

31860

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

**ALACAKLI TEMERRÜDÜ DIŞINDA,
ALACAKLI YÜZÜNDEN BORCUN İFA
EDİLEMEDİĞİ BAŞLICA DURUMLAR
VE SONUÇLARI**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

HAZIRLAYAN : HALİL AKKANAT
ENSTİTÜ NO: 1990/6478

DANIŞMAN : PROF. DR. M. KEMAL OĞUZMAN

İSTANBUL 1994

İÇİNDEKİLER

YARARLANILAN KAYNAKLAR -	IV
KISALTMA CETVELİ	VIII
GİRİŞ	1
§1 -Alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği başlıca durumlar	6
I - Alacaklının davranışlarından kaynaklanan ifa engelleri	6
A - İfa yerine ilişkin olarak alacaklının davranışlarından kaynaklanan ifa engelleri	7
1 - İfa yeri kavramı	7
a - Para borçlarına ilişkin tamamlayıcı hükümler	8
b - Para borcu dışındaki verme borçları ile ilgili tamamlayıcı hükümler	10
c - Diğer borçlara ilişkin tamalayıcı hükümler	11
2 - İfa yerine ilişkin engeller	12
3 -Özellikle ikametgâh değişikliğinin ifa yerine etkisi	13
B - Borç konusuna ilişkin olarak alacaklının davranışlarından kaynaklanan ifa engelleri	23
1 - Alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaşması	23
a - İmkânsızlık kavramı	23
aa) Mantıkî imkânsızlık	24
bb) Fiilî imkânsızlık	24
cc) Hukukî imkânsızlık	25
b - İfa imkânsızlığı	26
c - Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri	27
II - Alacaklının davranışı dışında doğan ifa engelleri	33
A - Alacaklı sıfatından kaynaklanan ifa engelleri	34
1 - Alacaklı kavramı	34
2 - Alacaklı sıfatında ihtilaf	34
a - Kimin alacaklı olduğunun belirsiz olması	36
b - Alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf mevcut olması	39
c - Özel olarak Borçlar Kanunu madde 166 düzenlemesi	40
3 - Sıfat ihtilafının mevcudiyetinin kabulü için aranan şartlar	47

B - Alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan ifa engelleri	50
1 - Alacaklı ile irtibat sağlanamaması	52
2 - Alacaklının fiil ehliyetinin bulunmaması	55
§2 - Alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesinin sonuçları	57
I - Genel bakış	57
A - Yedek hukuk kuralları ile düzenlenmiş olma	57
B - Alacaklı temerrüdünün sonuçlarına yapılan yollama	57
II - Genel hükümlerden çıkan sonuçlar	59
A - Genel olarak	59
B - Borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesi	61
C - Alacaklının borçlu tarafından yapılan masrafları ödeme yükümlülüğü	67
1 - Genel olarak	67
2 - Masrafları talep hakkının dayandığı ilkeler	69
D - Tartışmalı olan sonuçlar	71
III- Özel hükümlerden çıkan sonuçlar	73
A - Genel olarak	73
B - Tevdi imkânı	75
1 - Tevdiin hukukî niteliği	76
2 - Tevdide önem taşıyan unsurlar	79
a - Tevdi eden	79
aa) Tevdi eden genellikle borçludur	79
bb) Tevdi eden bazan üçüncü şahıstır	81
b - Lehdar (lehine tevdi yapılan)	83
c - Tevdi yeri	84
d - Tevdi zamanı	89
e - Tevdiin konusu	91
f - Tevdiin alacaklıya bildirilmesi lüzûmu	95
3 - Tevdi ile ortaya çıkan durum	96
a - Genel olarak	96
b - Borçlu açısından tevdiin sonuçları	97
aa) Hasarın alacaklıya intikal etmesi	99
bb) Tevdi masraflarının alacaklıya ait olması	100
cc) Borçlunun borcundan kurtulması	102
dd) Tevdi ile ortaya çıkan diğer sonuçlar	103
c - Borçlunun tevdiden rücu hakkı ve rücu hakkının kullanılmasının sonuçları	106

aa) Tevdiden rücu hakkı	106
bb) Rücu hakkının kullanılmasının sonuçları	110
cc) Rücu hakkının kullanılmasına mani olan sebepler	112
aaa) Alacaklının edimi kabul beyanı	112
bbb) Bir rehnin sona ermiş olması	117
ccc) Tevdi edenin rücu hakkını kullanmaktan vazgeçmesi	119
ddd) Tevdiin mükellefiyet teşkil ettiği durumlar	120
d - Yeddieminin durumu	121
e - Lehdar-alacaklının durumu	122
4 - Tevdiin sona ermesine yol açan sebepler	124
a - Lehdar-alacaklının edimi kabul beyanında bulunması	124
b - Tevdi edenin rücu hakkını kullanması	124
c - Edimi kabul hakkının zamanaşımına uğraması	125
d - Tevdi konusu edimin yok olması	125
B - Malı satarak satış bedelinin tevdi imkânı	126
1 - Genel olarak	126
2 - Satış hakkının mevcudiyeti için aranan şartlar	129
a - Edimin mahiyeti itibariyle tevdi elverişli olmaması	129
b - İşin nev'inin tevdi elverişli olmaması	130
c - Edimin mahiyeti itibariyle çabuk bozulmaya müsait olması	131
d - Edimin bakım ve muhafazasının önemli masraflar yapılmasını gerektirmesi	132
3- Satış hakkının kullanılması için uyulması gereken usûl	133
a - Alacaklıya ihtar çekilmesinin gerekli olup olmadığı	133
b - Hâkimden izin alınması gereği	135
c - Satışta uyulması gereken usûl	137
4 - Satışın hüküm ve sonuçları	139
C - Akdin feshi imkânı	141
1 - Kavram ve hukukî niteliği	141
2 - Başvurulabilecek durumlar	143
3 - Fesih hakkının kullanılma tarzı	148
4 - Fesih hakkının kullanılmasının hukukî sonucu	149
IV - Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığının sonuçları	152
A - Borçlunun borcundan kurtulması	153
B - Alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olması	154
C - Karşı edimden indirilmesi gereken değerler (mahsup etme yükümü)	159

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akünel T.** : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1984
- Akyol Ş.** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976
- Akıntürk T.** : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966
- Arsebük E.** : Borçlar Hukuku, Gözden geçirilmiş üçüncü basım, Ankara 1950
- Arslanlı H.** : Ticari Bey', Dördüncü bası, İstanbul 1959
- Barlas N.** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (Doktora Tezi), İstanbul 1992
- Becker H.** : İsviçre Medeni Kanun Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül III (Çev. Tolun O.), Ankara 1969
- Belgesay M. R.** : Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1942
- Birsen K.** : Borçlar Hukuku Dersleri, Dördüncü bası, İstanbul 1967
- Bonnant G.** : La Consignation en Droit Civil Suisse (thèse), Geneve 1950
- Dayınlarlı K.** : Borçlar Kanununa Göre Alacağın temliki (Doçentlik tezi), Ankara 1993
- Davran B.** : Medenî Hukukta Masraf ve Sarfiyat, İÜHFM, C. XI (1945) S. 1-2, s. 288-310
- Dural M.** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Doçentlik tezi, İstanbul 1977
- Erdem N.** : Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, Ankara 1987
- Eren F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Gözden geçirilmiş dördüncü bası, Ankara 1991
- Eren F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Gözden geçirilmiş üçüncü bası, Ankara 1991
- Feyzioğlu F. N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Yenilenmiş ve genişletilmiş ikinci bası, İstanbul 1977
- Feyzioğlu F. N.** : Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle Ecrimisil), İkinci bası, İstanbul 1961

