerde açıklanmıştı⁸⁴⁶. Alacaklı, kendisini koruma amacı taşıyan hükmün sağladığı imkândan yararlanmamayı tercih edebilir. Kaldı ki kısmî ifayı ret hakkının kullanılması, kısa ya da uzun vadede alacaklının menfaatlerine hizmet etmeyebilir. Bu yüzden alacaklı, kısmî ifayı talep etme hakkına da sahiptir. Bu hakkın kullanılabilmesinin şartları, ret hakkının kullanılmasının şartları ile paralellik arz eder. Başka bir deyişle, alacaklının kısmî ifayı talep hakkı, ancak kısmî ifayı ret hakkının mevcut olduğu hâllerde vardır. O hâlde, kısmî ifası istenebilen alacağın da bölünebilir nitelikte, belirli (çekişmesiz) ve muaccel olması gerekir⁸⁴⁷.

Alacaklının kısmî ifayı isteme hakkı, TBK m. 84'ün yorumundan çıkarılabildiği gibi, taraflar arasındaki anlaşmadan da kaynaklanabilir. Bu durumda borçlunun sözleşmeye uygun davranmasının bir gereği, ifayı kısım kısım gerçekleştirmektir.

Alacaklı belli bazı saiklerle kısmî ifayı tercih edebilir. İlk olarak alacağının belli ve muaccel kısmının en azından ifası teklif edildiği kadarını kabul ederek, bu kısma ilişkin ifayı elde edememe rizikosunu bertaraf eder. Alacaklı, borçlunun ileride daha büyük bir ödeme güçlüğüne düşeceğini düşünerek ifası teklif edilen kısmı bir an önce elde etmek isteyebilir. Alacaklı, bunun dışında özellikle yargılama masraflarına ilişkin rizikoyu en aza indirmek için kısmî ifayı isteyebilir. Alacaklının, tamamı belli ve muaccel olan edimin bir kısmını talep etmesi ve borçlunun borcu kısmen ifa etmesi durumunda alacaklı dezavantajlı konumdadır. Zira ifa edilmemiş kısmın rizikosuna, alacaklı katlanmaktadır⁸⁴⁸. Bununla birlikte ifası teklif edilen kısmı kabul etmekle birlikte, artık daha sonra talep edilmesi mümkün olan kısım, sadece geriye kalan kısım olacağı için dava ve takip masraflarına katlanma rizikosu, kabul edilen ve artık ihtilaf konusu olmayan kısım oranında azalır⁸⁴⁹.

Alacaklı, kısmî ifayı talep ederse, borçlu, bu kısmı ifa edebilir. Bununla birlikte alacaklının edimin kısmî ifasını talep etmesine rağmen borçlunun, edimin tamamını arz etmesi mümkündür⁸⁵⁰. Bu bakımdan borçlunun, alacaklıyı, borcun tamamını talep etmeye zorlaması düşünülemez. Ancak belirli ve muaccel borcun borçlusu, borcun tamamının ifasını teklif ederse, alacaklı, ret hakkını kullanmakla alacaklı temerrüdüne düşer⁸⁵¹. Bu noktada öğretide bir görüşe göre⁸⁵² alacaklı sadece kabul etmediği kısım bakımından temerrüde düşer. Diğer bir görüşe göre ise, edimin tamamı bakımından alacaklı temerrüdü gerçekleşir⁸⁵³.

⁸⁴⁶Bk. 2.4.1.

⁸⁴⁷Gümüş, 2001: 617. Bk. 2.4.1.2.

⁸⁴⁸Nacken, 1976: 7.

⁸⁴⁹Nacken, 1976: 23.

⁸⁵⁰Oğuzman ve Öz, 2017a: 280.

⁸⁵¹Nomer, 2015: 269; Gümüş, 2001: 617; Kılıçoğlu, 2017: 754.

⁸⁵²Gümüş, 2001: 617.

⁸⁵³Oğuzman ve Öz, 2017a: 280.

Borçlunun, muaccel borcun tamamının ifasında açık bir menfaatinin bulunduğu hâllerde alacaklının kısmî ifayı istemesi, alacaklıyı temerrüde düşürür⁸⁵⁴. Özellikle borçlunun muhafaza ve bakım giderleri yapmak zorunda olduğu edimler bakımından alacaklının kısmî ifayı istemesi, borçlunun menfaatlerini açıkça zedelemektedir. Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın edimin tamamını kabulden kaçınırsa, temerrüde düşer.

Alacaklının, alacağının sadece belli bir kısmını talep etmesi, onun, geriye kalan kısmı talepten vazgeçtiği ya da bu haktan feragat ettiği anlamına gelmez. Benzer şekilde, bir kısmî dava açan alacaklının, dava dışı bıraktığı kısımdan vazgeçtiği sonucu çıkarılamaz. Özellikle alacaklının alacağının bir kısmını dava yoluyla istediği hâllerde dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde “fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu” ya da “şimdilik alacağın belli bir miktarının dava edildiği” gibi ifadeler yer alabilir. Bu örneklerde kısmî dava ile alacağın bir kısmının dava edildiği anlaşılmaktadır⁸⁵⁵. Fazlaya ilişkin haklar açıkça saklı tutulmuş olmasa bile, kısmî ifayı isteme hakkı devam etmektedir⁸⁵⁶. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar açıkça saklı tutulmadığında, bu haklardan zımnen feragat edildiği yönündeki Yargıtay uygulaması, kısmî ifanın dava yoluyla istenmesi bakımından önemli bir engel teşkil etmekteydi. Fakat şiddetli biçimde eleştirilen bu içtihat ve uygulamadan 6100 sayılı HMK ile tamamen vazgeçilmiştir. HMK m. 109/III uyarınca dava açılırken talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmedikçe, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamı taşımamaktadır. O hâlde açık bir feragat ile kalan edim kısmından vazgeçilmediği sürece, alacaklının kısmî ifayı istemesi, onun kalan kısma ilişkin hakkını sona erdirmez. Bununla birlikte talep sonucunun bölünemediği hâllerde kısmî dava açılması mümkün olmadığı için, açılan davada talep edilmeyen kısımdan feragat edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Özellikle manevî tazminat talepleri bakımından bu husus oldukça önem taşımaktadır. Belirsiz alacak davası ile talep edilmeyen manevî tazminat davasındaki talep sonucu, uğranan manevî zararın bir kısmına da ilişkin olsa, yeni bir dava konusu yapılamamaktadır⁸⁵⁷. Yargıtay uygulaması da manevî tazminat taleplerinin bölünemeyeceği yönündedir⁸⁵⁸. Bu görüşün dayandığı gerekçelerden ilki zarar görenin, uğradığı zararı tayin

⁸⁵⁴ Tekinay vd., 1993: 765.

⁸⁵⁵ Pekcanitez vd., 2013: 483.

⁸⁵⁶ Pekcanitez vd., 2013: 484.

⁸⁵⁷ Üstündağ, 2010: 415. Konu hakkında ayrıntılı tartışmalar için bk. Pekcanitez, 2017a: 1023; Simil, 2013: 376 vd.

⁸⁵⁸ Manevî tazminat talebinin bölünemeyeceği yönünde Bk. Yarg. HGK., T. 2.7.1980, E. 1979/3-1477, K. 1980/2113. Karar metni için bk. www.kazanci.com, (erişim tarihi: 01.05.2017).

edebilmesi, ikincisi ise hâkimin takdir yetkisinin bölünememesi düşüncesidir⁸⁵⁹. Özellikle TBK m. 58/II hükmü de bu görüşün en güçlü dayanağı olarak gösterilmektedir. Buna göre hâkim, tazminatın ödenmesi yerine, başka bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bunu tazminata ekleyebilir. Özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir. Bu hükmün kısmî dava açılmasını önleyici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, istisnâ olarak mağdurun vücudunda sabit eser kalması durumunda manevî tazminat talebinin bölünebilmesine (kısmî davaya konu olabileceğine) hükmetmiştir⁸⁶⁰. Benzer bir mesele, manevî tazminat davası devam ederken yapılan kısmî ödemenin, manevî tazminatın bölünemezliği ilkesini ihlâl edip etmediğine ilişkindir. Bazı kararlarda Yargıtay, gerçekleşen ödemenin hükmedilen tutara mahsup edilmesi gerektiğine karar vermişken⁸⁶¹; bazı kararlar dava öncesi gerçekleşen ödemelerin ileride açılacak manevî tazminat davalarına engel olacağı yönündedir⁸⁶². Yargıtay, sayılan gerekçelerle manevî tazminat taleplerinin kısmî davaya da, belirsiz alacak davasına da konu edilememesini kabul etmektedir⁸⁶³.

Öğretide manevî tazminatın bölünememesine ilişkin yargı kararları eleştirilmektedir. Haklı olarak belirtildiği üzere, vurgulanması gereken ilk husus, üzüntü ve elemin bir zaman sürecine yayılıp yayılmadığı ile, tazminat olarak hükmedilen edimin bölünebilir olup olmamasının birbirinden ayırt edilmesi gereğidir⁸⁶⁴. Manevî tazminat davası ile talep edilen edim kural olarak bir miktar paranın ödenmesi olduğuna göre, maddî tazminat davalarından bu yönüyle bir farkı bulunmayan edimin, kısmî davaya konu edilememesinin kabulü, tutarlılık taşımamaktadır. Başka bir deyişle, bu davada tazminine hükmedilen edimin bölünebilir nitelik taşıdığı hususunda şüphe bulunmamaktadır⁸⁶⁵. Dolayısıyla kısmî davaya konu olabilmek bakımından iki dava türü arasında fark yoktur. Manevî tazminat talebinin kısmî davaya konu olamamasının eleştirildiği bir diğer nokta da hâkimin takdir yetkisinin bölünememesine ilişkindir. Davacıdan, miktarı hâkimin takdirine bırakılmış bir tazminat miktarını önceden

⁸⁵⁹ Akil, 2013: 248. Yazar özellikle Alman Hukukunda da konunun bu düşünce doğrultusunda ele alındığını belirtmektedir. Alman Hukukunda da manevî tazminat talebinin kısmî davaya konu edilmesi durumunda hâkimin, dava konusu olayı bütün olarak takdir etme imkânından mahrum kaldığının savunulduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte zarar verici olayın müstakbel sonuçları henüz gerçekleşmemişse ikinci bir davanın açılabilmesinin kabul edildiği belirtilmektedir. Bk. s. 256.

⁸⁶⁰ Bk. Yarg. 4. HD., T. 14.5.1998, E. 1998/9223, K. 1998/3428. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 04.06.2017).

⁸⁶¹ Yarg. HGK., T. 9.5.2007, 21-269/269. Karar metni için bk. www.kazanci.com, (erişim tarihi: 02.05.2017).

⁸⁶² Bk. Yarg. 21. HD., T. 25.10.2010, E. 2009/10272, K. 2010/10428. Karar metni için bk. Akil, 2013: 249, dpn. 61.

⁸⁶³ Bk. Yarg. 21. HD., T. 6.3.2013, 3004/4066. Karar metni için bk. www.kazanci.com, (erişim tarihi: 05.06.2017).

⁸⁶⁴ Nomer, 2000: 227. Esasında bölünüp bölünemediği araştırılması gereken olgu, zarar değil, tazmini için uygulanan yaptırımdır. Bu konuda bk. Akil, 2013: 253.

⁸⁶⁵ Nomer, 2000: 227.

tahmin etmesi beklendiği gibi, sadece kısmen hüküm altına alınan alacak bakımından kesin hüküm kuvveti taşıyan kısmın, ikinci davaya bakan hâkimin takdir yetkisini etkilediğinin kabulü, hukuken tutarlı bulunmamaktadır⁸⁶⁶. Bu sebeple manevî tazminat talepleri bakımından hem belirsiz alacak davası açılmasına hem de kısmî dava açılmasına hukukî bir engel bulunmadığının kabul edildiği görüş, kanaatimizce de daha isabetlidir. Zira bu tartışmalardaki asıl mesele, dava konusu edimin bölünebilirliği ile ilgili değil, talep hakkının ve takdir yetkisinin bölünebilirliği ile ilgilidir. Parasal nitelik taşıyan manevî tazminat talepleri pekâlâ bölünebilir edimlerdir ve kısmî ifaya konu olabilir. Alacaklı dava yoluyla bölünebilen edimin bir kısmını dava edebilir. Maddî hukuk bakımından buna bir engelin bulunmadığının kabulü yerindedir.

Alacaklının kısmî ifayı istemesi hâlinde kalan kısma ilişkin çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürmemiş olması da onun kalan edim kısmına ilişkin alacak ve talep hakkını ortadan kaldırmaz. Çünkü, kısmî ifayı kabul veya alacaklının kısmî ifayı istemesi hâlinde çekince ileri sürmek, alacaklının ifayı isteme iradesini sürdüreceği anlamına gelir⁸⁶⁷. Alacaklının çekince ileri sürmeden kısmî ifayı kabul etmesi ise, geri kalan kısma ilişkin feragat anlamı taşımaz.

TBK m. 84/II'nin lafzından çıkarılan ikinci sonuç, yani “borçlunun ikrar ettiği borç kısmını ifadan kaçınmaması”nın ancak “alacaklının kısmî ifayı istemiş olması” hâlinde gerçekleşeceğinin kabulü, son derece tartışmaya açık bir sonuçtur. Hükümün lafzının zıddından, alacaklı kısmî ifayı reddederse, borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınabilir, sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuç, oldukça sakıncalıdır. Çünkü hükümün öngörülme amacı (ratio legis) alacaklının kısmî ifasını kabule razı olduğu edime erişmesini kolaylaştırmaktır. Borçlu bakımından ise, onun, ihtilaflı borç kısmına ilişkin ihtilaf sona erene kadar ifayı ertelemesinin önlenmesidir. Alacaklı ister kısmî ifa teklifini reddetsin, isterse kısmî ifa talep etsin, borçlu, borcun tamamını ya da bir kısmını ikrar etmişse, ikrar ettiği bu kısmı ifadan kaçınmamalıdır. İkrar edilen kısmın ifasından kaçınmamak, alacaklının kısmî ifayı reddetmiş olması ile ilişkilendirilemez, bunun bir sonucu olamaz. TBK m. 84/II ile hükme bağlanmak istenen husus, alacağın en azından belirli bir kısmı çekişmesiz ise ve alacaklı bu kısmın ifasını kabule hazırsa, artık borçlunun, edimin bu kısmının ifasını, alacaklı ile arasındaki çekişmenin sona ermesine kadar erteleyememesi, bu kısmın ifasından kaçınmamasıdır. Kısmî ifa alacaklı tarafından reddedilirse, artık borçlunun ikrar ettiği borç kısmını ifadan kaçınabilmesi, bu hükümle ulaşılmak istenen bir sonuç değildir.

Her hakkın kullanımında olduğu gibi, kısmî ifayı isteme hakkının kullanılması da TMK m. 2 çerçevesinde gerçekleşmelidir. Borçlunun durumunu ağırlaştıran bir kısmî ifa

⁸⁶⁶ Nomer, 2000: 227-228.

⁸⁶⁷ Yılmaz, 2015: 66.

talebi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Alacaklı, borçluya ek bir külfet, masraf ya da yükümlülük yüklediği müddetçe, edimin ifasının birden çok seferde kısım kısım gerçekleşmesini isteyebilir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KISMÎ İFANIN SONUÇLARI

3.1. Borcun Konusu (Edim) Bakımından Kismî İfanın Sonuçları

3.1.1. Kismî İfanın Kabulü Hâlinde

Kismî ifanın hukukî sonuçları, alacaklının kismî ifayı kabul edip etmemesine göre ifa edilen ve ifa edilmeyen kısımlar bakımından farklılık arz eder. Alacaklı, kismî ifayı kabul ederse, ifa edilen kısım bakımından borç sona erer. Bu durumda alacaklı, ifa edilen kısım için makbuz vermeli veya borç senetlerini iade etmelidir. Bunun yanı sıra mahsubun nasıl gerçekleştirileceği hususu önem taşır. Kanuni halefiyet hâllerinden birinin varlığı hâlinde kismî ifanın gerçekleşmesi, ifa edilen kısım bakımından halefiyetin de ortaya çıkmasını sağlar.

3.1.1.1. İfa Edilen Kısım Bakımından

3.1.1.1.1. Borcun Sona Ermesi

Kismî ifanın en doğal sonucu, ifa edilen kısım bakımından borcun sona ermesi, ifa edilmeyen kısım bakımındansa, borcun varlığını devam ettirmesidir⁸⁶⁸. İfa, dolayısıyla kismî ifa, geniş anlamda borcu, başka bir deyişle, borç ilişkisini değil, dar anlamda borcu sona erdirmektedir⁸⁶⁹. Alacaklı da kismî ifanın gerçekleştiği ölçüde alacak hakkını kaybeder.

Kismî ifa bir erteleme sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi, henüz muaccel olmayan kalan borç kısmını da muaccel hale getirmez⁸⁷⁰. Ancak ifa edilmeyen kısım muaccel hale gelirse borçlu temerrüdü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde dönme veya fesih gündeme gelebilir⁸⁷¹.

Kismî ifa gerçekleştiği takdirde geriye kalan kısım bakımından alacaklının herhangi bir menfaati bulunmuyorsa, alacaklının kismî sona erdirmeye beyanının, alacağın tamamına etkili olduğu kabul edilmelidir⁸⁷². Alacağın tamamı teminat altına alınmışsa, kismî ifanın gerçekleşmesiyle birlikte, teminat; varlığını kalan kısım için sürdürmeye devam eder⁸⁷³. Çünkü TBK m. 100/II uyarınca borçlu, mahsubun daha az teminatlı ya da teminatsız kısma ilişkin olarak gerçekleşmesini isteyemez.

⁸⁶⁸ Koller, 2006: §- 42, N. 18; Eren, 2017: 946; Oğuzman ve Öz, 2017a: 282; Gümüş, 2001: 627.

⁸⁶⁹ Weber, 2005: N. 57; Tekinay vd., 1993: 758; Eren, 2017: 929.

⁸⁷⁰ Gümüş, 2001: 627.

⁸⁷¹ Gümüş, 2001: 627.

⁸⁷² Gümüş, 2001: 627.

⁸⁷³ Konu hakkında bk. 3.2.1.1.

3.1.1.1.2. Mahsup

Kısmî ifa, ifa edilen kısım bakımından borcu sona erdirir. Fakat farklı hukukî sebepten kaynaklanan borçların bulunması ya da ifanın, edimin hangi kısmına ilişkin olduğunun belirlenmesi, mahsubun nasıl gerçekleştirileceği ile ilgilidir. Mahsup, bir alacaktan, alacağın miktarının azalmasına etki eden çeşitli sebeplerle belli bir miktarın indirilmesi olarak tanımlanabilir⁸⁷⁴. Mahsubun hukukî niteliği itiraz olup, hâkim tarafından yargılamada re'sen dikkate alınmalıdır⁸⁷⁵. Mahsuba ihtiyaç duyulan hâllerde ifası gerçekleşen edim, birden fazla sayıda borcun tamamını ya da tek bir borç varsa bunun tamamını karşılamaya yetmemektedir⁸⁷⁶. Para borçlarının kısmî ifası bakımından önem taşıyan mahsup, TBK m. 100-102 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlerde mahsubun hangi borca ilişkin olduğunun tespitinde aşamalı bir yol izlendiği görülmektedir. Özellikle TBK m. 100 hükmünün kenar başlığı “Kısmen Ödemede” olmasına rağmen, düzenlemenin sadece para borçlarına ilişkin olmadığı; konusu misli eşya olan bütün borç ilişkileri bakımından uygulaması kabul edilmektedir⁸⁷⁷.

TBK m. 101 hükmü uyarınca, birden çok borcu bulunduğu takdirde borçlu, hangi borcunu ödemek istediğini, ödeme gününde alacaklıya bildirebilir. Borçlu böyle bir bildirimde bulunmazsa, yapılan ödeme, kendisi tarafından derhâl itiraz edilmiş olmadıkça, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılır. Bu hüküm ile ilk olarak bağımsız ve birden çok para borcunun tamamını karşılamaya yetmeyen ödemede bulunan borçluya, mahsubun hangi borca ilişkin olduğunu belirleme yetkisi tanınmıştır. Borçlu seçim yetkisini kullanmazsa, bu yetki alacaklıya geçmektedir. Fakat borçlunun, alacaklının seçimine derhal itiraz edebilme hakkı bulunmaktadır. Alacaklı da mahsuba ilişkin iradesini makbuzda açıklamazsa, yedek hukuk kuralı işlerlik kazanır ve mahsubun nasıl yapılacağı kanuna göre belirlenir.

TBK m. 100 uyarınca borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşebilir. Aksine anlaşma yapılamaz (TBK m. 100/I). Alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup edemez (TBK m. 100/II). TBK m. 100/I ile düzenlenen ilk mesele para borcunun yanında faiz işlemiş ve gider kalemleri de oluşmuşsa, mahsubun hangi borç kalemine ilişkin olarak gerçekleştirileceği ile

⁸⁷⁴ Becker, 1993: 99; Koller, 2006: §-42, N. 18; Uygur, 2012: 645; Aral, 2010: 23. Mahsup kavramı özellikle takas kavramı ile sıklıkla karıştırılmaktadır. Takasta karşılıklı, aynı cinsten ve muaccel borçlar bulunurken, mahsupta birbirinden ayrı iki alacak bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, indirilen değerler, karşı alacak olmayıp gerçek miktarı belirlemeye yarar. Bk. Çuhacı, 2000: 164 vd.

⁸⁷⁵ Aral, 2010: 24.

⁸⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 109-110; Von Büren, 1964: 449-450.

⁸⁷⁷ Schraner, 2000: Art. 85, N. 4, s. 344; Gümüş, 2013: 1260; Weber, 2005: Art. 85, N. 4a.

ilgilidir. Bu mesele kısmî ifanın işlemiş olan faizler bakımından sonuçları başlığı altında detaylı olarak ele alınmaktadır⁸⁷⁸. Fakat kısaca değinmek gerekirse, faiz ve giderleri ödemede gecikmemiş olan borçlu, yaptığı kısmî ödemenin ana borçtan düşülmesini isteyebilir. TBK m. 100/II c. 2’de emredici olarak düzenlenen ve kararlaştırılamayan “aksi” durumun ne olduğu tartışmalıdır. Kanaatimizce, TBK m. 100/I ile aksinin öngörülemeyecek olduğu hükme bağlanan durum, faiz ve giderleri ödemekte gecikmemiş olan borçlunun, yaptığı kısmî ödemeyi asıl borçtan düşemeyeceğine ilişkin anlaşmalardır. Esasen, TBK m. 100 hükmü ile TBK m. 84 hükmü birbiriyle son derece ilişkili konuları düzenlemektedir. TBK m. 84’ün özü, alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunmamasıdır. Fakat alacak çekişmeli hale gelirse, alacaklı için kanun hükmü veya sözleşmeyle kısmî ifayı kabul zorunluluğu getirilirse ya da kısmî ifa alacaklı tarafından kabul edilirse; bu kez TBK m. 100 hükmü devreye girerek mahsubun nasıl yapılacağı belirlenir.

TBK m. 100 hükmünden evleviyetle ulaşılabilecek bir diğer sonuç, borcun konusu tek bir edim olup, bu edim belli bir miktar para ise, kısmî ödemede bulunan borçlunun mahsuba ilişkin bir seçim hakkı bulunmamasıdır⁸⁷⁹. Bu hâlde faiz ve masraflara ilişkin borçlar hiç doğmamışsa, doğal olarak ana borçtan mahsup yapılması gerekir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, kısmi ifayı kabul eden alacaklı, bu yüzden zarar görmesin, faiz geliri kesilmesin ve kısa zamanaşımına tabi olmasın diye, borçlunun kısmi ifayı anaparaya saydırma girişimini geri çevirme hakkına sahip olmalıdır. Bunun aksine anlaşma yapılamamasının emredici bir kuralla öngörülmesi, alacaklının borçlu yararına, sahip olduğu imkânlardan vazgeçmemesi gibi anlamsız bir sonuca ulaştırmaktadır⁸⁸⁰. Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre TBK m. 100/I hükmü TBK m. 84 hükmü ile bağlantılı değildir⁸⁸¹. Zira, TBK m. 84 hükmü ile bir borcun kısmî ifası düzenlenmişken; TBK m. 100/I hükmü ile gider ve faiz borcunu ifada gecikmiş borçlunun nicelik bakımından tam ve doğru ifası faiz, gider ve ana borcu tamamen karşılamaya yetmiyorsa kendisi anaparayı ödemeyi teklif etse bile mahsubun önce faiz ve gider borcundan yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Bu durumda, esasında asıl alacağın bir parçası olmayan fakat ona bağlı, fer’i ve bağımsız alacak hakları arasında mahsup bakımından alacaklıya bir seçimlik yetki tanındığı savunulmaktadır⁸⁸².

⁸⁷⁸ Bk. 3.2.1.2.

⁸⁷⁹ Uygur, 2012: 646; Kocayusufoğlu vd., 2014b: 110; Von Büren, 1964: 449.

⁸⁸⁰ Kocayusufoğlu vd., 2014b: 111-112. Aynı yönde bk. Nomer, 2015: 272.

⁸⁸¹ Gümü, 2013: 1255 vd.

⁸⁸² Gümü, 2013: 1257. Yazar, görüşünü Schraner’in görüşüne dayandırmaktadır. Buna göre faizler ve giderler asıl borçtan ayrı olarak sunulduğunda TBK m. 84’e göre caiz olmayan bir kısmî ödeme yoktur. Ama alacaklı TBK m. 100’e göre ifa teklifini reddedebilir ve borçluyu temerrüde düşürebilir. Bk. Schraner, 2000: Art. 85, N. 15, s. 346.

Kanaatimizce kanun koyucu, TBK 84 ve mahsuba ilişkin kurallarda belli bir yönlendirme içindedir: Para borcunun alacaklısı, kısmî ifa teklifini kabul etmelidir, bu ifanın mahsubu ise ikincil derecede önem taşıyan bir konudur. Borçlunun gecikmiş olup olmamasına, tarafların anlaşmış olup olmamalarına, alacağın teminatlarının var olup olmadığına göre yapılan değerlendirmeler sonucunda mahsubun hangi borca ilişkin olduğu tespit edilir. Para borçları bakımından kısmî ifayı kabul zorunluluğu kabul edildiğinde, TBK m. 84 ile TBK m. 100 arasındaki ilişki anlamlı hale gelmektedir. Alacaklıya, para borcunun kısmî ifasının reddi hakkı tanındığında TBK m. 100'ün uygulanabilmesi için, kısmî ödemenin, bağımsızlaşmış faiz ya da gider borçlarını da ayrı ayrı karşılamaya yetip yetmediğinin araştırılması gerekir. Meselâ 100 birim para borcu olan borçlunun, bu borç sebebiyle 10 birim faiz ve 8 birim gider borcunun da doğduğu ve borçlunun bütün bu borçları ödemede geciktiğini varsayalım. Borçlu 6 birim ödemeyi teklif ederse, alacaklının TBK m. 100 hükmüne rağmen 6 birimin hiçbir bağımsızlaşmış borç kalemini karşılamaya yetmediği gerekçesiyle ret hakkının var olduğu sonucuna ulaşılır ki bu, kanun koyucunun ulaşmak istediği sonuç değildir. Dolayısıyla para borçları bakımından alacaklının kısmî ifayı ret hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir ve mahsup, tarafların anlaşmalarına, borçlunun gecikmesine ve alacağın teminatlarına göre yapılmalıdır.

Borçlunun alacaklıya karşı birden fazla hukukî sebepten kaynaklanan para borcu varsa ve alacaklı, kısmî ödemeye hangi borcunu sona erdirmek istediğini açıkça belirtmemişse, başka bir ifadeyle TBK m. 101/I'de kendisine tanınan bu seçim yetkisini kullanmamışsa, TBK m. 101/II uyarınca kısmî ödeme, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılır. Fakat bu durumda dahi, borçlu, alacaklının bu seçimine itiraz edebilir⁸⁸³. Borçlu, alacaklının makbuzda gösterdiği borca ilişkin seçimine ödeme sırasında ya da sonrasında "derhal" itiraz etmediği takdirde, alacaklının seçimine göre mahsup gerçekleşir. Borçlu derhal itiraz ederse, kısmî ifa yine borçlunun bildirdiği borç için yapılmış olur⁸⁸⁴.

TBK m. 100 ve 101 gereğince ne borçlu ne de alacaklı mahsubun hangi borca ilişkin olduğunu açıklamışsa, yedek hukuk kuralı olan TBK m. 102 hükmü uygulanır. Buna göre kanunen geçerli bir açıklama yapılmamışsa veya makbuzda bir açıklık bulunmuyorsa ödeme, muaccel borç için yapılmış sayılır. Birden çok borcun muaccel olması durumunda ödemenin, borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için yapılmış olduğu kabul edilir. Fakat takip

⁸⁸³ Tekinay vd., 1993: 799; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 110.

⁸⁸⁴ Uygur, 2012: 650; Eren, 2017: 1032-1033. Konuya ilişkin olarak bk. Yarg. 6. HD., T. 09.07.2014, E. 2014/2105, K. 2014/9233. Karara konu olan olayda Yüksek Mahkeme, birden fazla ayın kirasını ödemekte geciken kiracının gerçekleştirdiği ödemenin, belirttiği aya ilişkin kira borcuna ve bu borcun fer'ileri ile faizine mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 10.08.2017).

yapılmamış ise ödeme, vadesi ilk önce gelmiş olan borç için yapılmış sayılır. Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse, mahsup orantılı olarak gerçekleştirilir. Borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse ödeme, güvencesi en az olan borç için yapılmış sayılır. Bu hükmün borçlu lehine olan kısmı, borçlu bakımından borcun genişlemesini önleyici bir sıra belirlenmiş olması, alacaklı lehine olan kısmı ise en teminatsız alacak kısmından en teminatlı alacak kısmına doğru bir sıra ile mahsubun yapılmasının öngörülmesidir⁸⁸⁵.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki mahsup kurallarında benimsenen çözüme paralel bir çözüme İİK m. 59/II'de de yer verilmektedir. Haciz yoluyla takip sonrasında elde edilen paranın ya da icra dosyasına yapılan ödemelerin mahsubuna ilişkin hüküm uyarınca alacaklı, yaptığı masrafları, ilk ödenen paradan alabilir.

Türk-İsviçre Hukukunda mahsubun yukarıda bahsi geçen şekilde yapılması öngörülmüş olup, Alman Hukukunda konu, BGB §-366 hükmü⁸⁸⁶ ile düzenlenmektedir⁸⁸⁷. Anılan hüküm uyarınca borçlu, alacaklıya, birden fazla hukukî sebeple aynı cins edimleri borçlanmışsa ve ifası borçların tamamını karşılamaya yetmezse, borçlunun ifa sırasında belirlediği borç sona erer (§-366/1). Borçlu açıkça belirtmezse, en erken muaccel olacak borç; birden fazla muaccel borç varsa teminatı en az olan; birden fazla aynı teminata sahip borç varsa elde edilmesi en zor olan; birden fazla elde edilmesi zor borç varsa en eski borç; birden fazla eski borç varsa, eski borçlar arasında orantılı olarak mahsup yapılır (§-366/2).

BGB §-366 hükmü ile tarafların varsayılan iradesinden ziyade, borçlunun menfaatine bir çözüm öngörüldüğü kabul edilmektedir⁸⁸⁸. Mahsuba ilişkin daha açık ve ayrıntılı bir çözüm öngörülmüş olması bakımından Alman Hukukundaki bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'ndaki aynı amacı taşıyan fakat yanlış ifade edilmiş hükmün iyileştirilmesi bakımından örnek olabilir.

3.1.1.1.3. Alacaklının Makbuz Verme Zorunluluğu, Borçlunun Senedin Geri Verilmesini İsteme Hakkı

Borçlu, borcunu tamamen ya da kısmen yerine getirdiğinde alacaklının makbuz verme ya da borç senedini geri verme zorunluluğu, ifayı (ve kısmî ifayı) ispat yükünün borçluda olmasının bir gereğidir⁸⁸⁹. Borçlunun ifayı gerçekleştirmiş olmasına rağmen ikinci ve haksız bir ifa talebiyle karşılaşması durumunda, alacaklının verdiği makbuz ya da borç senedinin geri

⁸⁸⁵ Koller, 2006: §-42, N. 18 vd; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 110; Eren, 2017: 1033; Antalya, 2017: 127.

⁸⁸⁶ BGB §- 366 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_366.html, (erişim tarihi: 06.04.2017).

⁸⁸⁷ Hükmün borçlunun menfaatlerine hizmet etmediği, tarafların farazi iradelerine göre mahsubun gerçekleşmesi gerektiği yönündeki eleştiriler için bk. Avenarius, 2003: 511-538,

⁸⁸⁸ Tischendorf, 1993: 67. İsviçre Hukukunda benzer yönde bir öneri için bk. Von Büren, 1964: 450.

⁸⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 119; Yılmaz, 2015: 49.

verilmesi sayesinde lehine olan “ifa edilen edim (ya da edim kısmı) bakımından borcun sona ermiş olduğu” hukukî sonucundan yararlanabilir. Bunu sağlayan hukukî araç olan makbuz, alacaklı ya da onun yetkili temsilcisi tarafından kendi aleyhine imzalanan ve onun, borçlanılan edime kavuştuğunu gösteren belgedir⁸⁹⁰. Makbuz vermenin hukukî niteliği hukukî işlem olmayıp, hukukî işlem benzeri bir bilgi açıklaması olarak kabul edilmektedir⁸⁹¹. Senet ise hukukî işlemi veya olayı belgelemek için yazılan veya borcun varlığını gösteren, aleyhine delil oluşturan kişi tarafından imzalanan veya resmi makamlarca onaylanan ispat aracıdır⁸⁹². Senedin iadesi, borcun ifa edildiği anlamına gelir.

Alacaklının makbuz verme, borç senedini geri verme zorunluluğunun temelinde ise Türk Hukukunda geçerli olan “belge ile ispat” kuralı yer alır. Bu kuralın bir sonucu olarak, belirli bir borç miktarının üzerindeki ifanın hukukî bir işlem ile gerçekleştiği hâllerde, bunun tanıkla ispatı yetmez, belgeye dayanması gerekir (HMK m. 200)⁸⁹³. İfanın salt bir eylem ile gerçekleştiği hâller, belge ile ispat kuralının istisnalarındandır⁸⁹⁴. Makbuzun işlevi ifanın ispatı olduğuna göre, içeriğinin de ispat konusu ile örtüşmesi gerekir⁸⁹⁵. İfa konusu edimin miktarının, yerinin, zamanının, taraflarının makbuzda yer alması gerekir. Alacaklı, kısmî ifayı elde ettiğinde, borçluya elde ettiği kısma ilişkin makbuz vermelidir⁸⁹⁶. Nitekim TBK m. 103’e göre borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteme hakkına sahiptir (TBK m. 103/I). Fakat borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise, bu takdirde borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir (TBK m. 103/II). Maddenin ikinci fıkrasının lafzından da anlaşılabacağı üzere “ödeme”nin senede işlenmesi, para borçları bakımından mümkündür⁸⁹⁷. Para borcu dışındaki borçlar ve ifa ikameleri bakımından da makbuz verilmesine ve karinelere ilişkin hükümlerin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır⁸⁹⁸.