- Gauch P. /Schluep W. R. /Tercier P. :** La partie du droit des obligations, 2  m   editions, Zurich 1982
- Helmut Heinrichs, Emmerich :** Münchener Kommentar zum B  rgerlichengesetz-buch, Band 2 Schuldrecht - Allgemeiner Teil (§ 241-432), München 1985
-   mre Z. :** Usulsüz Vedia Akdi (Türk,   svi  re, Alman ve Fransız hukukları üzerinde bir tetkik),    HFM 1944, C. X , S. 1 - 2, s. 188 - 228
- Kalpsüz T. :** Ticari Satışta   fa Mahalli, Ankara 1960
- Karahasan M. R. :** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara 1992
- Kocayusufpaşaoğlu N. :** Borçlar Hukuku Dersleri, birinci fasikül-ikinci bası,   stanbul 1985
- Koç N. :**   svi  re-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992
- Kuru B. :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, Beşinci baskı,   stanbul 1990
- Larenz K. :** Lehrbuch des Schuldrechts, 14 neuarbeitete Auflage, München 1987
- Liron R. :** Essai sur La Nature De La Demeure Du Creancier D'apres Le Droit Suisse (Th  se de Doctorat), Lausanne 1953
- Moroğlu E. /Muşul T. :** Tebligat hukuku, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Bası,   stanbul 1990
- Oğuzman M. K. :** Medenî Hukuk Dersleri (Giriş, Kaynaklar, Temel kavramlar), Gözden geçirilmiş altıncı bası,   stanbul 1990
- Oğuzman M. K. :** Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Genişletilmiş dördüncü bası,   stanbul 1987
- Oğuzman M. K. /  z T. :** Borçlar Hukuku Dersleri, C. II,   stanbul 1991
- Oğuzman M. K. /Seliçi   . :** Eşya Hukuku, Altıncı bası,   stanbul 1992
- Oğuzman M. K. /Seliçi   . :** Kişiler Hukuku Dersleri, Yeniden gözden geçirilmiş beşinci baskı,   stanbul 1993
- Olgaç S. :**   lmi ve Kazai    tihatlarla Türk Borçlar Kanunu   erhi, dördüncü baskı, Ankara 1976
- Oser H. /Schönenberger W. :** Borçlar Hukuku   kinci Kısım (  ev. Seçkin R.), Ankara 1950

- Otto H.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und nebengesetzen, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1979, §255-327
- Öz T.** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (doktora tezi), İstanbul 1989
- Öz T.** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990
- Reisoğlu S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Değişiklik ve ilavelerle dokuzuncu bası, Ankara 1993
- Rossel V.** : Manuel du Droit Federal des Obligations, Lausanne 1920
- Saymen F. H. / Elbir H. K.** : Türk Borçlar Hukuku - I Umumî Hükümler, C. II, İstanbul 1958
- Schmidt R.** : Die Obliegenheiten, München 1953
- Seliçi Ö.** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
- Serozan R.** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975
- Staehelin A.** : Die Hinterlegung zu Handen wes Rechtes und der Prätendentenstreit (Basler Juristische Mitteilungen, Nr. 5, November 1972, s. 225-235)
- Tandoğan H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş dördüncü bası, Ankara 1985
- Tandoğan H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş üçüncü bası, Ankara 1985
- Tandoğan H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş üçüncü bası, C. II, Ankara 1987
- Tandoğan H.** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1965
- Tandoğan H.** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957
- Tekinay S. S. / Akman S. / Burcuoğlu H. / Altop A.** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş yedinci bası, İstanbul 1993
- Tepeci K.** : Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu ve ilgili Kanunlar, Nizamnameler ve Yönetmelikler, üçüncü bası, Ankara 1959
- Tunçomağ K.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, altıncı bası, İstanbul 1976

- Tunçomağ K.**: Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı, MHAD 1967, S. 1'den ayrı bası
- Ulusar İ.** : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984
- Umar B.** : Borçluya İsnat Olunamayan İmkansızlık Sebebiyle Ademi ifa, AD 1961 s. 964
- Velidedeoğlu H. V/Kaynar R.** : Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, ikinci bası, İstanbul 1957
- von Tuhr A.** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. I - II (Çev. Edege C.), gözden geçirilmiş ikinci baskı, Ankara 1983
- Weber R. H.** : Berner Kommentar, Das Obligationenrecht Kommentar zu Art 68-96 OR, Bern 1983
- Yavuz C.** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İstanbul 1989



KISALTMA CETVELİ

ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Absatz
AD	Adalet dergisi
age	Adı geçen eser
agm	Adı geçen makale
agt	Adı geçen tez
Art.	Artikel
ATF	Arret du Tribunal Federal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
dn.	dip notu
HD	Hukuk Dairesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİD	İcra ve İflâs Dairesi
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
JdT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
m.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	Medenî Kanun
N.	Numara
NJV	Neue Juristische Wochenschrift
Ör.	Örnek
p.	page
RKD	Resmî Kararlar Dergisi
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S	Sayı
s.	sahife
t.	tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TD	Ticaret Dairesi

Teb K.	Tebligat Kanunu
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

I - Borçlu borcunu ifa etmek istediği halde bazen çeşitli engellerle karşılaşır ve borcunu ifa etmek istemesine rağmen bu amacına ulaşamaz. Bu engeller, ya alacaklının davranışından veya onun durumundan kaynaklanır; ya da edimin ifasının imkânsızlığı tarzında ortaya çıkar¹.

Borcun ifasının alacaklının davranışı nedeniyle gerçekleştirilememesi, ancak ifanın gerçekleştirilebilmesi için, alacaklının yardım ve iştirakine, yani alacaklının ifaya katılmasına lüzum bulunan bir halin mevcudiyeti durumunda söz konusu olabilir².

Alacaklının ifaya katılması ise iki şekilde tezahür edebilir³: Borca uygun ifa için alacaklının, ya ifaya iştiraki gerekiyordur; ya da bir takım hazırlık fiillerini yapması gerekiyordur. Mesela, bir satış akdinde satıcının borcunu ifa edebilmesi için, kural olarak satılan şeyin alıcıya teslimi, bu nedenle de alıcının bu şeyi teslim alması, yani ifaya katılması, iştiraki gerekir. Seçimlik bir borçta seçim hakkının alacaklıya tanınmış olması ihtimalinde ise, alacaklının bu hakkı kullanması ifaya hazırlık fiili teşkil edecektir⁴.

İşte alacaklının, ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gerekenleri yapmaması veya yapamaması durumunda, alacaklı yüzünden ortaya çıkan bir ifa engelinin mevcudiyetinden söz edilir. Alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi durumları ise üçe ayrılır:

"-Alacaklı temerrüdü,

¹ Feyzioğlu F. N. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, yenilenmiş ve genişletilmiş ikinci bası, İstanbul 1977*, s. 131

² von Tuhr A. : *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. I - II (Çev. Edege C.), Gözden geçirilmiş ikinci baskı, Ankara 1983*, s. 460; Weber R. H. : *Berner Kommentar Das Obligationenrecht, Kommentar zum Art 68-96 OR, Bern 1983*, Art 91 N. 14

³ Weber, *Berner Kommentar*: Art. 91 N. 19

⁴ Eren F. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Gözden geçirilmiş üçüncü bası, Ankara 1991*, s. 171

-Alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer haller,

-Alacaklı yüzünden borcun ifasının imkânsız hale gelmesi"

Alacaklının, kendisine yapılmak istenen ifayı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi veya ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken şeyleri yine haklı bir sebep olmaksızın yapmaktan kaçınması durumunda, "alacaklı temerrüdü"nün varlığından söz edilir⁵ (BK m. 90).

Alacaklının içerisinde bulunduğu şartlar nedeniyle ifanın gerçekleştirilememesinde ise, "Alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer haller" in mevcudiyetinden bahsedilir⁶ (BK m. 95). Bu gibi durumlarda borç, alacaklının şahsından veya sıfatından kaynaklanan bir takım nedenlerle ifa olarak arz edilememekte ve alacaklı, ifanın kabulü veya reddi hususundaki iradesini geçerli bir şekilde ortaya koyamamaktadır.

İfa, alacaklının yardım ve iştiraki olmaksızın da gerçekleştirilebiliyorsa, böyle bir durum ile karşılaşılmayacaktır⁷. Yani bu tür borçlar bakımından ne alacaklı temerrüdü ve ne de alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer bir halin mevcudiyetinden bahsedilecektir. Meselâ gayrimenkul mülkiyetinin nakli borcu veya bütün yapmama borçları alacaklının iştiraki olmaksızın ifa edilebilecek borçlardandır⁸.

Nihayet bazen de edimin ifası, imkânsız hale gelir. Bu takdirde öncelikle, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığına bakılacaktır. Eğer borçlu imkânsızlıktan sorumludur denebiliyorsa, o, Borçlar Kanunu madde 96 gereğince ifa etmemenin neticelerine katlanacaktır. Fakat ortada borçlunun sorumluluğunu gerekli kılacak bir sebep yok ise, borç sona erecek ve borçlu borcundan kurtulacaktır (BK m. 117).

⁵ Oğuzman M. K. : *Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Genişletilmiş dördüncü bası, İstanbul 1987, s. 233*

⁶ Bu duruma "geniş anlamda alacaklı temerrüdü" de denilmektedir. *Gauch P. /Schluep W. R. /Tercier P. : La partie du droit des obligations, 2^{ème} éditions, Zurich 1982, s. 57, N. 1519*

⁷ Oğuzman : age s. 233; *Weber, Berner Kommentar: Art. 91(TBK m. 90) N. 15 vd.*

⁸ Oğuzman: age, C. I, s. 169

İfa imkânsızlığı hususunda diğer ihtimal ise imkânsızlığın, alacaklıdan kaynaklanan bir sebepten doğmuş olmasıdır, ki bu ihtimal bizim Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiştir.

II - Çalışma konumuz, alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği hallere ilişkindir. Fakat bu durumların tamamını kapsamamaktadır.

Yukarıda, alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği üç halin mevcudiyetinden bahsedilmişti. İşte bizim inceleme konumuzu, alacaklı temerrüdü dışında kalan diğer iki ihtimal teşkil etmektedir.

Borçlar Kanunu, inceleme konumuzu oluşturan bu durumlardan birini düzenlemiş, diğerine ise, yukarıda da belirtildiği gibi, hiç değinmemiştir.

Alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer haller'i düzenlemiş bulunan Borçlar Kanunu madde 95, bu durumların nelerden ibaret olduğunu kısaca belirtmiş ve sonuç olarak alacaklı temerrüdüne yollamada bulunmak suretiyle meseleyi halletmiştir. Bu nedenle konumuzun bu hususa ilişkin bölümü, alacaklı temerrüdü ile yakından ilgili bulunmaktadır.

Fakat bu durum alacaklı temerrüdü ile karıştırılmamalıdır. Çünkü alacaklı temerrüdünün mevcudiyeti alacaklının, kabulüne sunulmuş olan bir edimi makul bir sebep olmaksızın kabulden imtina etmesine veya ifanın gerçekleştirilebilmesi için öncelikle kendisi tarafından yapılması gereken şeyleri yapmaktan kaçınmasına bağlıdır (BK m. 90).

Alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer hallerde ise durum alacaklı temerrüdünden farklıdır. Çünkü alacaklı temerrüdü, alacaklının kendisine yapılmak istenen ifayı haklı bir sebep yok iken reddetmesi durumunda söz konusu olduğu halde⁹, alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği diğer hallerin bazılarında alacaklının ifayı kabul iradesi mevcut olmasına rağmen borç ifa edilememekte; bazılarında ise, bu tesbiti yapma imkânı bulunamamaktadır.

⁹ "Yani alacaklı temerrüdünün temelinde ifayı kabul etmeme iradesi yatmaktadır..." (Weber, Berner *Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 6).

Alacaklının ifayı kabul iradesinin mevcut olduğu ihtimallerde, bu iradenin, kendisine bağlanan hukukî sonuçları doğuracak nitelikte olmaması ön plana çıkmakta¹⁰; ve bu nedenle borç ifa edilememekte (daha doğrusu borçlu ifadan haklı olarak kaçınmakta); alacaklının ifayı kabul iradesinin mevcut olup olmadığının tesbit edilemediği ihtimallerde ise, alacaklı ile irtibat sağlanamamakta¹¹ ve bunun için edim, alacaklının kabulüne arz olunamamaktadır.

Bu ihtimallerde, ifayı kabul iradesinin bulunmayışı değil, yapamama, ifayı gerçekleştirememeye olgusu ön plandadır. Alacaklı, fiilî veya hukukî bir takım sebepler yüzünden ifanın kabulünü gerçekleştirememektedir¹². Burada eksik olan ifayı kabul iradesi değildir. İfayı kabul iradesi belki vardır; fakat bu irade ya hiç ortaya konamamaktadır; ya da ortaya konulan irade, kendisine bağlanan hukukî sonuçları doğurabilecek vasıf ve niteliklere sahip olmaktan uzakta bulunmaktadır.

Alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple ifanın imkânsız hale gelmesi ise, Borçlar Kanununda hiç düzenlenmemiştir. Halbuki, bir borcun ifasının alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple imkânsız hale gelmesi, hem alacaklı temerrüdünden hem de edimin alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle ifa olarak arz edilemediği diğer hallerden farklı bir durumdur¹³.

İşte, alacaklı yüzünden borcun ifa edilmediği bu durumlar, bizim inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

İncelemekte olduğumuz konu, bugüne kadar pek fazla incelenmiş olmayıp, genel ders, kitaplarında birkaç satırla yer almıştır. Hele alacaklı yüzünden ifanın imkânsız hale gelmesi meselesine, Borçlar Kanunumuzda yer verilmemiş olması bir tarafa, çok kere üzerinde durulmadığı da görülmektedir.

Bu nedenle çalışmamız, öncelikle alacaklı temerrüdü dışında, borcun alacaklı yüzünden ifa edilemediği durumların nelerden ibaret olduğunun

¹⁰ Meselâ, alacaklının tam fiil ehliyetinin bulunmaması, veya alacaklı sıfatında ihtilaf bulunması ihtimallerinde durum böyledir. Bkz. s. 55 vd. ve 35 vd.

¹¹ Meselâ, alacaklının kim olduğunun bilinmemesi veya kimliği bilinen alacaklının firarı bir şahıs olması ihtimallerinde durum böyledir. Bkz. s. 36 vd.

¹² *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 6

¹³ *Oğuzman*: age, C. I, s. 244

tesbiti ve bu arada da bu durumlara bağlanan hukuki sonuçların tetkiki amacına yönelmiş bulunmaktadır.

Çalışmamız, bu girişten sonra iki paragraf ve bir de sonuç bölümünden oluşmaktadır.

Bu paragraflardan ilkinde, meselenin açıklıkla ortaya konulmasını temin etmek amacıyla, alacaklı yüzünden ortaya çıkan ifa engelleri, *"alacaklının davranışlarından kaynaklananlar ve alacaklının davranışlarından kaynaklanmayanlar"* olmak üzere, iki ana başlık altında incelemeye alınmışlardır.

İkinci paragraf ise, alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği durumlarla ilgili olarak, borçluya tanınmış bulunan hukukî imkânlarla ayrılmıştır. Borçluya tanınan bu hukukî imkânlardan, Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunanlar ile, mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından genel hükümlerden yola çıkılarak, bu durumdaki borçluya tanınmış bulunan hukukî imkânlar birbirlerinden ayrılarak incelemeye alınmışlardır.

Bu paragraf içerisinde ayrıca, alacaklı yüzünden borcun ifasının imkânsız hale gelmesi nedeniyle ortaya çıkan hukukî durumun sonuçları incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın sonunda ise, bu çalışma çerçevesinde tesbit edilmiş bulunan önemli hususların, toplu olarak ortaya konulması amaçlanmıştır.

§1 - ALACAKLI YÜZÜNDEN BORCUN İFA EDİLEMEDİĞİ BAŞLICA DURUMLAR

I -Alacaklının Davranışlarından Daynaklanan İfa Engelleri

Bu tür ifa engelleri, alacaklının bilinçli veya bilinçsiz fiilleri neticesinde ortaya çıkan engellerdir. Alacaklı yüzünden ortaya çıkan bu ifa engelleri, borçlunun borca uygun ifanın gerçekleşmesi için göstermiş olduğu bütün çabalarının sonuçsuz kalmasına neden olmakta ve borçlunun borcundan kurtulmasını engellemektedir. İncelemekte olduğumuz konu bakımından önemli olan husus, mevcut ifa engelinin alacaklıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Bu ifa engelinin alacaklıdan kaynaklandığı söylenebiliyorsa, alacaklı yüzünden ifa edilememe durumu söz konusu olacak ve aşağıda incelenecek olan hükümler¹ uygulama alanı bulacak; buna mukabil ifa engelinin alacaklıdan kaynaklandığı söylenemiyorsa başka hükümler² devreye girecek ve onların uygulanması söz konusu olacaktır.