Alacaklı, kısmî ifayı kabul etmiş olmasına rağmen makbuz vermekten kaçınırsa borçlu, temerrüde düşmekten kurtulmak için bir tespit davası açarak, alacaklının makbuz

⁸⁹⁰ Gauch vd., 2014b: N. 2407; Yılmaz, 2015: 43; Gümüş, 2011: 351; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 120; Eren, 2017: 1004, Honsell vd., 2011: Art.88, N. 3; Tekinay vd., 1993: 820; Antalya, 2017: 129.

⁸⁹¹ Yılmaz, 2015: 50; Eren, 2017: 1026; Antalya, 2017: 129; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 120; Tekinay vd., 1993: 820. Öğretide Gümüş, makbuzun hukukî niteliğini bilgi açıklaması olarak belirlerken, istisnâ olarak irade açıklaması sayılabileceğini belirtmektedir. Bk. Gümüş, 2011: 351.

⁸⁹² Yılmaz, 2015: 44.

⁸⁹³ Yılmaz, 2015: 49; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 119.

⁸⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 119.

⁸⁹⁵ Gauch vd., 2014b: N. 2412-2414.

⁸⁹⁶ Honsell vd., 2011: Art. 69, N. 4; Tekinay vd., 1993: 820.

⁸⁹⁷ Gümüş, 2001: 629.

⁸⁹⁸ Yılmaz, 2015: 43. Öğretide TBK m. 103-105 hükümlerinin takas ve tevdi yolu ile borcun sona ermesi durumunda uygulanmaması kabul edilmektedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 327.

vermekten kaçındığını ileri sürebilir. Bu takdirde borçlu, temerrüde düşmediği gibi, makbuz vermekten kaçınan alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşer. Alacaklı, kısmî ifaya ilişkin herhangi bir çekince bulunmayan bir makbuz verirse, bu, alacağın kalan kısmı bakımından feragat ya da ibra anlamı taşımaz⁸⁹⁹.

Makbuzun verilmesi ve senedin geri verilmesi, kanunda öngörölmüş bazı karinelerin de işlerlik kazanmasını sağlar. Bu karineler borçlu lehine, adî, kanunî karineler olup, aksinin ispatı mümkündür. Bu karinelerin kanunda öngörölmüş olma sebebi, ifanın miktarı, zamanı, konusu, tarafları hususunda belirsizliğin çok fazla olması, makbuz ve senetlerin borçluya verilmesine çeşitli anlamlar yüklemek suretiyle bu olumsuzluğun giderilmesine ihtiyaç duyulmasıdır. Alacaklı, ifayı (ya da kısmî ifayı) herhangi bir çekince ileri sürmeksizin kabul etmişse, artık ifanın edime uygun olmadığını iddia eden alacaklı, bunu ispatlamalıdır⁹⁰⁰. TBK m. 104 uyarınca alacaklı tarafından, faiz veya kira bedeli gibi dönemsel edimlerden biri için çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş kabul edilir(TBK m. 104/I). Alacaklının anaparanın tamamı için makbuz vermesi halinde, faizlerini de almış olduğu kabul edilir (TBK m. 104/II). Borç senedi borçluya geri verilmişse, bu halde borç sona ermiş sayılır (TBK m. 104/III).

TBK m. 104/I hükmü, borcun sona ermesine değil, önceki dönemlere ait faiz ve dönemsel edimin “ifa edildiği”ne ilişkin bir karinedir. Dönemsel edimlerde her döneme ilişkin edim kısmının münferit ve bağımsız bir borç teşkil etmesi sebebiyle, alacaklı ifası tam ve doğru olarak yapılan ifa teklifini kısmî ifa olarak nitelemek suretiyle reddedemez. İfayı kabul ederek bu döneme ilişkin ifayı gösteren bir makbuz düzenlemesi gerekir⁹⁰¹. Eğer önceki dönemlere ilişkin edim kısımları mevcutken sonraki herhangi bir dönemde ifa gerçekleşiyorsa, alacaklının, makbuzu henüz ifa edilmemiş ve muaccel olan önceki dönemlere ilişkin olarak düzenlemesi ya da sonraki döneme ilişkin olarak düzenlediği makbuzda, önceki dönemlere ilişkin muaccel fakat ifa edilmemiş alacak haklarını saklı tutması gerekir⁹⁰². Bunu yapmadığı takdirde, önceki dönemlere ilişkin edimin henüz ifa edilmediğini ispat yükü kendisine geçer⁹⁰³.

TBK m. 104/II hükmü, TBK m. 131 ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira TBK m. 131 uyarınca asıl borç ifa veya başka bir sebeple sona ererse, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu

⁸⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 121; Gümüş, 2011: 354; Yılmaz, 2015: 44.

⁹⁰⁰ Yılmaz, 2015: 45.

⁹⁰¹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 332-333; Yılmaz, 2015: 50; Gümüş, 2011: 360.

⁹⁰² Gümüş, 2011: 360.

⁹⁰³ Dönemsel edimlerin banka aracılığıyla ya da posta havalesiyle ödendiği hâllerde bankanın verdiği alındı makbuzunun, havale alıcısının imzaladığı alındı belgesinin ve alacaklı temerrüdünde tevdi makamına yapılan ifa sonucunda verilen belgenin TBK m. 103 anlamında bir makbuz sayılmadığı ve TBK m. 104'teki karinelere işlerlik kazandırmadığı kabul edilmektedir. Bk. Yarg. 6. HD., T. 1.6.2009, E. 2009/3445, K. 2009/5074, Karar metni için bk. Gümüş, 2011: 361, dpn. 38.

gibi buna bağılı hak ve borçlar da sona ermiş olur (TBK m. 131/I). Bu hükümden de anlaşıldığı üzere alacaklı asıl borcun ödenmesi neticesinde makbuz vermişse, bu makbuz, fer'i borç olan faiz borcunun da tahsil edildiği anlamına gelir. Eğer fiilî durum böyle değilse, alacaklının faiz ve diğer fer'i haklara ilişkin alacaklarını saklı tutması gerekir. Çekince ileri sürülmesi, asıl borç için yapılan ödeme sonucunda makbuz verilmesiyle fer'i nitelikteki borçların da sona erdiği sonucunun çıkarılmasına engel olur⁹⁰⁴.

TBK m. 104 hükmü ile faiz ve dönemsel edimlere ilişkin karineler öngörülmüşken, bunun dışında kalan borçlar için, meselâ yan borçlar ve giderleri için herhangi bir karine öngörülmemiştir. Bu boşluğun “makbuzda yer alan borcun karine olarak ifa edilmiş sayılması” ile doldurulması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰⁵. Bu durumda kısmî ifa hâlinde borçlunun, edimin hangi borca mahsup edileceğini belirtmesi, belirtmediği hâlde alacaklının makbuzda bunu belirlemesi (TBK m. 101/II) gerekir. Makbuz, borç ilişkisinin aslî edimine ilişkin ise, makbuzun verilmesi, yan yükümlerin de sona erdiğine karinedir⁹⁰⁶. Fakat kısmî ifa neticesinde makbuz verilmişse, henüz aslî edim yükümü devam ettiği için, verilen makbuzun yan yükümleri sona erdireceği kabul edilemez.

TBK m. 104/III hükmü, kısmî ifa, borcun son kısmına ilişkin olduğu, başka bir ifadeyle, borcun tamamı tam ve doğru olarak ifa edildiği takdirde önem ve anlam taşımaktadır. Aksi hâlde, yani kısmî ödeme sonunda geriye kalan alacak kısmı hâlâ mevcutsa ya da borç senedi alacaklıya başka haklar da sağlamaktaysa, alacaklıdan borç senedini iade etmesi beklenemez⁹⁰⁷. Borç ilişkisi, kısmî ifa ile sona ermediği takdirde TBK m. 103/II hükmü uygulama alanı bulur ve alacaklının makbuz vermesi yahut ödemeyi borç senedine işlemesi gerekir. Senedin iadesi, kısmî ifanın senede işlenmesi ya da makbuz verilmesi, kısmî ifa ile aynı anda, ifadan önce ya da sonra borçlu tarafından istenebilir⁹⁰⁸. Borçlunun bu karineden yararlanabilmesi için senet üzerindeki zilyetliğin sürekli olması gerekmez, zilyetliğin iade anında geçmiş olması önem taşıyıp, sonradan ortadan kalkması, karineyi etkisiz hale getirmez⁹⁰⁹.

Kısmî ifa ile borç tam ve doğru olarak sona erip, senedin geri verilmesi gerekmesine rağmen verilemiyorsa TBK m. 105 hükmü uygulanır. Buna göre alacaklının, borç senedini kaybettiğini iddia etmesi hâlinde, borçlunun talebi üzerine, borcu ödeme sırasında, kendisine

⁹⁰⁴ Yılmaz, 2015: 67; Oğuzman ve Öz, 2017a: 328-332.

⁹⁰⁵ Gümüş, 2011: 353; Weber, 2005: Art. 89, N. 4-5, s. 539-540.

⁹⁰⁶ Gümüş, 2011: 353.

⁹⁰⁷ Weber, 2005: Art. 88, N. 39, s. 527; Tekinay vd., 1993: 820; Oğuzman ve Öz, 2017a: 330.

⁹⁰⁸ Honsell vd., 2011: Art. 88, N. 6; Yılmaz, 2015: 43; Oğuzman ve Öz, 2017a: 329; Eren, 2017: 1029. Eğer borç, ifayı gerçekleştirmekle alacaklıya halef olan üçüncü kişiler tarafından ifa edilirse, bu durumda senedin geri verilmesini ya da makbuz verilmesini isteme hakkı borçluya ait olmayıp, istisnâî olarak ifayı gerçekleştiren üçüncü kişiye (halef olan kişiye) aittir.

⁹⁰⁹ Gümüş, 2011: 368.

borç senedinin iptalini ve borcun sona ermiş olduğunu gösteren resmen düzenlenmiş veya usulüne göre onaylanmış bir belge verme zorunluluğu bulunmaktadır(TBK m. 105/I). Kıymetli evrakın iptaline ilişkin hükümler saklıdır (TBK m. 105/II). Bu hüküm uyarınca senet alacaklı tarafından herhangi bir sebeple (kaybolma, çalınma, imha, yok olma gibi) geri verilemiyorsa, bu durumda borçlu senedin iptalini isteyebilir. Bu sayede senedin hükümsüz olduğu, borcun sona erdiği yeni bir belge düzenlenerek beyan edilmiş olur. Yeni belge, noter tarafından düzenleme ya da noter huzurunda onaylama şeklinde yapılabilir. Yeni belge, borcun sona erdiğini ispata yarayan yazılı bir delil niteliği taşır. Alacaklı bu belgenin düzenlenmesine ya da onaylanmasına katılmaktan kaçınırsa, borçlu için TBK m. 105'te öngörülmüş bir dava yoluyla iptal imkânı yoktur⁹¹⁰. Bunun yerine borçlu menfi tespit davası açarak borcunun bulunmadığını tespit ettirebilir. Kıymetli evrakın iptaline ilişkin olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda özel ve ayrıntılı hükümler öngörülmüştür⁹¹¹. Kanunda halefiyetin öngörüldüğü hâllerde ifa ile borçlu borcundan kurtulamamakta, ifayı gerçekleştiren üçüncü kişiye karşı borç devam etmektedir. Bu sebeple kıymetli evrakın iptali bu hükümlerdeki usule göre gerçekleşir.

3.1.1.1.4. Kanunî Halefiyet

Borcun borçlu tarafından ifa edilmesi mümkün olduğu gibi üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilmesi mümkündür. Üçüncü kişi tarafından ifa edilen borç sayesinde borçlu, borçtan kurtulmaktadır. Üçüncü kişi ise, kanunda öngörülen hâllerde, alacaklının yerine geçmektedir. Halefiyet, başkasına ait bir borç sebebiyle alacaklıyı tatmin eden kişinin onun haklarını, kanunda belirtilen hâllerde ve tatmin ettiği oranda elde etmesidir⁹¹².

İfa ile borcun sona ermediği bu istisnâî hâller TBK m. 127'de belirtilmektedir. Bu hüküm uyarınca alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtarırsa ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hak sahibi ise veya alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirilmişse alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 127/I, b. 1,2). Diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Diğer halefiyet hâllerine, bölünemeyen edimin birlikte borçlularından her biri (TBK m. 85/II), müteselsil borçlulukta ifayı gerçekleştiren borçlu ya da borçlular (TBK m. 168/I), kefil (TBK m. 596) ve sigortacı (TTK m. 1472) örnek gösterilebilir.

⁹¹⁰ Eren, 2017: 1030.

⁹¹¹ Bk. TTK m. 651-653, 657, 661, 666-669, 757- 765, 775, 778/ b. 1, 818/ b. s.

⁹¹² Kılıçoğlu, 1979: 7; Tekinay vd., 1993: 208; Oğuzman ve Öz, 2017a: 262.

Borç ilişkisinin pasif tarafında birden fazla sayıda borçlu bulunuyorsa ve bu borçlulardan sadece biri ya da birkaçı edimi kısmen ifa etmişse, bu kişi ya da kişiler, gerçekleştirdikleri ifa oranında alacaklı ya da alacaklıların halefi olur⁹¹³. Kısmî ifa hâlinde alacak ile ona bağlı fer'i ve ikincil haklar, halefe de kısmen geçtiği için, borçlunun artık iki alacaklısı bulunmaktadır⁹¹⁴. Birincisi, ifa edilmeyen kısım bakımından alacaklı, ikincisi ise ifa edilen kısım bakımından haleftir.

Alacaklının, halef tarafından kısmen tatmin edilmek istenmesi hâlinde alacaklı, kısmî ifayı ret hakkına sahiptir (TBK m. 84). Alacaklının ret hakkının bulunmamasına rağmen kısmî ifayı kabulden kaçınması hâlinde, alacaklı temerrüdü gerçekleşmektedir. Bu durumda üçüncü kişi, tevdi, dönme ya da satma hakkını kullanmadığı sürece halefiyeti söz konusu olmaz. Fakat alacaklı, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği kısmî ifayı kabul ederse, borçlu, alacağın bu şekilde parçalanmasına ve belirli bir kısmının halefe intikal etmesine engel olamaz⁹¹⁵.

Kısmî halefiyetle ilgili asıl mesele, alacağın rehinle teminat altına alınmış olduğu hâllerde ortaya çıkar: Rehin, hem alacaklının, hem de halefin alacaklarını karşılamaya yetmiyorsa, alacaklı ve halefin aynı rehin derecesinde mi rehinden faydalanmaları gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda konuya ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır. Ancak halefiyet ile ilgili Ortak Hukuk'ta, bunun etkisiyle Fransız, İtalyan ve Alman hukuklarında kabul edilen bir ana ilke mevcuttur. Bu ilke "Nemo subrogat contra se", yani "Halefiyet, alacaklıya zarar veremez." ilkesidir⁹¹⁶. Bu ilkenin özel bir görünümüne TBK m. 596/II'de yer verilmektedir. Bu hükümde alacaklıya kısmî ifada bulunan kefilin, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olması öngörülmüştür. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının ise, kefilin rehin hakkından ön sırada geleceği hükme bağlanmıştır.

İİK m. 204 düzenlemesi uyarınca alacaklının, müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış olması hâlinde, müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamının masaya kaydolunması hükme bağlanmıştır (İİK m. 204/I). İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklıya ve müşterek borçluya tanınmıştır (İİK m. 204/II). Masa tarafından yapılan taksimde alacaklının, alacağının tamamına düşen hissedenden alacağını tamamlayacak kadarını alması; geriye kalan paradan müşterek borçluya, rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilmesi, artan paranın ise masaya kalması öngörülmüştür (İİK m. 204/III). Kefalet ve birlikte borçluluk hâllerinde mevzuatımızda açıkça kabul edilmiş olan

⁹¹³ Honsell vd., 2011: Art. 69, N. 5; Eren, 2017: 946; Antalya, 2017: 19; Oğuzman ve Öz, 2017a: 266.

⁹¹⁴ Kılıçoğlu, 1979: 121; Eren, 2017: 957.

⁹¹⁵ Honsell, 2014: 477; Kılıçoğlu, 1979: 121; Oğuzman ve Öz, 2017a: 266.

⁹¹⁶ Honsell, 2014: 477; Kılıçoğlu, 1979: 122.

“Halefiyet, alacaklıya zarar veremez.” ilkesine, Türk Medeni Kanunu’nda rehin hakkına ilişkin düzenlemelerde yer verilmektedir. Borçtan sorumlu olmayan malikin hakkının düzenlendiği TMK m. 884 hükmü uyarınca rehinli taşınmaz maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, borçluya ait şartlar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir (TMK m. 884/I). Bu durumda alacak, borcu ödeyen malike geçer. Görüldüğü gibi, rehinli alacaklıya, halef karşısında alacağını öncelikli olarak elde etme imkânı tanınmamaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin bir kararında rehin veya kefalet sebebi ile müflisin borçlarını ödemek zorunda kalanlar için İİK m. 204 uyarınca işlem gerçekleştirilemesi belirtilmekte yetinilmiştir⁹¹⁷. İİK m. 204 hükmü ise alacaklı lehine bir sonuç öngörür ve bu sonuç, “Halefiyet, alacaklının aleyhine olamaz.” ilkesi ile paraleldir. Fakat, üçüncü kişinin rehinle de teminat altına alınmış borcu kısmen ifa etmesi durumunda alacaklı ile halef olan üçüncü kişi arasındaki sıra ilişkisine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, halefın alacaklı ile eşit sırada tutularak rehinden onunla birlikte eşit olarak faydalanamaması kabul edilmektedir⁹¹⁸. Eşit faydalanmanın kabulü, halefiyet sebebiyle alacaklının zarar görmesine yol açmaktadır. Kanaatimizce de bu yaklaşımın kabulü isabetlidir. Kefalet bakımından öngörülen çözüme benzer bir ilke, rehin ile teminat altına alınan alacaklarda kısmî ifayı gerçekleştiren halef ve alacaklının rehinden faydalanması durumunda aralarındaki öncelik-sonralık ilişkisi bakımından da öngörülmelidir.

3.1.1.2. İfa Edilmeyen Kısım Bakımından

3.1.1.2.1. Genel Olarak

Kısmî ifa ister alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunması, ister alacaklının kısmî ifayı istemesi, ister dürüstlük kuralı sebebiyle alacaklı tarafından kabul edildiğinde, ifa edilmeyen edim kısmının hukukî akıbetinin ne olduğu belirlenmelidir. Öncelikle borcun kısmî ifa edilmesiyle kalan kısım, asıl borç için gösterilmiş teminatlar ile varlığını sürdürmeye devam eder⁹¹⁹. TBK m. 84 uyarınca “tamamı belli ve muaccel borcun” kısmî ifa konusu olabilmesi hükme bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, kısmî ifa, henüz muaccel hale gelmemiş edim kısmını, muaccel hale getirmez. Fakat hâlihazırda muaccel ve ifa edilmemiş edim kısmı bakımından borçluyu temerrüde düşürmek mümkündür. Bu, kısmî ifanın genel ve olağan sonucudur. Alacaklı kısmî ifayı reddedebilecek iken kabul etmişse, geri kalan alacak kısmı için yeni bir süre öngörülmedikçe kısmî temerrüt gerçekleşmiş olur⁹²⁰.

⁹¹⁷ Yarg. 12. HD., T. 28.01.1974, E. 1973/12857, K.1974/653. Karar metni için bk. www.e-uyar.com, (erişim tarihi: 08.08.2017).

⁹¹⁸ Kılıçoğlu, 1979: 125.

⁹¹⁹ Eren, 2017: 923; Kılıçoğlu, 2017: 753.

⁹²⁰ Tunçomağ, 1976: 957.

Alacaklı, tamamı belirli, muaccel ve bölünebilir bir edimin, bir kısmının imkânsızlaşmış olması sebebiyle kısmî ifa teklifi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda kısmen gerçekleşen ifanın hukukî sonuçları, kısmî imkânsızlığın başlangıçtaki ya da sonraki imkânsızlık olmasına göre ve borçlunun sorumlu olup olmaması bakımından farklılıklar gösterir.

Gerek temerrüt gerekse imkânsızlık hâllerinde ortaya çıkan hukukî sonucun, edimin tamamına mı bir kısmına mı ilişkin olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Alacaklı, maddî olarak bölünebilir olmasına rağmen, amaçsal-ekonomik ve fonksiyonel olarak bütünlük taşıyan edimlerin bir kısmının ifası teklifini kabul etmiş olabilir. Fakat kalan kısma ilişkin borca aykırılık esasında kendisi için katlanılamaz nitelikteyse ya da alacaklının menfaatlerini çok önemli ölçüde ihlâl edici nitelikteyse⁹²¹, bu borca aykırılığın sonuçları borcun ifa edilen ve edilmeyen kısımlarının tamamına teşmil edilebilmelidir.

Son olarak kısaca değinilmesinde fayda bulunan bir diğer sonuç da Viyana Satım Sözleşmesi'nin (CISG) uygulandığı sözleşmeler bakımından kısmî ifanın hukukî sonucudur⁹²². Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen borcun ifa edilmemesine ilişkin sistematikten ve yaptırımlardan oldukça farklı hükümler öngörülen Sözleşme'de temel kavram, CISG'ın 25. maddesindeki "esaslı ihlâl" kavramıdır. Bu hüküm uyarınca taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esastır; meğerki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve şartlar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun⁹²³. Kısmî ifa bakımından, ifa edilmeyen kısım olmadan ifanın alıcı için hiçbir değer ifade etmediğinin anlaşıldığı hâllerde ihlâl, esaslı ihlâl olarak kabul edilmektedir⁹²⁴.

Kısmî ifanın hukukî sonuçları, bunun, sözleşmenin önemli bir ihlâli olup olmamasına ilişkin olarak yapılan değerlendirmeye bağlıdır. İhlalin türü ve niteliği, uygulanacak yaptırımı da belirlemektedir. Buna göre yaptırım sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesi, malın yenisi ile değiştirilmesi, tamirat ve/veya tazminat talebi olabilir⁹²⁵. CISG'ın bu sistematığının ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aştığı için, konuya ilişkin olarak bu açıklamalarla yetinilmektedir.

⁹²¹ Ludwigkeit, 2014: 449.

⁹²² Türkiye 11.04.1980 tarihli bu sözleşmeyi 01.08.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere iç hukuk kuralı hâline getirmiştir.

⁹²³ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bk. Sert, 2013: 62; Zeytin, 2011: 105 vd.; Yılmaz, S., 2013.

⁹²⁴ Yılmaz, S., 2013: 96-97.

⁹²⁵ Weber, 2000: Art. 107, N. 65, s. 69, Sert, s. 252.

3.1.1.2.2. Kısmî Temerrüt

3.1.1.2.2.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda kısmî imkânsızlığa ilişkin hükümler yer almakla birlikte, kısmî temerrüde ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde kısmî temerrüt için kıyasen uygulanabilir. Kısmî temerrüt, bölünebilen edimler bakımından ortaya çıkabilir⁹²⁶. Bunun dışında birden fazla aslî edim yükümlülüğünün borçlanıldığı bir hukukî ilişkide edimlerden bir ya da birkaçının ifa edilmemesi de kısmî temerrüde sebep olabilir⁹²⁷. Ayrıca yan edim yükümlerinin ihlâlî hâlinde kısmî temerrüt gerçekleşebilir⁹²⁸.

Kısmî ifa, ifa edilen kısım bakımından borcu sona erdirirken, geriye kalan kısım bakımından borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi, çeşitli ihtimaller dâhilinde incelenmelidir:

-Borçlu, edimin tamamı için temerrüde düşmüşse, alacaklı kısmî ifayı herhangi bir sebeple kabul ettiğinde, ifa edilmeyen kısım bakımından borçlu temerrüdü devam eder⁹²⁹. Başka bir ifadeyle, ifa edilmeyen kısım bakımından yeni bir temerrüt ihtarına gerek bulunmamaktadır.

-Kısmî ifa konusu olan edimin tamamı muaccel olmakla birlikte henüz temerrüt gerçekleşmemiş ve alacaklı kendisine teklif edilen kısmî ifayı kabul etmişse, borçlu, kural olarak kalan kısım bakımından temerrüde düşmüş sayılmaz. Başka bir deyişle, olağan vadeli hukuki işlemlerde kısmî ifanın kabulü, borcun muaccel olmakla birlikte henüz ifa edilmemiş kısmı için temerrüt ihtarı yerine geçmez, böyle bir anlam taşımaz. Kalan kısım bakımından temerrüdün gerçekleşmesi için TBK m. 112 uyarınca alacaklının ihtarına gerekir. Alacaklının ihtarıyla borçlu kısmî temerrüde düşer. Temerrüdün başladığı an, ihtarın borçluya vardığı andır⁹³⁰. Borçlunun ihtarı, alacağın bir kısmına ilişkinse, bu ihtar, ihtarın kapsamı dışında kalan kısım bakımından temerrüde sebep olmaz⁹³¹.

Temerrüt ihtar kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi olmamakla birlikte TTK m. 18 b.3 uyarınca tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye ilişkin ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır.

⁹²⁶ Koller, 2006: §-57, N. 10; Honsell, 2014: 466; Serozan, 2007: 385 vd; Buz, 1998: 313-314.

⁹²⁷ Koller, 2006: §-57, N. 8; Buz, 1998: 314.

⁹²⁸ Buz, 1998: 314.

⁹²⁹ Tunçomağ, 1976: 958; Oğuzman ve Öz, 2017a: 532-533.

⁹³⁰ Von Büren, 1964: 366-367; Tunçomağ, 1976: 907; Kılıçoğlu, 2017: 863; Kizir, 2012: 78 vd. Temerrüde düşme anının ihtarın borçlu tarafından öğrenildiği an olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 462.

⁹³¹ Weber, 2000: Art. 102, N. 74; Kizir, 2012: 92; Antalya, 2017: 416.

Borçlunun temerrüde düşürülmesi için ihtarın gerekli olmadığı hâller (TBK m. 117/II), kısmî temerrüt için de aynı sonucu doğurur, dolayısıyla ifa edilmeyen kısım bakımından borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için ihtar gerekmez⁹³². Kısmî ifanın reddi de temerrüt ihtarını nitelendirilerek, borçluyu temerrüde düşürmek için yeniden ihtarın gerekli olmadığı savunulmaktadır⁹³³. Temerrüt için ihtarın gerekli olmadığı hâllerden biri de TTK m. 1530'da öngörülen ticari işletmeler arasında ve ticari işletmelerle ilgili hukukî işlemlerdir⁹³⁴. TTK m. 1530/II hükmü ile maddenin uygulama alanı ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemler olarak belirlenmiştir. Bu hükme göre alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, onun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmesi öngörülmüştür. Ancak borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamadığı hâllerde, temerrüt için ihtara gerek bulunmaktadır. Bu hükmün karşılıklı borç yükleyen ve mal veya hizmet tedarikinden doğan para borçlarının karşı edimi oluşturduğu sözleşmeler bakımından, Türk Lirası veya yabancı para borçları, hatta ödeme amacıyla kıymetli evrak verildiği hâllerde uygulanması kabul edilmektedir⁹³⁵.

Kısmî temerrüdün gerçekleşmesi için, alacaklının ifa edilen edim kısmını kabule hazır olması gerekir⁹³⁶. Kısmî ifayı kabul eden alacaklı, kalan kısma ilişkin olarak borçluyu temerrüde düşürmek için ona ihtar çeker ve borçlu da kalan kısmı ifa etmek isterse, artık alacaklı, kalan edim kısmını kabulden kaçınamaz. Kaçındığı takdirde borçlu temerrüdü değil, alacaklı temerrüdü gerçekleşir.

Sürekli edimli sözleşmelerde edimin kısımlara ayrılması ancak zaman bakımından mümkün ise, geleceğe ilişkin edimlerin yerine getirilmemesi, kısmî temerrüde yol açmaz. Zira henüz gelecekte ifa edilecek edimlerin ifasında gecikilmemiş, edimler muaccel olmamıştır. Bununla birlikte belirli bir süre devam edecek olan ifa fiili, erkenden kesilirse, yine kısmî temerrüt gündeme gelmez.

Kısmî temerrüt bakımından özellik arz eden bir diğer konu da art arda teslimli sözleşmelerdeki durumdur. Bu sözleşmelerde temerrüt, edimin sadece ifa edilmemiş parçası bakımından o parçanın bütünlüğü içerisinde değerlendirilmelidir. Çünkü her ardışık teslimin

⁹³² Honsell, 2014: 455; Nomer, 2015: 335. Temerrüt için ihtara gerek olmayan hâllerin kanunda örnek kabilinden sayıldığı, bu hâllerin genişletilebileceği hakkındaki görüşler için bk. Buz, 1998: 102-103, dn. 168; Von Büren, 1964: 367.

⁹³³ Honsell, 2014: 455.

⁹³⁴ Ayan, 2010: 731-732; Kılıçoğlu, 2017: 869.

⁹³⁵ Ayan, 2010: 734 vd. Hükmün, borcun kıymetli evrak ile ödenmesi durumunda uygulanmamasının kabulü hâlinde, özellikle 60 günü aşan taksitlendirmeler geçersiz sayılırken 60 günü aşan vadeli bonoların geçerli sayılması gibi kanun koyucunun amaçlamadığı bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

⁹³⁶ Buz, 1998: 103; Tunçomağ, 1976: 912; Kocayusufoğlu vd., 2014b: 218.

kendine özgü bir muacceliyet tarihi bulunmaktadır⁹³⁷. Muaccel edim kısmı ifa edilmediğinde kısmî temerrüt gündeme gelebilir. Fakat belli bir zamanda muaccel hale gelmiş ardışık edimde temerrüdün gerçekleşmesiyle, art arda teslimi gereken toplam edim bakımından kısmî temerrüt oluşmaz, henüz muaccel olmamış edim kısımları muaccel hale gelmez⁹³⁸. Bununla birlikte art arda teslimli sözleşmenin daha önce muaccel olan parçalarından biri ya da birkaçının ifasında temerrüde düşülmesi durumunda, sonradan muaccel olacak parçalar için de temerrüdün gerçekleşmesini beklemek, alacaklı için son derece sakıncalı sonuçlar yaratabilir. Zira bu kısımların zamanında ifa edilip edimeyeceği oldukça kuşkuludur. Bu takdirde alacaklının, art arda teslimli sözleşmeye bağlı kalmasını beklemek yerine, kanuni bir dayanak bulunmamasına rağmen, gelecekte muaccel olan kısımların ifasını reddederek tazminat talep edilebilmesi ya da sözleşmeyi feshedilebilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹³⁹. Fakat bunun için, gelecek teslimlerin zamanında gerçekleşmeyeceğine ilişkin ciddi bir kanaatin oluşması, teslim borcunun ifa edilmemesi sonucunda gelecek teslim borçlarının ifasının alacaklı için faydasız olması ve böylece sözleşmenin amacının akamete uğraması gerekmektedir⁹⁴⁰. Bu durumda sona erme sadece ileriye etkili olup, ifa edilmiş edimleri etkilememektedir⁹⁴¹.

Temerrüde düşülen borç kısmı ifa edildiği takdirde, kısmî temerrüt sona erer⁹⁴². Fakat borçlunun, kalan kısımla birlikte, gecikme sebebiyle sorumlu olduğu tazminat borcunu da yerine getirmesi gerekir. Kalan kısmın ifası sonradan objektif olarak imkânsızlaşırsa, yine kısmî temerrüt sona erer⁹⁴³. TBK m. 125/II uyarınca alacaklı aynen ifadan vazgeçip zararının tazminini talep ederse de bu andan itibaren kısmî temerrüt sona erer⁹⁴⁴.

Kısmî temerrüt devam ederken borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir savunma sebebi ortaya çıkarsa, borçlu temerrüdü sona erer. Meselâ, temerrütten sonra borç zamanaşımına uğrar ve borçlu da bu def'iye ileri sürerse, def'in ileri sürülebileceği andan itibaren kısmî temerrüt sona erer⁹⁴⁵.

⁹³⁷ Kuntalp, 1968: 25; Tunçomağ, 1976: 958-959; Eren, 2017: 1151.

⁹³⁸ Tunçomağ, 1976: 959.

⁹³⁹ Gauch vd., 2014b: N. 2814; Kuntalp, 1968: 85 vd.; Tunçomağ, 1976: 959; Eren, 2017: 1151.

⁹⁴⁰ Kuntalp, 1968: 99.

⁹⁴¹ Tunçomağ, 1976: 960.

⁹⁴² Kizir, 2012: 111 vd, Oğuzman ve Öz, 2017a: 471; Tunçomağ, 1976: 913; Antalya, 2017: 430.

⁹⁴³ Antalya, 2017: 431.

⁹⁴⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 471.

⁹⁴⁵ Borçlu temerrüde düştüğü sırada bir def'i hakkına sahipse, bu hakkın kullanılması da temerrüdü engeller. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 472.

Temerrüde düşülen kısma ilişkin olarak yapılan bir erteleme anlaşması da kısmî temerrüdü sona erdirir⁹⁴⁶. Bununla, taraflar arasında vadenin uzatılmasına ilişkin bir anlaşma sağlanmaktadır.

Borçlunun temerrüde düşürülmesi için kusur şart değildir, fakat temerrüdün sonuçları bakımından kusurlu olup olmamak önem taşır⁹⁴⁷. Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinden doğan para borçlarında temerrüde ilişkin özel hüküm niteliği taşıyan TTK m. 1530 hükmü uyarınca borçlunun temerrüde düşmekte kusuru aranmaktadır⁹⁴⁸. Borçlu, gecikmeden sorumlu tutulmadığı bir halin bulunduğunu kanıtlarsa, temerrüde düşmemektedir⁹⁴⁹.