Mevcut ifa engelinin alacaklıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirmesi yapılırken ise, sadece alacaklının fiilleri gözönünde bulundurulmayıp, onun fiillerinden sorumlu olduğu şahısların (meselâ kullanma yardımcılarının) fiilleri de dikkate alınacak ve bu şahısların fiilleri neticesinde ortaya çıkan ifa engellerinin de alacaklıdan kaynaklandığı söylenecektir.

¹ Bkz. s. 57 vd.

² Ezcümle; ifa engeli borçluya izafe edilebiliyorsa, borçlu temerrüdü veya borçlu yüzünden meydana gelen ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak; ifa engeli hiç kimseye izafe edilemiyorsa, ifa engelinin niteliğine göre kusursuz ifa imkânsızlığı hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

A - İfa yerine ilişkin olarak alacaklının davranışlarından kaynaklanan ifa engelleri

1 - İfa yeri kavramı :

Borçlunun borçlu bulunduğu edimi ifa etmesi gereken yer, ifa yeri olarak tanımlanmaktadır³. Bir akitte ifa yeri, kanun hükmü veya edimin mahiyeti icabı belirli bir yerde ifa zarureti olmamak kaydıyla, tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırılabilir⁴. Çünkü bu husus Borçlar Kanunu madde 73'te açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre: "*Borcun ifa edilmesi lâzım gelen yer, iki tarafın sarih veya zımnî arzusuna göre tâyin edilir...*". Bu hüküm, borçlar hukuku sahasında câri akit serbestisi ilkesinin bir sonucudur.

Kanun, ifa yerinin belirlenmesi yetkisini taraf iradelerine tanıdığına göre, prensip olarak bunlardan sadece birisinin iradesi, ifa yerinin belirlenmesi bakımından yeterli değildir⁵. Tarafların ifa yerine ilişkin irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Taraf iradelerinin uyuşması ile belirlenen ifa yerinin değiştirilmesi hususunda da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır.

Taraflardan hiç birisinin akdin muhtevasını, diğer tarafın rızası olmaksızın değiştirme yetkisi bulunmadığından, akdin kurulmasını müteakip, tek taraflı olarak ifa yerinin değiştirilmesi de hüküm ifade etmeyecektir⁶.

İfa yerinin belirlenmesi hususunda taraf iradelerinin uyuşması ise iki şekilde söz konusu olabilir:

3 Federal Mahkeme; ifa yerini tayin ederken; tarafların *esas borçlarını ifa edecekleri mahalli kastetmektedir*. İkinci derecede borçların başka yerde ifası; borç münasebeti bakımından ifa yerini değiştirmez. Bkz. JdT 1917 s. 624

4 Saymen F. H. / Elbir H. K. : *Türk Borçlar Hukuku - I Umumî Hükümler, C. II, İstanbul 1958*, s. 668; Kalpsüz T. : *Ticari Satışta İfa Mahalli*, Ankara 1960, s. 140 - 141; von Tuhr: age, s. 499; Becker H. : *İsviçre Medeni Kanun Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III* (Çev. Tolun O.), Ankara 1969, m. 74 (TBK m. 73) N. 1; Oser H./Schönenberger W. : *Borçlar Hukuku İkinci Kısım* (Çev. Seçkin R.), Ankara 1950, m. 74 (TBK m. 73) N. 1; Oğuzman: age, C. I, s. 210 vd. ; Tekinay S. S./Akman S./Burcuoğlu H./Altın A. : *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş yedinci baskı, İstanbul 1993*, s. 808 vd.

5 Saymen/Elbir: age, s. 671; Velidedeoğlu H. V/Kaynar R. : *Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, ikinci baskı İstanbul 1955*, s. 172; Kalpsüz: age, s. 43

6 Becker: Art 74 (TBK m. 73) N. 2

i - Taraflar bu husustaki iradelerini açıkça beyan edebilirler ki bunu da borcun doğumuna yol açan sözleşmeye bir hüküm koymak suretiyle yapabilecekleri gibi, borcun doğumundan sonra yapacakları ayrı bir anlaşma ile de sağlayabilirler.

ii - Tarafların bu husustaki iradeleri, hal ve şartlardan zımnî olarak çıkarılabilir. Bu hususta, edimin muayyen bir yerde ifası ortak arzusunu anlamaya imkân verecek her türlü söz, yazı, fiil ve hareketler dikkate alınacaktır.

İfa yerine ilişkin anlaşmanın ve dolayısıyla tarafların iradelerinin tesbit edilmesinde ve tesbit olunan iradelerin yorumlanmasında, umumî yorum kurallarına uyulur⁷.

Bazı durumlarda da ifa yeri, fiziki veya hukukî bir zorunluluk gereği borcun mahiyetinden belli olur. Yahut bu yer, borcun amacı itibariyle, ifasının gerçekleştirilebilmesi için yegâne ve en uygun yerdir. Meselâ, bir gayrimenkulde inşaat yapma borcunda durum böyledir. Bu ihtimalde, borcun fiziki mahiyeti başka bir şekilde hareket etmeyi imkânsız kılar. Yine bir gayrimenkul üzerinde aynî bir hakkın tesisi veya devrine ilişkin borçların, hukukî bir zaruret gereği, ilgili gayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu sicil müdürlüğünde ifa olunmaları gerekir.

İfa yeri belirlenirken öncelikle emredici bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Bundan sonra da, borcun mahiyeti icabı muayyen bir yerde ifasının gerekli olup olmadığı kontrol edilecektir. Daha sonra ise, tarafların bu hususta sarıh veya zımnî bir irade beyanlarının mevcut olup olmadığının tesbitine çalışılacaktır. Buradan da bir netice elde edilemez ise ifa yeri, Borçlar Kanunu madde 73'te yer alan tamamlayıcı hükümlerden istifade olunmak suretiyle belirlenecektir. Borçlar Kanunu madde 73 ise, edimin niteliğini dikkate almak suretiyle ifa yerlerini şu şekilde belirlemiştir :

a) Para borçlarına ilişkin tamamlayıcı hükümler :

Borçlar Kanunu madde 73/b.1 para borçlarının kanunî ifa yerini "*alacaklıların verme zamanında mukim olduğu yer*" olarak tesbit etmiştir⁸.

⁷ *Becker: Art 74 (TBK m. 73) N. 7*

Para borçlarının ifa yerini düzenleyen Borçlar Kanunu madde 73/b.1 hükmünün uygulanabilmesi için, her şeyden evvel borcun, bir para borcu olması ve yapılmış bulunan sözleşmede de, ifa yerinin başka bir yer olarak belirlenmiş olmaması gerekir. Çünkü kanunda yer alan bu hüküm, bir yedek hukuk kaidesidir.

Bu maddede yer alan "*alacaklının verme zamanında mukim olduğu yer*" ibaresinden, alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhının bulunduğu mülki birlik içerisinde her hangi bir noktada, para borcunun ifa olunabileceği neticesinin çıkarılamayacağı haklı olarak ifade olunmaktadır⁹. Bilakis bu ifadenin, muayyen bir mıntıkayı, bir mülkî birliği değil, o mülkî birlik içerisinde alacaklının evinin veya ticari işletmesinin bulunduğu belirli bir noktayı ifade ettiği kabul edilmektedir¹⁰.

Yine ibarede belirtildiği gibi, alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhı esastır. Borcun doğumundan ifa zamanına kadar geçecek süre içerisinde, alacaklının ikametgâhını değiştirmiş olup olmaması ve eğer değiştirmiş ise, eski ikametgâhının neresi olduğu ifa yerinin belirlenmesi bakımından önemli değildir. Bu bakımdan önemli olan, alacaklının ikametgâhının ifa zamanında bulunduğu yerdir. Çünkü para, alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhında tediye olunur¹¹. Alacaklının alacağın temliki veya mirasın intikali gibi sebeplerden biri ile değişmiş olması halinde de aynı esas geçerlidir. Yani, bu durumlarda da ifa yerinin belirlenmesi bakımından önemli olan, yeni alacaklının ifa zamanında ikametgâhının bulunduğu yerdir.

8 "Alacaklının ikametgâhına yahut ifa yeri olarak tayin edilen yere borçlu tarafından götürülecek veya masrafı ve hasarı borçluya ait olarak nakledilecek şeylere ilişkin borçlara *götürülecek borçlar*; ifa yeri alacaklının ikametgâhı veya onun göstereceği başka bir yer olup, masraf ve hasarı alacaklıya ait olmak üzere; nakliyat meselesini borçlunun üzerine almış bulunduğu borçlara ise *gönderilecek borçlar* denilmektedir..." Ayrıntılı bilgi için Bkz. : *Oğuzman*: age, C. I. s. 212-213; *von Tuhr* : age, s. 503-504

9 *Arsılanlı H. : Ticari Bey', İstanbul 1959*, s. 114 n. 28; *Oser/Schönenberger*: Art. 74 (TBK m. 73) N. 2; *Becker*: Art 74 (TBK m. 73) N. 2

10 dn 9'daki yazarlar; *Kalpsüz* : age, s. 81

11 *Arsebük E.: Borçlar Hukuku, Gözden geçirilmiş üçüncü bası, Ankara 1950*, s.696; *von Tuhr*: age, s. 500

b) Para borcu dışındaki verme borçları ile ilgili tamamlayıcı hükümler:

"Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin in'ikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur." (BK m. 73/b.2)

Borçlar Kanunu madde 73/b.2 anlamında muayyen şey, ferdi ile tayin edilmiş olan menkul eşyadır. Muayyen bir şeye taalluk eden borç ise, borç konusu şeyin değişmesine mani olacak belirleyici unsurları tayin ve tesbit edilmiş olan bir eşyaya taalluk eden borç demektir.

İfanın konusunu teşkil etmek üzere benzerleri arasından ayrılarak alacaklıya arza hazır bir durumda bulundurulmuş misli eşya da, bu anlamda ferdi ile muayyen bir eşya olarak kabul olunacaktır. Ancak bu nevi eşya hakkında Borçlar Kanunu madde 73/b.2'nin uygulanabilmesi için, borç konusunun en geç borcun doğumu ânında belirlenmiş olması gerekir; Çünkü bu madde anlamında ifa olunacak muayyen şeyin akdin inikadı anında bulunduğu yerden bahsedebilmek için, borcun konusunun bu anda belirlenmiş olması, yani muayyen olması gerekir¹².

İşte ferdi ile muayyen mala taalluk eden borçlar, prensip itibariyle, borç konusu şeyin bulunduğu yerde ifa olunurlar. Ferdi ile muayyen menkul malın bulunduğu yer, akdin kurulmasından ifasına kadar geçecek zaman içerisinde, bir çok defalar değişmiş olabilir. Bunu düşünen kanun koyucu, bu tür borçların ifa yerini *"...şeyin, akdin in'ikadı anında bulunduğu yer..."* olarak tesbit etmiştir¹³.

Muayyen şeyin akdin kurulması ânında bulunduğu yer, onun bu anda tesadüfen ve geçici bir maksadı karşılamak için bulunduğu yer değil, fakat normal ve alışılmış olarak bulunması gereken yerdir. Buna göre meselâ, satılan bir minibüsün teslim yeri, o'nun akdin kurulması anında tesadüfen geçmekte olduğu şehrin her hangi bir noktası değil, bilakis normal olarak bulunmakta olduğu minibüs durağı veya garajdır¹⁴.

¹² Oser/Schönenberger: Art 74 (TBK m. 73) N. 16; Kalpsüz : age, s. 81

¹³ "Borçlunun ikametgâhında veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlar için *aranılacak borçlar* denilmektedir..." Ayrıntılı bilgi için Bkz. : Oğuzman: age, C. I, s. 212; von Tuhr : age, s. 503

¹⁴ Kalpsüz: age, s. 94; Tandoğan H. : *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş dördüncü bası, Ankara 1985*, s. 123

Ferdi ile muayyen şeyler bakımından, borç konusu şeyin akdin kurulması anında bulunduğu yerin ifa yeri olarak kabul edilebilmesi için, tarafların, bu şeyin borçlunun ikametgâhından başka bir yerde bulunduğunu bilmeleri gerekliliği de doktrinde haklı olarak aranmaktadır¹⁵. Aksi takdirde borç konusu şeyin nerede olduğunu bilmeyen tarafın, ifa anında, hiç tahmin ve ümit etmediği bir durumla ve hatta imkânsızlıkla karşılaşmasının mümkün olduğu ifade edilerek, ifa yerinin genellikle tarafların akit hususunda vereceği karara etkili bir husus olduğu gerekçesiyle, akdin müzakeresi esnasında borç konusu şeyin bulunduğu yerin bildirilmemesinin (Culpa in Contrahendo) sorumluluğa yol açabileceği ifade olunmaktadır¹⁶.

c) Diğer borçlara ilişkin tamamlayıcı hükümler :

"Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir..."(BK m.73/b.3)

"Bunlardan başka her borç..." ibaresi ile ifade olunmak istenen şey, para borçları ve diğer verme borçları dışında kalan bilcümle borçlardır. Buna göre Borçlar Kanunu madde 73/b.3'e dahil borçlar, başlıca nevi borçları (para borcu hariç¹⁷) ile, konusu bir şey yapmak veya yapmamak olan borçlar ve akdin kurulması sırasında henüz mevcut olmayan ferdi ile muayyen şeylere ilişkin borçlardır¹⁸. Bu tür borçların ifa yeri, Borçlar Kanunu madde 73/b.3 metninde açıklandığı üzere borçlunun, borcun doğumu zamanındaki ikametgâhıdır.

İşte her ne şekilde belirlenmiş olursa olsun ifa yeri, borca uygun bir ifanın gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Meselâ, borçlu borcunu ifa yerinden başka bir yerde ifa etmek isterse alacaklı, bunu dürüstlük kuralına (objektif hüsnüniyet) aykırı olmamak kaydıyla¹⁹ kabulden imtina edebilir ve borçlu, diğer şartların da mevcudiyeti halinde mütemerrit

¹⁵ Saymen/Elbir: age, 674; von Tuhr.: age, s. 61 dn. 28; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop: age, s. 811; Oğuzman: age, C. I, s. 211; Tandoğan : age, (Özel C. I/1) s. 127

¹⁶ Arsebük: age, s. 276 ; ve s. 698 dn 29; Kalpsüz: age, s. 95

¹⁷ Bir tediye vasıtası olarak değil de, bir emtia olarak borçlanılmış bulunduğu takdirde para da bir misli mal olarak kabul olunur.

¹⁸ Saymen/Elbir: age, s. 674; Oser/Schönenberger: Art 74 (TBK m. 73) N. 2; Becker: Art 74 (TBK m. 73) N. 3; Birsen K. : Borçlar Hukuku Dersleri, Dördüncü bası, İstanbul 1967, s. 449

¹⁹ Saymen /Elbir : age, s. 669; Oğuzman: age, C. I, s. 210

olur. Yine ifa yerinde kendisine arz olunan edimi, haklı bir sebep olmaksızın ifa olarak kabulden imtina eden alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşer.

2 - İfa yerine ilişkin engeller :

İfa teklifinin borca uygun olabilmesi için ifa yerinde yapılması zorunludur. Bu mecburiyet, borca uygun ifa teklifinde bulunmak isteyen borçlunun ifa yerine ulaşmasını gerekli kılmaktadır. Eğer ifa yeri borçlunun hâkimiyet alanında (Meselâ ifa yeri borçlunun ikametgâhı, meskeni, ticarethanesi vs.) ise (yani aranılacak borç söz konusu ise) borçlu, yer itibariyle borca uygun ifa teklifinde bulunmak bakımından her hangi bir zorlukla karşılaşmayacaktır. Buna mukabil, götürülecek veya gönderilecek bir borç söz konusu (yani ifa yeri borçlunun hâkimiyet alanı dışında bulunuyor) ise borçlunun bir takım engellerle karşılaşması daima muhtemeldir.

Borçlunun ifa yerine ulaşip, borca uygun bir şekilde edimi ifa olarak arz etmesine engel teşkil edebilecek olaylar, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu engeller, tamamen alacaklının dışındaki sebeplerden kaynaklanabilecekleri gibi, alacaklının bilinçli hareketleri neticesinde de meydana gelebilirler. Meselâ, götürülecek veya gönderilecek bir borçta, ifa yerine, çeşitli tabiat olayları nedeniyle girilememesi, alacaklının çeşitli hareketleri ile edimin sevkine mani olması, ifa yerinde veya oraya giden yollar üzerinde emniyetli bir şekilde yolculuk etmeyi engelleyecek olayların (savaş ve terör olayları gibi) cereyan etmesi, alacaklının ifa yeri olan ikametgâhını akdin kurulması aşamasında kasden veya yanlışlıkla doğru bildirmiş olmaması, yahut doğru bildirimden sonraki değişiklikleri haber vermemiş olması böyledir.

Verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı gibi "*ifa yerine ilişkin engelden*" maksat, borçlunun, borcuna uygun ifayı gerçekleştirilmesine engel teşkil edebilecek bilcümle olgulardır. İfa engeli olarak nitelenen bu olgular içerisinde, üzerinde durduğumuz ayırimda bizim inceleme konumuzu oluşturanlar ise, bizzat alacaklının davranışlarından kaynaklanan veya en azından ona izafe edilmesi mümkün olan ifa engelleridir. Yalnız alacaklı, ifa engelinin meydana gelmesine yol açan hareketleri, borçlunun ifa teklifinde bulunmasını engelleyerek, alacaklı temerrüdüne düşmemek amacıyla yapıyorsa, fiilî ifa teklifine gerek kalmaksızın alacaklının temerrüde düşmüş

olacağı kabul edilmektedir²⁰. Alacaklı temerrüdü ise bizim inceleme alanımızın dışında kalmaktadır.

Fakat alacaklı, borca uygun ifa teklifinde bulunulmasını önlemek amacıyla değil de, başka maksatlarla icra etmiş olduğu hareketleri *dolayısıyla* borca uygun ifanın gerçekleştirilmesine engel olmuş ise veya alacaklının müsbet veya menfî her hangi bir hareketi olmamasına rağmen, mevcut ifa engelinin ondan kaynaklandığı söylenebiliyorsa, incelemekte olduğumuz anlamda ifa engeli ile karşı karşıya bulunuyoruz demektir. Yani alacaklı ifa yeri bakımından borca uygun ifa teklifinin yapılmasına engel olan hareketi yaparken, ifa teklifinin yapılmasını engelleyerek alacaklı temerrüdünün vukuunu önlemek amacını taşımamaktadır. Fakat bu hareket, ifanın gerçekleştirilmesini de engellemektedir. Meselâ alacaklının, kendi ikametgâhında ödenecek olan bir para alacağının varlığını düşünmeksizin başka bir yerde ikametgâh tesis etmiş olması veya kendisine miras olarak kalmış bir alacağın mevcudiyetinden habersiz olarak ikametgâhını değiştiren alacaklının durumunda olduğu gibi.

3 - Özellikle ikametgâh değişikliğinin ifa yerine etkisi :

Bütün borç ilişkileri bakımından alacaklının ikametgâhının bilinmesi zarureti mevcut değildir. Bu zaruret, ifa yerinin alacaklının ikametgâhı olduğu borç ilişkileri bakımından söz konusudur. Bu tür borç ilişkileri bakımından alacaklının ikametgâhının bilinmesi ile ifa yerinin bilinmesi aynı anlama gelmektedir. İfa yeri ise, yukarıda açıklandığı²¹ üzere, ya borcun niteliği icabı bellidir ya da kanunun yedek hukuk kaidesi niteliği taşıyan hükümlerine (BK m. 73) başvurulmak suretiyle belirlenecektir.

İşte her ne şekilde olursa olsun, alacaklının ikametgâhının ifa yeri olarak belirlenmiş olduğu borç ilişkileri bakımından, borca uygun bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için, alacaklının ikametgâhının bilinmesi zarureti ortadadır. Borcun ifa edileceği yer olan alacaklının ikametgâhı biliniyor ise

²⁰ Von Tuhr: age, s.535 dn. 19

²¹ Bkz. s. 7 vd.

sorun yoktur; bilinen ikametgâhta ifa ile borç, prensip olarak²² sona erecektir.

Bu hususta karşılaşılmaması muhtemel iki sorun vardır:

Bunlardan birincisi, alacaklının ikametgâhının hiç tesbit edilemiyor olması; ikincisi ise tesbit olunan ikametgâhın, borcun doğumu zamanındaki ikametgâh olmamasıdır.

İlk mesele, ikametgâh hususunda ya başlangıçtan itibaren hiç veya doğru bildirim yapılmaması yahut da bilinen ikametgâhın borcun doğumundan sonra, fakat ifanın gerçekleştirilmesinden önce değişmiş²³ olması ve yeni ikametgâhın bilinmemesi durumlarında karşımıza çıkacaktır. Bu ihtimalde, ifa yeri olan alacaklı ikametgâhının hiç tesbit edilememesi söz konusudur. Tabii ifa yeri tesbit edilemeyince, ifanın gerçekleştirilmesi ve böylece borçlunun ifadaki menfaatinin temini de söz konusu olamamaktadır. Bu durum doktrinde "*alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan ifa engeli* " olarak nitelendirildiğinden²⁴ ilerde ayrıca incelenecektir²⁵. Yalnız burada, alacaklı ikametgâhının tesbit olunamamasının, inceleme alanımıza girip girmediğini tesbit bakımından, bir değerlendirme yapmakta yarar görüyoruz. Şöyle ki:

Böyle bir durumda, alacaklı temerrüdünün varlığından söz etmek pek isabetli olmayacaktır²⁶. Çünkü alacaklı temerrüdün varlığı için, ya alacaklının

²² Prensip, ifa ile borcun sona ermesi ise de, kanunun öngördüğü bazı hallerde ifa, alacak hakkının ifayı yapan üçüncü şahsa intikal etmesi sonucunu doğurur. Ör: BK m. 109; *Oğuzman*: age, C. I, s. 163

²³ İkametgâh MK m. 19-22'deki hükümlere başvurulmak suretiyle belirlenecektir. MK m. 19'a göre: "*Bir kimsenin ikametgâhı yerleşmek niletiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden ziyade ikametgâhı olamaz. Bu fıkranın hükmü, ticarî ve sınaî müesseseler hakkında uygulanmaz.*" Ayrıca; MK m. 20/II ve MK m. 49 hükümlerinin de konumuz bakımından önemi vardır. Gerçekten, MK m. 20/II' de "*Bir kimsenin evvelce bir ikametgâhı mevcut olduğu tâyin edilemediği veyahut memaliki ecnebiyedeki ikametgâhını terketmekle beraber Türkiyede henüz yeni bir ikametgâha sahip olmadığı takdirde elyevm sakın olduğu mahalle, ikametgâhı nazariyle bakılır*" denilmektedir. MK m. 49'a göre ise: "*Hükmî şahsın ikametgâhı, nizamnamesinde hilâfına hükümler bulunmadıkça muamelelerinin tedvir olunduğu mahaldir.*"

İkametgâh hususunda ayrıntılı bilgi için Bkz. *Oğuzman M. K. /Seliçi Ö. : Kişiler Hukuku Dersleri, Yeniden gözden geçirilmiş beşinci baskı, İstanbul 1993, s. 66 vd. ; Arpacı A. : Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993, s. 76 vd.*

²⁴ *von Tuhr*: age, s. 550

²⁵ Bu durum "*alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan ifa engelleri*" başlığı altında ayrıca incelenecektir. Bkz. s. 50 vd.

²⁶ Yalnız alacaklı, ikametgâh değişikliklerini sırf kendisine ifa teklifinde bulunulmasını önlemek ve böylece alacaklı temerrüdüne düşmekten kurtulmak amacıyla yapıyor ise, fiili ifa teklifine lüzum

ifa hazırlıklarına iştirak etmesi gerekirken iştirak etmekten kaçınması, ya da alacaklıya yapılmış bulunan ifa teklifinin, makul bir sebep beyan edilmeksizin reddolunması gerekir (BK m. 90). Burada ise, ne ifa teklifinin ve ne de bu teklifin makul sebep ileri sürülmeksizin reddinin söz konusu olduğu açıktır. Kanaatimizce, alacaklı temerrüdünün mevcudiyeti için Borçlar Kanunu madde 90'da öngörülen sebeplerden biri olan, ifa hazırlıklarına katılmama, ya da ifanın gerçekleştirilebilmesi için öncelikle alacaklı tarafından yapılması gereken bir şeyin yapılmaması durumu da söz konusu değildir. Çünkü alacaklıya bu bakımlardan yüklenen mükellefiyet, edimin ifaya hazır hale getirilebilmesi içindir. Meselâ, seçimlik bir borcun alacaklısının, kendisine ait bulunan seçim hakkını kullanmaktan kaçınması; veya musluk tamircisinin eve girmesine müsaade etmesi gereken alacaklının, tamircinin eve girmesine müsaade etmemesi durumları böyledir.