3.1.1.2.2.2. Kısmî Temerrüdün Genel Sonuçları

Borçlu temerrüdü, dolayısıyla kısmî temerrüt çeşitli hukukî sonuçları beraberinde getirir. Fakat temerrütle ortaya çıkan bu sonuçlar, borçlunun ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁹⁵⁰. Edimin ifası mümkün olduğu sürece kural olarak alacaklının aynen ifayı talep etmesi her zaman mümkündür⁹⁵¹. Borçlunun temerrüde düşmesi, onun edimi ifa yükümlülüğünü kendiliğinden bir tazminat sorumluluğuna dönüştürmez⁹⁵². Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından TBK m. 125'te öngörülen aynen ifadan vazgeçerek borçlunun tazminat sorumluluğunun doğmasını sağlayan herhangi bir hüküm, borçlu temerrüdünün genel sonuçları arasında yer almamaktadır.

Verme borçlarında, özellikle konusu para olan edimlerde borçluyu aynen ifaya zorlamak daha kolay ve anlamlıyken yapma ve yapmama edimlerinde borca aykırılık çoğu kez ifa imkânsızlığı şeklinde ortaya çıktığı için aynen ifa her zaman mümkün gözükmemektedir⁹⁵³. Kısmî temerrüt hâlinde aynen ifası talep edilebilen edim, ifa edilmemiş olan kalan edim kısmıdır.

⁹⁴⁶ Yüce, 2015: 256; Antalya, 2017: 430; Oğuzman ve Öz, 2017a: 472; Tunçomağ, 1976: 913-914.

⁹⁴⁷ Honsell, 2014: 454; Eren, 2017: 1122; Ayan, S., Temerrüt, s. 769; Antalya, 2017: 432-433; Tunçomağ, 1976: 915. Temerrüt kusura dayanmamaktadır fakat bundan anlaşılması gereken, öngörülemez, önlenemez, atipik engellerden meselâ savaş, ambargo hâllerinden dahi borçlunun sorumlu olması anlamına gelmez. Bu hâllerde ifa zamanının geçici ifa engeli ortadan kalkana kadar ötelenmesi gerektiği, kesin vadeli işlemlerde ise alacaklının sözleşmeyi TBK m. 136 ya da TBK m. 123-125 hükümleri uyarınca askıya alması gerektiği savunulmaktadır. Bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 217.

⁹⁴⁸ Ayan, 2010: 769; Çağlayan, 2013: 154.

⁹⁴⁹ Çağlayan, 2013: 154. Kusur sorununa ilişkin ayrıntılı eleştiriler için bk. Ayan, 2010: 770 vd.

⁹⁵⁰ Buz, 1998: 104; Barlas, 1992: 115.

⁹⁵¹ Barlas, 1992: 115; Sert, 2013: 54; Başoğlu, 2012: 71. TBK m. 125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü nedeniyle alacaklıya tanınan haklar bu ilkenin istisnasını oluşturmaktadır.

⁹⁵² Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 221; Antalya, 2017: 432.

⁹⁵³ Nitekim TTK m. 113'te de kişisel nitelik taşımayan edimler bakımından bu kuralın bir görünümü kanuna yansımıştır. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 222.

Edimin tamamına ilişkin temerrüdün genel sonuçları olan “gecikme tazminatı” ve “beklenmeyen hâlden sorumluluk”, niteliği gereği kısmî temerrüt için de geçerli olan hukukî sonuçlardır. Bu iki hukukî sonuç, temerrüde düşülen kısmın ifasının talep edilmesinden bağımsız sonuçlardır⁹⁵⁴.

Gecikme tazminatı, TBK m. 118’de düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borçlu, borcun geç ifası sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Borçlu temerrüdü sonrasında alacaklının aynen ifa talep etmesi, uğradığı zararı karşılamaya yetmeyebilir. Bu yüzden alacaklının, gecikmiş ifa sebebiyle uğradığı müspet zararı karşılaması için “gecikme tazminatı” talep etmesine imkân tanınmıştır. Aynen ifa ile birlikte istenebilen gecikme tazminatının, aynen ifadan vazgeçilmesi durumunda tek başına talep edilememesi kabul edilmektedir⁹⁵⁵.

Gecikme tazminatının talep edilebilmesi için geç ifa sebebiyle bir zarar doğmuş olmalıdır. Bu zarar belirlenirken fark teorisinden yararlanılır. Buna göre, borç zamanında ifa edilmiş olsaydı içinde bulunulacak daha elverişli durumla, geç ifa edildiği için içinde bulunulan elverişsiz durum arasındaki fark tazmin ettirilebilir⁹⁵⁶. Kısmî temerrüt hâlinde gecikme tazminatı, ifa edilmeyen kısım bakımından hesaplanmalıdır. Kalan kısma ilişkin temerrüt sebebiyle ortaya çıkan değer kayıpları, ek masraflar, depo ve saklama giderleri, tazminatın kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁵⁷. Kısmî temerrüt sebebiyle ifa edilen kısım ile orantılı olarak doğmamış olan zararların gecikme tazminatı kapsamına girmemesi gerekir. Meselâ on ton buğdayın üç tonu kısmî ifa edilmiş ve yedi tonu bakımından temerrüt gerçekleşmişse, yedi tonun muhtemel bir değer kaybı gecikme tazminatı kapsamına girmelidir. Ancak edimin ister tamamı ister bir kısmı bakımından temerrüde düşüldüğünde değişmeyen zarar kalemleri, meselâ saklama giderleri gecikme tazminatına orantılı olarak değil, tümüyle dâhil edilmelidir.

Zararın hesaplanacağı tarih belirlenirken temerrüde düşülen tarih esas alınmalıdır⁹⁵⁸. Edimin tamamı bakımından temerrüt gerçekleşmişse ve kısmî ifa kabul edilmişse, ifa edilmeyen kısım bakımından bütün edim için temerrüdün başladığı ihtar tarihinden sonraki gecikme sonuçları esas alınmalıdır. Temerrütten önce kısmî ifa gerçekleşmişse, kalan kısım için temerrüt ihtarında bulunulan tarihten sonraki gecikme sonuçları esas alınmalıdır.

⁹⁵⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 485; Eren, 2017: 1150-1151.

⁹⁵⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 488; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 226; Eren, 2017: 1126.

⁹⁵⁶ Buz, 1998: 104; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 226; Oğuzman ve Öz, 2017a: 486; Nomer, 2015: 345; Antalya, 2017: 434; Guhl vd., 2000: 257.

⁹⁵⁷ Honsell, 2014: 456; Tandoğan, 2010: 482; Antalya, 2017: 435.

⁹⁵⁸ Oğuzman ve Öz, 2017a: 486; Antalya, 2017: 434. Aynı yönde bk. BGE 122 III 53, 54. Karar metni için bk. https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/673bdd9b-1808-4cd4-ad66-823c4b52a654?sp=2%7Colaeon&source=document-link#page_53, (erişim tarihi: 12.10.2017).

Temerrüt için ihtara gerek bulunmayan hâllerde muacceliyet tarihinden sonraki zarar kalemleri tazminatın kapsamına orantılı olarak dâhil edilmelidir.

Gecikme ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Gecikme ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına ispat yükü alacaklıya aittir⁹⁵⁹.

Kısmî temerrüde düşen borçlunun gecikme tazminatından sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Borçlu, bu bağlamda her derecedeki kusurundan sorumludur⁹⁶⁰. TBK m. 118 uyarınca alacaklının, borçlunun temerrüde düşmekteki kusurunu ispatlaması değil, borçlunun kendi kusursuzluğunu ispatlaması gerekir⁹⁶¹. Kısmî temerrüt bakımından gecikme tazminatında kusurun rolü, herhangi bir özellik arz etmemektedir.

Borçlu temerrüdünün bir diğer sonucu da beklenmeyen hâlden sorumluluktur. TBK m. 119 uyarınca temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan da sorumludur (TBK m. 119/I). Ancak, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispatlayan borçlu, bu sorumluluktan kurtulabilmektedir (TBK m. 119/II). Kısmî temerrüt bakımından borçlu, ifa etmediği kısmın tamamının ya da bir kısmının beklenmeyen bir hal ya da mücbir sebeple yok olmasından, kötüleşmesinden sorumludur. Hükümde, borçluya iki farklı kurtuluş kanıtı ile sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaktadır. İlk imkân, borçlunun beklenmeyen halin oluşmasında değil, temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispatlamasıdır. İkinci imkân ise, borçlu temerrüde düşmeseydi dahi beklenmeyen hal sebebiyle doğan zararın borcun konusuna isabet edeceğinin ispatıdır⁹⁶². Başka bir deyişle, beklenmeyen halin kaçınılmazlığı ispatlanmalıdır.

3.1.1.2.2.3. Para Borçlarında Kısmî Temerrüdün Sonuçları

Temerrüt faizi, borçlu temerrüdünün para borçlarına özgü sonuçlarından biridir. Borçlunun kısmî temerrüde düşmekte herhangi bir kusuru ya da alacaklının uğradığı herhangi bir zararı olmasa bile alacaklı, temerrüt faizi talep edebilir⁹⁶³. Borçlu, alacaklının herhangi bir zararının olmadığını ya da zararının temerrüt faizi kadar olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁹⁶⁴. Hukukî niteliğinin götürü tazminat olduğu kabul edilen temerrüt

⁹⁵⁹ Eren, 2017: 1128; Antalya, 2017: 434.

⁹⁶⁰ Barlas, 1992: 116; Honsell, 2014: 456; Oğuzman ve Öz, 2017a: 487. Borçlu alacaklı ile TBK m. 115 uyarınca sorumsuzluk anlaşması yapabilir.

⁹⁶¹ Von Büren, 1964: 368; Eren, 2017: 1128; Barlas, 1992: 116.

⁹⁶² Guhl vd., 2000: 254; Tunçomağ, 1976: 930; Buz, 1998: 105; Ayrancı, 2006: 112-113; Tandoğan, 2010: 483; Barlas, 1992: 117; Oğuzman ve Öz, 2017a: 489; Honsell, 2014: 457; Kılıçoğlu, 2017: 880.

⁹⁶³ Von Büren, 1964: 370; Tunçomağ, 1976: 920; Albaş, 2004: 133; Barlas, 1992: 118; Nomer, 2015: 346.

⁹⁶⁴ Barlas, 1992: 134; Albaş, 2004: 142; Von Büren, 1964: 368; Guhl vd., 2000: 254.

faizinin⁹⁶⁵ oranı TBK m. 120’de düzenlenmektedir. Ticari ve ticari olmayan iş ayrımı yapılmaksızın, yıllık temerrüt faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun⁹⁶⁶ uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından yıllık temerrüt faizi oranı 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere % 9 olarak belirlenmiştir. 3095 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca bu oran Bakanlar Kurulu kararıyla aylık olarak belirlenebilir, %10’una kadar indirilebilir ya da bir katına kadar artırılabilir. Akdî faiz oranı %9’dan yüksekse temerrüt faizi bu orandan daha düşük bir oranda olamaz. Sözleşme ile daha yüksek bir temerrüt faizi oranı kararlaştırılması mümkündür. 1.1.2013 tarihinden itibaren ticari işlerde yıllık kanuni temerrüt faizi oranı %13,5’tir. Sözleşme ile daha yüksek bir faiz oranının kararlaştırılması aşırı yararlanma teşkil etmemek ve ahlâka aykırı olmamak üzere serbesttir⁹⁶⁷. Temerrüt faizinin işlemesi bakımından ifa edilmeyen paranın yerli ya da yabancı para olması fark yaratmaz⁹⁶⁸. Ancak yabancı para borçlarında temerrüt faizi oranı 3095 sayılı Kanun m. 4 a uyarınca, o yabancı para ile açılmış 1 yıl vadeli mevduata uygulanan faiz oranı kadardır. Bu oranın üstünde ya da altında bir oranın sözleşme ile belirlenebilmesi mümkündür.

Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinden doğan para borçlarında temerrüde ilişkin özel hüküm niteliği taşıyan TTK m. 1530/VII hükmü uyarınca, alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faizi oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl Ocak ayında ilan edilir ve faiz oranının, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olması gerekir. Ancak, hükümde, belirlenecek faiz oranının 3095 sayılı kanuna göre belirlenen kanuni ticari temerrüt faizi oranının %8’i kadar mı, yoksa kanuni temerrüt faizi oranından 8 puan fazla bir oranın kast edildiği açık olmamakla birlikte öğretide ikinci hesaplamanın, yani kanuni temerrüt faizi oranından 8 puan fazla belirlenen faiz oranının ifade edilmek istendiği kabul edilmektedir⁹⁶⁹.

Faizin işlemeye başladığı tarih, temerrüt ihtarının borçluya vardığı, belirli vadeli işlemlerde ise vadenin sona erdiği tarihi takip eden gündür ve ifa tarihine kadar devam eder.

⁹⁶⁵ Honsell, 2014: 459; Barlas, 1992: 135-137; Antalya, 2017: 447.

⁹⁶⁶ RG 19.12.1984, S. 18610

⁹⁶⁷ Eren, 2017: 1125; Barlas, 1992: 153.

⁹⁶⁸ Eren, 2017: 1123. Yabancı para borçlarına ilişkin temerrüt faizi oranının uygulanabilmesi için sözleşmede efektif yabancı para borcu kaydının yer alması şart olmayıp, borçlunun, yabancı paranın Türk Lirası karşılığını ödemeye yetkili olduğu hâllerde de bu oran üzerinden temerrüt faizi talep edilebilir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 495.

⁹⁶⁹ Ayan, 2010: 784. Yazar bu yöntem ile ulaşılabilecek faiz oranının çok yüksek olduğunu da belirtmektedir.

Bu kuralın istisnası TBK m. 121'de öngörülmüştür. Buna göre faiz ya da irat borcunu veya bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibinin başladığı ya da dava tarihinden başlayarak temerrüt faizi öder. Temerrüt faizine ilişkin borca yeni bir temerrüt faizi ise işlemez (TBK m. 121/III).

Temerrüt faizinin amacı alacaklının, paradan mahrum kalması yüzünden parayı kullanıp değerlendirme imkânının kaybedilmesi sebebiyle uğrandığı varsayılan zararın tazminidir⁹⁷⁰. Kısmî temerrüt durumunda ifa edilmeyen kısım bakımından⁹⁷¹ temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi işlemelidir.

Temerrüt faizinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi alacaklar arasında sadece anapara faizi sayılmış olup temerrüt faizi sayılmamıştır. Bu yüzden temerrüt faizinin TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi olduğu savunulmaktadır⁹⁷². Bununla birlikte faiz borcu fer'i bir borç olduğu için, TBK m. 152 hükmü uygulama alanı bulur. Bu hüküm uyarınca asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğrar. Bu hükümde anapara faizi ve temerrüt faizi ayırımı yapılmadığı için asıl borç zamanaşımına uğradığında hem anapara hem de temerrüt faizinin zamanaşımına uğradığı kabul edilmelidir.

Para borçları bakımından kısmî temerrüdün bir diğer sonucu da aşkın (munzam) zararı tazmin yükümlülüğüdür. TBK m. 122 hükmü uyarınca alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe bu zararı gidermekle yükümlü kılınmıştır. Esasında alacaklının para borcunda temerrütten doğan zararı, temerrüt faizi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Fakat alacaklının uğradığı zarar, temerrüt faizi ile karşılanan tutarı aşıyorsa, temerrüde düşmekte kusurlu olan borçludan, bu zararı tazmin etmesi talep edilebilir. O hâlde para borcu temerrüde düşülmeksizin ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı elverişli farazi durumdan, temerrüt sonrasında içinde bulunduğu fiili durumun çıkarılmasıyla ulaşılan farkın, temerrüt faizini aşan kısmı aşkın zararı oluşturur⁹⁷³. Aşkın zarar fer'i bir borç niteliğinde olmayıp, bağımsız nitelik

⁹⁷⁰ Barlas, 1992: 124-125; Eren, 2017: 1123.

⁹⁷¹ Bk. Yarg. HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/630, K. 2003/611 sayılı kararda Yüksek Mahkeme, borçlunun, edanın uyumsuzluk teşkil eden kısmını yerine getirmeye mahkûm edilmesi halinde, ancak borcunun bu kısmı için temerrüdün neticelerine katlanması gerektiğine hükmetmiştir. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 06.06.2017).

⁹⁷² Ayrancı, 2006: 111; Barlas, 1992: 184.

⁹⁷³ Honsell, 2014: 461; Albaş, s. 111 vd.; Antalya, 2017: 460; Barlas, 1992: 189; Ayrancı, 2006: 115. Öğretide Kılıçoğlu, aşkın zararın manevî tazminat alacakları için de uygulanmasına hukukî bir engelin bulunmadığını, fakat manevî zararın kısımlara ayrılmasının mümkün olmaması nedeniyle TBK m. 122'nin manevî zararları kapsamadığını ileri sürmektedir. Bk. Kılıçoğlu, 2017: 886.

taşıır⁹⁷⁴. Öğretide bir görüşe göre, aşkın zarar, müspet zarar olarak nitelenmektedir.⁹⁷⁵ Bir diğer görüşe göre ise aşkın zarar, somut olayın özelliklerine göre müspet zarar ya da menfi zarar niteliği taşıyabilir⁹⁷⁶.

TBK m. 122 ile bir kusur sorumluluğu öngörülmüştür. Fakat ispat yükü zarar görende değildir. Borçlunun aşkın zarardan sorumlu olabilmesi için, kusursuzluğunu ispat edememiş olması gerekmektedir. Kusur, her derecede olabilir.

Aşkın zararın tazmininin talep edilebilmesi için temerrütle zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekir. İlliyet bağının varlığını ispat yükü alacaklının üzerindedir⁹⁷⁷.

Başlıca aşkın zarar kalemlerine, alacağın elde edilmesine yönelik girişimlerden doğan masraflar, ödenmeyen paranın başka kaynaklardan elde edilmesi yüzünden yapılan masraflar, yabancı para borçlarında oluşan kur farkları, yoksun kalınan kazanç, temerrüt yüzünden alacaklı ve alacaklının alacaklısı arasındaki ilişkinin olumsuz etkilenmesi sebebiyle doğan masraflar örnek gösterilebilir.⁹⁷⁸ Yargıtay kararlarında enflasyon, aşkın zarar kalemi olarak değerlendirilmemektedir⁹⁷⁹.

Aşkın zararın tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bir görüşe göre, aşkın zarar asıl alacağa bağlı kabul edilerek asıl alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır⁹⁸⁰. Savunulan ikinci görüşe göre aşkın zarar asıl alacaktan bağımsız nitelik taşıır ve bu sebeple TBK m. 146'daki genel zamanaşımı süresine tâbidir⁹⁸¹. Kanaatimizce de ikinci görüş isabetlidir, zira aşkın zarar, fer'i bir borç doğurmaz, asıl borçtan ve onun hukukî sebebinden ayrı ve bağımsız yeni bir borçtur. Dolayısıyla, genel zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır⁹⁸².

Aşkın zarar, para borcunda temerrüdün hukukî sonuçlarından biri olduğu için kısmî temerrüt hâlinde, alacaklının uğradığı aşkın zararı, ifa edilmeyen kısma göre orantılı olarak

⁹⁷⁴ Ayrancı, 2006: 117.

⁹⁷⁵ Bk. Ayrancı, 2006: 116; Barlas, 1992: 189; Tekinay vd., 1993: 941.

⁹⁷⁶ Bk. Kılıçoğlu, 2017: 887.

⁹⁷⁷ Eren, 2017: 1132; Ayrancı, 2006: 138-140; Kılıçoğlu, 2017: 892; Antalya, III, s. 461.

⁹⁷⁸ Honsell, 2014: 461; Barlas, 1992: 196 vd; Ayrancı, 2006: 201 vd; Eren, 2017: 1131.

⁹⁷⁹ Bk. Yarg. 15. HD., T. 22.9.1995, E. 1995/4114, K. 1995/4916. Kararın ilgili kısmı için bk. Eren, 2017: 1130, dn. 331. Ancak Anayasa Mahkemesi 25.01.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 21.12.2017 tarihli kararında Yargıtay'ın enflasyonun faiz oranından yüksek olması şartını yeterli saymayarak ayrıca somut bir zararın bulunması gerektiğine ilişkin kararlarını mülkiyet hakkının ihlâli olarak değerlendirmektedir. Karar metni için bk. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm>, (erişim tarihi: 28.01.2018).

⁹⁸⁰ Ayrancı, 2006: 240; Kılıçoğlu, 2017: 906. Bu görüşün doğal sonucu ise borcun kaynağına göre zamanaşımı süresinin başlangıç anının farklılaşmasıdır.

⁹⁸¹ Ayrancı, 2006: 240; Barlas, 1992: 226. Bu görüşün sonucu olarak aşkın zarar doğduğu anda muaccel olmalıdır.

⁹⁸² Edimin tamamı bakımından temerrüt gerçekleşikten sonra kısmî ifa teklif edilir ve alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, bu durumda kısmî ifa nedeniyle zamanaşımının kesilmesi (TBK m. 154/I b. 1) hakkında açıklamalar için bk. 3.2.2.

talep edebilmesi gerekir. İfa edilmeyen kısma ilişkin, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın karşılanması talep edilmelidir.

3.1.1.2.2.4. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Kısımî Temerrüdün Sonuçları

3.1.1.2.2.4.1. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen (tam iki tarafa borç yükleyen, sinallagmatik) sözleşmelerde borçlu temerrüdünün, kanunda öngörülmüş özel bazı sonuçları bulunmaktadır⁹⁸³. Bu sonuçlardan hareketle, kanunda açıkça düzenlenmeyen bir konu olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısımî temerrüdün sonuçları açıklanmalıdır. Temerrüdün genel sonuçları, borcun doğduğu ilişki ne olursa olsun ortaya çıkar. Fakat TBK m. 125 hükmü ile alacaklıya, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü ek seçimlik haklar tanınmıştır. Bu hakların kullanılabilmesinin şartı ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmede temerrüde düşen borçluya alacaklı tarafından ek süre tanınmasıdır. Ek süre verilmesinin gerekli olmadığı hâller ise kanunda sayılmıştır (TBK m. 124). O hâlde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçluya son bir imkân tanınmakta ve onun temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşılaşmasının önüne geçilmek istenmektedir.

TBK m. 123 hükmü uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düşerse diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden de isteyebilir. Hükmün lafzından anlaşılan, ek süre verilmesinin temerrütten sonra gerçekleşecektir. Fakat öğretime bir görüş, borçlunun, ancak ek süre verilmesiyle temerrüde düşürülebileceği yönündedir⁹⁸⁴. Kanaatimizce, borçlu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde de kural olarak ihtar ile temerrüde düşer. Ek süre ise borçluyu temerrüde düşürmek bakımından değil, seçimlik hakları kullanabilmek bakımından önem taşır. O hâlde ek süre temerrüde değil; temerrüdün sonuçlarına ilişkin bir şart olarak kabul edilmelidir. Çoğu kez temerrüt ihtar ve ek süre verilmesi bir arada ve aynı anda gerçekleşir. Bu durumda ek sürenin sona ermesi ile seçimlik haklar kullanılabilir hale gelir. Verilen sürenin borcun ifa edilebilmesi için “uygun” bir süre olması gerekir⁹⁸⁵. Bu süreyi alacaklı kendisi belirleyebileceği gibi, hâkimin belirlemesini de isteyebilir. Bu sayede sürenin uygun

⁹⁸³ Öğretime TBK m. 125 hükmünün kıyasen eksik iki taraf borç yükleyen sözleşmeler bakımından da uygulanmasının uygun olacağı savunulmaktadır. Bk. Kocayusufoğlu vd., 2014b: 226-227. Karşı görüş için bk. Barlas, 1992: 115.

⁹⁸⁴ Eren, 2017: 1134. Aksi yönde bk. Buz, 2005: 168. Yazar, ek süre verilmesini, ek seçimlik haklardan yararlanabilmek için yerine getirilmesi gereken bir külfet olarak nitelemektedir.

⁹⁸⁵ Tunçomağ, 1976: 935; Antalya, 2017: 470; Honsell, 2014: 463. Ek sürenin ne kadar oluğu, bildirimden açıkça anlaşılmalı, bu süre çok kısa olmamalıdır.

olup olmadığına ilişkin yeni iddialar bertaraf edilmiş olur. Borçlu, verilen sürenin ifa için uygun olmadığını iddia ediyorsa bu yetersizliği ispatlamalı ve derhal itiraz etmelidir⁹⁸⁶.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmî temerrüt hâlinde temerrüde düşülen kısmın ifası için ek süre verilmelidir. Bölünebilir edimin ifası kabul edilen kısmı bakımından borç sona ermiş olduğu için seçimlik haklar, kalan kısım bakımından kullanılabilir. Bu sebeple ek süre sadece kalan kısmın ifasına yönlendirme amacı taşıyabilir. Ek süre verilmesinin hukukî niteliği tıpkı temerrüt ihtarı gibi “hukukî işlem benzeri” olarak kabul edilmektedir⁹⁸⁷. Ek süreye ilişkin beyan kural olarak herhangi bir şekle tâbi değildir, hatta asıl sözleşmenin geçerliliği şekil şartına bağlı olsa dahi ek süre bu şekilde bildirilmek zorunda değildir⁹⁸⁸. Ancak TTK m. 18/ b. 3 uyarınca ek süre noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemiyle beyan edilmelidir. Süre verilmesine ilişkin beyan borçluya varması gereken bir irade açıklamasıdır⁹⁸⁹.

TBK m. 124’te süre verilmesine gerek olmayan hâller sayılmıştır. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz kalacağı anlaşıyorsa, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa, borçlunun seçimlik hakları kullanmak için ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır⁹⁹⁰. Bu hâllerde alacaklı, seçimlik haklardan birini kullanmak istiyorsa aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir⁹⁹¹.

3.1.1.2.2.4.2. Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar

Ek sürenin sonunda TBK m. 125’te öngörülen diğer seçimlik hakları kullanma imkânının yanı sıra alacaklının, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilme hakkı devam eder. Nitekim TBK m. 125/I uyarınca temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise, bu takdirde alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteyebilir. Hatta ifa ve gecikme tazminatının istenebilmesi için ek süre verilmesine dahi gerek bulunmadığı, ek

⁹⁸⁶ Honsell, 2014: 463; Oğuzman ve Öz, 2017a: 507-508. Bu durumda yeniden ek süre verilmesinin gerekmediği; uygun sürenin geçmesiyle birlikte seçimlik hakların kullanılabilmesi yönünde bk. Weber, 2000: Art. 107, N. 78; Nomer, 2015: 362.

⁹⁸⁷ Honsell, 2014: 463; Buz, 1998: 107; Antalya, 2017: 470; Nomer, 2015: 363.

Oğuzman ve Öz, 2017a: 506. Bu nedenle ek süre verme iradesinin beyanının, hüküm ve sonuç doğurma, ehliyet, temsil konularında hukukî işlemlerin taşınması gereken özellikleri taşınması gerekir.

⁹⁸⁸ Oğuzman ve Öz, 2017a: 507.

⁹⁸⁹ Tunçomağ, 1976: 907; Eren, 2017: 1136.

⁹⁹⁰ Weber, 2000: Art. 108, N. 9 vd; Nomer, 2015: 364; Honsell, 2014: 468; Oğuzman ve Öz, 2017a: 528.

⁹⁹¹ Nomer, 2015: 365. Öğretide Oğuzman/Öz, TBK m. 124’teki hâllerde borçlu temerrüde düşünce alacaklının dönme hakkını kullandığının varsayılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 531-532.

sürenin sadece seçimlik hakları kullanabilmenin bir ön şartı olduğu isabetli olarak kabul edilmektedir⁹⁹².

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri, edimini kısmen ifa etmişse, bu edimin alacaklısı, kalan kısmın ifasını talep edebilir⁹⁹³. Alacaklının bu hakkı, borç ilişkisinden doğan en doğal hakkı ve esas talebidir. Kalan kısmın gecikmiş ifası mümkün olduğu sürece, alacaklı bu kısmı talep edebilir⁹⁹⁴. Alacaklının aynen ifayı talep yerine kendi borçlandığı bölünebilir nitelikteki edimi (karşı edimi) azaltabileceği de savunulmaktadır⁹⁹⁵. Fakat alacaklının kalan kısma ilişkin olarak aynen ifa talebinde bulunurken kendi edimini tamamen ortadan kaldıracak bir azaltma yapamayıp, bu durumda dönme hakkını kullanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁹⁶.

Alacaklıya tanınan diğer seçimlik haklar, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmininin talep edilebilmesidir. TBK m. 125/II uyarınca alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir. Alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir (TBK m. 125/III).

Müspet zararın tazminini isteme hakkı ve dönme hakkı, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkından vazgeçildiğinin derhal bildirilmesiyle seçilebilen haklardır. Bu haklardan birinin kullanılacağına beyan edilmesi yenilik doğuran işlem olarak nitelendirilmektedir⁹⁹⁷. Borçlunun kısmî temerrüdü sebebiyle bu hak kullanıldığında alacaklı, ya kendi edimini tamamen yerine getirip temerrüde düşülen kalan edim kısmının ifa

⁹⁹² Antalya, 2017: 488; Oğuzman ve Öz, 2017a: 504. Bu konuda Yargıtay, gecikme tazminatının istenebilmesi için ek süre verilmesi şartını aramamaktadır. Bk. Yarg. HGK, T. 8.6.2016, E. 2014/23-1004, K. 2016/763. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-23-1004.htm&kw=bor%C3%A7lu+temerr%C3%BCd%C3%BC+gecikme+tazminat%C4%B1+ek+s%C3%BCre#fm>, (erişim tarihi: 03.03.2018).

⁹⁹³ Koller, 2006: §-57, N. 45; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 221. Aynen ifa talebinin Türk- İsviçre hukuklarındaki anlamı, olumlu ve olumsuz yönler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Başoğlu, 2012: 69 vd.

⁹⁹⁴ Başoğlu, 2012: 70. Cebri icra sistemimizin de bu talebi destekleyici yönde oluşturulduğu hakkında bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 221.

⁹⁹⁵ TBK m. 230 (OR. 206) hükmünün bu düşüncenin özel hükümlere yansımalarının bir örneği olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca indirimin hesaplanmasında nispi metodun uygulanması gerektiği hakkında bk. Koller, 2006: §-57, N. 47-51.

⁹⁹⁶ Koller, 2006: §-57, N. 55.

⁹⁹⁷ Oğuzman ve Öz, 2017a: 511; Nomer, 2015: 367-368; Kılıçoğlu, 2017: 915.

edilmemesinden dolayı uğradığı zararı talep eder ya da karşı edimi, kısmî temerrüt sebebiyle mahrum kaldığı miktara karşılık gelen oranda azaltır⁹⁹⁸.

Sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklının uğramayacak olduğu zararın tazmininin amaçlandığı müspet zararın tazmini⁹⁹⁹, kısmî temerrüt durumunda kural olarak sadece temerrüde düşülen kısım bakımından söz konusu olur. Bu seçimlik hak kullanıldığında sözleşmenin ortadan kalkmadığı, fakat içerik değiştirerek varlığını devam ettirdiği kabul edilmekle birlikte; karşı edimin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Temerrüde düşülen borcun alacaklısının müspet zararın tazminini talep etmesi durumunda kendi edimini yerine getirmesi mi, yoksa kendi ediminin değerini tazminattan indirerek kalan kısmı mı talep etmesi gerektiği hususuna açıklık kazandırılmalıdır. “Değiştirme (mübadele) teorisi”ni savunanlara göre alacaklı kendi edimini, temerrüde düşen borçlu da müspet zarara ilişkin tazminatı yerine getirmelidir¹⁰⁰⁰. “Fark teorisi”ni savunan yazarlara göre ise alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorunda olmayıp, mütemerrit borçludan talep ettiği tazminat alacağından, kendi ediminin değerini düşerek arada kalan farkın tazminini talep edebilir¹⁰⁰¹. Savunulan üçüncü görüşe göre ise¹⁰⁰², alacaklı bu iki yaklaşımdan birini seçmekte özgür olup seçimine göre tazminat talep edebilir. Temerrüde düşülen edimin karşı alacağı para ise, iki teori arasında, sonuçları yönünden herhangi bir fark kalmamaktadır. Fakat tersi durumda, yani karşı alacağın konusunun para dışında bir edim olduğu hâllerde tartışma önem kazanmaktadır. Ticari satış sözleşmelerine ilişkin olarak TBK m. 213/II’de açıkça fark teorisine üstünlük tanındığı görülmektedir. Kanaatimizce de fark teorisi daha isabetli ve edim türlerinin çeşitliliği karşısında daha genelgeçer sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle edimlerden birinin konusunun para dışında bir edim olduğu hâllerde gerçekleşen kısmî temerrüt durumunda ya da edimlerden temerrüde düşülen edimin bölünebilir nitelik taşımasına rağmen karşı edimin bölünebilir nitelik taşımadığı hâllerde fark teorisinin uygulanması hakkaniyete daha uygundur. Kısmî temerrüt ile karşı karşıya kalan alacaklının kendi edimi bölünemez nitelikte ise ve kısmen ifa edilen kısmı ret hakkını kullanmak istemiyorsa, kendi ediminin tamamını ifa

⁹⁹⁸ Koller, 2006: §-57, N. 30.

⁹⁹⁹ Koller, 2006: §-57, N. 30; Honsell, 2014: 465; Eren, 2017: 1141.

¹⁰⁰⁰ Honsell, 2014: 464; Buz, 1998: 109; Eren, 2017: 1141; Kılıçoğlu, 2017: 919; Tekinay vd., 1993: 972. Yazarlar mübadele teorisinin özellikle kabul edilen kısmın ifanın edimin büyük bir kısmını kapsadığı hâlde uygulanmasının hakkaniyete uygun olduğunu belirtmektedir.

¹⁰⁰¹ Tekinay vd., 1993: 972; Kılıçoğlu, 2017: 919; Eren, 2017: 1142. Sözleşmeden dönen taraf, önce kendi edimini yerine getirmişse, iadenin fark teorisine göre nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği ise tartışmalıdır. Alman Hukukunda fark teorisine göre müspet zararın tazmin edilebileceği kabul edilmektedir (katı fark teorisi). Türk-İsviçre Hukukunda ise fark teorisine göre müspet zarar ancak, alacaklının henüz kendi edimini yerine getirmediği aşamada mümkün sayılmaktadır (sınırlı fark teorisi). Bk. Buz, 1998: 109, dpn. 195.

¹⁰⁰² Tekinay vd., 1993: 870; Buz, 1998: 109-110, dpn. 195; Serozan, 2007: 245, dpn. 28.

ederken, karşı tarafın temerrüde düştüğü kısma karşılık gelen menfaatin para olarak talep edilmesi de mümkün kabul edilmektedir¹⁰⁰³.

Alacaklının diğer seçimlik hakkı ise, sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep etmektir. Bu hakkın öngörülmesi ve kullanılmasındaki amaç, alacaklıyı sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı içinde bulunacağı ekonomik şartlara taşımaktır¹⁰⁰⁴. Dönme hakkının kullanılabilmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olması aranmazken, menfi zararın tazmini kusura bağlı bir sonuçtur¹⁰⁰⁵. Aslî edim yükümlerinin yanı sıra karşılıklı ilişki içinde bulunan yan edim yükümlerinin ifasında temerrüde düştüğü takdirde de dönme hakkının kullanılabilmesi kabul edilmektedir¹⁰⁰⁶. Bir yan edim yükümünün ifasında temerrüt, kısmî temerrüt de teşkil edebilir.

Dönme hakkının hukukî niteliği yenilik doğuran hak olarak kabul edilmekle birlikte; klasik dönme, kanuni borç ilişkisi, yeni dönme ve aynî etkili dönme görüşlerine göre yenilik doğuran hak çeşitleri bakımından yapılan niteleme değişmektedir. Klasik dönme görüşüne göre, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme, kurulduğu ana kadar geriye etkili olarak ortadan kalkar ve sözleşme kurulmadan önceki duruma geri dönülmesi amaçlanır. O ana kadar yerine getirilmiş edimlere ilişkin borçlandırıcı işlemler hukukî sebepten yoksun hale gelir, fakat dönme, tasarruf işlemlerine etki etmez¹⁰⁰⁷.

Öğreti ve uygulamada kanuni borç görüşü ise terk edilmiştir¹⁰⁰⁸. Bu görüşe göre, dönme geçmişe etkili olup, iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine; fakat 10 yıllık akdî zamanaşımı süresine tâbi olan, kanundan kaynaklanan bir borç ilişkisi ortaya çıkar.

Son yıllarda öğretilde ağırlık kazanan bir görüş olan yeni dönme görüşüne göre değiştirici yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamakta, taraflar arasındaki ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir¹⁰⁰⁹. Henüz ifa edilmeyen edimler ortadan kalkar, ifa edilmiş edimler ise tasfiye ilişkisi içinde iade edilir. Fakat iade borcunun hangi hukukî sebebe dayandığı hususu tartışmalıdır¹⁰¹⁰. Yeni dönme görüşüne göre, sözleşme içeriği dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte değişiklik geçirir ve ilk edimlerin yerine iade edimleri geçer. Tasfiye sürecinin tamamlanmasıyla sözleşmenin kurulmasından önceki hale dönmüş olur.

¹⁰⁰³ Koller, 2006: §-57, N. 24.

¹⁰⁰⁴ Von Büren, 1964: 380; Tunçomağ, 1976: 951; Eren, 2017: 1143; Koller, 2006: §-57, N. 32; Kılıçoğlu, 2017: 916.

¹⁰⁰⁵ Tunçomağ, 1976: 955; Buz, 1998: 110; Antalya, 2017: 504.

¹⁰⁰⁶ Nomer, 2015: 370; Buz, 1998: 115. Yan yükümler ise bağımsız bir talep ve dava konusu olmadıkları için, bunların temerrüt, dolayısıyla kısmî temerrüt konusu olamayacakları kabul edilmektedir.

¹⁰⁰⁷ Weber, 2000: Art. 109, N. 40; Öz, 1989: 34-35. Serozan, 2007: 60; Buz, 1998: 119; Tandoğan, 2010: 504; Antalya, 2017: 510;

¹⁰⁰⁸ Serozan, 2007: 61-62; Buz, 1998: 120-121; Öz, 1989: 35.

¹⁰⁰⁹ Honsell, 2014: 465; Serozan, 2007: 76 vd; Eren, 2017: 1144; Antalya, 2017: 512; Öz, 1989: 37-38.

¹⁰¹⁰ Eren, 2017: 1145.

Öğretide savunulan ve daha isabetli bulduğumuz aynı etkili dönme görüşüne göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu etki sadece borçlandırıcı işlemleri değil tasarruf işlemlerini de kapsar. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi, sebebe bağlılık ilkesi uyarınca, istihkak davasıyla süresiz olarak; işleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı hâlinde sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edilebilir¹⁰¹¹. İstihkak davası dışındaki davaların tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin olarak bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmekte ve bu boşluğun 10 yıllık genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m 146 ile doldurulması gerektiği savunulmaktadır¹⁰¹².

Kısmî temerrüt hâlinde dönme hakkının kullanılması, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından, özellik arz eden bir konudur. Özellikle kısmî ifayı kabul eden alacaklının dönme hakkını kullanmasının karşılıklı edimlere etkisine ilişkin Türk-İsviçre Hukukunda açık bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Kısmî temerrüdün gerçekleşmesi ile sözleşme “dönmeden etkilenen” ve “dönmeden etkilenmeyen” kısım olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dönme hakkının kullanılmasından önce ifası gerçekleşen ve bu kısmın karşılığını oluşturan (karşı) edim kısmı, kural olarak dönmeden etkilenmemektedir¹⁰¹³. Ancak dönme hakkının kullanılmasıyla, temerrüde düşülen edim kısmı ve buna ilişkin karşı edim bakımından tarafların, edim yükümlülüklerinin sona erdiği kabul edilmektedir¹⁰¹⁴. Dönme hakkının, sadece ifasında temerrüde düşülen edim kısımları için kullanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹⁵. Karşı edim, dönme hakkının kullanılmasından önce tamamen ya da ifa edilmesi gerekenden fazla oranda ifa edilmişse, alacaklı, bu edimin kendisine iadesini talep edebilir¹⁰¹⁶. Dönme hakkının kısmî olarak kullanıldığı edim kısmının ya da karşı edimin mutlak ya da nispi metoda göre hesaplanabilmesi mümkündür. Meselâ A ile B her birinin değeri 60.000,00 TL olan iki adet otomobilin indirimli olarak 110.000,00 TL’ye satışı hususunda anlaşmış olsun. Otomobillerden birinin teslimi bakımından borçlu temerrüdü gerçekleşirse, kısmî dönme hakkının 55.000,00 TL üzerinden mi yoksa 60.000,00 TL üzerinden mi kullanılması gerektiği tartışma konusudur. Kanaatimizce dönme hakkının kullanılması gereken bedel, nispi metoda göre 55.000,00 TL olarak belirlenmelidir.

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, ifasında temerrüde düşülen edim bölünebilir nitelikteyken, karşı edim bölünemez nitelikte olabilir ya da aksi ihtimal gerçekleşebilir. Bu

¹⁰¹¹ Buz, 1998: 121-122; Antalya, 2017: 511.

¹⁰¹² Buz, 1998: 151; Nomer, 2015: 374.

¹⁰¹³ Koller, 2006: §-57, N. 11-13; Buz, 1998: 314.

¹⁰¹⁴ Buz, 1998: 314.

¹⁰¹⁵ Tunçomağ, 1976: 958; Eren, 2017: 1151; Buz, 1998: 313; Serozan, 2007: 386 vd.

¹⁰¹⁶ Koller, 2006: §-57, N. 20.

takdirde dönme hakkının ancak sözleşmenin tamamı bakımından kullanılabilir¹⁰¹⁷. Bu görüşü destekleyen ve satış sözleşmesi dışındaki sözleşmeler için kıyasen uygulanması gerektiği belirtilen hüküm TBK m. 230/I hükmüdür. Bu hüküm uyarınca birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmışsa ve bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı, bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak, alıcıya ve satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân bulunmaması hâlinde, dönme hakkının satılanın tamamını kapsaması zorunludur. Bunun yanı sıra ifade bulunulan kısmın alacaklı için fayda sağlamadığı, temerrüde düşülen kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşıldığı ya da alacaklının sırf borçlunun derhal ifade bulunacağı zannıyla kısmî ifayı kabul ettiği takdirde, sözleşmenin tamamı bakımından dönme hakkının kullanılabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰¹⁸. İfa edilen kısmın objektif ya da ekonomik değerinden ziyade, alacaklının sübjektif beklentisinin ve çıkarının üstün tutulduğu bu görüşe göre tarafların henüz yerine getirmedikleri edim kısmına ilişkin ifa yükümlülükleri sona erer. Kendi edimini önceden yerine getiren alacaklı kendi ediminin, kısmî ifade bulunan borçlu da o kısmın iadesini talep edebilir¹⁰¹⁹.

Kanaatimizce, yukarıda bahsi geçen son durumda edimin objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel bütünlüğü bir kenara bırakılarak sadece alacaklının sübjektif iradesine göre dönme hakkının kapsamının belirlenmesi, kısmî ifayı ret hakkı bulunmasına rağmen bu hakkını kullanmayan alacaklının, gereğinden fazla korunmasından başka bir sonuç doğurmaz. Bu noktada ikili bir ayırım yapılarak daha hakkaniyetli bir sonuca ulaşılabilir: İfade sıra, alacaklı aleyhine belirlenmiş ve alacaklı önce kendi edimini tamamen yerine getirmesi gerektiği için kısmî temerrüt anında hukuken dezavantajlı duruma düşmüşse, bu takdirde, alacaklının kısmî dönme yerine sözleşmenin tamamına etkili dönme hakkını kullanması kabul edilebilir. Fakat böyle bir sıra ilişkisi bulunmamakla birlikte henüz kendi edimini ya da alacaklı olduğu kısma ilişkin karşı edimi yerine getirmeden, kısmî temerrüt gerçekleşmişse, artık sadece alacaklının iradesine bağlı olarak dönme hakkının bütün sözleşme için kullanılması alacaklıyı fazlaca korumaktan başka bir anlama gelmemektedir. Zira, eğer kısmî ifa alacaklı için o denli faydasız ve anlamsız ise, kısmî ifa teklifi reddedilebilir ya da somut olayın özelliklerine göre edimin imkânsızlaştığı sonucuna varılabilirdi. Bütün bunlar olmadan kısmî ifa kabul edilmişse, dönme hakkının etkisi de bu kabul iradesi göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, kısmî temerrüt neticesinde dönme hakkının

¹⁰¹⁷ Pigesa, 2004: 363; Koller, 2006: §-57, N. 11-16; Serozan, 2007: 386-390; Tunçomağ, 1976: 958; Buz, 1998: 314; Eren, 2017: 1151; Tekinay vd., 1993: 972.

¹⁰¹⁸ Honsell, 2014: 467; Tunçomağ, 1976: 958; Serozan, 2007: 388-389; Buz, 1998: 315; Tekinay vd., 1993: 972; Weber, 2000: Art. 109, N. 34, s. 570.

¹⁰¹⁹ Buz, 1998: 315-316; Koller, 2006: §-57, N. 20.

bütün sözleşmeye etki etmesi kabul edilirken ifada sıra, karşılıklı edimlerin niteliği ve ifa edilen edimlerin amaçsal, ekonomik, fonksiyonel birliği ve bütünlüğü de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, ifasında temerrüde düşülen kısım alacaklı için son derece önemsiz ve küçük bir kısımda, dönme hakkının kullanılamaması kabul edilmelidir¹⁰²⁰.

Öğretide son derece isabetli olarak sözleşmeden dönme hakkının kısmen ya da tamamen kullanılmasında “ya hep ya hiç” ilkesinin benimsenmesi gerektiğini savunulmaktadır¹⁰²¹. Yazara göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin taraflarından hiçbiri dönme hakkının kısmen ya da tamamen kullanılmasından ötürü, karşı tarafın zararıyla orantısız, ölçüsüz bir yarar sağlamamalıdır. Taraflardan biri dönme hakkının kısmen kullanılmasıyla önemli ölçüde menfaat kaybı yaşarsa sözleşmenin tamamından dönülmelidir.

Sözleşmeden dönen alacaklı, temerrüde düşen borçludan, uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilir¹⁰²². Menfi zararın tazmininin genel amacı, alacaklıyı, sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı, içinde bulunacağı farazi ekonomik duruma taşımaktır¹⁰²³. Kısmî temerrüt sebebiyle henüz ifa edilmemiş edimlere ilişkin olarak kısmî dönme hakkı kullanılmışsa, talep edilebilen menfi zarar, sözleşme borçlunun ifada bulunduğu ve dönmeden etkilenmeyen kısım üzerinden yapılmış olsaydı uğranılmayacak olan zarardır¹⁰²⁴.

Menfi zararın kapsamına alacaklının uğradığı fiili zarar ve yoksun kalınan kâr dâhildir¹⁰²⁵. Fiili zararın kapsamına sözleşmenin akdedilmesi için ya da ifa beklentisi içinde yapılan masraflar, dava ve yargılama masrafları, alacaklının temerrüt yüzünden üçüncü kişilere karşı yapmak zorunda kaldığı ödemeler vb. girer¹⁰²⁶. Yoksun kalınan kâr ise kaçırılan fırsatlara ilişkin, geleceğe dönük bir zarar olarak değerlendirilir. Dönme sebebiyle alacaklının üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği kârı içeren bu zarar kalemi esasen dönülen sözleşmeden umulan kârdır¹⁰²⁷.

Sözleşmeden dönülerek menfi zararın tazmini talep edildiği takdirde, artık gecikme tazminatının talep edilememesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰²⁸. Menfi zararın talep

¹⁰²⁰ Weber, 2000: Art. 109, N. 34, s. 570.

¹⁰²¹ Serozan, 2007: 389.

¹⁰²² Koller, 2006: §-57, N. 4 ve 29. Öğretide sözleşmeden dönüldüğünde müspet zararın da tazmin edilebilmesi gerektiği savunulmakta, bu konuda kanunda gerçek olmayan bir boşluğun bulunduğu ileri sürülmektedir. Bk. Weber, 2000: Art. 109, N. 84; Antalya, 2017: 522.

¹⁰²³ Koller, 2006: §-57, N. 32; Honsell, 2014: 471.

¹⁰²⁴ Buz, 1998: 315, Honsell vd., 2011: Art.109, N. 10.

¹⁰²⁵ Honsell, 2014: 471; Buz, 1998: 243.

¹⁰²⁶ Eren, 2017: 1148; Antalya, 2017: 524; Ergüne, 2008: 289 vd. Weber, 2000: Art. 109, N. 87 vd.

¹⁰²⁷ Eren, 2017: 1149; Antalya, 2017: 525-526. Aksi görüş için bk. Buz, 1998: 257; Weber, 2000: Art. 109, N. 95 vd.

¹⁰²⁸ Honsell, 2014: 471. Aksi görüş için bk. Antalya, 2017: 527. Yazara göre, dönme hakkını kullanan alacaklının gecikme zararlarını talep edemeyeceğinin kabulü, borçluyu alacaklı karşısında daha avantajlı duruma getirir.

edilebilmesi için, temerrüde düşen borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olması ve doğan zararın temerrüde düşmekle uygun illiyet bağı içinde bulunması gerekir¹⁰²⁹.

3.1.1.2.3. Kısmî İmkânsızlık

3.1.1.2.3.1. Genel Olarak

Edimin ancak bir kısmının ifa edilebilmesi, ifa edilmeyen kısmın imkânsızlaşmasından kaynaklanabilir. İfa imkânsızlığı sebebiyle bir kısmının ifası teklif edilen edim alacaklı tarafından kabul edilmişse, henüz ifa edilmemiş kısmın ifa edilmemesinin hukukî sonuçlarının ne olduğu ortaya konulmalıdır. Hukukî sonuçlar belirlenirken imkânsızlığın ortaya çıktığı zamana ve borç ilişkisinin taraflarından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre inceleme yapılmalıdır. İfa, başlangıçtan itibaren ya da sonradan imkânsız hale gelebilir. Edimin başlangıçtaki imkânsızlığı esasen Türk-İsviçre hukuklarında “sözleşmenin geçersizliği” meselesi olarak ele alınmaktadır ve kesin hükümsüzlük yaptırımı ile ilişkili olarak incelenmektedir¹⁰³⁰. Fakat ifası imkânsız olan bir edimin borçlanılmış olması yüzünden ilişkinin taraflarının çeşitli haklı beklentileri zarar görebilir. Başlangıçtaki kısmî imkânsızlığın objektif ve sübjektif nitelik taşımasına göre, edimin ifa edilemeyen kısmına ya da bazı hâllerde tamamına ilişkin hukukî sonuçlar ve hukukî sorumluluk gündeme gelebilir.

Edimin ifası, borç ilişkisinin kurulmasından sonra da imkânsız hale gelebilir. Sonraki imkânsızlık, Türk-İsviçre hukuklarında “borca aykırılık” meselesi olarak ele alınmaktadır. İmkânsızlığın ortaya çıkmasından sonra alacaklı, ifası mümkün kısma ilişkin ifa teklifini kabul edebilir. Bu durumda imkânsızlık sebebiyle borcun ifa edilememesinden kaynaklanan sorumluluk ve hukukî sonuçlar incelenirken, borçlunun, imkânsızlaşmadan sorumlu olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır.

Türk-İsviçre Hukukundaki genel çerçeve bu olmakla birlikte, kısmî imkânsızlık hâllerinin, kısmî ifanın sonuçları ile ilişkilendirilerek incelenmediği görülmektedir. Bu kaçınmanın temel sebebi ise TBK m. 84 hükmünün “tamamının ifası mümkün olan edimlerin bir kısmının ifa edilmiş olması” meselesiyle ilgili olduğu, dolayısıyla imkânsızlık hâllerinde edimin tamamının ifası mümkün olmadığı için TBK m. 84 ile ilgili bir sorunun bulunmadığı düşüncesidir¹⁰³¹. Ancak, TBK m. 84 hükmü ile imkânsızlık hâllerinin sebep-sonuç ilişkisi içinde değerlendirilmesine kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. TBK m. 84 hükmü esasen alacaklı lehine düzenlenmiş olmakla birlikte, alacaklıya ret hakkının çeşitli sınırlamalar dâhilinde tanındığı bir hükümdür. Alacaklı, “belirli” olan edimin, kendisinin

¹⁰²⁹ Buz, 1998: 243; Eren, 2017: 1150; Antalya, 2017: 522; Ergüne, 2008: 257.

¹⁰³⁰ Bk. Başpınar, 1998: 115 vd.

¹⁰³¹ Dural, 1976: 128-129; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 215.

sorumlu olmadığı bir sebeple bir kısmının ifası teklifi ile karşılaştığında, ret hakkını kullanabilmek için, kural olarak edimin kısmî ifasının sebebini araştırmak zorunda değildir. Ret hakkının kullanımının sınırları içinde bu hakkı kullanabileceği gibi, kısmî ifayı kabul de edebilir. Alacaklı, imkânsızlık sebebiyle kısmî ifa ile yetinmek zorunluluğuyla karşı karşıya kalmışsa, artık mahrum kaldığı kısma ilişkin varsa haklarının, beklentilerinin, menfaatinin ve bunların hukukî akıbetinin, kısmî ifanın bir sonucu olarak incelenmesinde herhangi bir sakınca görülmemektedir. Ayrıca bu çekimser tutumun sebeplerinden biri, imkânsızlığın kısmî ifaya sebep olduğu hâllerde, bunun bir sonuç olarak ele alınmasının mantıkî açıdan hatalı olduğu düşüncesi olabilir. İster edimin ifası imkânsızlaştığı için borçlu kısmî ifa teklifi ile karşı karşıya kalsın, ister ifanın bir kısmı gerçekleştikten sonra kalan kısım imkânsızlaşsın, bütün bu ihtimallerde ilgilenilen sebep sonuç ilişkisi TBK m. 84'teki ret hakkı ve kısmî imkânsızlığın hukukî sonuçları arasındaki ilişkidir.

Alman Hukukunda 2002 yılındaki Reform Kanunu ile başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımı kaldırılmış ve ifa engelleri tek bir başlık altında ele alınmış ve düzenlenmiştir (BGB §-275). Reform Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Alman Hukukunda da başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrı ayrı hükümlerde; başlangıçtaki imkânsızlık¹⁰³² (BGB §-306) bir kesin hükümsüzlük hali olarak, sonraki imkânsızlık ise¹⁰³³ (eski BGB §-275) borcun sona erme sebebi olarak düzenlenmekteydi. Reform Kanunu ile birlikte BGB §-275 ile imkânsızlık hâlleri düzenlenmiş olup, hukukî sonuçlar bakımından BGB §-326'da öngörülen hukukî sonuçların doğması öngörülmüştür¹⁰³⁴. Buna göre hukukî sonuçlar şunlardır¹⁰³⁵: Borçlu ifa engelinden sorumlu değilse, alacaklı da karşı edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Borçlu ifa engelinden sorumlu ise, alacaklının tazminat talepleri sonraki ifa engelleri için BGB §-280 Abs. I, III, BGB §-283-285 hükümleri; başlangıçtaki ifa engelleri için BGB §-311 a, Abs. II hükümleri uygulanmaktadır¹⁰³⁶.

¹⁰³² Eski BGB §-306 ve Alman Medeni Kanunu'nun bütün metinleri için bk. http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGB/BGB2001_BGBI_I_S.2376.htm, (erişim tarihi: 29.12.2017).

¹⁰³³ Eski BGB §-275/1 ve Alman Medeni Kanunu'nun bütün metinleri için bk. http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGB/BGB2001_BGBI_I_S.2376.htm, (erişim tarihi: 29.12.2017).

¹⁰³⁴ BGB §-275 hükmü uyarınca (1) Edime ilişkin talep hakkı, edim borçlu ya da üçüncü bir kişi için imkânsız hale gelmişse, ortadan kalkar (§-275/1). Borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı gereğince borçlunun edimi yerine getirmesi, alacaklının edim menfaati ile büyük orantısızlık oluşturan masrafları gerektiriyorsa borçlu, edimin ifasından kaçınabilir. Borçludan beklenen çabaların belirlenmesinde, onun ifa engelinden sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulur (§-275/2). Borçlunun edimi şahsen yerine getirmesi gerekiyor ve ortaya çıkan ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaatine oranla kişisel edimi ifa etmesi kendisinden beklenemiyorsa, borçlu edimi ifa etmekten kaçınabilir (§-275/3). Alacaklının hakları BGB §-280, 283-285, 311a ve 326'ya göre belirlenir (§-275/4).

¹⁰³⁵ Topuz ve Canbolat, 2008: 702-703; Serozan, 2000: 233 vd.

¹⁰³⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Serozan, 2000: 233 vd; Kırkbeşoğlu, 2011: 157; Gündoğdu, 2014: 91.

3.1.1.2.3.2. Başlangıçtaki Kısmî İmkânsızlığın Sonuçları

Başlangıçtaki imkânsızlık TBK m. 27/I'de, kısmî imkânsızlık ise hükmün ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan hâllerden biri olarak öngörülen “sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması” halinin diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemediği, fakat bu hükümler olmadan sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşılması hâlinde sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz sayılması hükme bağlanmıştır.

Başlangıçtaki kısmî imkânsızlığın ortaya çıkabilmesi için, edimin bir kısmının ifasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulduğu sırada imkânsız olması gerekir¹⁰³⁷. Ayrıca edim, bölünebilir nitelikte fakat aynı zamanda para borcu veya cins borcu niteliğinde olmamalıdır¹⁰³⁸. TBK m. 27/II anlamındaki kısmî imkânsızlığın objektif ve sürekli nitelik taşıması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık kesin hükümsüzlüğe sebep olmaz, bu hâlde sözleşme varlığını, geçerliliğini sürdürmektedir ve temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmalıdır¹⁰⁴⁰. Ayrıca geçici imkânsızlık hâllerinin de kural olarak gerçek anlamda imkânsızlığa sebebiyet verip vermediği tartışmalı olup, genel kabul gerçek anlamda bir imkânsızlığa sebep olmadığı yönündedir¹⁰⁴¹. Bu sebeple geçici imkânsızlık hâlinde borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkmadığı, tarafların sözleşmeye bağlılığının devam ettiği, bu hâllerde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁴². Başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük sebebi oluşturması bakımından, imkânsızlığın gerçekleşmesinde alacaklının ya da borçlunun etkili olması fark yaratmaz¹⁰⁴³. Bu şartların oluşması hâline bağlanan hukukî sonuç “kesin hükümsüzlük”tür, imkânsızlık kısmî ise hükümsüzlüğün de kural olarak kısmî hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir. Ancak

¹⁰³⁷ Kırkbeşoğlu, 2011: 156; Topuz ve Canbolat, 2008: 678; Gündoğdu, 2014: 93.

¹⁰³⁸ Ercoşkun Şenol, 2016: 143; Tunçomağ, 1976: 121. Öğretide kısmî imkânsızlık nedeniyle kısmî hükümsüzlüğün ortaya çıkabilmesi için sözleşmenin bölünebilir olması gerektiği ileri sürülmektedir. Sözleşmenin hükümlerinin bölünebilir olması ile kast edilen ise, sakat kısım olmadan da sözleşmenin kalan kısımları itibarıyla geçerli bir sözleşme olarak kabule elverişli olmasıdır. Sözleşme hükümleri bölünemez nitelikteyse, içeriğe ilişkin sakatlık sözleşmenin bir kısmına ilişkin bile olsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz hale gelir. Bk. Başpınar, 1998: 33 vd., 123. Ayrıca sözleşme hükümlerinin bölünebilirliği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Üçer, 2013: 75 vd. Bu çalışma bakımından kısmî hükümsüzlüğe neden olan başlangıçtaki kısmî imkânsızlık, sakat sözleşme hükümlerinde borçlanılan edimlerin bölünebilir olması hali ile ilişkilidir.

¹⁰³⁹ Başpınar, 1998: 116-117; Ercoşkun Şenol, 2016: 145. Sübjektif imkânsızlığın alacaklı için bariz ve bilinebilir olması hâlinde kesin hükümsüzlük sebebi sayılması gerektiği hususunda bk. Kırkbeşoğlu, 2011: 154-155.

¹⁰⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 164; Tekinay vd., 1993: 404; Altunkaya, 2005: 110-111; Başpınar, 1998: 120-121; Topuz ve Canbolat, 2008: 682. Alman Hukukunda objektif ve sübjektif ifa imkânsızlığı ayırımı da kaldırılmıştır. Bk. Serozan, 2000: 240.

¹⁰⁴¹ Başpınar, 1998: 121; Altunkaya, 2005: 120; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 163-164; Antalya, 2013: 283.

¹⁰⁴² Altunkaya, 2005: 120; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 163-164. Karşı görüş için bk. Kırkbeşoğlu, 2011: 155. Kısmî temerrüdün hukukî sonuçları hakkında bk. 3.1.1.2.2.

¹⁰⁴³ Altunkaya, 2005: 234.

sözleşmenin hükümsüz kısmı olmaksızın yapılmayacağı anlaşıldığı takdirde, kesin hükümsüzlük, sözleşmenin tamamına ilişkindir¹⁰⁴⁴.

Kısmî hükümsüzlük, herhangi bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye tâbi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Sözleşmenin hükümsüz kılınması için dava açmak gerekli değildir; ancak açılmış davada hâkimin hükümsüzlük sebebini re'sen dikkate alması gerekir. Kesin hükümsüz olan borç fer'ileriyle birlikte sona erer (TBK m. 131/I). İfa edilmiş edimlerin iadesi gerekirken, henüz ifa edilmemiş olan edimlerin ifası talep edilemez¹⁰⁴⁵.

Kısmî hükümsüzlüğün sözleşmenin sadece belirli bir kısmına ilişkin olması, fakat bu kısım olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağının anlaşılması hâlinde sözleşmenin tamamı hükümsüz hâle gelir. Sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması hâlinde hükümsüz olmayan kısmın hukukî durumu ve akıbeti, sözleşmenin taraflarının açık yahut örtülü iradelerine göre tespit edilmelidir¹⁰⁴⁶. Öğretideki bir görüş, sözleşme ilişkisinin taraflarının açık veya örtülü iradelerinin yorumundan herhangi bir sonuca ulaşamaması durumunda, tarafların farazi iradelerinin araştırılması ve buna göre hükümsüzlüğün hukukî sonuçlarının belirlenmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁴⁷. Diğer bir görüşe göre ise, kısmî imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkan kısmî kesin hükümsüzlüğün hukukî sonuçları, tarafların iradesi açık ya da örtülü olarak anlaşılamiyorsa onların farazi iradelerine göre değil; sadece alacaklının iradesine göre belirlenmelidir¹⁰⁴⁸. Bu görüşe göre, edimin hiç veya kısmen yerine getirilememesinden en çok etkilenecek olan alacaklıdır. Bu nedenle kısmî ifa ile sözleşmenin amacına ulaşıp ulaşılamadığı belirlenirken alacaklının menfaatinin dikkate alınması gerekmektedir. Esasında borçlunun sorumlu olmadığı kısmî imkânsızlığa ilişkin TBK m. 137/II hükmünde tamamen alacaklının iradesine üstünlük tanındığı görülmektedir. Başlangıçtaki kısmî imkânsızlık için de aynı şekilde alacaklının menfaatinin üstün tutulması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁹. Kanaatimizce başlangıçtaki kısmî imkânsızlığın sözleşmenin tamamı ya da bir kısmı bakımından hukukî sonuç doğurması yönünden alacaklının iradesine TBK m. 84'teki kısmî ifayı ret hakkının sınırları içinde bir üstünlük tanınabilir. Buna göre alacaklının kural olarak

¹⁰⁴⁴Bk. dpn. 1064.

¹⁰⁴⁵Altunkaya, 2005: 234;

¹⁰⁴⁶Honsell vd., 2011: Art. 20, N. 61. Farazi iradelerin belirlenmesine ilişkin olarak objektif, subjektif ve iki aşamalı farazi iradeler görüşleri ileri sürülmektedir. Subjektif görüşe göre tarafların farazi iradeleri tespit edilirken sözleşmenin kurulduğu andaki fiili-psikolojik iradeler esas alınmalıdır. Objektif görüşe göre ise tarafların orta zekâlı, makul ve dürüst kişiler olup sözleşmenin bir kısmının sakat olduğunu bilmeleri hâlinde hangi çözümü benimseyeceklerinin araştırılması gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Başpınar, 1998: 94 vd; Kırkbeşoğlu, 2011: 189-190, dpn. 297'deki yazarlar.

¹⁰⁴⁷Honsell vd., 2011: Art. 20, N. 64; Kırkbeşoğlu, 2011: 189 vd. Yazar bu görüşü "iki aşamalı farazi iradeler görüşü" olarak adlandırmaktadır ve Türk Hukuku bakımından benimsenmesi gereken görüşün bu görüş olduğunu ileri sürmektedir.

¹⁰⁴⁸Altunkaya, 2005: 133; Ercoşkun Şenol, 2016: 141. Benzer görüş için bk. Tekinay vd., 1993: 910.

¹⁰⁴⁹Ercoşkun Şenol, 2016: 142; Altunkaya, 2005: 133.

kısmî ifayı ret hakkı vardır; fakat bu hakkın kullanımının çeşitli sınırları bulunmaktadır¹⁰⁵⁰. Bu sınırlardan en önemlisini oluşturan dürüstlük kuralı çerçevesinde hükümsüzlüğün hukukî sonucu belirlenmelidir. Kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerde, alacaklının başlangıçtaki kısmî imkânsızlığı bahane ederek ret hakkını kullanmasının kabulü, onu gereksiz bir koruma altına almaktan öte bir anlam taşımamaktadır.

Başlangıçtaki kısmî imkânsızlığın kesin hükümsüzlüğe sebep olması bakımından tarafların kusurlu olup olmamaları önem taşımazken, kesin hükümsüzlüğün hukukî sonuçları bakımından tarafların imkânsızlığı bilip bilmemeleri ya da bunun gerekip gerekmemesi, kısacası tarafların kusuru ve bunun derecesi önem taşır. Dolayısıyla, hukukî sonuçların çeşitli ihtimaller dâhilinde incelenmesi gerekmektedir.

Başlangıçtaki objektif kısmî imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlu kusurlu değilse, sözleşmenin sona ermesine ilişkin herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın sözleşme tamamen ya da kısmen ortadan kalkar¹⁰⁵¹. Kesin hükümsüzlük başlangıçtan itibaren hem o sözleşmeyi hem de bu sözleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan fer'î hakları (meselâ TBK m. 182/II) da sona erdirir. Bu durumda henüz yerine getirilmemiş edimlerin aynen ifasının istenemez. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise, imkânsızlaşan edimin alacaklısı da karşı edimi yerine getirme borcundan kurtulur. Ancak ifası mümkün kısım bakımından edim yükümlülüğü de, karşı edim yükümlülüğü de devam eder. Edimlerin bir kısmı önceden ifa edilmişse, ifa eden taraf, edimin iadesini talep edebilir. İade talebinin hukukî dayanağının sebepsiz zenginleşme hükümleri olduğu kabul edilmektedir. İfası kısmen ya da tamamen imkânsızlaşmamış olan edim, yani karşı edim önceden ifa edilmiş ve bölünemeyen nitelikteyse, iade borcunun kapsamı belirlenirken kısmen imkânsızlaşan edimin alacaklı tarafından kabul edilip edilmemesi belirleyici olmalıdır. Alacaklı kısmî ifayı redderse, karşı edimin bölünebilir nitelikte olması önem arz etmez; zira hükümsüzlük de iade borcu da tamdır. Fakat alacaklı kısmî ifayı kabul etmek isterse kendi bölünemeyen edimini ifa etmelidir. Fakat alacaklı, borçlunun imkânsızlaşan kısma ilişkin olarak elde etmiş olduğu menfaatin parasal karşılığını talep edebilmelidir¹⁰⁵². Alacaklının kısmî ifayı ret hakkının bulunduğu hâllerde bu hak kullanılırsa, borçludan müspet zararın tazminini talep edebilir¹⁰⁵³.

Başlangıçtaki objektif kısmî imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun kusuru bulunuyorsa, bu takdirde hukukî sonuçlarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İmkânsızlaşmada borçlunun kusuru ister bulunsun ister

¹⁰⁵⁰ Bk. 2.4.2.

¹⁰⁵¹ Altunkaya, 2005: 235;

¹⁰⁵² Benzer bir tartışma sonraki kısmî imkânsızlık ile ilgili olarak TBK m. 137/II hükmü bakımından da söz konusudur. Bk. 3.1.1.2.3.3.