Oysa burada edim ifaya hazırlanmıştır; fakat borçlu, kendisine terettüp edebilecek bütün araştırmaları yapmış olmasına rağmen, alacaklının ikametgâhını tesbit edip, edimi alacaklıya arz edememektedir.

Böyle olunca, meselenin çözümü için başvurulabilecek iki imkân kalmaktadır ki onlar, ya Borçlar Kanunu madde 95'te düzenlenen, borcun alacaklı yüzünden ifa edilemediği sair hallerden birinin varlığının kabulü; veya alacaklı yüzünden husule gelen bir ifa imkânsızlığı ile karşı karşıya bulunulduğunun kabulüdür.

Eğer ifa yeri olan alacaklı ikametgâhının tesbit edilememesi nedeniyle, meselâ belirli gün ve saatte, alacaklının ikametgâhındaki doğum günü partisinde piyano resitali vermeyi borçlanan virtiyöz'ün böyle bir durum ile karşılaşmasında olduğu gibi, borcun ifası imkânsız hale geliyorsa, aşağıda incelenecek olan²⁷ imkânsızlık hükümleri; yok durum borcun ifasını imkânsız hale getirmiyor ise, Borçlar Kanunu madde 95'te düzenlenen ve sonuçları yine aşağıda incelenecek²⁸ olan alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesine dair hükümler uygulama alanı bulacaklardır²⁹.

bulunmaksızın (diğer şartların da mevcudiyeti halinde); alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş bulunacağı haklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. s. 13, dn. 20'ye ait metin.

27 Bkz. s. 152 vd.

28 Bkz. s. 57 vd.

29 *Saymen/Elbir: age, s. 673; Oğuzman: age, C. I, s. 243*

Yukarıda, ikametgâh hususunda karşılaştırılması muhtemel ikinci meselenin, *"ifa zamanında tesbit olunan alacaklı ikametgâhının borcun doğumu esnasındaki ikametgâh olmaması"* olduğunu belirtmiştik³⁰. Bu ihtimalde diğerinden farklı olarak, alacaklının tesbit olunan bir ikametgâhı vardır. Fakat bu ikametgâh, borcun doğumu esnasındaki ikametgâh değildir. Çünkü alacaklı, borcun doğumu esnasında borçlu tarafından bilinen ikametgâhını, ifa zamanının gelmesine kadar geçen süre içerisinde değiştirmiştir.

Bu durumda borçlu, nasıl hareket edecektir? Alacaklının, artık yerleşme niyetini kaldırdığı eski ikametgâhında borcunu ifa ederek borcundan kurtulabilcek midir? Yoksa o, ancak yeni ikametgâhta yapacağı ifa ile mi borcundan kurtulabilecektir?

Bu hususta Borçlar Kanunu madde 73/b.3 c.2'de şöyle bir hüküm mevcuttur: *"...Alacaklının ikametgâhında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgâhında ifa olunabilir."*

Borçlar Kanunu madde 73'ün içerdiği bu hüküm ile, ifa yeri olan alacaklı ikametgâhının borcun doğumundan sonra değişmesi durumunda, ifa yerinin de değişeceği kural olarak kabul edilmekte, ancak istisnaen bu değişiklik nedeniyle borcun ifası önemli ölçüde güçleşmiş ise eski ikametgâhta da borcun ifasının mümkün olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

Bu çözüm tarzına **Kalpsüz**, de lege ferenda karşı çıkmakta ve alacaklının ikametgâhının borcun doğumundan sonra değişmesi ile ifa yerinin de değişeceği prensibine hiç bir istisna tanımayan Alman Medeni Kanunu (BGB §270 Abs. II) sisteminin kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir³¹. **Kalpsüz** iddiasına devamla:

"...Çünkü Alman Medeni Kanununun bu düzenlemesi hukukumuzdaki düzenlemenin yönelmiş olduğu gayeyi -bir yandan alacaklının tek taraflı ve keyfi bir hareketi ile borçlunun durumunu ağırlaştırmasına mani olmak, diğer yandan borçluya başlangıçta tahmin ve hesap edemeyeceği bir risk ve

³⁰ Bkz. s. 14

³¹ **Kalpsüz**: age, s. 83

masrafı yüklememek- tamamiyle karşıladığı gibi, menfaatler vaziyetine ve muamelatin selametine daha uygundur. Şöyle ki, kaide olarak alacaklı ikametgâhında ödenecek borçlar para borçlarıdır³²; bunların alacaklının borcun doğumu zamanındaki ikametgâhı yerine verme zamanındaki ikametgâhında ifası, alacaklı için büyük bir fayda sağladığı halde, borçlu için ekseriya ehemmiyetsiz bir külfet teşkil eder.

Ayrıca ikametgâh değişikliği sebebiyle borcun ifasının ehemmiyetli şekilde güçleşmesi durumunda eski ikametgâhta ifayı kabul etmek, ikametgâh değişikliği sebebiyle borcun ifasının güçleşmiş olup olmadığı veya aşırı derecede güçleşmiş olup olmadığı yolunda uzun münakaşa ve ihtilafların doğumuna yol açacaktır. Yine, borçlunun eski ikametgâhta kime ve ne suretle ifada bulunacağı da meçhuldür. Tabii alacaklının, tek taraflı ve keyfi olarak ikametgâhını değiştirmesi neticesinde meydana gelen munzam ifa masrafları ile borç mevzuunun hasara uğraması tehlikesinde, borçlu aleyhine meydana gelecek her türlü artışın, ona sebebiyet veren tarafa ait olması hakkaniyet gereğidir." demektedir.

Saymen/Elbir'in de isabetle belirttiği üzere³³ bu çözüm, de lege ferenda da olsa pek isabetli sayılamaz. Çünkü bu çözümün kabulü halinde borçlu, alacaklının tek taraflı iradesine tabi kılınmış olacak ve borcun doğumu esnasında hiç tahmin ve hesap edemeyeceği durumlarla karşılaşabilecektir. Ve hatta borçlu, ifa yerinin belirlenmesi hususunda tamamen alacaklıya tabi kılınmış olacaktır. Böyle, alacaklının tek taraflı iradesi sonucu istemediği bir durumla karşılaşan borçlunun, objektif kriterlere dayanan bir değerlendirme yapma fırsatına dahi sahip olmaksızın, her halükârda, alacaklının yeni ikametgâhında borcunu ifa etmek zorunda olacağını; buna karşılık alacaklının da bu durum neticesinde meydana gelecek munzam nakil masraflarını ödeyeceğini söylemek, menfaatler dengesine pek uygun bir çözüm tarzı olmayıp, çeşitli suistimallere de yol açabilecek niteliktedir.

Alacaklının ikametgâhında ödenmesi gereken borçların, genellikle para borçları olması gibi bir gerekçe de doğru olmayacaktır. Çünkü tarafların başka borçlar için de alacaklının ikametgâhını ifa yeri olarak kabul etmelerine her hangi bir engel yoktur.

³² BK m. 73/b. 3 c. 2'deki "...Alacaklının ikametgâhında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası..." ibaresi de bunu teyid eder: *Kalpsüz*: age, s. 83; Aynı düşüncede *Becker* : Art 74 (TBK m. 73) N. 4

³³ *Saymen/Elbir* : age, s. 673

Bu nedenlerle, Borçlar Kanunu madde 73/b.3 c.2 hükmü kanaatimizce isabetli bir düzenleme içermektedir. Buna göre:

Her somut olayda, borcun doğumundan sonra meydana gelen ikametgâh değişikliğinin, borcun ifasını aşırı derecede güçleştirip güçleştirmediğini tesbit ve bundan sonra borçlunun yeni ikametgâhta ifa zorunda olup olmadığını tayin etmek gerekecektir.