¹⁰⁵³ Gauch vd., 2014b: N. 2606; Gündoğdu, 2014: 118-119.

bulunmasın TBK m. 27’de öngörülen hukukî yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Ancak bu durumda borçlunun, alacaklının uğramış olduğu, sözleşmeye duyulan güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan menfi zararları *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) esasına göre tazmin etmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁵⁴. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında pek çok görüş¹⁰⁵⁵ ileri sürülmüş olmakla birlikte öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre bu sorumluluk akdî bir sorumluluk türüdür. Buna göre borçlu TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulmalı, ispat yükü ve zamanaşımı meseleleri akdî sorumluluk ilkeleri çerçevesinde çözümlenmelidir. Bu ilkeler çerçevesinde borçlu, kısmî imkânsızlıktan sorumlu ise alacaklı, kalan kısma karşılık gelen edimi ifa etmeli, imkânsızlaşan kısım bakımından ise tazminat talep edebilmelidir. Borçludan talep edilebilmesi mümkün olan zararın, müspet zarar değil; menfi zarar olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵⁶.

Kısmî hükümsüzlük tam hükümsüzlüğe dönüşürse menfi zarar tam olarak tazmin edilmeliyken, hükümsüzlüğün sözleşmenin sadece bir kısmını etkilemesi hâlinde menfi zarar kısmen tazmin edilmelidir. Sözleşme tamamen veya kısmen hükümsüz hale geldiğinde değişmeyen menfi zarar kalemleri (meselâ sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına inanılarak ödenen maktu harçlar), kısmî hükümsüzlük hâlinde de tam olarak tazmin edilebilmelidir.

Başlangıçtaki objektif kısmî imkânsızlığın ortaya çıkmasında her iki taraf da kusurluysa, sorumluluğun belirlenmesinde kusurların derecesi dikkate alınmalıdır. Tarafların kusurları eşitse, her iki taraf da sorumlu olup birbirlerine ödemeleri gereken tazminatın takas edilmesi gerektiği kabul edilir¹⁰⁵⁷. Edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerekir. Taraflardan birinin kusuru daha ağır ise, onun ödemesi gereken tazminattan, daha hafif kusurlunun ödemesi gereken tazminat miktarı düşülerek sorumluluk miktarı belirlenir. Bunun için TBK m. 114’teki atıf dolayısıyla TBK m. 52 hükmü tazminatın belirlenmesinde uygulama alanı bulur.

3.1.1.2.3.3. Sonraki Kısmî İmkânsızlığın Sonuçları

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki kısmî imkânsızlık, borçlunun sorumlu olmadığı kısmî imkânsızlığın aksine Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça hükme bağlanmamaktadır. Fakat TBK m. 84, 112 ve 137 hükümleri birlikte değerlendirilerek hukukî sonuçlar çıkarılmaktadır.

¹⁰⁵⁴ Başpınar, 1998: 178; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 173-174; Altunkaya, 2005: 234.

¹⁰⁵⁵ *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Yalman, 2006: 69 vd.

¹⁰⁵⁶ Tandoğan, 2010: 403; Altunkaya, 2005: 244. Öğretide sonraki kusurlu imkânsızlık hâlinde mağdura müspet zararın tazminini talep etme hakkı tanınmasına rağmen başlangıçtaki imkânsızlıkta menfi zararın tazmininin talep imkânının tanınması eleştirilmektedir. Bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 173.

¹⁰⁵⁷ Altunkaya, 2005: 245.

Edimin ifası, *borçlunun sorumlu olduğu* bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmişse, bu imkânsızlığın borcu sona erdirip erdirmediği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık da borcu sona erdiren bir sebeptir¹⁰⁵⁸. Fakat ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, bu hâlde borç sona ermemekle birlikte borcun içeriği değişmekte ve imkânsızlaşan edimin yerini tazminat yükümlülüğü almaktadır¹⁰⁵⁹.

Alacaklı, ifası mümkün olan kısmın tamamının ya da bir kısmının ifasını kabul etmişse, artık kısmî ifa gerçekleşmiş olup, alacaklı TBK m. 112 hükmüne dayanarak borçludan tazminat talebinde bulunabilir. Bununla birlikte, borçlunun sorumlu olduğu sonraki kısmî imkânsızlık, kural olarak alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğuna sebebiyet vermez. Alacaklının, kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâller dışında, ifası teklif edilen ve bir kısmı imkânsızlaşmış edimi kabul zorunluluğu bulunmamaktadır.

Alacaklı, borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple edimin ifası imkânsızlaştığında uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Borçlunun sorumluluğunun şartları “sözleşmeye aykırı davranış, kusura dayanan ya da kusurun aranmadığı bir sorumluluk sebebinin varlığı, zarar ve illiyet bağı”dır.

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için, edimin ifasının, sözleşme kurulduktan sonra imkânsızlaşması gerekir. Tazminat talep edilebilmesi için imkânsızlığın objektif olması gerektiği hususunda tartışma bulunmazken sübjektif imkânsızlık için öğretide aynı görüş birliği bulunmamaktadır¹⁰⁶⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre sübjektif imkânsızlık, TBK m. 112 ile değil, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle çözümlenmelidir¹⁰⁶¹.

Tazminat talebinin bir diğer şartı, alacaklının imkânsızlık sebebiyle bir zarara uğramasıdır¹⁰⁶². Bu zarar maddî ya da manevî zarar olabilir. Zararın hesaplanması konusunda kabul edilen teorilerden fark teorisine göre zarar; zarara sebep olan olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durumla, olayın gerçekleşmesinden sonra malvarlığının içinde bulunduğu fiili durum arasındaki farktır¹⁰⁶³. Zararın belirlenmesine ilişkin olarak, satış

¹⁰⁵⁸ Oğuzman ve Öz, 2017a: 450. Yazarlara göre borçlu ister kusurlu olsun ister olmasın, ifası imkânsızlaşan borç sona erer. Bu iki durum arasındaki fark, imkânsızlık nedeniyle borcun sona ermesi hâlinde kusurlu borçlunun alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünün olmasına karşın, kusursuz borçlunun böyle bir yükümlülüğünün bulunmamasındadır. Bu çözümün imkânsızlığın hukukî sonuçlarını daha basit biçimde ele almaya yaradığı savunulmaktadır.

¹⁰⁵⁹ Guhl vd., 2000: 223; Nomer, 2015: 316; Von Tuhr ve Escher, 1974: 104; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 200. Bu görüşe göre ifası imkânsızlaşan borç, içerik değiştirip devam ettiği için bu borca ilişkin aynî ve şahsî teminatlar, zamanaşımı süresi, itiraz ve def’iler tazminat borcu için de geçerliliğini korur.

¹⁰⁶⁰ Tartışmalar için bk. Dural, 1976: 273; Tandoğan, 2010: 396; Topuz ve Canbolat, 2008: 686; Başpınar, 1998: 115,119.

¹⁰⁶¹ Altunkaya, 2005: 258; Ercoşkun Şenol, 2016: 273; Altaş, 2002: 185.

¹⁰⁶² Oğuzman ve Öz, 2017a: 385; Eren, 2017: 1074-1075; Ercoşkun Şenol, 2016: 274.

¹⁰⁶³ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 2001-201; Eren, 2017: 1074-1075; Nomer, 2015: 318.

sözleşmesinde alıcının veya satıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 213 hükmünde somut ve soyut yöntem olmak üzere iki yöntem öngörülmüştür. Bu yöntemlerin kıyasen kısmî imkânsızlık sebebiyle tazmini gereken zararın hesaplanmasında da uygulanabilmesi kabul edilmektedir¹⁰⁶⁴. Somut zarar teorisine göre zarar, kişinin malvarlığına dâhil değerlerde bu değerden yoksun bırakılma ya da değer tahrip edilmesi suretiyle yaşanacak bütün somut kayıplardır¹⁰⁶⁵. Soyut zarar teorisine göre ise zarar, malın (kısmen imkânsızlaşan edimin) ifa günündeki borsa ya da piyasadaki cari satış fiyatı ile sözleşmede kararlaştırılan fiyatı arasındaki farka göre belirlenir (TMK m. 213/III). Tazmini gereken zararın, alacaklının müspet zararı olduğu, bu zararın fiili zarar ve yoksun kalınan kâr unsurlarından oluştuğu kabul edilmektedir¹⁰⁶⁶.

İmkânsızlık ve alacaklının uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve bu bağın mevcut olduğunun alacaklı tarafından ispatlanması gerekmektedir¹⁰⁶⁷. Borca aykırılıkla zarar arasında bu bağ kurulamadığı müddetçe, tazminat sorumluluğu gündeme gelmez.

Borçlunun sonraki imkânsızlık sebebiyle tazminat sorumluluğunun doğması için, TBK m. 112 gereğince, imkânsızlık sebebiyle borcunu ifa edememesinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemediğini ispatlayamaması gerekir. Borçlu, kusurlu olmamasına rağmen bunu ispatlayamazsa, yine sorumlu olur¹⁰⁶⁸. Borçlunun kusuru olmasına rağmen tazminat sorumluluğunun doğmasını engelleyen sebepler de olabilir. Bu sebeplerden en önemlisi sorumsuzluk anlaşmasının yapılmış olmasıdır (TBK m. 115). Borçlunun kendisinin ya da ifaya yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu (TBK m. 116), alacaklı ile akdedilen bir sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılabilir.

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık kısmen gerçekleşmişse, alacaklı, kural olarak ifası mümkün olan kısmın ifası teklifini kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı kısmî ifayı kabul etmişse, ifa edilen kısım bakımından borç sona ererken, kalan kısım için TBK m. 112 hükmü gereğince tazminat talep edebilir¹⁰⁶⁹. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, ifası mümkün kısmı kabul edip tazminat talep ettiğinde, kendi edim yükümlülüğü de devam etmektedir. Alacaklı kendi borcuna ilişkin sorumluluğundan kurtulmamaktadır¹⁰⁷⁰. Kısmen imkânsızlaşabilen edimin bölünebilir nitelik taşıdığı aşikârdır. Alacaklının, borçlusu olduğu edim (karşı edim) de bölünebilir nitelikteyse, tasfiye daha kolaydır. İfası

¹⁰⁶⁴ Nomer, 2015: 318.

¹⁰⁶⁵ Ergüne, 2008: 18-22; Nomer, 2015: 319.

¹⁰⁶⁶ Gündoğdu, 2014: 269; Oğuzman ve Öz, 2017a: 387; Ercoşkun Şenol, 2016: 275; Nomer, 2015: 318.

¹⁰⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 204; Eren, 2017: 1082; Oğuzman ve Öz, 2017a: 383.

¹⁰⁶⁸ Bu hâller kanundan ya da tarafların anlaşmasından kaynaklanabilir. Bk. Ercoşkun Şenol, 2016: 282 vd.

¹⁰⁶⁹ Gündoğdu, 2014: 118-119; Oğuzman ve Öz, 2017a: 456; Ercoşkun Şenol, 2016: 311-312.

¹⁰⁷⁰ Oğuzman ve Öz, 2017a: 456; Ercoşkun Şenol, 2016: 320.

imkânsızlaşan edime karşılık gelen karşı edimin de aynı oranda sona erdiği, mümkün olan kısım oranında da alacaklının karşı edime ilişkin yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁷¹. Nitekim borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kısmî ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 137/II c. 1’de de öngörülen çözüm, aynı doğrultudadır. Ancak karşı edim bölünebilir nitelikte değilse kısmî ifayı kabul etmek isteyen alacaklının, iade borcunu nasıl gerçekleştirmesi gerektiği belirlenmelidir. Konuyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kısmî ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 137 hükmünden yararlanılmaktadır. Buna göre alacaklı kısmî ifayı kabul etmek istese bile karşı edim bölünemez nitelikteyse imkânsızlık tam imkânsızlık olarak değerlendirilir. Edimin tamamı imkânsızlaştığında kural olarak borçlunun edimi aynen ifa yükümlülüğü sona erer (TBK m. 136/I). Borçlu borcundan kurtulurken, alacaklının da aynen ifayı talep hakkı sona erer. Bu durumda alacaklıya esasen, kısmî ifayı reddetmekten başka bir imkân tanınmamaktadır. Ancak alacaklıya kısmî ifayı kabul ederek kendi edimini tam olarak yerine getirme, kalan kısma ilişkin olarak da fazla karşı edimi elde eden borçludan tazminat talep etme imkânı da tanınmalıdır. Alacaklının kısmen de olsa elde ettiği edim onun için daha önemliyse, sırf karşı edimi bölünebilir nitelikte olmadığı için onu kısmî ifayı reddetmeye zorlamak, alacaklının menfaatlerini önemli ölçüde ihlâl etmektedir.

Alacaklı, kısmî ifayı TBK m. 84’e dayanarak reddedip, edimin tamamı bakımından TBK m. 112 gereğince tazminat talep edebilir¹⁰⁷². İmkânsızlığın meydana gelmesinden önce edimin bir kısmı ifa edilmişse ve sonradan ortaya çıkan imkânsızlık sebebiyle kalan kısmın ifasının mümkün olmadığı anlaşılmışsa, alacaklı ret hakkını yine kullanabilir. Fakat bu durumda kabul etmiş olduğu kısmı borçluya iade etmeli ve bundan sonra bütün borç için TBK m. 112 hükmüne başvurmalıdır. Ancak ifası kabul edilmiş edim kısmının iadesi mümkün değilse ya da bu durum borçlu için önemli ölçüde zarar doğurucu nitelikteyse, bu durumda ancak kalan kısım için TBK m. 112 hükmü gereğince tazminat talep edilebilir¹⁰⁷³. İfa edilen kısmın alacaklı tarafından iadesi mümkün olmamakla birlikte, kalan kısmın ifa edilmemesi hâlinde ifa edilmiş kısım alacaklı için bir anlam ve değer taşımıyorsa, ifa edilen kısmın değerinin tazminattan indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁴.

Sonraki kısmî ifa imkânsızlığı, *borçlunun sorumlu olmadığı* bir sebepten kaynaklanırsa, TBK m. 137 hükmü uygulama alanı bulur. Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bulunmayan, TBK ile yeni ihdas edilen bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca

¹⁰⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 194. Bu durumda ayıplı ifadan dolayı satış bedelinin indirilmesine ilişkin TBK m. 227 hükmünün kıyasen uygulanabileceği de ileri sürülmektedir. Bk. Dural, 1976: 177-178.

¹⁰⁷² Oğuzman ve Öz, 2017a: 456; Ercoşkun Şenol, 2016: 311-312; Gauch vd., 2014b: N. 2608.

¹⁰⁷³ Tekinay vd., 1993: 910.

¹⁰⁷⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 456.

borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşması hâlinde borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulmaktadır. Fakat, bu kısmî ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer (TBK m. 137/I). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise, taraflardan birinin borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifaya razı olursa, karşı edim o oranda ifa edilir. Fakat alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır (TBK m. 137/II).

Edimin ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebepten ötürü kısmen imkânsızlaştığında borçlu, borcundan kısmen kurtulmaktadır, alacaklı ise kural olarak ifası mümkün olan edim kısmıyla yetinmek zorunda kalır ve bu kısmın ifasını talep edebilir¹⁰⁷⁵. Borçlu ya da alacaklıdan en az biri, sözleşmeyi akdederken imkânsızlığı biliyor olsaydı, sözleşmeyi hiç akdetmeyecek idiyse, borcun tamamının sona ereceği öngörülmüştür. Öğretide, taraflardan birinin kısmî imkânsızlığı öngörseydi, sözleşmeyi hiç yapmayacağı değil, başka şartlarla yapmak isteyeceğinin anlaşılabilirdiği hâllerde, yine bütün borcun sona ermesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁷⁶. Ancak TBK m. 34/II hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, yani, diğer tarafın imkânsızlığı öngörüp sözleşmeyi akdedeceği şartları karşı tarafın derhal kabul etmesiyle, sözleşmenin ayakta tutulabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁷.

TBK m. 137/II’de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmî imkânsızlığın sonuçları bakımından ortaya çıkan ilk ihtimal, taraflardan birinin borcunun kısmen imkânsızlaşmasına rağmen diğer tarafın kısmî ifaya “razı” olması durumudur. Kanaatimizce düzenlemede “razı olma” ifadesinin kullanılması isabetli değildir. Zira alacaklının kısmî ifaya rızası değil, kısmî ifayı kabul ya da reddetmesi söz konusu olabilir. Bu bakımdan hükmün lafzı son derece isabetsizdir. Hükmün “...alacaklı kısmî ifayı kabul ederse...”, “... böyle bir ifayı reddetmesi...” şeklinde anlaşılması gerektiği kanısındayız.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, karşı edim o oranda ifa edilir, alacaklı, borçlunun sorumlu olduğu bir sebepten ötürü kısmen imkânsızlaşan edimin kendisine teklif edilen kısmını reddederse, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır. Bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği araştırılırken, akla gelen ilk soru, alacaklının kısmî ifayı ret hakkının anlamının, ret hakkını kullanma serbestliğinin ve bunun sınırlarının ne olduğu hususudur. Öncelikle belirtilmelidir ki alacaklının kısmî ifayı ret hakkı ister bulunsun fakat bu hak kullanılmamış olsun ister

¹⁰⁷⁵ Gauch vd., 2014b: N. 2605; Oğuzman ve Öz, 2017a: 563-564; Antalya, 2017: 381.

¹⁰⁷⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 564.

¹⁰⁷⁷ Oğuzman ve Öz, 2017a: 564.

bulunmasın, imkânsızlığın kısmen sonuç doğurabilmesi için, karşı edimin bölünebilir nitelik taşıması şarttır¹⁰⁷⁸. Karşı edim bölünemez nitelikteyse, alacaklının kısmen imkânsızlaşan edimin ifası mümkün kısmını ret hakkının tartışılmasının hukuken bir anlamı yoktur, çünkü imkânsızlık kısmî değil tamdır (TBK m. 136). Bölünebilir karşı edimin var olduğu hâllerde ret hakkını kullanma serbestliği ve bunun sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, alacaklı kısmî ifayı reddetmek ve kabul etmek arasında tam bir serbestliğe sahiptir¹⁰⁷⁹. İkinci görüşe göre, imkânsızlaşan kısım bakımından borç sona erer ve geriye kalan kısmın ifasının teklifi, artık ifası mümkün olan kısmın tamamına ilişkin olduğu için kısmî ifa söz konusu değildir. İfa tam olduğu için alacaklının da ret hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁸⁰. Üçüncü görüşe göre, kısmî ifada alacaklının menfaati bulunuyorsa kısmî ifayı kabul etmesi onun için bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir¹⁰⁸¹. Dördüncü görüşe göre ise, karşı edim hasarı kanun ya da sözleşme hükmü gereği alacaklıdaysa, alacaklı kısmî ifayı kabul ve karşı edimi tam olarak ifa etmek zorundadır; fakat karşı edim hasarı borçluda ve alacaklının kısmî ifada menfaati varsa artık alacaklı kabul zorundadır¹⁰⁸².

Kanaatimizce mesele ne karşı edim hasarıyla, ne de salt alacaklının menfaati ile ilgilidir. Alacaklının TBK m. 84 bağlamında kısmî ifayı ret hakkının sınırları neyse, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kısmî imkânsızlıktan ötürü karşı karşıya kaldığı kısmî ifa teklifini ret hakkının sınırları da odur¹⁰⁸³. Kısmî ifanın sebebinin alacaklıdan kaynaklanmayan bir sebeple değişmesi, ret hakkının kullanım şartlarını değiştirmemelidir. Ret hakkının kullanımının en önemli sınırı olan dürüstlük kuralı ve diğer sınırlar, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kısmî imkânsızlık sebebiyle gerçekleşen kısmî ifayı ret hakkı için de geçerlidir. Ret hakkının kullanımının dürüstlük kuralına uygunluğunun denetimi bu noktada önem arz etmektedir. Alacaklının kısmî ifayı reddetmekte bir menfaati bulunmuyorsa ya da açıkça borçluya zarar vermek kastıyla ret hakkı kullanılıyorsa imkânsızlık, edimin tamamına etkili kabul edilmemelidir. Borçlunun hakkın kötüye kullanıldığını derhal ileri sürmesi gerekir.

Ret hakkına ilişkin olarak tartışılması gereken bir diğer mesele, alacaklının kısmî ifayı kabul etmesi durumunda borçlunun, kendisinin sorumlu olmadığı bir sebepten ötürü bir kısmı imkânsızlaşmış edimin karşılığını oluşturan kısmî karşı edimi kabul etmek zorunda olup olmadığıdır. Bu durumda TBK m. 137/I-II hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği

¹⁰⁷⁸ Kurt, 2016: 298-299; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 194-195; Antalya, 2017: 380.

¹⁰⁷⁹ Schwenzer, 2012: N. 6431; Kurt, 2016: 296; Antalya, 2017: 383.

¹⁰⁸⁰ Kurt, 2016: 296; Antalya, 2017: 381; Dural, 1976: 182.

¹⁰⁸¹ Dural, 1976: 181; Kurt, 2016: 296; Honsell vd., 2011: Art. 119, N. 13.

¹⁰⁸² Gauch vd., 2014b: N. 2609-2610; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 159-160.

¹⁰⁸³ Aynı yönde bk. Antalya, 2017: 384.

kabul edilmelidir. Borçlunun imkânsızlaşmayı bilseydi böyle bir sözleşmeyi akdetmeyeceği anlaşılıyorsa artık alacaklı kısmî ifayı kabul etse bile tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁸⁴. Kanaatimizce bu durumda borçlu açısından yapılan değerlendirmenin de hukukî gerekçesini TBK m. 84 hükmü oluşturmaktadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifası imkânsızlaşan edimin borçlusu, aynı zamanda karşı edimin alacaklısıdır. İfa, imkânsız borcun borçlusundan kaynaklanmayan bir sebeple imkânsızlaşmışsa, karşı edim alacaklısının, alacaklısı olduğu edimin kısmî ifasını kabul zorunluluğunun olduğunu söylemek, hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilir. Karşı edim alacaklısı, herhangi bir alacaklının sahip olduğu kısmî ifayı ret hakkından niçin mahrum olsun? Kısmî ifayı ret hakkının kullanımının sınırları (özellikle dürüstlük kuralı) kendi edimi imkânsızlaşan karşı edim alacaklısının kısmî ifayı ret hakkının da sınırlarını oluşturur. Şu kadar ki, böyle bir iradesi bulunan ve ret hakkını kullanmak isteyen karşı edim alacaklısı TBK m. 136/III gereğince imkânsızlığı, alacaklı ifası mümkün kısmı kabule hazır olduğunu belirtmesine rağmen kendisinin karşı edimin kısmî ifasını reddedeceğini, bu yüzden imkânsızlığın tam imkânsızlık olarak değerlendirilmesi gerektiğini bildirmelidir. Alacaklı ve karşı edim alacaklısından biri kısmî ifayı kabule hazırken diğeri reddetmek isterse hangi tarafın iradesine üstünlük tanınması gerektiği önem arz eder. Kanaatimizce her bir alacaklının TBK m. 84 anlamında ret hakkının bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekir. Ret hakkı bulunan ister alacaklı, ister karşı edim alacaklısı olsun, en az bir tarafın bu hakkı mevcutsa ve TBK m. 84'ün sınırları içinde kullanılmaya elverişli ise, artık imkânsızlığın, tam imkânsızlık olduğunun kabulü gerekir.

Alacaklı, ifası mümkün kısımdan oluşan kısmî ifayı reddederse ya da kabul etmek istese dahi karşı edim bölünemez nitelik taşıyorsa, imkânsızlık, artık edimin tamamına ilişkindir (TBK m. 137/II). Edimin tamamı imkânsızlaştığında kural olarak borçlunun edimi aynen ifa yükümlülüğü sona erer (TBK m. 136/I). Borçlu borcundan kurtulurken, alacaklının da aynen ifayı talep hakkı sona erer¹⁰⁸⁵. Aslî edim yükümlülüğünün sona ermesi geleceğe etkilidir¹⁰⁸⁶. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması sebebiyle, alacaklıya karşı herhangi bir tazminat ya da ayrıca üstlenmiş olmadıkça borçlanılandan başka bir edimi yerine getirme

¹⁰⁸⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 564-565. Öğretide Antalya, tam imkânsızlık hükümlerinin, taraflardan en az birinin borçlunun ediminin halen ifasının mümkün olan kısmını ifa etmesinde veya alacaklının edimin imkânsızlaşmayan kısmını elde etmesinde yararı bulursa da, ifada yararı olmayan diğer tarafın kısmî imkânsızlığı öngörmüş olsaydı sözleşmeyi kurmayacağı hâlde uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bk. Antalya, 2017: 382.

¹⁰⁸⁵ Honsell vd., 2011: Art. 119, N.11; Kurt, 2016: 213.

¹⁰⁸⁶ Öğretide Keller ve Schöbi (1988), sona ermenin, sözleşmenin kurulduğu ana kadar geriye etkili olduğunu savunmaktadırlar. Bk. Keller ve Schöbi, 1988: 252.

yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁰⁸⁷. Aslî edim yükümlülüğü herhangi bir sebeple sona ererse, bu borca bağlı fer'i haklar da sona erer (TBK m. 131/I, 182/II).

Kanaatimizce, TBK m. 137/II c. 2'de karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması sebebiyle tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasının kabulü, kısmen de olsa aynen ifade önemli menfaati bulunan alacaklının aleyhine bir sonuç doğurmaktadır. Karşı edimi bölünemeyen nitelikte olan alacaklı, kısmî ifayı kabul etmek istese bile, kanunun, tam imkânsızlığa yollama yapan TBK m. 137/II hükmü ile karşı karşıya kalmaktadır. Hâlbuki alacaklı, bölünemeyen karşı edimin tamamını ifaya hazır ve kısmî ifayı arzuluyor ise, onu, kendisini aynen ifa talebinden mahrum bırakan ve elindeki edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade borcu altına sokan TBK m. 137/II hükmünün öngördüğü sonuca mecbur bırakmak hakkaniyete uygun değildir. Hükümde, borçlu, sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın ağır sonuçlarından korunurken, aynı şekilde imkânsızlıktan sorumlu olmayan alacaklının aynen ifaya olan menfaati yok sayılmaktadır. Halbuki alacaklıya, kısmî ifasında da menfaati bulunan edimin kısmî ifasını kabul etmesi, bölünemeyen karşı edimin ifası ile yükümlü tutulması yönünde bir imkân tanınması isabetli olurdu. Bu ihtimalde, imkânsızlaşan edim kısmına ilişkin karşılığı da içinde barındıran bölünemeyen karşı edimin imkânsızlaşan kısmın para olarak karşılığının, borçlu tarafından alacaklıya ödenmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmesi isabetli olurdu.

Alacaklı, ifanın imkânsızlaşması sebebiyle üçüncü kişiden ikame değer (surrogat) ya da ikame değere ilişkin bir talep hakkı elde etmiş olabilir. Türk-İsviçre Hukukunda alacaklının ikame değeri kabul talep edip edememesine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin BGB §-285 hükmünde¹⁰⁸⁸ açıkça, alacaklının ikame değeri talep edebileceği düzenlenmektedir. Türk Hukuku bakımından, Alman Hukukundaki bu çözümün benimsenmesi suretiyle, var olan kanun boşluğunun doldurulması isabetli olur¹⁰⁸⁹. Kısmî imkânsızlıkta da aynı çözüm, imkânsızlaşan kısmın yerine geçen ikame değer bakımından o oranda kabul edilmelidir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının karşı edim yükümlülüğü sona erer. TBK m. 136/II hükmünde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlunun, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olduğu ve henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybettiği öngörülmüştür. Bu hüküm ile edim hasarı alacaklıya

¹⁰⁸⁷ Schwenzer, 2012: N. 6413; Kurt, 2016: 214; Honsell vd., 2011: Art. 119, N.11.

¹⁰⁸⁸ BGB §-285 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_285.html, (erişim tarihi: 22.07.2017).

¹⁰⁸⁹ Dural, 1976: 185; Kurt, 2016: 227; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 195-196; Oğuzman ve Öz, 2017a: 562; Antalya, 2017: 382.

yükletilirken, karşı edim hasarı da borçluya yükletilmektedir¹⁰⁹⁰. Karşı edim hasarı tamamen borçluya ait olduğundan, aslî edim için yapılan masraflar da, ifaya yönelik olarak yapılan masraflar da alacaklıdan talep edilemez¹⁰⁹¹. Alacaklı, imkânsızlık meydana geldiğinde kendi edimini tamamen ya da kısmen yerine getirmemişse, artık bu edimi ifa ile yükümlü değilken, yerine getirmişse, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilir¹⁰⁹². Sürekli edimli borç ilişkilerinde aslî edimin bir kısmının ifasından sonra imkânsızlık gerçekleşmişse henüz ifa edilmemiş olan edimlerle bunlara karşılık gelen karşı edimler bakımından sona erme ileriye etkilidir. Fakat o ana kadar ifa edilmiş olan edimler ve karşı edimler sona ermeden etkilenmez¹⁰⁹³. Ancak ifa zamanının mutlak kesin vadeli olarak belirlendiği sürekli borç ilişkilerinde kısmî imkânsızlığın artık tam imkânsızlık olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁴.

Edimin tamamının imkânsızlaşması durumunda kural, alacaklının karşı edim yükümlülüğünün sona ermesi olmakla birlikte, istisnâî olarak bu yükümlülük sona ermemektedir. Edim hasarı kanun¹⁰⁹⁵ ya da sözleşme hükmü gereği alacaklının üzerindeyse, alacaklı, kendi edim yükümlülüğünü tamamen yerine getirmek zorunda olmasına rağmen, tamamen ya da kısmen imkânsızlaşan edimin ifası mümkün olan kısmıyla yetinmek zorundadır¹⁰⁹⁶. Edim hasarı üzerinde olan alacaklı kendi edimini ifa etmişse, bunun iadesini de talep edemez¹⁰⁹⁷.

Edimlerin iadesinin hukukî dayanağı tartışmalıdır. TBK m. 136/II’de edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi açıkça belirtilmektedir. “Sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi” olarak adlandırılan¹⁰⁹⁸ bu iade borcu 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir.

Öğretide savunulan ve iade borcunun hukukî dayanağının kanun olduğunun kabul edildiği ikinci görüşe göre, TBK m. 136/II’de esasında gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme durumu yoktur. Sadece iade borcunun kapsamının belirlenmesi bakımından bu atıf anlam taşır, iade borcunun kaynağı kanundur¹⁰⁹⁹.

İade borcunun hukukî dayanağının sözleşme hükümleri olduğu savunulan ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre borçlunun kusurlu olmadığı sonraki imkânsızlık ile sadece

¹⁰⁹⁰ Dural, 1976: 161; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 191; Akıncı, 2016a: 227.

¹⁰⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 191.

¹⁰⁹² Honsell vd., 2011: Art. 119, N. 18; Kurt, 2016: 250.

¹⁰⁹³ Oğuzman ve Öz, 2017a: 564-565; Antalya, 2017: 356.

¹⁰⁹⁴ Seliçi, 1976: 97; Antalya, 2017: 385-386.

¹⁰⁹⁵ Meselâ satış sözleşmesinde hasar ve yararın geçişine ilişkin m. 208/II hükmünde alıcının alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda edim hasarı alacaklıdadır. Benzer düzenlemler için bk. TBK m. 408, 409, 485.

¹⁰⁹⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 565.

¹⁰⁹⁷ Dural, 1976: 165; Kurt, 2016: 268.

¹⁰⁹⁸ Honsell vd., 2011: Art. 119, N. 18; Oğuzman ve Öz, 2017a: 559.

¹⁰⁹⁹ Öz, 1990: 109-110; Kurt, 2016: 257.

aslı edim borçları sona erer. Fakat sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşmek suretiyle devam eder¹¹⁰⁰. Bu görüşe göre TBK m. 136'daki atıf, sadece iade borcunun kapsamına ilişkin olup, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ancak kıyasen; zamanaşımı bakımından ise 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁰¹.

3.1.2. Kısmî İfanın Reddi Hâlinde

3.1.2.1. Alacaklının Ret Hakkı Bulunduğu Takdirde

3.1.2.1.1. Genel Olarak

Alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunmadığı hâllerde kısmî ifayı istemesi mümkün olduğu gibi, ret hakkını da kullanması mümkündür. Bu hakkın kullanılmasıyla alacaklı, kendisine ifası teklif edilen edim kısmını kabul etmemektedir. Bu hâlde ortaya çıkan ilk hukukî sonuç, borçlunun, ifa zamanında tam ve doğru ifada bulunamaması sebebiyle ortaya çıkan borca aykırılık halidir. Kısmî ifanın kabulü hâlinde ifa edilmeyen kısım bakımından ortaya çıkan bütün hukukî sonuçlar, ret hakkının kullanılmasıyla bu kez, edimin bir kısmı için değil, tamamı için ortaya çıkar. Bu sonuçlara yukarıda ayrıntılı olarak değinilmişti¹¹⁰². Ret hakkının kullanılması hâlinde yukarıda sayılan hukukî sonuçların haricindeki tek fark, bu sonuçların, kural olarak edimin tamamına ilişkin olmasıdır. Meselâ temerrüt kısmî değil, tam olarak gerçekleşir, imkânsızlık hâllerinde edimlerin iadesi tam imkânsızlık hükümlerine göre belirlenir.

Kısmî ifanın reddinin karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından doğurduğu özel hukukî sonuç ise ödemezlik def'i bakımındandır. Bu sonuç aşağıda ele alınmaktadır:

3.1.2.1.2. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülebilmesi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflar hem alacaklı hem borçlu durumdadır. Mübadele ilişkisi içinde bulunan edimlerden hangisinin, hangi borçlu tarafından istenebileceği, hangi alacaklının da ifayı önce talep edebileceğinin tespiti önem arz eder. Konuya ilişkin TBK m. 97 hükmü uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası talebinde bulunan tarafın, sözleşmenin şartlarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekmektedir. Hükümde öngörülen yetkinin hukukî niteliği oldukça tartışmalıdır¹¹⁰³. Öğretide kabul edilen

¹¹⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 192-193; Kurt, 2016: 254.

¹¹⁰¹ 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin kabul edildiği Yargıtay kararı için bk. Yarg. 4. HD., T. 16.5.1974, E. 2803, K. 2572. Karar metni için bk. Kurt, 2016: 266, dpn. 194.

¹¹⁰² Bk. 3.1.1.2.

¹¹⁰³ Tartışmalar için bk. Buz, 2013: 83 vd; Oğuzman ve Öz, 2017a: 338 vd; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 70.

görüş ise, TBK m. 97 ile gerçek anlamda bir def'i hakkının düzenlendiği yönündedir¹¹⁰⁴. Bu hâlde, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin muaccel edimlerinin ifasının, taraflardan biri tarafından istenebilmesi için, taraflardan birine sonradan ifa etme hakkı tanınmış olmadıkça, talepte bulunan tarafın kendi borcunu ifa etmesi ya da fiilî bir ifa teklifinde bulunması gerekir¹¹⁰⁵.

İfadan kaçınabilmek için, ekonomik, amaçsal, fonksiyonel olarak mübadele ilişkisi içinde bulunan muaccel edimlerin birinin tam olarak yerine getirilmemiş olması gerekmektedir¹¹⁰⁶. Nitelik veya miktar bakımından borçlanılan edimin gerisinde kalan edimin ifasının teklifi hâlinde bu edimin alacaklısı, kural olarak bu aykırılık giderilene kadar ödemelik def'ini ileri sürebilir¹¹⁰⁷. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri edimini kısmen yerine getirmeyi teklif etmişse, diğer taraf, kendi borçlandığı edimin bütünü TBK m. 97 uyarınca ifadan kaçınabilir¹¹⁰⁸. Ancak bu def'iyi ileri sürmesi beklenen taraf, bir sözleşme hükmü ya da ilişkinin mahiyeti gereği ödemelik def'ini ileri sürmekten açıkça feragat etmişse yahut ödemelik def'ini ileri sürmesi açıkça dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa bu def'iyi ileri süremez¹¹⁰⁹. Kısmî ifa ile karşılaşan alacaklının ödemelik def'ini kullanabilmesinin sınırını, kısmî ifayı ret hakkının sınırları oluşturur. Edimin kısım kısım ifa edilmesi gereği kanundan, sözleşmeden ya da işin niteliğinden anlaşılıyorsa veya dürüstlük kuralı gereğince kısmî ifanın kabulü gerekiyorsa, ödemelik def'inin ileri sürülmesi haklı bir sebebe dayanmaz.

Alacaklı, kısmî ifayı reddederse, reddettiği edim kısmı bakımından karşı edimi ifaya zorlanamaz, ödemelik def'ini ileri sürerek tam ve doğru ifa gerçekleşene kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir. Bu durumda alacaklı, temerrüde düşmüş olmaz. Zira ödemelik def'inin ileri sürülmesinin¹¹¹⁰ en önemli sonucu, karşı edim bakımından da borçlu temerrüdünün ortaya çıkmasının önüne geçilmesidir¹¹¹¹.

Alacaklının, kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunmamasına rağmen kabul etmişse, karşı edimin tamamını elde edene kadar, kendi ediminin tamamının ifasından kaçınabileceği

¹¹⁰⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 338; Kılıçoğlu, 2017: 756.

¹¹⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 63; Kılıçoğlu, 2017: 759.

¹¹⁰⁶ Kaniti, 1962: 110.

¹¹⁰⁷ Ödemelik def'i, karşı edimin eksik ya da kötü ifasından dolayı edimin tamamının ifasından kaçınmak için kullanılıyorsa "akdin gereği gibi ifa edilmediği def'i (exceptio non rite adimpleti contractus)" olarak adlandırılmaktadır. Bk. Kaniti, 1962: 110.

¹¹⁰⁸ Gümüş, 2001: 629; Kaniti, 1962: 111.

¹¹⁰⁹ Gümüş, 2001: 629.

¹¹¹⁰ Ödemelik def'inin ileri sürülmesi herhangi bir şekle bağlı değildir; dava yoluyla olabileceği gibi, dava dışı yollarla da gerçekleştirilebilir. Ödemelik def'i hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Bu def'inin zamanlaşımına etkisi ise tartışmalıdır. Tartışmalar için bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 347; Eren, 2017: 1014-1015.

¹¹¹¹ Eren, 2017: 1016; Üçer, 2007: 156.

kabul edilmektedir¹¹¹². Kanaatimizce, kısmî ifa kabul edildiğinde karşı edim borçlusu durumunda olan alacaklının, ödemezlik def'ini ileri sürebilmesi, kendi borçlandığı edimin niteliğiyle yakından ilişkilidir. Karşı edim bölünebilir nitelikte ise ve alacaklı, kısmî ifayı kabul etmiş olmasına rağmen, bölünebilir nitelikteki karşı edimi haklı bir sebep olmaksızın ifadan kaçınıyorsa, ödemezlik def'i, sadece henüz ifa edilmeyen kısma karşılık gelen karşı edim kısmına ilişkin olarak haklı bir sebebe dayanır. Başka bir ifadeyle, kısmî ifayı kabul eden alacaklı, bölünebilir karşı edimi ifa etmelidir. Kalan kısım için karşı edimin ifasından kaçınabilmelidir. Fakat karşı edim bölünebilir nitelikte değilse, alacaklı, kısmî ifayı kabul etmiş olsa bile, edimin tamamı ifa edilene kadar, bölünemeyen nitelikteki karşı edimin ifasından kaçınma hakkına sahip olmalıdır¹¹¹³. Bu durum özellikle para borcunun karşılığını oluşturan bölünemeyen edimlerin ifası bakımından önem taşımaktadır.

Benzer sonuçlara ifa güçsüzlüğü sebebiyle ileri sürülen ödemezlik def'i bakımından da ulaşmak mümkündür. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, karşı tarafın ifa güçsüzlüğü yüzünden alacağı tehlikeye düşen tarafa, alacağı teminat altına alınana kadar kendi edimini ifadan kaçınabilme, bu uygun sürede gerçekleşmezse sözleşmeden dönme imkânı tanınmaktadır (TBK m. 98). İfa güçsüzlüğünün edimin bir kısmına etki edecek şekilde gerçekleşmesi durumunda, meselâ haciz sonucunda edimin sadece bir kısmının elde edilip bir kısmının elde edilememesi hâlinde, karşı edim borçlusunun, kendi edimi bölünebilir nitelikteyse, ifa güçsüzlüğünden etkilenen kısım için, bölünemez nitelikteyse edimin tamamı için teminat gösterilmesini isteyebilmesi gerekir. Bu teminat gösterilmediği takdirde, dönme hakkı, şartları gerçekleşmişse edimin bir kısmına¹¹¹⁴; gerçekleşmemişse edimin tamamına ilişkin olarak kullanılabilir.

3.1.2.2. Alacaklının Ret Hakkı Bulunmadığı Takdirde

3.1.2.2.1. Genel Olarak

Alacaklının ret hakkı bulunmamasına rağmen kısmî ifayı kabul etmemesinin, başka bir ifadeyle ret hakkını hukuka aykırı olarak kullanmasının kendisi ve borçlu bakımından hukukî sonucu önem taşımaktadır. Alacaklı, kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerden birinin varlığına rağmen bu ifa teklifini reddederse, kısmî ifayı ret hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı olduğu için haklı bir sebebe dayanmıyorsa veya alacak hakkının tamamı belirli ya da muaccel olmadığı için gerçekleşmiş olan kısmî ifa teklifini reddederse, bunun kendisi aleyhine yarattığı en temel hukukî sonuç alacaklının temerrüdüdür.

¹¹¹² Kaniti, 1962: 124.

¹¹¹³ Kaniti, 1962: 125.

¹¹¹⁴ Bk. 3.1.1.2.2.4.2.

Alacaklının temerrüdü ve bunun alacaklı ve borçlu için yarattığı hukukî sonuçlar aşağıda açıklanmaktadır:

3.1.2.2.2. Alacaklının Temerrüdü

Borç ilişkisi, alacaklı tarafa, borçlanılan edimin yerine getirilmesini alacaklıdan talep etme hakkı verirken, borçlu da bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Alacak, alacaklı için bir “hak” olduğuna göre, her hakkın kullanımında olduğu gibi alacak hakkını da talep edip etmemek, hak sahibinin iradesine bağlıdır. Alacaklı alacak hakkını talep etmek, borçlunun ifa teklifine olumlu karşılık vermek zorunda değildir. Alacaklının temerrüdüne sebep olabilen olumsuz tutum, alacaklının kabulden kaçınarak ifayı reddetmesi veya onun, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması (TBK m. 106/I) şeklinde gerçekleşebilir. Borçlu ise, tam ve doğru ifa ile borçtan kurtulabilir¹¹¹⁵. Ancak ifada bulunmak isteyen borçlunun borçlandığı edimin türüne göre alacağını kabulden kaçınan ya da hazırlık fiillerini yerine getirmeyen alacaklı karşısında süregelen bir belirsizlik içinde kalmasını engelleyen çeşitli kolaylıklar kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, kısmî ifayı ret hakkı bulunan alacaklının bu hakkı kullanması ve kabulden kaçınması, onu alacaklının temerrüdüne düşürmez. Zira temerrüdün en önemli şartı edimin ifasının alacaklıya gereği gibi teklif edilmiş olmasıdır¹¹¹⁶. Ancak, alacaklı kısmî ifa teklifini kural olarak kabul etmek zorunda değildir. Kanunun tanıdığı bu hakkın kullanımı, alacaklıyı temerrüde düşürmez¹¹¹⁷.

Alacaklının; kanun, sözleşme, işin niteliğinden kaynaklanan sebepler ya da dürüstlük kuralı gereğince kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunabilir. Bu hâllerden birinin varlığına rağmen, haklı ve objektif bir sebep olmaksızın kısmî ifayı reddeden alacaklı, TBK m. 106 vd. hükümler uyarınca edimin tamamı bakımından alacaklının temerrüdüne düşer¹¹¹⁸. Zira, alacaklı temerrüdünün şartlarından biri de alacaklının, kendisine yapılan ifa teklifini, haklı bir

¹¹¹⁵ Alacaklının temerrüdünün gerçekleşebilmesi için gerekli olan “kabulden kaçınmanın haksız olması” şartı ile kast edilenin yer, konu, zaman, miktar bakımından tam ve doğru ifa mı, yoksa nitelik bakımından tam ve doğru ifa mı olduğu hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce alacaklının ifayı kabulden kaçınmasının haklı bir sebebe dayanmadığı hâller hem ifa modalitelerine hem de nitelik bakımından borçlanılan edime uygun olduğu hâlde ifası ciddi ve eylemli biçimde teklif edilen edimin, alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple yine alacaklı tarafından kabul edilmemesidir. Tartışmalar için bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 146; Sert Canpolat, 2009: 485-486.

¹¹¹⁶ İfa teklifinin kural olarak gerçek ve fiili olarak yapılması gerekmektedir. Fakat istisnâ olarak sözlü ifa teklifi de yeterli sayılmaktadır. Özellikle, ifanın gerçekleşmesi için alacaklıya düşen hazırlık fiillerinin bulunması hâlinde borçlunun, alacaklıyı temerrüde düşürmek için fiili bir ifa teklifinde bulunması gerekmemektedir. Edimi önceden reddeden alacaklının temerrüde düşmesi için, kendisine sözlü bir ifa teklifinin yapılmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Bk. Esser ve Schmidt, 1999: 24-25; Koç, 1992: 100 vd; Akıncı, 1999: 102 vd; Üçer, 2007: 71 vd.

¹¹¹⁷ Honsell vd., 2011: Art. 91, N. 2.

¹¹¹⁸ Koç, 1992: 158; Akıncı, 1999: 99.

sebeup olmaksızın reddetmesidir¹¹¹⁹. Alacaklının ifaya katılmasının gerekli olduğu hâllerde haklı bir sebeup olmaksızın kabulden kaçınma, işbirliğinden kaçınma şeklinde gerçekleşir¹¹²⁰. Reddin haklı bir sebebe dayanmaması, alacaklının kusurundan kaynaklanmak zorunda değildir¹¹²¹. Temerrüde düşen alacaklı, artık, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvuramaz¹¹²², karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik def'ini ileri süremez. Alacaklının ifasına katılması gerekmeyen, onun herhangi bir fiiline ihtiyaç bulunmayan edimlerde, meselâ yapmama edimlerinde alacaklı temerrüdü gerçekleşmez¹¹²³.

Alacaklının, kabul zorunluluğu bulunan kısmî ifayı reddetmesi, onun alacak hakkını sona erdirmez, “külfet” niteliğindeki kabulün gerçekleşmemesi bir yükümlülük ihlâli olmadığı için alacaklı aleyhine bir tazminat sorumluluğu doğmaz¹¹²⁴. Hatta haklı bir sebeup olmaksızın ifa teklifi reddedilen borçlunun, ret hakkının kullanılmasından sonra da borcunu ifa etmeye hazır bulunmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹¹²⁵. Ancak, alacaklının temerrüde düşmesiyle, ifa ile borçtan kurtulmak isteyen borçlunun lehine bazı hukukî sonuçlar ortaya çıkar.

Kısmî ifayı ret hakkı bulunmamasına rağmen kabulden kaçınan alacaklı karşısındaki borçlunun sorumluluğu alacaklının temerrüdü ile hafiflemektedir. Konuya ilişkin olarak Alman Hukukunda BGB §-300/1 ile açıkça öngörölmüş hükme, Türk- İsviçre Hukukunda yer verilmemiştir¹¹²⁶. Fakat TBK m. 114 hükmü ve eserin teslimden önce yok olması durumunda eseri teslim almada geciken alacaklı karşısında borçlunun sorumluluğunu hafifleten TBK m. 483 hükmü kıyasen uygulanarak borçlunun sorumluluğunun hafifletilmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir¹¹²⁷. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Alman Hukukunda BGB §-300/2 ile öngörölen hasarın alacaklıya geçmesine ilişkin sonuca, Türk- İsviçre Hukukunda satış sözleşmesine ilişkin hasarın alıcıya geçmesine ilişkin TBK m. 208/II hükmünün kıyasen uygulanmasıyla ulaşılabilceği kabul edilmektedir¹¹²⁸.

¹¹¹⁹ Alacaklının, sözleşmeyi hükümsüz saydığına, ifanın usulüne uygun olarak gerçekleşmediğine ilişkin itirazları da edimi reddetmesi anlamına gelir. Bk. Koç, 1992: 147.

¹¹²⁰ Esser ve Schmidt, 1999: 25; Koç, 1992: 153; Akıncı, 1999: 100; Kılıçoğlu, 2017: 847; Antalya, 2017: 143.

¹¹²¹ Koç, 1992: 155; Akıncı, 1999: 106; Antalya, 2017: 144; Üçer, 2007: 17-18.

¹¹²² Gauch vd., 2014b: N. 2434; Koç, 1992: 301; Sert Canpolat, 2009: 477; Eren, 2017: 1035; Akıncı, 1999: 108.

¹¹²³ Oğuzman ve Öz, 2017a: 353; Nomer, 2015: 302; Sert Canpolat, 2009: 476.

¹¹²⁴ Von Büren, 1964: 413-414; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 145-146; Nomer, 2015: 303; Sert Canpolat, 2009: 488; Eren, 2017: 1039; Akıncı, 1999: 99.

¹¹²⁵ Koç, 1992: 171-172.

¹¹²⁶ Bk. Esser ve Schmidt, 1999: 26.

¹¹²⁷ Gauch vd., 2014b: N. 2438; Eren, 2017: 1040.

¹¹²⁸ Eren, 2017: 1040; Nomer, 2015: 304; Akıncı, 1999: 107-108. Alman Hukukundaki aynı yöndeki çözüm hakkında bk. Esser ve Schmidt, 1999: 26. Öğretide Alman Hukukundaki bu sonuca Türk hukuku bakımından ulaşılmasının mümkün olmadığı hakkındaki görüş için bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 360. Yazara göre hasar temerrütte değil, tevdi ile alacaklıya geçebilir.

Bir şeyin tesliminin borçlanıldığı borç ilişkilerinde alacaklı temerrüde düşerse, borçlu, teslim, gereken şeyi tevdi ederek borçtan kurtulabilme hakkına sahiptir (TBK m. 107). Bu hakkın kullanılabilmesi için edimin tevdiye elverişli olması, tevdi edilen şeyin borçlanılan edime uygun olması ve tevдинin, tevdi yerinde borçlu ya da üçüncü kişi tarafından yapılması gerekir¹¹²⁹. Ticari olmayan ilişkilerde tevdi yerini hâkim belirlerken, ticari ilişkiler bakımından tevdi yeri borçlu tarafından belirlenebilir. Tevdi, ifa gibi sonuç doğurur, borçlu tevdi ile borçtan kurtulur. Eğer alacaklının kısmî ifayı ret hakkı bulunmuyorsa, başka bir ifadeyle borçlunun kanundan, sözleşmeden, işin niteliğinden, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir sebeple kısmî ifa gerçekleştirme hakkı bulunuyorsa, alacaklının temerrüdü ile, borçlu edimin bu kısmını tevdi ederek, tevdi ettiği miktar bakımından borçtan kurtulur. Borçlunun tevdi ile borçtan kurtulma anı TBK m. 109/II hükmüne göre belirlenir. Borçlunun tevdi edilen şeyi geri alma hakkı ortadan kalktığına borç da kesin olarak sona erer. Aksi hâlde tevdi ile geri alma hakkının kullanıldığı zaman diliminde gerçekleşen sona erme geçicidir¹¹³⁰. Geri alma hakkının kullanılmadığı bir tevdi ile birlikte hasar ve giderlerden sorumluluk, alacaklıya geçer¹¹³¹. Borç sona erdiği için fer'i haklar sona erer¹¹³². Fakat tevdi anına kadar sözleşme faizi işlemeye devam eder¹¹³³. Alacaklının temerrüdü yüzünden borçlunun yapmış olduğu muhafaza giderlerini, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak talep edebileceği kabul edilmektedir¹¹³⁴.

Edim ya da işin niteliği tevdi için uygun değilse, borçlu, temerrüde düşmüş olan alacaklıyı ihtar etmek şartıyla ve hâkimin izniyle edimi açık artırma yoluyla satıp bedelini tevdi etme hakkına sahiptir (TBK m. 108/I). O hâlde tek başına satış, borçluyu borçtan kurtarmaz, satış bedelinin tevdi edilmesi gerekir. Malın çabuk bozulabilen bir mal olması, tevdi giderlerinin önemli derecede fazla olması gibi sebeplerle satma hakkı kullanılabilir¹¹³⁵. TBK m. 108/II'de satma hakkının kullanılmasının şartları kolaylaştırılmıştır. Şey, borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak giderlere oranla değeri düşük ise, açık artırma yoluyla satış şart olmadığı gibi, hâkim, ihtar gerek olmadan satış yapılmasına karar verebilir.

¹¹²⁹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 362; Gauch vd., 2014b: N. 2451; Nomer, 2015: 303; Kılıçoğlu, 2017: 852. Tevdi yeri götürülecek borçlarda alacaklının yerleşim yeri, aranacak ve gönderilecek borçlarda ise borçlunun yerleşim yeridir. Konu hakkında bk. Koç, 1992: 184-185.

¹¹³⁰ Eren, 2017: 1043-1044. Tartışmalar için bk. Koç, 1992: 224 vd.

¹¹³¹ Koç, 1992: 221; Eren, 2017: 1044.

¹¹³² Gauch vd., 2014b: N. 2453; Koç, 1992: 214; Akıncı, 1999: 111.

¹¹³³ Nomer, 2015: 304; Gauch vd., 2014b: N. 2442. Alman Hukukunda alacaklının temerrüde düşmesiyle sözleşme faizinin işlemesinin duracağı BGB §-301 ile kabul edilmiştir. Türk hukukunda temerrüt ile değil, tevdi ile faizin işlemesinin duracağı kabul edilmektedir. Bk. Oğuzman ve Öz, 2017a: 360.

¹¹³⁴ Nomer, 2015: 304; Sert Canpolat, 2009: 491; Oğuzman ve Öz, 2017a: 368.

¹¹³⁵ Antalya, 2017: 152-154. Ancak hâkimin satış izni verdikten sonra satış bedelinin tevdi yerini ve şeklini de belirlemesi gerektiği savunulmaktadır. Bk. Koç, 1992: 244, 253.

Tevdi hakkı, verme edimleri bakımından kullanılabilir. Borcun konusunu bir şeyin teslimini oluşturmadığı hâllerde, borçtan kurtulmak için edimi tevdi edebilme imkânı olmayan borçluya, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uyarınca sözleşmeden dönme imkânı tanınmaktadır (TBK m. 110). Hukukî niteliği yenilik doğuran hak kullanımı niteliğinde olan dönme hakkına ilişkin iradenin alacaklıya varması gerekmektedir¹¹³⁶. Borçlunun dönme hakkını kullanmak istemesi durumunda alacaklıya uygun bir mehil vermesi gerekip, TBK m. 124'teki hâllerde ise bu mehile gerek kalmamaktadır¹¹³⁷.

Özellikle bölünebilir nitelikteki yapma edimlerinde ya da sürekli borç ilişkilerinin belli bir kesitine ilişkin olarak alacaklının kabulden kaçınması üzerine, borçlu, somut olayda kısmî ifayı ret hakkı bulunmayan alacaklı ile aralarındaki sözleşmeden dönebilir¹¹³⁸. Dönme hakkı sürekli borç ilişkilerinde ileriye etkilidir¹¹³⁹. Anî edimli borç ilişkileri için dönme hakkı, ifa ile sona ermemiş edimin tamamına ilişkindir. TBK m. 125'e yapılan yollama sebebiyle, borçluya, alacaklının kusurlu olması durumunda, uğramış olduğu menfi zararın tazminini talep hakkının da tanınmış olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴⁰. Fakat bu yollamanın aşkın zarar talebine ilişkin olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁴¹.

3.2. Fer'i Haklar ve Zamanaşımı Bakımından Kısmî İfanın Sonuçları

3.2.1. Fer'i Haklar Bakımından

3.2.1.1. Teminatlar Bakımından

Kısmî ifanın, ifa edilen borcu teminat altına alan borç ilişkilerine etkisi, kısmî ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesi ihtimali gerçekleştiğinde anlam taşımaktadır. Alacaklı, tamamı belirli, muaccel ve ifası mümkün edimin kısmî ifasını reddetmişse, borç, varlığını sürdürmeye devam ettiği için, asıl borcun teminatları da varlığını sürdürür. Alacaklı kısmî ifayı kabul etmişse ve aynı zamanda borcun tamamı için teminat gösterilmişse, bu teminat geriye kalan kısım bakımından varlığını sürdürür¹¹⁴². Bu sonuca TBK m. 100/II hükmünün yorumu yoluyla da ulaşılabilir. Bahsi geçen hüküm uyarınca alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, bu takdirde borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup edemez. Para borçlarının kısmen ödenmesinde mahsubu düzenleyen bu hüküm, teminatın alacağın tamamına değil

¹¹³⁶ Koç, 1992: 268 vd; Serozan, 2007: 43 vd; Akıncı, 1999: 113; Sert Canpolat, 2009: 493.

¹¹³⁷ Koç, 1992: 269; Oğuzman ve Öz, 2017a: 366.

¹¹³⁸ Dönme hakkının, alacaklısı temerrüde düşen verme borcunun borçlusuna da en azından son çare olarak tanınması hususunda bk. Serozan, 2007: 328-329.

¹¹³⁹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 366; Koç, 1992: 270.

¹¹⁴⁰ Koç, 1992: 273-274; Akıncı, 1999: 113; Eren, 2017: 1048; Oğuzman ve Öz, 2017a: 366; Sert Canpolat, 2009: 493.

¹¹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 151.

¹¹⁴² Gauch vd., 2014b: N. 2374; Oğuzman ve Öz, 2017a: 282; Eren, 2017: 924; Uygur, 2012: 646.

sadece bir kısmına ilişkin olduğu hâllerde dahi, mahsubun teminatsız ya da daha az teminatlı kısım için öncelikle gerçekleşeceğini işaret etmektedir. Hangi alacağın ya da alacak kısmının daha az teminatlı olduğunun tespiti, hukukî değerlendirmeden ziyade ekonomik bir değerlendirmeyi gerektirir¹¹⁴³. Bu sebeple alacaklının daha kolay elde edebileceği ya da paraya çevirebileceği teminata ilişkin asıl borç, en son mahsup edilir.

O hâlde, teminatın, alacağın tamamına ilişkin olduğu ve ifanın kısmen gerçekleştiği hâllerde, evleviyetle, kabul edilen kısmî ifa kural olarak kalan kısım için teminatların ortadan kalkmasına sebep olamaz. Aksine, teminatlar kalan kısmı güvence altına almaya devam eder, sadece teminat verenin sorumlu olacağı asıl borç miktarı azalmış olur. Hüküm her ne kadar para borçlarına ilişkin olsa da, bölünebilen diğer edimler bakımından hükmün kıyasen uygulanmasında hukukî bir sakınca bulunmamaktadır.

Asıl borç, *taşınmaz rehni ile* teminat altına alınmışsa, TBK m. 131/I'deki ana ilke uyarınca asıl borç herhangi bir sebeple sona ererse, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona erer. Dolayısıyla, bu hükümden hareketle, ifa ile asıl borç sona erince ipotekli taşınmaz maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir¹¹⁴⁴. Nitekim rehnin sona ermesini düzenleyen TMK m. 858/I hükmü uyarınca taşınmaz rehni, tescilin terkinini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona ermektedir. İfa ile rehnin sona erdiği anın ne zaman olduğu hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹¹⁴⁵ rehin hakkı, borç ifa edildiği anda sona erer, tapu sicilinde şeklen devam eden rehnin terkin edilmesi gerekir. Terkin, sadece açıklayıcı nitelik taşır. Rehin hakkı sahibi terkin talebinde bulunmaktan kaçınırsa, tapu sicilinin düzeltilmesi talebiyle dava açılması (TMK m. 1025) gerekir. İkinci görüşe göre¹¹⁴⁶ rehin hakkı ne ifa ne de mahkeme kararıyla sona erer, bu hak ancak terkin işleminin yapılması ile son bulur. Fakat, borç kısmen ifa edilmişse; alacaklının terkin talebinde bulunması kural olarak kendisinden beklenemez. Zira taşınmaz üzerindeki rehin hakkı, teminat altına alınan alacağın tamamına ilişkindir. Bir kısım borç ifa edildiğinde, alacaklının ipoteği terkin ettirmek istemesi, onu teminatın tamamından mahrum bırakır. Ekonomik olarak genellikle daha hafif sonuçlar doğuran taşınır rehninde dahi alacaklıdan beklenmeyen bu yükümlülük, taşınmaz rehninde ondan evleviyetle beklenemez. Bununla birlikte Yargıtay, kısmen ifa edilen meblağın terkinine sebep oluşturmamakla birlikte tapu sicilinin düşünceler sütununda belirtilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ Tischendorf, 1993: 71.

¹¹⁴⁴ Acar, 2015: 207, N. 417; Nomer ve Ergüne, 2016: 34-35.

¹¹⁴⁵ Sirmen, 1990: 109; Acar, 2015: 207-208, N. 418; Oğuzman vd., 2017: 921.

¹¹⁴⁶ Bk. Acar, 2015: 208, N. 419'daki yazar.

¹¹⁴⁷ Bk. Yarg. 14. HD., T. 21.10.2009, E.10370, K. 11327. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 11.07.2017).

Kanaatimizce, toplu rehin hâlleri istisnâi olarak ele alınmalıdır: Aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehnedilmesi mümkündür (TMK m. 855 ve TST m. 32). Teminatın taşınmazlar arasındaki dağılımı iki şekilde gerçekleşebilir. Birden fazla taşınmaz, aynı alacak için rehnedilmişse, her taşınmaz, alacağın belirli bir miktarına karşı teminat oluşturur¹¹⁴⁸ (TMK m. 855/II). Bu durumda alacak hakkı bölünmediği için, alacaklının, rehin konusu taşınmazların her biri üzerinde, birbirinden bağımsız rehin hakkı vardır ve her biri, alacağın belirli bir miktarına ilişkindir¹¹⁴⁹. Güvencenin taşınmazlar arasında dağıtımı kural olarak tarafların anlaşmalarına göre belirlenir. Fakat böyle bir anlaşma yoksa TMK m. 855/III uyarınca tapu memuru re'sen güvenceyi, taşınmazların değeri oranında dağıtır.

Bütün taşınmazların teminatın tümünü üzerinde taşıması, taşınmazlar aynı malike ya da borçtan müteselsilen sorumlu olanlara ait olması durumunda mümkündür (TMK m. 855/I). Bu ihtimalde, tek bir rehin hakkı mı, yoksa taşınmaz sayısı kadar rehin hakkı mı bulunduğu tartışmalıdır¹¹⁵⁰. Kanaatimizce, tapu sicil sistemimize uygun olan görüş, taşınmaz sayısı kadar rehin hakkının mevcut olduğunu savunan görüştür.

Her iki ihtimalde de paraya çevirme usulü TMK m. 873/III hükmüne göre gerçekleşir. Bu hüküm ile aynı alacağın için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehinin paraya çevrilmesi talebinin taşınmazların tamamı hakkında yapılması; bununla birlikte, icra dairesinin, bunların sadece gerektiği kadarını paraya çevirmesi öngörülmüştür.

Kanaatimizce, alacak birden fazla bağımsız taşınmaz üzerine kurulan ipotek ile teminat altına alınmış ve gerçekleşen ifa, bu taşınmazlardan biri ya da birkaçı üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını sağlayacak miktarda ise, bu durumda kısmî ifa neticesinde ilgili taşınmaz üzerindeki ipoteğin terkinin talep edilebilmelidir¹¹⁵¹. Böylece kısmî ifa ile, bir miktar azalan asıl borca bağlı fer'i bir borç olan rehin hakkı da sona ermiş olur. Bu sayede özellikle üçüncü kişilerin borçları için taşınmazlarını rehneden maliklerin menfaatleri de korunmuş olur.

Asıl borç teslimine bağlı taşınır rehni ya da alacak rehni (TMK m. 954/II) ile teminat altına alınmışsa, kısmî ifayı kabul eden alacaklının geri verme borcu TMK m. 944'te düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca alacağın ödenmesi veya başka bir sebeple rehin hakkı sona erince alacaklının, rehinli taşınırı hak sahibine vermekle yükümlülüğü bulunmaktadır

¹¹⁴⁸ Baur, 1989: 394 ve 397; Akipek ve Akıntürk, 2009: 761; Nomer ve Ergüne, 2016: 27.

¹¹⁴⁹ Akipek ve Akıntürk, 2009: 761; Ayan, 2012: 150; Nomer ve Ergüne, 2016: 27.

¹¹⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bk. Ayan, 2012b: 151; Akipek ve Akıntürk, 2009: 761; Nomer ve Ergüne, 2016: 28-29.

¹¹⁵¹ Nitekim, müşterek ve/veya müteselsil borç durumu söz konusu olmaksızın aynı alacak için birden çok kişiye ait taşınmaz ya da pay rehnedilirse, taşınmaz veya paylardan her birinin bu alacağın belli bir kısmı için rehnedilmesi gerektiğinin belirtildiği Tapu Sicil Tüzüğü'nün 32. maddesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi bakımından benzer bir sonuç için bk. Nomer ve Ergüne, 2016: 30.

(TMK m. 944/I). Alacaklı, alacağın tamamını almadığı müddetçe, rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir (TMK m. 944/II). Bu hükümden anlaşıldığı üzere, borcun kısmen ifa edilmiş olması, teslimine bağlı taşınır rehnini sona erdirmez. Rehlin konusu şey bölünebilir nitelik taşısa dahi, alacaklı, kanunun kendisine tanıdığı geri vermekten kaçınma hakkını kullanabilir¹¹⁵².

Teslime bağlı olmayan taşınır rehinlerinde alacaklının, taşınırı hak sahibine iadesi söz konusu olmaz. Kısmî ifa sadece teminat altına alınan alacak miktarını azaltır.

Kısmî ifanın, alacaklı tarafından kabul edildiği hâllerde mesele yukarıda açıklandığı gibi iken; alacaklının kısmî ifayı reddetmesi durumunda konunun, alacaklının ret hakkının var olup olmadığına ve teminatın cinsine göre ayrımlar yaparak ele alınması gerekmektedir:

Alacaklının kısmî ifayı ret hakkı varsa, ifa hiç gerçekleşmemiş ve borcun tamamı varlığını sürdürmeye devam etmiş olacağı için, mevcut teminatlar ret hakkının kullanımından etkilenmez. Fakat alacaklı, haklı bir hukukî sebebe dayanmaksızın, dürüstlük kuralına aykırı olarak ya da kanun yahut sözleşme ile kısmî ifayı kabul zorunluluğu altında olduğu hâlde ifası teklif edilen alacak kısmını reddetmişse, bunun, yani ret hakkının olmamasının, teminatlar üzerindeki etkisi Türk Hukukunda aynî ve kişisel teminatlar bakımından farklılık göstermektedir.

Fer'i hak doğuran kişisel teminat sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve en yaygın örneğini oluşturan kefalet sözleşmesi bakımından, alacaklının ifayı (ya da kısmî ifayı) kabulden kaçınmasının hukukî sonucu TBK m. 593/II'de açıkça düzenlenmektedir. Bu maddeye göre alacaklı, haklı bir sebep bulunmadığı hâlde ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur. Birlikte müteselsil kefalette ise, kefilin sorumluluğu her bir kefile düşen düşen pay miktarınca azalır. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi (ya da kısmî ödemeyi) kabulden kaçınan alacaklı, kabulden kaçındığı oranda asıl borcun teminatını oluşturan kefilin, sorumluluktan kurtulmasına sebep olur¹¹⁵³. Kanaatimizce, kefilin sorumluluğunun sona erdiği miktar, reddedilen alacak kısmı ile orantılı olmalıdır. Benzer şekilde birlikte müteselsil kefillerin iç ilişkilerindeki sorumluluklarının hafiflemesi de bu oran nisabında gerçekleşmelidir.

Kefalet sözleşmesi bakımından öngörülen çözüme benzer bir çözümün aynî teminatlar bakımından bulunmadığı görülmektedir. Ne Türk Medeni Kanunu'nda ne de İsviçre Medeni Kanunu'nda alacaklının, borçlunun ifa (ya da kısmî ifa) teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddetmesi durumunda, başka bir deyişle kısmî ifayı ret hakkının var olmadığı hâllerde, aynî teminat gösteren üçüncü kişilerin, meselâ rehin verenlerin hukukî sorumluluğunun akıbetine

¹¹⁵² Acar, 2015: 209, N. 424; Ayan, 2012b: 259.

¹¹⁵³ Gauch vd., 2014b: N. 2444.

ilişkin bir hukukî sonuç düzenlenmiştir. Haklı bir sebep olmaksızın kısmî ifayı kabulden kaçınan alacaklının rehin teminatından mahrum kalmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu meseleye ilişkin bir hukuk boşluğu vardır. Boşluk bilinçsiz ve gerçek bir hukuk boşluğudur¹¹⁵⁴. Zira kanun koyucu tarafından, konuya ilişkin olarak açık hiçbir hukukî sonuç öngörülmemiştir. Özellikle başkasının borcu için teslim bağli olmayan taşınır rehni ya da ipotek veren kişinin durumunun alacaklının haksız biçimde ifayı kabulden kaçınması sebebiyle belirsizliğe itilmesi, hakkaniyete uygun değildir. Bu boşluk, kısmî ifayı kabulden haklı bir sebep olmaksızın kaçınan alacaklıya karşı, özellikle birden fazla taşınmaz üzerinde alacağın belirli bir kısmı için ipotek tesis edildiği hâllerde, malike terkine zorlama davası açma hakkı tanıyan bir kanuni düzenleme ile doldurulabilir.

3.2.1.2. Faiz Bakımından

Faiz borcu, para borçlarının yanında yer alan, fer'i nitelikte bir borçtur. Tanımı ne 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da, ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de 6102 sayılı TTK'da yapılmıştır. Esas olarak, faiz borcunun temelini paradan bir süre mahrum kalmanın karşılığının alınması düşüncesi oluşturmaktadır. Para, ödeme aracı olmasının yanı sıra bir yatırım aracı da olduğu için, bunu kullandırmanın hukukî semeresi elde edilebilmelidir ve bu semere de faizdir. Öğretide ve yargı kararlarında faizin pek çok tanımı yapılmıştır. Öğretide yapılmış en kapsamlı tanıma göre faiz, alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması sebebiyle, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun veya hukukî işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir çeşit tazminat ve medeni bir semeredir¹¹⁵⁵.

Kısmî ifanın faiz borçları bakımından hüküm ve sonuçları oldukça tartışmalı bir konudur. Asıl borç ile faiz borcunun ayrı hukukî sebeplerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti, gerçekleşen ifanın hukukî olarak nitelendirilmesini ve dolayısıyla sonuçlarını etkilemektedir.

Öğretide bir görüşe göre asıl borç ile faiz borcunun aynı hukukî sebepten kaynaklandığı ve dolayısıyla tek bir alacak hakkının bulunduğu kabul edilmektedir¹¹⁵⁶. Bir diğer görüşe göre ise, faiz borcunun kaynağı bakımından bir ayırım yapılmalıdır: Eğer faiz borcu, sözleşme ile kararlaştırılmışsa, ayrı ve bağımsız bir nitelik taşır. Fakat kanuni faizler,

¹¹⁵⁴ Hukukta boşluk türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Edis, 1997: 120 vd.

¹¹⁵⁵ Helvacı, 2000: 65, benzer tanımlar için bk. Akil, 2015: 70; Aydoğdu ve Ayan 2014: 1-2; Gauch vd., 2014b: N. 2350. Faizin fer'ilik niteliği ile ilgili bk. Schöbi, 1990: 62; Kılıçoğlu, 2017: 779.

¹¹⁵⁶ Koller, 2006: §-42, N. 3; Steinlehner Stelzner, 1984: 13 dn. 46.

asıl borç ile bir bütündür ve bağımsız bir nitelik taşımaz¹¹⁵⁷. Savunulan üçüncü görüşe göre ise faiz ne tür olursa olsun asıl alacağın fer'isi ve ondan ayrı bir alacak niteliği taşır. Bu sebeple faizin ödenmesi kısmî ifa değildir¹¹⁵⁸. Dördüncü görüşe göre faiz, fer'i hak olmakla birlikte asıl alacağın bir unsuru değildir. Sadece asıl alacağa bağlıdır ve doğmuş faiz alacağı, hukuken asıl alacaktan bağımsızdır¹¹⁵⁹. Bu görüş farklılıklarının temelinde yatan tartışma, faiz borcunun hukukî niteliği ile ilgilidir. Bilindiği gibi faiz borcu, fer'i bir borçtur; dolayısıyla varlığı ve geçerliliği, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır¹¹⁶⁰. Kural bu olmakla birlikte, istisnaî olarak faiz borcunun asıl borçtan bağımsız olma yönü de bulunmaktadır. Faiz borcu işlemeye başladıktan sonra hukukî anlamda asıl borçtan bağımsızlık kazanır¹¹⁶¹. Bunun sonucu olarak işlemiş faizin, alacaklı tarafından, asıl alacaktan bağımsız olarak talep, dava¹¹⁶² ve takip edilebilmesi, haczi ve rehnedilmesi ya da açıkça belirtilmek şartıyla üçüncü kişilere devredilebilmesi mümkündür¹¹⁶³. O hâlde para borçlarında taraflar arasında bu yöndeki irade ortaya konmadıkça anapara ve faiz alacakları arasında içsel bir birlik yoktur. Bu sebeple borçlu, faiz borcunu asıl borçtan ayrı olarak teklif edebilir. Bu ise kısmî ifa teşkil etmez, faiz ödenmesi kısmî bir ödeme değildir¹¹⁶⁴. Dolayısıyla alacaklının, asıl alacaktan bağımsız olarak ifası teklif edilen faizi, kısmî ifa olarak niteleyerek reddetme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹¹⁶⁵.

Asıl borcun işleyen faizi de bulunur ve borçlu, bu iki kalemin toplamının gerisinde bir meblağı ifa etmeyi teklif ederse, bu meblağın hangi borç kalemine mahsup edilmesi gerektiği önem arz eder. Kısmen gerçekleşen ödemelerde mahsubu düzenleyen TBK m. 100/I'e göre faiz ve giderleri ödemede gecikmemiş olan borçlu, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Bunun aksine anlaşma ise yapılamaz. Bu hüküm uyarınca borçlu, yaptığı ödemeyi öncelikle ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Fakat bu hakka sahip olmasının ön şartı faiz ve giderleri ödemede gecikmemiş olmasıdır. Borçlu, faiz ve giderleri ödemede gecikmişse, kısmî ödemesi, ödemekte geciktiği faiz ve gider borcuna mahsup edilir.

¹¹⁵⁷ Steinlehner Stelzner, 1984: 14. Bu görüşe katılmaya imkân bulunmamaktadır; zira faiz borcunun kaynağı, onun hukukî niteliğini değiştirmemektedir. İster kanundan, ister hukukî işlemde kaynaklanmış olsun, faiz borcu fer'i nitelikte bir borçtur. Fer'i borç olan faiz borcunun kaynağına göre değil de bağımsızlaşıp münferit bir nitelik kazanmasına göre yapılacak değerlendirme hukukî açıdan daha isabetli bulunmaktadır.

¹¹⁵⁸ Oğuzman ve Öz, 2017a: 279.

¹¹⁵⁹ Aydoğdu ve Ayan, 2014: 5; Eren, 2017: 979; Akil, 2013: 67. Yazar, aynı sonuca sonuca kısmî dava açılabilmesi bakımından ulaşmaktadır.

¹¹⁶⁰ Schöbi, 1990: 62; Von Büren, 1964: 40; Kılıçoğlu, 2017: 780.

¹¹⁶¹ Aydoğdu ve Ayan, 2014: 4; Akil, 2015: 97; Gümüş, 2013: 1256; Von Büren, 1964: 40.

¹¹⁶² Faiz alacağı müstakil bir dava konusu yapılabilirken, faiz oranının bölünerek ayrı dava konusu yapılamayacağı hakkında Yargıtay kararı için bk. Yarg. 11. HD., 23.01.1990, 274/112, karar metni için bk. Akil, 2015: 87.

¹¹⁶³ Eren, 2017: 979; Oğuzman ve Öz, 2017a: 305; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 107; Aydoğdu ve Ayan, 2014: 4-5.

¹¹⁶⁴ Aydoğdu ve Ayan, 2014: 5; Gümüş, 2001: 611.

¹¹⁶⁵ Oğuzman ve Öz, 2017a: 279; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 107; Aydoğdu ve Ayan, 2014: 5.

“Gecikmiş olma” ifadesinden anlaşılması gerekenin, borçlunun temerrüde düşmesi değil, faiz ve gider borcunun muaccel olması olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶⁶. Temerrüt faizi bakımından muacceliyet ve temerrüt tarihleri örtüşmektedir ve bu faiz türü bakımından gecikme kavramından temerrüt anlaşılabilir. Fakat anapara faizi bakımından muacceliyet ve temerrüt tarihi aynı olmadığı için gecikme ve temerrüt aynı anlama gelmez¹¹⁶⁷. Bu maddede bahsi geçen faizin işlemiş fakat gecikme yüzünden ödenmemiş olan faiz olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶⁸.

TBK m. 100/I hükmünde “aksi kararlaştırılamayan” durum ile ifade edilmek istenenin ne olduğu ise açık değildir¹¹⁶⁹. Bu ifadeyle kastedilmiş olabilen ilk ihtimal, faiz ve gider borcu bulunan gecikmiş borçlunun, yaptığı ödemeyi ana borçtan düşmeyi isteyememesidir. Başka bir deyişle, faiz ve giderlerin ödenmesinde gecikme gerçekleşmişse, yapılan kısmî ödeme bu giderlerden düşülür, ana borçtan düşürülemez. İkinci ihtimal ise, tarafların, borçlunun faiz ve masrafları ödemede gecikmediği hâllerde kısmî ödemenin ana borçtan düşülememesine ilişkin önceden yapmış oldukları anlaşmalardır¹¹⁷⁰. Bu hükme ilişkin üçüncü yoruma göre ise, aksine anlaşma yapma yasağı sadece faiz ve gider borcuna ilişkin bir gecikme olmamasına rağmen borçlunun yapacağı kısmî ödemenin ana borç yerine öncelikle gelecekte muaccel olacak faiz ve gider borçlarına mahsup edileceğine ilişkin anlaşmaları kapsamaktadır¹¹⁷¹. Başka bir deyişle, bu hüküm ile, faiz ve masraftan doğan borçları ödemede gecikilmemesine rağmen mahsubun, anaparaya yapılamayacağına ilişkin anlaşmalar yasaklanmaktadır¹¹⁷². Fakat alacaklı kabul ettiği takdirde, faiz ve gider borçlarını ödemekte geciken borçlu, kısmî ödemenin ana borca mahsubunu talep edebilir¹¹⁷³.

Kanun koyucunun yukarıda bahsi geçen ihtimallerden hangisini öngörerek bu hükme kanunda yer verdiği hususunda, hükmün amacı incelenerek bir sonuca ulaşılması gerekir¹¹⁷⁴. Kanaatimizce, TBK m. 100/I hükmü sebebiyle aksi öngörülemeyen durum, faiz ve masrafları ödemekte gecikmemiş olan borçlunun, yaptığı kısmî ödemeyi asıl borçtan düşmemesine

¹¹⁶⁶ Gümüş, 2013: 1276. Karşıt görüş yani gecikmenin temerrüt olarak anlaşılması gerektiği hususunda bk. Kılıçoğlu, 2017: 772 ve Yarg. 9. HD., T. 27.06.2012. E. 2010/17548, K. 2012/24733. Karar metni için bk. <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: 08.09.2017).

¹¹⁶⁷ Gümüş, 2013: 1278.

¹¹⁶⁸ Eren, 2017: 1009.

¹¹⁶⁹ Nitekim öğretide Buz, hükmün, yanlış kaleme alındığını ve borçlu korunmak istenirken alacaklının korunduğunu ileri sürmektedir. Bk. Buz, 2012: 98-99, ayrıca bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 111-113; benzer eleştiriler için bk. Antalya, 2017: 126.

¹¹⁷⁰ Eren, 2017: 1009; Antalya, 2017: 126.

¹¹⁷¹ Gümüş, 2013: 1275; Kılıçoğlu, 2017: 772.

¹¹⁷² Kılıçoğlu, 2017: 771-772..

¹¹⁷³ Gümüş, 2013: 1275.

¹¹⁷⁴ TBK m. 100/I hükmüne karşılık gelen mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 85. paragrafının ilk fıkrasında “Aksine anlaşma yapılamaz.” şeklindeki emredici hükme yer verilmemektedir. Bk. https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=94&art=Die_Wirkung_der_Obligationen, (erişim tarihi: 17.03.2017).

ilişkin anlaşmalardır. Maddenin amacı faiz ve giderleri ödemekte gecikmemiş borçlunun, yaptığı ödemenin asıl borçtan düşülmesini isteme hakkının sözleşmeyle elinden alınmasını engellemektir, yoksa faiz ve masrafları ödemede geciken borçlu karşısında alacaklının kısmî ödemeyi öncelikle asıl borca mahsup etmesini engellemek değildir. Fakat kanaatimizce hüküm yanlış anlaşılmaya son derece açık bir biçimde kaleme alınmış ve bu haliyle bile borçlunun oldukça aleyhinedir. Alacaklının, ödemede gecikmiş borçlu yararına bir adım atarak kısmî ödemeyi faiz ve giderlere değil de anaparaya mahsup etmesini yasaklayıp alacaklının kendisini koruyan hükmün avantajından feragat etmesinin engellenmesi anlamlı değildir¹¹⁷⁵.

Kanaatimizce, faiz borcu da para borcu olduğu için, alacaklı kural olarak bir kısım para borcunun ifasını reddetme hakkına sahip olmamalıdır. Kısmen gerçekleşen ifanın hangi borca mahsup edileceği hususu ise TBK 100'e göre belirlenmelidir. O hâlde henüz doğmamış faiz borcu bağımsız nitelik kazanmamakla birlikte fer'ilik niteliğini korumaktadır. Gerçekleşen kısmî ifanın da reddi para borcu bakımından kural olarak mümkün kabul edilmemelidir. Ancak borçlu ödediği bu kısmın anaparadan düşülmesini talep edebilir. Anaparanın azaldığı oranda, henüz bağımsızlaşmamış faiz borcu da (o oranda) sona erer. Bu durum TBK m. 131/I'de hükme bağlanmıştır. Buna göre asıl borç ifa veya diğer bir sebeple sona ererse, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. Doğmuş faiz borcu ise, artık bağımsızlaşmış bir borç olarak kabul edildiğine göre gerçekleşen kısmî ödemenin alacaklı tarafından, öncelikle faiz borcuna mahsup edilmesi mümkündür. TBK m. 131/II gereğince işlemiş faizin ifasını isteme hakkı sözleşme ya da ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuşsa ya da durum ve şartlardan saklı tutulduğu anlaşılıyorsa bu faizlerin istenebileceği hükme bağlanmıştır.

Faiz alacağının bağımsız bir alacağa dönüşmesiyle birlikte, artık kendisi asıl borç niteliği kazanır ve faize faiz işlemesinin (bileşik faiz) söz konusu olduğu durumlarda kabul edilen kısmî ödemenin işleyen faize mahsup edilmesi isabetli olur. Nitekim bu gibi hâllerde kabul edilmesi gereken temel ilke, Alman Medeni Kanunu'nda açıkça hükme bağlanmış ve mahsubun "en uzaktakinden en yakındakine doğru" gerçekleşmesi ilkesi esas alınmıştır¹¹⁷⁶. BGB §-367'ye göre kısmî ödeme önce giderlere, sonra faize en son da asıl borca mahsup edilmelidir. Eğer borçlu, başkaca bir mahsup kuralı belirlerse, alacaklı, ödemeyi kabulden kaçınabilir, yani ödemeyi reddedebilir. Türk Hukukunda konuya ilişkin açık bir kanun hükmü

¹¹⁷⁵ Benzer görüş için bk. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014b: 111-113. Serozan bu hükmün yarattığı sonucun son derece sakıncalı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre TBK m. 100 hükmü ile öngörülmüş olan emredici kural, alacaklı aleyhine anlaşma yapılamaması anlamına gelmektedir ve borçlu yararına hareket etmek isteyen alacaklıyı engellemektedir. Bu ise hükmün amacına aykırıdır.

¹¹⁷⁶ BGB §- 367 metni için bk. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_367.html, (erişim tarihi: 05.09.2017)

bulunmamaktadır. TBK m. 102 hükmüyle de konuya ilişkin bir çözüm öngörülmemiştir. Yargıtay kararlarında ise, kısmî ödeme önce faize, sonra giderlere, sonra da anaparaya mahsup edilmektedir¹¹⁷⁷. Kanaatimizce Alman Hukukundaki çözüm tarzı daha isabetli olup alacaklıya, kısmî ifayı önce en uzak ve zayıf alacağa mahsup etme imkânı tanınmalıdır.

3.2.1.3. Ceza Koşulu (Cezaî Şart) Bakımından

Ceza koşulu, borçlunun, alacaklıya karşı mevcut borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi rizikosuna karşı ifa etmeyi üstlendiği, hukukî işlem ile belirlenen edimdir¹¹⁷⁸. Ceza koşulunun kararlaştırılmasının en önemli sebebi, borçluyu ifaya zorlamaktır. Ceza koşulunun varlığı ve geçerliliği, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Ceza koşulu fer’i bir borçtur. Aynı zamanda TBK m. 170-176 hükümleri arasında düzenlenen geciktirici koşula bağlı borçların özel bir türünü oluşturduğu kabul edilmektedir¹¹⁷⁹.

Ceza koşulunun konusunu oluşturan edimin parasal nitelik taşıması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁸⁰. Borçluyu ifaya zorlama ve teminat amacı taşıyan ceza koşulunun parasal nitelik taşınamamasının kabulü, bu amaç ile bağdaşmamaktadır. Ceza koşulu ile borçlanılan edimin konusu para olmak zorunda değildir. Fakat genellikle para olarak kararlaştırıldığı görülmektedir.

TBK m. 179 vd. hükümlerinde öngörülmüş üç tür ceza koşulu bulunmaktadır. Bunlar; ifa yerine istenebilen (seçimlik) ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşuludur. İfa yerine istenebilen ceza koşulu, TBK m. 179/I’de düzenlenmektedir. Hüküm uyarınca ceza koşulu bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa, bu takdirde alacaklı aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. İfa yerine ceza koşulunun istenebilmesi için, borçlunun borcu ihlâl etmesi gerekir. Bu gerçekleşmedikçe ifa yerine ceza koşulu istenemez¹¹⁸¹. Alacaklının aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek ceza koşulunun ödenmesini isteyebilir. Bu sebeple ceza koşulunun bu türü “seçimlik ceza koşulu” olarak da adlandırılmaktadır. Alacaklı aynen ifayı talep ederse, artık ceza koşulunu talep edemez¹¹⁸².

Borcun ihlâl edildiği hâllerden borcun belirlenen yerde ve zamanda ifa edilmemesi hali için özel olarak TBK m. 179/II hükmüyle ifa ile birlikte istenebilen ceza koşulu

¹¹⁷⁷ Bk. Yarg. 15. HD., T. 22.3.2011, E. 2010/1780, K. 2011/1696. Karar metni için bk. Gümüş, 2013: 1281.

¹¹⁷⁸ Von Tuhr ve Escher, 1974: 277. Öğretide ceza koşulu terimi ilki ceza koşulunu doğuran hukukî işlemi; ikincisi hukukî işlemle belirlenen ve asıl borçtan bağımsız olan edimi belirtmek üzere kullanılmaktadır. Bk. Kocaağa, 2003: 33-34; Schöbi, 1990: 66; Eren, 2017: 1205. Bu çalışmada ceza koşulu terimi, ikinci anlamıyla kullanılmaktadır.

¹¹⁷⁹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 531; Nomer, 2015: 434.

¹¹⁸⁰ Kocaağa, 2003: 106-107.

¹¹⁸¹ Von Tuhr ve Escher, 1974: 281; Kocaağa, 2003: 147; Gülseven, 2015: 40; Honsell, 2014: 616.

¹¹⁸² Von Tuhr ve Escher, 1974: 278; Kılıçoğlu, 2017: 976; Honsell, 2014: 618.

öngörülmüştür. Buna göre, cezanın, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılması hâlinde alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilmektedir. Bu ceza koşulu türü borca aykırılığın iki hali ile sınırlı olarak aynen ifanın yanı sıra talep edilmektedir.

TBK m. 179/III'te ceza koşulundan farklı nitelikte olan “dönme cezası” düzenlenmektedir. Bu hüküm ile borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkının saklı olduğu öngörülmüştür. Esasında bu ihtimalde borçluya herhangi bir borç ihlâli bulunmamasına rağmen, dönme cezasını ödeyerek sözleşme bağından kurtulabilme imkânı tanınmaktadır¹¹⁸³. Dönme cezasının kararlaştırıldığı hâllerde, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen borçlu, bu cezayı ödemekle yükümlü tutulur, alacaklının uğradığı zarar daha fazla olsa bile borçludan bu zararın tazmini talep edilemez¹¹⁸⁴.

Ceza koşulundan doğan alacağın ileri sürülebilmesi için, ceza koşulu muaccel olmalıdır. Bu muacceliyetin gerçekleşmesi için asıl borcun muaccel olması¹¹⁸⁵ ve ihlâl edilmesi gerekir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından ise, alacaklının kendi edimini ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olması gerekir (TBK m. 97). Ceza koşulunun ileri sürülebilmesi için zararın doğmuş olması gerekmez¹¹⁸⁶ (TBK m. 180). Ceza koşulunun ileri sürülebilmesinin kusur ile ilişkisi ise özellik arz eder. TBK m. 182/II hükmü uyarınca asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun sorumlu tutulamadığı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmişse, cezanın ifası istenememektedir. Bununla birlikte ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamadığı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini de etkilememektedir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, borçlunun ceza koşulundan sorumlu tutulabilmesi, kusurlu olmasına bağlıdır. Kısmî ifanın da borçlunun kusuruna dayanmayan bir sebeple gerçekleşmesi durumunda borçlu, kural olarak ceza koşulundan sorumlu tutulamaz. Ancak borçlunun kusursuz olarak sorumlu olduğu hâllerde kusuru olmasa bile ceza koşulundan sorumluluğu

¹¹⁸³ Kapancı, 2016: 251; Oğuzman ve Öz, 2017b: 531; Gülseven, 2015: 43; Kılıçoğlu, 2017: 980; Honsell, 2014: 619.

¹¹⁸⁴ Kapancı, 2016:257; Kocaağa, 2003: 155; Gülseven, 2015: 43; Kılıçoğlu, 2017: 981; Honsell, 2014: 620.

¹¹⁸⁵ Ceza koşulu alacağının muaccel olması için borçluyu temerrüde düşürmenin şart olmadığı hakkındaki görüş için bk. Kocaağa, 2003: 160-161.

¹¹⁸⁶ Schöbi, 1990: 67; Kocaağa, 2003: 163. Kusurun ceza koşulundan doğan sorumluluğa etkisi, tarafların anlaşmalarına bağlı olarak hafifletilebilir ya da ağırlaştırılabilir.

gündeme gelebilir¹¹⁸⁷. Kusurun türü ve ağırlığı, ceza koşulunun talep edilebilmesi bakımından fark yaratmaz¹¹⁸⁸.

Sözleşme ile kararlaştırılan ceza koşulu bakımından kısmî ifanın sonucu incelenirken, tıpkı faiz borçlarında olduğu gibi ceza koşulundan doğan borcun, asıl borçtan bağımsız bir nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Öğretide fer'i bir borç doğuran ceza koşulunun, muaccel olduktan sonra asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹¹⁸⁹. Bir başka deyişle, ceza koşulunun fer'ilik özelliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder. Dolayısıyla, ceza koşulunun asıl edimden bağımsız olarak alacaklıya ifası kısmî ifa teşkil etmez¹¹⁹⁰. Fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, asıl borç sona ererse, ceza koşulu da sona erer (TBK m. 131/I). Bununla birlikte ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu ceza koşulu borçludan istenebilir (TBK m. 131/II). Sona erme kısmen gerçekleşirse, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı müddetçe, o oranda sona ermesi gerekir.

Alacaklı, TBK m. 84 uyarınca kısmî ifayı reddederse, borçlu, borcu hiç ifa etmemiş durumuna düşer. Alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, borçlu, geri kalan kısmı gecikme tazminatı ile birlikte ifa ederse, ceza koşulu muaccel olmaz¹¹⁹¹. Fakat borçlu, kalan kısmı ifa etmekten kaçınırsa alacaklı, kabul etmiş olduğu kısmı iade edip ceza koşulunu isteyebilir, ya da eksik kalan kısmı dava edebilir¹¹⁹². Eğer kabul edilen kısmın iadesi mümkün değilse, asıl edim hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği için talep edilen ceza koşulundan, iade edilemeyen kısmın değerinin indirilmesi isabetli olur. Alacaklının kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunmasına rağmen kabulden kaçınması hâlinde, asıl borç, borçlu tarafından ihlâl edilmiş olmadığı için, ceza koşulu da muaccel olmaz.

TBK m. 181 hükmü uyarınca, sözleşmeden dönülmesi hâlinde o zamana kadar gerçekleşmiş olan kısmî ifanın hukukî akıbeti hükme bağlanmıştır. Bu madde ile, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, dönme durumunda ifa edilmemiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanması hükme bağlanmıştır (TBK m. 181/I). Bununla birlikte taksitle satışa ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (TBK m. 181/II). O hâlde taksitle satışa ilişkin özel hâller dışında, ceza koşulu, sözleşmeden dönülmesi hâlinde o zamana kadar gerçekleşmiş edim kısımlarının alacaklıya kalması yönünde de kararlaştırılabilir. Ceza

¹¹⁸⁷ Oğuzman ve Öz, 2017b: 546.

¹¹⁸⁸ Kocaağa, 2003: 170; Gülseven, 2015: 50.

¹¹⁸⁹ Kocaağa, 2003: 145-146; Steinlehner Stelzner, 1984: 14.

¹¹⁹⁰ Weber, 2005: Art 69, N. 26; Gümüş, 2001: 611.

¹¹⁹¹ Kocaağa, 2003: 167; Von Tuhr ve Escher, 1974: 283.

¹¹⁹² Von Tuhr ve Escher, 1974: 283; Kocaağa, 2003: 167.

koşulunun bu şekilde kararlaştırıldığı hâllerde borçlunun, borcun ifası amacıyla verdiği ya da yaptığı edimler, sözleşmeden dönülmekle birlikte alacaklının iade borcuna konu edilmemektedir. Aksine alacaklı, bu edimleri ceza koşulu olarak alıkoymaktadır. Hatta ceza koşulunu aşan zararı bulunan alacaklı, bu zararının tazminini de talep edebilir¹¹⁹³.

3.2.2. Zamanaşımı Bakımından

Kısmî ifaya konu olan alacağın, zamanaşımına tâbi bir alacak olması şart değildir. Ancak, zamanaşımına tâbi olan bir alacağın kısmî ifasının doğurduğu bazı özel hukukî sonuçlar bulunmaktadır.

Edimin tamamının belirli ve muaccel olduğu hâllerde alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, geri kalan kısım için; reddederse borcun tamamı için zamanaşımı kesilir. Bu husus TBK m. 154'te açıkça hükme bağlanmaktadır. Buna göre borçlu borcu ikrar etmişse, örneğin faiz ödemiş veya kısmî ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veyahut da kefil göstermişse; alacaklı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilir. Bu hükümde sayılan hâllerin sınırlı sayı ilkesine (numerus clausus) tâbi olmadığı ve örnek kabilinden sayıldığı kabul edilmektedir. Hükümden anlaşıldığı üzere, ifanın kısmen gerçekleşmesi, ifa edilmeyen kısım bakımından zamanaşımını keser. Kısmen ifa edilen kısma ilişkin borç, zaten ifa ile sona ermiş olduğu için, zamanaşımının kesilmesi, sadece kalan kısma ilişkindir. Kanun koyucunun, tamamı belirli ve muaccel borcun kısmî ifasını, borçlunun borçlu olduğunu ikrar ettiği bir irade açıklaması olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır¹¹⁹⁴. Borçlu kısmî ifayı gerçekleştirirken, zamanaşımının kesileceğini bilip bilmemesi, önemli değildir¹¹⁹⁵. Borçlunun kısmî ifayı teklif etmesi de zamanaşımının kesilmesi için yeterli olmayıp, kısmî ifanın bir fiil ya da hukukî işlem ile gerçekleşmesi gerekir.

Alacaklının, kısmî ifayı ret hakkı bulunmamasına rağmen kısmî ifanın kabulünden kaçınması hâlinde alacaklının temerrüdünün gerçekleştiği belirtilmişti¹¹⁹⁶. Alacaklının temerrüdü ise zamanaşımı bakımından herhangi bir özel sonuç doğurmaz. Alacaklının haklı bir sebebe dayanmaksızın kısmî ifayı kabulden kaçınması hâlinde zamanaşımının kesilmemesinin kabulü gerekir. Zira borçlu ister tevdi, satış ya da dönme hakkını kullansın, ister kullanmasın, alacaklının temerrüdü sebebiyle borçlunun aleyhine bir sonuç doğmamalıdır. Zamanaşımının kesilmesiyle süre, o zamana kadar hiç işlememiş gibi işlemeye başlayacağı için, kesilme, borçlunun aleyhine bir durumdur. Alacaklının haklı bir sebep

¹¹⁹³ Von Tuhr ve Escher, 1974: 283; Kılıçoğlu, 2017: 986.

¹¹⁹⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 600; Eren, 2017: 1319.

¹¹⁹⁵ Tunçomağ, 1976: 1285; Oğuzman ve Öz, 2017a: 600; Eren, 2017: 1319.

¹¹⁹⁶ Bk. 3.1.2.2.2.

olmaksızın kısmî ifayı reddetmesi, bir de zamanaşımının kesilmesi sayesinde alacaklıya menfaat sağlamamalıdır. Bu durumda borcun muaccel olmasıyla işlemeye başlayan zamanaşımı süresi (TBK m.149), borç, zamanaşımı dışındaki bir sebeple sona ermedikçe işlemeye devam etmelidir. Ancak edimin ya da satış bedelinin tevdi ile borç kısmen sona erdiğinde, kalan kısma ilişkin zamanaşımı süresinin kesildiğinin kabulü gerekir.

Zamanaşımını kesen hâllerden biri de dava veya def'i yoluyla mahkemeye başvurulması, icra takibinde bulunulması ya da iflâs masasına başvurulmasıdır¹¹⁹⁷. Kısmî ifa dava yoluyla da elde edilmeye çalışılabilir. Alacaklı, kısmî ifayı, açtığı bir *kısmî dava* ile talep ederse, zamanaşımı, sadece dava açılan kısım için kesilir¹¹⁹⁸. Kalan kısma ilişkin olarak işlemekte olan zamanaşımı, TBK m. 154'teki diğer sebeplerin ortaya çıkması, aynı yargılamada karşı tarafın rızası, ıslah talebinde bulunulması¹¹⁹⁹ ya da bu kısma ilişkin ikinci bir davanın açılması ile kesilebilir¹²⁰⁰. Kısmî dava ile birlikte tespit davası da açılırsa, yani davacı, alacağının belirleyebildiği kısmı için kısmî dava açıp, geri kalan kısmın tespitini isterse, bu durumda davacının belirsiz tespit davası açmakta hukukî yararının olduğu kabul edilmektedir¹²⁰¹.

Alacaklı alacağını açtığı bir *belirsiz alacak davası* ile talep ederse, zamanaşımının, dava açıldığı andaki harca esas değer için değil, ileride belirlenecek alacak tutarının tamamı için kesileceği kabul edilmektedir¹²⁰². Zamanaşımının kesileceği tarih, alacağın tümü

¹¹⁹⁷ İhtiyati tedbir kararı verilmesinin zamanaşımını kesip kesmeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre ihtiyati tedbir kararının maddî hukuk bakımından sonuç doğurup doğurmadığı ile ilgili herhangi bir hukukî düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla zamanaşımının kesilmesi bakımından da açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle zamanaşımının kesilmeyeceği savunulmaktadır. Savunulan diğer görüşe göre ise, ihtiyati tedbir kararı zamanaşımını kesmelidir. Bu görüşü savunan yazarlara göre zamanaşımının kesilmesinin öngörüldüğü hâllerde kanun koyucunun iradesi, hak sahibinin hakkını takip etme iradesine sonuç bağlamak olup, dava açılmasında ya da ihtiyati tedbir talep edilmesinde hak sahibinin bu iradesi mevcuttur. Bu nedenle TBK'de açıkça düzenlenmemiş olsa dahi ihtiyati tedbir kararı ile zamanaşımı kesilmelidir. Bk. Pekcanitez, 2017b: 2499; Kuru, 2001b: 4334.

¹¹⁹⁸ Von Tuhr ve Escher, 1974: 227; Erdem, 2010: 296; Pekcanitez, 2017a: 1008; Kılıçoğlu, 2017: 1103; Kuru, 2001a: 1540. Bu yönde Yargıtay kararı için bk. Yarg. 9. HD., T. 14.01.2013, E. 2010/38436, K. 2013/253. Karar metni için bk. <http://www.hukukturk.com>, (erişim tarihi: 10.08.2017).

¹¹⁹⁹ Yargıtay'ın, kısmî davanın ıslah edilmesi hâlinde kalan kısım için zamanaşımının kesildiği tarihi, ıslah tarihi olarak belirlediği kararı için bk. Yarg. HGK., T. 06.03.2013, E. 4-824, K. 305. Bununla birlikte Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, isabetsiz olarak ıslah ile artırılan kısım için zamanaşımının, davanın açıldığı tarihten itibaren kesileceğine hükmetmektedir. Bunun sonucu olarak da ıslaha karşı zamanaşımidef'inde bulunulamayacağına hükmetmektedir. Bk. Yarg. 4. HD., T. 09.02.2012, E. 13695, K.1744. Karar metinlerinin ilgili kısımları için bk. Pekcanitez, 2017a: 1009-1010.

¹²⁰⁰ Pekcanitez, 2017a: 1008.

¹²⁰¹ Pekcanitez, 2017a: 1068-1069. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın m. 5/I hükmü ile HMK m. 107/III'in kaldırılması öngörülmektedir. Taslağın ilgili hükme ilişkin gerekçesi için bk. www.adalet.gov.tr/Tasarilar/HMK-TASARI-duz-METINVEGEREKCELER.pdf, (erişim tarihi: 05.02.2018).

¹²⁰² Pekcanitez, 2011: 59; Oğuzman ve Öz, 2017a: 601. Öğretide Kılıçoğlu, belirsiz alacak davasının sadece davacının talep ettiği alacak miktarı için zamanaşımını kesmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Konu hakkında bk. Kılıçoğlu, 2017: 1109.

bakımından davanın açıldığı tarihtir. Bunun alacaklıya sağlayacağı en önemli fayda ise zamanaşımının, bütün alacak için kesilmesidir.

Zamanaşımının kesilmesiyle birlikte süre, sanki o zamana kadar hiç işlememiş gibi, en başından itibaren işlemeye başlar¹²⁰³. Yeni sürenin başlangıcı, kesilmeyi takip eden gündür (TBK m. 151). Alacak, hangi zamanaşımı süresine tâbi ise, kesilmeden sonra işlemeye başlayacak süre, başlangıçta alacağın tâbi olduğu süre kadardır. Ancak kalan kısım senetle ikrar edilmiş, mahkeme ya da hakem kararına bağlanmışsa, işleyecek süre her zaman 10 yıl olarak öngörülmüştür (TBK m. 156/II).

¹²⁰³ Von Tuhr ve Escher, 1974: 224-225; Erdem, 2010: 327; Kılıçoğlu, 2017: 1112.

SONUÇ

Kısmî ifa konusu Türk Borçlar Kanunu'nun 84. maddesinde hükme bağlanmaktadır. Bu hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun sistematigi içinde ifanın yerine getiriliş tarzına ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, maddenin uygulanabilmesinin koşulları, madde hükmü ve sonuçları birlikte değerlendirildiğinde, meselenin çok yönlü anlam taşıdığı görülmektedir. Bu çalışmada kısmî ifa konusu, edimin bölünebilirliği ile ilişkisi, ifa modaliteleri ve ifa engelleri konuları ile bağlantılı olarak incelenmiştir. Bu bakımdan, konunun çerçevesi sadece, TBK m. 84 hükmünün, kanundaki yeri ile sınırlı tutulmamıştır.

TBK m. 84 anlamında kısmî ifadan bahsedebilmek için her şeyden önce ifanın konusu olan edimin bölünebilir olması gerekmektedir. Fakat “bölünebilir edim” ile ifade edilmek istenenin ne olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Tek bir edimin kendi içinde ya da birden fazla edimin bir bütün teşkil ettiği borç ilişkilerinde borçlanılmış olan hukukî, objektif, amaçsal, ekonomik, fonksiyonel ve sübjektif olarak bölünebilen “bütün edim”in gerisinde kalan edim yığınının ifası, TBK m. 84 anlamında kısmî ifadır. Kanaatimizce, bahsi geçen bu ölçütlerden herhangi birinin yokluğu, edimin bölünebilir olmasını engellemektedir. Bölünebilir edim, bu niteliklerin tamamını taşımalıdır. Bölünebilir edimler ancak verme ve yapma borçlarının konusu olabilirken, yapmama borçları bölünmemektedir. Zira katlanma veya kaçınma olarak ortaya çıkan yapmama borçlarının zaman bakımından kesintiye uğramaması gerekir. Dolayısıyla bu edimler bölünemez.

Bölünebilir nitelikteki borcun tamamı belirli ve muaccel ise, alacaklının, kendisine teklif edilen kısmî ifayı reddetme hakkı bulunmaktadır. Borcun belirli olması ile ifade edilmek istenen, borçlunun neyi ifa edeceğini, alacaklının da neyi talep edebileceğini bilebilir durumda olmasıdır. Hukukî bakımdan da borcun çekişmesiz olması gerekmektedir. TBK m. 84 hükmü borçluya, basit bir çekişme yaratmak suretiyle, alacaklıyı kısmî ifayı kabul zorunluluğu içinde bırakabilme imkânı tanıdığı için eleştiriye açıktır. Borcun tamamı muaccelse, artık borçlu muaccel edimin bir kısmının ifası ile borçtan kurtulamaz. Alacaklı bakımından “talep edilebilir” edim kısmının tamamı ifa edilmelidir. Aksi hâlde alacaklıya “kısmî ifayı ret hakkı” tanınmıştır.

Alacaklının, kanundan, sözleşmeden ya da dürüstük kuralından kaynaklanan bir sebeple kısmî ifayı kabul etmesi bir zorunluluk olabilir. Kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu hâllerde alacaklının, haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınması, alacaklının temerrüdüne sebep olur. Kanaatimizce, özellikle para borçları bakımından, alacaklının kısmî ifayı ret hakkının bulunduğunu kabul etmek, haklı bir sebebe dayanmamaktadır. Bir kısmı ifa

edilen tamamı belirli ve muaccel para borcunu reddeden alacaklı, borçluyu temerrüde düşürebilir. Fakat borçlu temerrüdünün kendisine sağladığı haklar, para borcunu nihai olarak başka bir edime dönüştürmez, alacaklı yine para edimine kavuşacağı için, kısmî ifayı reddetmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Hattâ ifası teklif edilen kısmı kabul etmesi, borçlunun borcu ifa etmeme rizikosunu o oranda ortadan kaldırmaktadır. Alacaklı, kısmî ifa taklifini reddettiği para borcuna ilişkin faizi, parayı kabul ederek edilinde bulundurduğu dönemde, kendisi de elde edebilir. Alacaklı, kısmî ifayı kabul ettiğinde, ifası gerçekleşmeyen kısım için borçluyu temerrüde düşürebilir. Bu nedenlerle para alacaklısının kısmî ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu kanaatindeyiz. Kanunun para borçlarına ilişkin hükümleri birlikte değerlendirilip yorumlandığında da bu sonuca ulaşılabilmektedir.

Kısmî ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesi hâlinde ortaya çıkan hukukî sonuçlar ifa edilen ve edilmeyen borç kısımları bakımından farklılık göstermektedir. Alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, ifa edilen kısım bakımından borç sona erer, ifa edilen ilişkin mahsup gerçekleştirilmelidir. Bu kısma ilişkin olarak alacaklının makbuz vermesi ya da ifanın senet üstüne işlenmesi gerekirken; kısmî ifa ile borç sona erdiğinde borçlunun, borç senedinin geri verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca kanunî halefiyet hâllerinde, kısmî ifayı gerçekleştiren kişiler, alacaklıya bu kısım bakımından halef olur.

Kısmî ifa alacaklı tarafından kabul edildiğinde, ifası gerçekleşmeyen kısım bakımından borçlu temerrüdü gerçekleşir. Bu temerrüt kısmî temerrüttür. Kısmî temerrüde ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamakla birlikte temerrüdün genel sonuçlarına, para borçları ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün özel sonuçlarına ilişkin hükümler, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde kısmî temerrüt için de uygulanır. Kısmî ifanın bir sonucu olarak kısmî imkânsızlığın da ortaya çıkması mümkündür. İmkânsızlığın başlangıçta var olması ya da sonradan ortaya çıkması; tarafların kusurlu olup olmaması, kısmî imkânsızlık hâllerinin hukukî sonuçlarını değiştirmektedir. Esasında edimin bir kısmı imkânsızlaştığı için kısmî ifa gerçekleşebileceği gibi, bir kısmın ifası gerçekleştikten sonra da imkânsızlık ortaya çıkabilir. Edimin bir kısmı başlangıçta imkânsız hale gelirse, ifası mümkün olan kısmın bir kısmı ifa edilmedikçe, kısmî ifa gerçekleşmez. Fakat sonraki imkânsızlık hâlleri kısmî ifanın bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Türk Borçlar Kanunu'nda kısmî imkânsızlık sadece borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık bakımından düzenlenmiştir. Konuya ilişkin yeni ihdas edilen TBK m. 137 hükmünün uygulanması iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bölünemeyen karşı edim borçlusunun kısmî ifaya olan menfaatini zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Hâbuki, alacaklıya, menfaati varsa ifası mümkün

olan kısmı kabul edip bölünemeyen karşı edimin ifası ile yükümlü olma imkânının tanınması daha isabetli olurdu.

Alacaklı kısmî ifayı reddedebilir. Bu durumda onun ret hakkının bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Alacaklının ret hakkı varsa ve bu hakkı kullanmışsa, hukukî sonuçlar, edimin tamamı bakımından ortaya çıkar. Fakat alacaklının kısmî ifayı ret hakkı bulunmuyorsa, başka bir deyişle, kısmî ifayı kabul zorunluluğu bulunuyorsa, bu hâlde ret hakkını kullanması onun, haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden kaçınması anlamına gelir ve alacaklının temerrüdü gerçekleşir.

Kısmî ifanın fer'i haklar ve zamanaşımı bakımından da özel sonuçları bulunmaktadır. Alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, birden fazla hukukî sebebe dayana para borçları (asıl borç, işlemiş faiz, diğer giderler vb.) arasında hangi borcun ifa edilmiş sayılacağı belirlenmelidir. Fer'i nitelikteki faiz borcu, doğumundan itibaren bağımsız bir borç niteliği taşıdığı için kısmî ifanın asıl borca mı, faiz borcuna mı mahsup edilmesi gerektiği tespit edilirken, Türk Borçlar Kanunu'nun mahsuba ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Bu hükümlerin taşıdığı ortak anlam, en uzak ve teminatsız borç kaleminden en yakın ve teminatlı borç kalemine doğru bir sıra izlenmesi yönündedir. Teminatlar ise borç tamamen ifa edilene kadar kural olarak varlığını sürdürür.

Kısmî ifa zamanaşımını kesen bir sebeptir. İfa edilmeyen kısım bakımından zamanaşımı kesilir. Çünkü tamamı belirli ve muaccel bir borcun bir kısmının ifa edilmesi, o borcun ikrarı anlamı taşır.

KAYNAKÇA

- Acar, F. (2003). Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara.
- Acar, F. (2013). Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı EtkileriE-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, (134), www.eakademi.org, (erişim tarihi: 05.02.2017).
- Acar, F. (2015). Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul.
- Acemoğlu, K. (1972). “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine, MHAD, 6(9): 19-29.
- Aday, N. (2000). Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul.
- Akıncı, Ş. (1999). “Alacaklının Temerrüdü”, SÜHFD, 7(1-2): 97-113.
- Akıncı, Ş. (2016a). Borçlar Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Konya.
- Akıncı, Ş. (2016b). Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, C. II, İstanbul, s. 1391-1421.
- Akıntürk, T. (1971). Müteselsil Borçluluk, Ankara.
- Akil, C. (2013). Kısmî Dava, Ankara.
- Akil, C. (2015). Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler, ABD, (2): 69-107.
- Akipek, J. ve Akıntürk, T. (2009). Eşya Hukuku, İstanbul.
- Albaş, H. (2004). Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105), Ankara.
- Altaş, H. (2002). Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368), Ankara.
- Altınok Ormancı, P. (2011). Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul.
- Altınok Ormancı, P. (2016). Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul.
- Altunkaya, M. (2005). Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara.
- Antalya, G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul.
- Antalya, G. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, İstanbul.
- Aral, F. (2010). Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Ankara.
- Aral, F. (2011). Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara.
- Atamer, Y. (2010). İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul, s. 317-360.

- Atamer, Y. (2016). Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul.
- Avenarius, M. (2003). Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung, Archive für die civilistische Praxis (AcP) B. 203, s. 511-538.
- Ayan, M. (2012a). Eşya Hukuku II Mülkiyet, 4. Baskı, Konya.
- Ayan, M. (2012b). Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 4. Baskı, Konya.
- Ayan, S. (2010). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü, DEÜHFD, 12(Özel Sayı): 717-793.
- Ayan, S. (2013). Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara.
- Aydıncık, Ş. (2013). Yapma Borçlarının İfa Edilememesi ve Hukuki Sonuçları-Nama İfa, İstanbul.
- Aydoğdu, M. (2015). Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara.
- Aydoğdu, M. ve Ayan, S. (2014). Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Ankara.
- Ayrancı, H. (2006). Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Ankara.
- Barlas, N. (1992). Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul.
- Başoğlu, B. (2012). Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul.
- Başpınar, V. (1998). Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara.
- Başpınar, V. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na İlişkin Şeklî Yönden Genel Değerlendirme, Ankara Barosu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara, s. 3-15.
- Baur, F. (1989). Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auf., München.
- Baygın, C. (1999). Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul.
- Becker, H. (1993). İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi 2. Bölüm (çev. S. Dura), Ankara.
- Berki, Ş. (1950). Romada Borçların Kaynakları, AÜHFD, 7(3-4): 134-173.
- Bozer, A. ve Göle, C. (2017). Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara.
- Bucher, E. (2003). Yargılamada Takas: Maddi Hukuka Dönüş, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, (çev. V. Buz) C. II, İstanbul, s. 613-650.
- Burrows, A. (2013). English Private Law, Third Edition, Oxford, <http://www.e-lawresources.co.uk/Foakes-v-Beer.php>, (erişim tarihi: 12.10.2015).
- Buz, V. (1998). Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara.

- Buz, V. (2005). Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara.
- Buz, V. (2012). Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Der. M. İncoğlu), İstanbul, s. 91-113.
- Buz, V. (2013). Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi, BATİDER, 29(4): 83-111.
- Canbolat, F. (2008). Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri- Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte-, ABD, 66(3): 68-81.
- Canbolat, F. (2009). İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara.
- Cemal, A. (1969). Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistung Erfüllungshalber), MHAD, 3(5): 239-256.
- Coing, H. (1949). Zum Begriff der Teilerfüllung, SJZ, J. IV, Heidelberg.
- Cooke, J. ve Oughton, D. (1995). The Common Law of Obligations, Second Edition, Wiltshire.
- Coşkun, M. (2012). Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara.
- Çabri, S. (2014). Borcun Üstlenilmesi-Sözleşmenin Devri-Sözleşmeye Katılma-Borca Katılma, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, 26-27 Mayıs 2012, s. 143-175, İstanbul.
- Çağlayan, P. (2013). Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu Maddesi ile İki Ticari İşletme Arasında Para Borcunun Ödenmesine İlişkin Olarak Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, s. 151-156.
- Çil, Ş. ve Kar, B. (2012). 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, 2. Baskı, Ankara.
- Çuhacı, Ş. (2000). Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, s. 159-172.
- Dağdelen, A. H. (2011). 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul.
- Develioğlu, H. M. (2012). Takas, İstanbul.
- Dural, M. (1970). Akitten Doğan Yapmama Borçları, MHAD, 4(6): 7-22.
- Dural, M. (1973). İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, BATİDER, VII(1): 11-58.
- Dural, M. (1976). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul.
- Edis, S. (1997). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara.
- Emiroğlu, H. (2011). Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu, İÜHFD, 2(2): 99-118.

- Engin, B. İ. (2001). İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, s. 839-862.
- Ercoşkun Şenol, K. (2016). Borçlar Hukukunda Kısmî İmkânsızlık, İstanbul.
- Erdem, M. (2010). Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul.
- Erdoğan, B. (2014). Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul.
- Eren, F. (2015). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara.
- Eren, F. (2016). Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara.
- Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara.
- Eren, F. ve Başpınar, V. (2017). Toprak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara.
- Ergüne, M. S. (2008). Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Eriş, G. (2014). Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara.
- Esser, J. ve Schmidt, E. (1995). Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teilband 1, Heidelberg.
- Esser, J. ve Schmidt, E. (1999). Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg.
- Fikentscher, W. ve Heinemann, A. (2006). Schuldrecht, 10. Auf., Berlin.
- Gauch, P., Schlupe, W. R., Schmidt, J., Rey, H. ve Emmenegger, S. (2014a). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auf., Zürich.
- Gauch, P., Schlupe, W. R., Schmidt, J., Rey, H. ve Emmenegger, S. (2014b). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auf., Zürich.
- Gernhuber, J. (1994). Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Neubearbeitete Auf., Tübingen.
- Gökyayla, E. (2009). Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul.
- Gönen, D. (2016). İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul.
- Guhl, T., Koller, A., Schnyder, A. K. ve Druey, J. N. (2000). Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts, 9. Auf., Zürich.
- Gülseven, H. (2015). Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara.
- Gümüş, M. A. (2001). Kısmî İfa, Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, s. 603-631.
- Gümüş, M. A. (2011). Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m. 88), MÜHF-HAD, 17(1-2): 351-375.
- Gümüş, M. A. (2012a). Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2012b). Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2013). Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 100 (EBK m. 84)'ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme, Aydın Zevkliler'e Armağan, C. II, İzmir, s. 1253-1292.

- Gümüş, M. A. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul.
- Gündoğdu, F. (2014). Borca Aykırılık Hâllerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Heiderhoff, B. ve Skamel, F. (2006). Teilleistung im Kaufrecht, JZ, 8/2006, Tübingen, s. 383-392.
- Helvacı, M. (2000). Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul.
- Hirsch, C. (2015). Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auf., Baden-Baden.
- Honsell, H. (2014). Obligationenrecht Kurzkommentar, Basel.
- Honsell, H., Vogt, N. P. ve Wiegand, W. (2011). Art. 1-529, Obligationenrecht I, Basel.
- Huguenin, C. (2014). Obligationenrecht Allgemeiner und Besondererteil, 2.Auf., www.swisslex.ch, (erişim tarihi: 10.09.2015).
- İnal, H. T. (2014). Borca Aykırılık, 4. Baskı, Ankara.
- İnan, A. N., Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2012). Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir.
- İnceoğlu, M. (2005). İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, AÜHFD, 54(4): 149-182.
- İpek, E. (2016). Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul.
- Jauiernig, M. (2014). Kommentar zum BGB, 15. Auf., www.beckonline.de, (erişim tarihi: 05.09.2015)
- Jürgens, H. (1988). Teilschuld-Gesamtschuld-Kumulation, Baden-Baden.
- Kaniti, S. (1962). Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul.
- Kapancı, K. B. (2014). Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul.
- Kapancı, K. B. (2016). Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma, MÜHF-HAD, 22(2): 247-270.
- Karauz, A. K. (2014). Sulh Sözleşmesi, Ankara.
- Karayalçın, Y. (2007). İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, ABD, 65(4): 107-119.
- Keller, M. ve Schöbi, C. (1988). Das Schweizerische Schuldrecht Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main.
- Kılıçoğlu, A. (1979). Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara.

- Kınacıoğlu, N. (1987). Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Ankara.
- Kırca, Ç. (2006). Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, s. 641-679.
- Kırca, İ. (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara.
- Kırkbeşoğlu, N. (2011). Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul.
- Kızır, M. (2012). Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara.
- Kocaağa, K. (2003). Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara.
- Kocaağa, K. (2007). Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim, BATİDER, XXIV(1): 139-159.
- Kocaağa, K. (2014). İnşaat Sözleşmesi, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2014a). Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. I, 6. Bası, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2014b). Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. III, 6. Bası, İstanbul,
- Koç, N. (1992). İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara.
- Koizol, H., Bydlinski, P. ve Bollenberger, R. (2010). Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 3. Auf., Wien.
- Koller, A. (2006). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, Bern.
- Kostkiewicz, J. K. (2016). OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auf., Zürich, <https://www.swisslex.ch>, (erişim tarihi: 12.02.2016)
- Kuntalp, E. (1968). Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara.
- Kurt, L. M. (2016). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136), Ankara.
- Kuru, B. (2001a). Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. II, 6. Baskı, İstanbul.
- Kuru, B. (2001b). Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul.
- Küçük, E. (2007). XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, 56(4): 111-122.
- Kürşat, Z. (2009). Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İÜHFM, LXVII(1-2): 143-166.
- Larenz, K. (1987). Lehrbuch Des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München.
- Ludwigkeit, J. (2014). Das Zurückweisungsrecht des Käufers bei mangelhafter oder teilweiser Leistung, Juris das Rechtportal, s. 447-452.

- Medicus, D. ve Lorenz, K. (2012). Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Auf., München.
- Meriç, N. (2013). Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar, LMUIİHD., 3(26): 57-81.
- Muşul, T. (2015). İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 5. Baskı, Ankara.
- Nacken, G. (1976). Teilleistung und Teilbare Leistung, Köln.
- Niermeier, F. (2007). Der Teilleistungsbegriff im Leistungsstörungenrecht des BGB, Hamburg.
- Nomer, H. N. (2000). Manevî Tazminat Alacağında Kısmî Dava Mümkün Müdür?, İÜHFM, LVIII(1-2): 221-229.
- Nomer, H. N. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Baskı, İstanbul.
- Nomer, H. N. ve Ergüne, M. S. (2016). Eşya Hukuku C. II, Rehin Hukuku, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2017a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 14. Bası, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2017b). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 13. Bası, İstanbul.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2017). Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul.
- Öz, T. (1989). İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul.
- Öz, T. (1990). Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul.
- Öz, T. (2006). İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul.
- Özay, O. L. (2015). Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara.
- Özçelik, Ş. B. (2014). Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, 63(3): 569-622.
- Özdemir, H. (2013). Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara.
- Özdoğan Dalcı, N. (2015). Müteselsil Sorumluluk, Ankara.
- Özen, B. (2014). Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul.
- Özmen, E. S. ve Vardar Hamamcıoğlu, G. (2016). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul.
- Öztan, F. (1997). Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara.
- Öztan, F. (2016). Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Bası, Ankara.
- Pekcanıtez, H. (2011). Belirsiz Alacak Davası, Ankara.
- Pekcanıtez, H. (2017a). Medeni Usul Hukuku, C.II, İstanbul.
- Pekcanıtez, H. (2017b). Medeni Usul Hukuku, C.III, İstanbul.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2013). Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O., Sungurtekin Özkan, M. ve Özekes, M. (2016). İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara.

- Pigesa, S. (2004). Teilleistungstörungen bei Verträgen über mehrere körperliche Gegenstände, Berlin.
- Poroy, R. ve Tekinap, Ü. (2013). Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul.
- Postacıoğlu, İ. ve Altay, S. (2015). Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul.
- Reisoğlu, S. (2013). Türk Kefalet Hukuku, Ankara.
- Rummel, P. (1992). Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Auf., Wien.
- Scherner, K. O. (1971). Qualifizierte Teilnichterfüllung als Vollunmöglichkeit oder Quasi-Vollunmöglichkeit der geschuldeten Leistung, JZ, Tübingen, (17): 533- 537.
- Schmidt, E. (2004). Das Schuldverhältnis eine Systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg.
- Schöbi, C. (1990). Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen, Zürich.
- Schraner M. (2000). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VI e, die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-83, Zürich.
- Schulze, R. (2017). Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auf., www.beck-online.beck.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).
- Schwenzer, I. (2012). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern.
- Schwimann, M. (2015). ABGB Taschenkommentar, Wien.
- Seliçi, Ö. (1968a). Seçimlik Borçların İfası, İÜHFM, 34(1-4): 375-399.
- Seliçi, Ö. (1968b). Kesin Vadeli İşlemler, MHAD, 2(3): 92-107.
- Seliçi, Ö. (1976). Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul.
- Serozan, R. (1968a). Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 2(3): 108-129.
- Serozan, R. (1968b). Parça Borcu- Cins Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım, MHAD, 3(5): 221-238.
- Serozan, R. (2000). Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM, LVIII(I-II): 233-248.
- Serozan, R. (2007). Sözleşmeden Dönme, İstanbul.
- Sert Canpolat, S. (2009). Borçlar Kanununa Göre Alacaklının Temerrüdü, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, İstanbul, s. 475-502.
- Sert, S. (2013). Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul.
- Simil, C. (2013). Belirsiz Alacak Davası, İstanbul.
- Sirmen, L. (1990). Alacak Rehni, Ankara.

- Sirmen, L. (2017). Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara.
- Soergel, K. (2014). Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht I/2, §-243-304, 13. Auf., Stuttgart.
- Staudinger, von J. (2014). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Leistungsstörungenrecht 1, §-255-304, Berlin.
- Steinlehner Stelzner, B. (1984). Die Teilleistung (§ 266 BGB), München.
- Sungurbey, İ. (1980). Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul.
- Şahin, C. S. (2014). Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul.
- Şener, O. H. (2009). Sözleşmeye Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, 11(Özel Sayı): 1279-1323.
- Şengül, M. (2011). Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası, EÜHFD, XV(3-4): 207-248.
- Şenocak, Z. (1989). Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194. vd Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka Şeyin Teslimi), BATİDER, 15(1): 113-142.
- Tandoğan, H. (1963). Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara.
- Tandoğan, H. (2008). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, İstanbul.
- Tandoğan, H. (2010). Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul.
- Taş Korkmaz, H. (2010). İflâs Masası, Ankara.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul.
- Thier, A. (2003). Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP, B. 203, s. 399-428, Münster.
- Tischendorf, S. (1993). Die Schuldtilgung nach den § 366 367 BGB, Frankfurt am Main.
- Topuz, S. ve Canbolat, F. (2008). Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, AÜHFD, 57(3): 673-718.
- Tunçomağ, K. (1976). Türk Borçlar Hukuku Cilt I, İstanbul.
- Turan Başara, G. (2014). Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, AÜHFD, 63(2): 419-447.
- Uygur, T. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I, Ankara.
- Uyumaz, A. ve Demirbaş, F. (2014). Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı, ÇÜHFD, I(1): 37-60.
- Üçer, M. (2007). Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara.

- Üçer, M. (2013). Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmî Butlanı, Ankara.
- Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen, A. ve Kaya, A. (2014). Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Basıdan 9. Tıpkı Bası, İstanbul.
- Ünal, M. ve Başpınar, V. (2017). Şeklî Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara.
- Üstündağ, S. (2010). Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara, s. 409-423.
- Von Büren, B. (1964). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich.
- Von Scheurl, C. ve Gottlieb, A. (1884). Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, Deichert.
- Von Tuhr, A. ve Escher, A. (1974). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auf., Zürich.
- Von Tuhr, A. ve Peter, H. (1979). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auf., Zürich.
- Weber, R. H. (2000). Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Band VI 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband Kommentar zu Art. 97-108 OR, Bern.
- Weber, R. H. (2005). Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligation, Band VI 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband Kommentar zu Art. 68-96 OR, Bern.
- Windscheid, B. (1887). Lehrbuch des Pandektrechts, B. II, Frankfurt a. M., <https://archive.org/details/lehrbuchdespande02wind>, (erişim tarihi: 08.02.2016).
- Yalman, S. (1995). Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, SÜHFD, (14): 495-512.
- Yalman, S. (2006). Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara.
- Yavuz, C. (2011). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul.
- Yavuz, N. (2010). Ayıplı İfa, Ankara.
- Yıldız Portakal, S. (2016). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma, İstanbul.
- Yılmaz, E. (2008). İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı, BD., (67): 85-93, www.tbb.org.tr/dosyalar/arastirma_ve_raporlar/icra_inkar_tazminati.pdf, (erişim tarihi: 09.05.2017).
- Yılmaz, E. (2013). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara.

- Yılmaz, H. (2015). Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara.
- Yılmaz, S. (2013). Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Hâlinde Alıcının Hakları, Ankara.
- Yüce, M. B. (2015). Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. (2013). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara.
- Zeytin, Z. (2011). Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, 2. Baskı, Ankara.
- Zimmermann, R. (1996). The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civilian Tradition, Great Britain.

İnternet Kaynakları

- archive.org, (erişim tarihi: 06.06.2017)
- emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/, (erişim tarihi: 30.04.2017).
- https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/___367.html, (erişim tarihi: 05.09.2017).
- https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/673bdd9b-1808-4cd4-ad66-823c4b52a654?sp=2%7Colaeon&source=document-link#page_53, (erişim tarihi: 12.10.2017)
- kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2012-19-353.htm, (erişim tarihi: 12.04.2017).
- or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=78&art=Die_Wirkung_der_Obligationen, (erişim tarihi: 27.11.2016).
- or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=94&art=Die_Wirkung_der_Obligationen, (erişim tarihi: 17.03.2017)
- www.adalet.gov.tr, (erişim tarihi: 08.04.2017)
- www.beckonline.de, (erişim tarihi: 13.08.2017).
- www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D__1514375053882, (erişim tarihi: 02.05.2016).
- www.e-uyar.com, (erişim tarihi: 08.08.2017).
- www.gesetze-im-internet.de, (erişim tarihi: 23.01.2017).
- www.gesetze-im-internet.de/bgb/___137.html, (erişim tarihi: 15.9.2016).
- www.gesetze-im-internet.de/bgb/___242.html, (erişim tarihi: 13.9.2016).
- www.gesetze-im-internet.de/bgb/___264.html, (erişim tarihi: 30.04.2017).
- www.gesetze-im-internet.de/bgb/___265.html, (erişim tarihi: 03.05.2017).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_266.html , (erişim tarihi: 4.12.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_281.html , (erişim tarihi: 4.12.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_285.html , (erişim tarihi: 22.07.2017).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_320.html , (erişim tarihi: 03.06.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_323.html , (erişim tarihi: 4.12.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_364.html , (erişim tarihi: 27.11.2017).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_365.html , (erişim tarihi: 27.11.2017).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_366.html , (erişim tarihi: 6.4.2017).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_420.html , (erişim tarihi: 29.10.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_426.html , (erişim tarihi: 25.10.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_427.html , (erişim tarihi: 29.10.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_431.html , (erişim tarihi: 29.10.2016).

www.gesetze-im-internet.de/bgb/_641.html , (erişim tarihi: 30.12.2016).

www.hukukturk.com , (erişim tarihi: 01.07.2017).

www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/1415 , (erişim tarihi: 02.4.2016).

www.kazanci.com , (erişim tarihi: 05.06.2017).

www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-23-1004.htm&kw=bor%C3%A7lu+temerr%C3%BCd%C3%BC+gecikme+tazminat%C4%B1+ek+s%C3%BCre#fm , (erişim tarihi: 03.03.2018).

www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm , (erişim tarihi: 05.12.2017).

www.koeblergerhard.de/Fontes/BGB/BGB2001_BGBI_I_S.2376.htm , (erişim tarihi: 29.12.2017).

www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001935 , (erişim tarihi: 22.01.2018).

www.swisslex.ch/ , (erişim tarihi: 12.02.2016).

www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/03684646-80b8-4df9-b629-2af3eee67146?sp=4%7Cs32bjz&source=document-link#cons_4 , (erişim tarihi: 05.12.2017).

www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/2e52302d-e36c-4b74-82b4-155f15373382?sp=3%7Ckd3ivk&source=document-link#cons_2 , (erişim tarihi: 05.12.2017).

www.tbb.org.tr/dosyalar/arastirma_ve_raporlar/icra_inkar_tazminati.pdf, (erişim tarihi: 09.05.2017)

www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-18/, (erişim tarihi: 09.03.2017)

www.wirtschaftslexikon.co/d/b%C3%BCrgerliches-gesetzbuch-bgb/b%C3%BCrgerliches-gesetzbuch-bgb.htm, (erişim tarihi: 01.02.2017).

www.yargitay.gov.tr, (erişim tarihi: 05.02.2017).

Resmi Gazeteler

[http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm&](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm)

[main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180128.htm), (erişim tarihi: 28.01.2018)

RG. T. 19.06.1932, S. 2128.

RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

RG. T. 30.07.2003, S. 25184

RG. T. 19.7.2005, S. 25880.

RG. T. 20.12.2009, S. 27438.

RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

RG. T. 28.11.2013, S. 28835.

RG. T. 15.05.2014, S. 29001.

Yargıtay Kararları

Yarg. 10. HD, T. 24.10.2011, E. 2011, E. 2011/11992, K. 2011/14535.

Yarg. 10. HD., T. 02.04.2015, E. 2014/6079, K. 2015/6347

Yarg. 11. HD., 23.01.1990, 274/112

Yarg. 12. HD., T. 04.03.2005, E. 2005/759, K. 2005/4497

Yarg. 12. HD., T. 09.12.1982, E. 1982/9039, K. 1982/9255

Yarg. 12. HD., T. 13.07.2010, E. 2010/6591, K. 2010/18867

Yarg. 12. HD., T. 15.11.2005, E. 2005/18094, K. 2005/22292

Yarg. 12. HD., T. 23.06.1992, E. 1992/1813, K. 1992/8573,

Yarg. 12. HD., T. 28.01.1974, E. 1973/12857, K.1974/653

Yarg. 12. HD., T. 31.01.2006, E. 2005/24657, K. 2006/933

Yarg. 13. HD. T. 19.03.1992, E. 1992/384, K. 1992/2617.

Yarg. HGK, T. 12.03.2003, E. 2003/19-109, K. 2003/152.

Yarg. 13. HD.,T. 26.09.2007, E. 2007/7267, K. 2007/11091

Yarg. 14. HD., T. 21.10.2009, E.10370, K. 11327

Yarg. 15. HD., 17.06.2008, 1942/4021

Yarg. 15. HD., T. 22.3.2011, E. 2010/1780, K. 2011/1696
 Yarg. 15. HD., T. 22.9.1995, E. 1995/4114, K. 1995/4916
 Yarg. 17. HD., T. 28.11.2016, E. 2014/12861, K. 2016/10949
 Yarg. 19.HD., T. 15.11.2007, E. 2007/4505, K. 2007/10169
 Yarg. 21. HD., T. 25.10.2010, E. 2009/10272, K. 2010/10428
 Yarg. 21. HD., T. 6.3.2013, 3004/4066
 Yarg. 3. HD., T. 24.2.2014, E. 2013/17632, K. 2014/2693
 Yarg. 3.HD., T. 03.04.2014,. E. 2013/20541, K. 2014/5378.
 Yarg. 4. HD., T. 09.02.2012, E. 13695, K.1744
 Yarg. 4. HD., T. 14.5.1998, E. 1998/9223, K. 1998/3428
 Yarg. 4. HD., T. 16.5.1974, E. 2803, K. 2572
 Yarg. 6. HD., T. 09.07.2014, E. 2014/2105, K. 2014/9233
 Yarg. 6. HD., T. 1.6.2009, E. 2009/3445, K. 2009/5074
 Yarg. 9. HD., T. 14.01.2013, E. 2010/38436, K. 2013/253
 Yarg. 9. HD., T. 27.06.2012. E. 2010/17548, K. 2012/24733
 Yarg. 9. HD., T. 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742.
 Yarg. HGK, T. 12.03.2003, E. 2003/19-109, K. 2003/152.
 Yarg. HGK, T. 14.11.2001, E. 2001/21-993, K. 2001/1019.
 Yarg. HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/630, K. 2003/611
 Yarg. HGK, T. 27.09.2000, E. 2000/15-1134, K. 2000/1191.
 Yarg. HGK, T. 8.6.2016, E. 2014/23-1004, K. 2016/763
 Yarg. HGK, T., 9.12.1992, E. 1992/15-649, K. 1992/732
 Yarg. HGK. 27.04.2011 T., 2011/13-4 E., 2011/230, K. 02.11.2011
 Yarg. HGK. T. 02.02.200, E. 200/13-51, K. 2000/54
 Yarg. HGK. T. 03.06.1998, E. 1998/11-299, K. 1998/380
 Yarg. HGK. T. 24.12.2014, E. 2013/19-1103, K. 2014/1084
 Yarg. HGK. T. 27.01.1988, E. 1987/509, K. 1988/48
 Yarg. HGK. T. 27.04.2011, E. 2011/13-4, K. 2011/130
 Yarg. HGK., T. 9.5.2007, 21-269/269
 Yarg. HGK., T. 06.03.2013, E. 4-824, K. 305
 Yarg. HGK., T. 10.10.2012, E. 2012/19-253, K. 2012/703
 Yarg. HGK., T. 2.7.1980, E. 1979/3-1477, K. 1980/2113

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Feride DEMİRBAŞ
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Çorum Anadolu Öğretmen Lisesi, Çorum, 2005
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2009
Yüksek Lisans Diploması	Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Konya, 2012
Tez Konusu	Birlikte Kefalet
Yabancı Diller	İngilizce, Almanca
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (2013-Devam Ediyor) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (2010-2013)
E-Posta	feridedemirbas@gmail.com