Borcun ifasının aşırı derecede güçleşmesinden ise, objektif hüsnüniyet kaideleri çerçevesinde, borçludan alacaklının yeni ikametgâhında ifada bulunmasının talep edilemeyecek olduğu halleri anlamak gerekir³⁴. Bu kriterden hareketle borcun doğumundan sonra edinilen yeni ikametgâhta borcun ifası bakımından "*ehemmiyetli bir güçlüğü*" mevcudiyeti araştırılacak, eğer bu tür bir güçlük mevcut ise borç, eski ikametgâhta da ifa olunabilecek³⁵, yok eğer karşılaşılması muhtemel her hangi bir güçlük mevcut değil ise veya karşılaşılan güçlük "*ehemmiyetli*" değil ise borç, yeni ikametgâhta ifa olunmak gerekecektir. Ayrıca borçlu, ikametgâhın değişmesi nedeniyle meydana gelen munzam nakil masraflarının (meselâ, nakliyat sigorta bedeli gibi) alacaklı tarafından karşılanmasını da isteyebilmelidir³⁶. Çünkü borçlunun, yeni ikametgâhta borcun ifası bakımından *ehemmiyetli bir güçlüğü* mevcut olup olmadığına dair bir araştırma yapması ve ancak *ehemmiyetli bir güçlüğü* mevcudiyeti halinde, borcunu eski ikametgâhta ifa etmek hakkına sahip olduğunun kabul edilmesinin temelinde yatan düşünce "*hakkaniyet*" (objektif hüsnüniyet) tir. Nasıl ki *ehemmiyetli bir güçlüğü* bulunmaması halinde borçlu, hakkaniyet gereği, borca uygun ifa için yeni ikametgâha gitmek durumunda kalıyor ise, alacaklının da ikametgâh değişikliği nedeniyle meydana gelen munzam nakil masraflarını karşılaması, hakkaniyet gereğidir. Çünkü ifa yeri, akit hususunda taraf iradelerinin oluşması bakımından önemli bir etkidir. Nasıl ki borçlu, akit hususunda iradesini beyan ederken dikkate almış olduğu ifa yeri değişmiş olmasına rağmen, yeni ifa yerine gitmek durumunda kalıyor ise, alacaklı da hiç değilse bu yüzden meydana gelen munzam nakil masraflarını karşılamalıdır³⁷.

³⁴ *Kalpsüz* : age, s. 84. *Velidedeoğlu/Kaynar* : age, s. 174

³⁵ *von Tuhr*: age, s. 501

³⁶ *von Tuhr*: age, s. 502; *Oser/Schönenberger*: Art 74 (TBK m. 73) N. 11

³⁷ Bu masrafların vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde talep edilebileceği hususunda Bkz. s. 22 dn. 47-50 ve bunlara ait metin.

Eski ikametgâhta ifa imkânı bakımından üzerinde durulması gereken bir mesele de, burada ifanın nasıl gerçekleştirileceğidir³⁸!

Bu hususta Borçlar Kanunu madde 73, her hangi bir düzenleme içermemekte; hatta bu durum "*alacaklı ikametgâhının değişmesiyle birlikte ifa yerinin de her halukârda değişmesi gerekliliğini*" savunan yazarlarca³⁹ bir eleştiri olarak da ortaya atılmaktadır.

Fakat doktrinde, kanunda bir düzenleme yer almasa da bu durum, borcun alacaklı yüzünden ifa olunamadığı durumlardan biri olarak kabul edilmekte ve Borçlar Kanunu madde 95'ten kıyasen yararlanmak suretiyle borçlunun, ifa konusu edimin niteliğine göre kendisine tanınan imkânlardan birisine başvurmak suretiyle borcundan kurtulabileceği doğru bir şekilde ifade olunmaktadır⁴⁰.

Borcun doğumundan sonra ikametgâhını değiştirerek, borcun ifasını ehemmiyetli surette güçleştiren alacaklı, böyle bir durum ile karşılaşmak istemiyorsa, ifanın eski ikametgâhta kendisine yapılması için lüzumlu tedbirleri almalıdır⁴¹. Meselâ alacaklı, ifa zamanında eski ikametgâhında bizzat bulunarak veya bir temsilci bulundurarak, borçlunun Borçlar Kanunu madde 95'in sunduğu imkânlardan yararlanmak suretiyle borcundan kurtulmasına engel olabilir.

Bu çözüm tarzını Medenî Kanun madde 830 da desteklemektedir⁴². Çünkü orada kanun koyucu ipotekli borç senedi veya irat senedi borçlusunun benzer bir durum ile karşılaşması ihtimaline binaen (ona), borcunu, kendi ikametgâhının bulunduğu yerdeki tapu dairesine veya alacaklısının eski ikamet-

38 *Rossel V. : Manuel du Droit Federal des Obligations, Lausanne 1920, s. 131 N. 177*

39 *Kalpsüz : age, s. 83*

40 *von Tuhr: age, s. 501; Oser/Schönenberger: Art 74 (TBK m. 73) N. 11; Becker: Art 74 (TBK m. 73) N. 14; Saymen/Elbir: age, s. 673; Rossel: age, s. 131 N. 177; Oğuzman: age, C. I, s. 212; Eren: age, C. III, s. 124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp: age, s. 809. Son üç eserde, sadece eski ikametgâhta ifa imkânından bahsedilmekte, fakat burada ifanın nasıl gerçekleştirileceğine dair bir açıklama yapılmamaktadır.*

41 *Saymen/Elbir: age, s. 673*

42 Bu hükme göre: "*İpotekli borç senedi ve irat senedinden doğan borç, aksi kararlaştırılmamış ise götürülecek borçlardandır ve alacaklının veya tayin edilmişse temsilcinin ikametgâhında ifa edilmesi gerekir. Alacaklının ikametgâhı malum değilse, yahut alacaklı borçlunun zararına olarak ikametgâhını değiştirmişse, kendi yahut alacaklının eski ikametgâhındaki tapu dairesine tevdi ederek borcundan kurtulabilir.*"

gâhının bulunduğu yerdeki tapu dairesine yatırmak suretiyle, borcundan kurtulma imkânı tanımıştır⁴³.

Yalnız burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, ikametgâh değişikliği ile borcunun ifası ehemmiyetli şekilde güçleşen borçlu, borcunu muhakkak surette alacaklının eski ikametgâhında ifa etmek zorunda değildir. O, eğer isterse ehemmiyetli güçlüğü rağmen alacaklının yeni ikametgâhında da borcunu ifa edebilir. Çünkü Borçlar Kanunu madde 73, borcunun ifası bakımından ehemmiyetli bir güçlüğü karşı karşıya bulunan borçluya, alternatif bir imkân sunmaktadır. Yoksa bu hüküm ile borçluya bir mecburiyet yüklenmesi söz konusu değildir. Tabii bu durumda da munzam nakil masraflarına yine alacaklının katlanması gerekecektir. Çünkü yukarda ifade olunan gerekçeler⁴⁴, burada artık çok daha barizdir; bu ihtimalde borçlu, eski ikametgâhta ifa hakkına sahip olmasına rağmen alacaklının yeni ikametgâhına gitmeyi göze almaktadır.

Yeni ikametgâhta ifa imkânı bakımından üzerinde durulması gereken bir başka mesele ise, edimin alacaklının yeni ikametgâhına nakledilmesi esnasında hasara⁴⁵ uğraması ihtimalinde hasarın kime ait olacağıdır? Yani, borç konusu şeyin yeni ikametgâha götürülmesi esnasında, tarafların kusuru olmaksızın edimde meydana gelen zararlar, borcun ifasına veya gereği gibi ifasına mani olursa, bu zarar kime ait olacaktır? Borcunu ifa etmek üzere edimi alacaklının yeni ikametgâhına götürmek zorunda kalan borçlu mu bu hasara katlanacaktır? Yoksa, borcun doğumundan ifa zamanına kadar geçen süre içerisinde ikametgâhını değiştirerek, borçlunun akdin kurulması aşamasında hiç tahmin ve hesap edemeyeceği bir durumla karşılaşmasına neden olan alacaklı mı⁴⁶?

⁴³ Oğuzman M. K. / Seliçi Ö. : *Eşya Hukuku*, Altıncı bası, İstanbul 1992, s. 869-870

⁴⁴ Bkz. s. 18

⁴⁵ Hasar kavramı için Bkz. Akıntürk T. : *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966, s. 62; Tandoğan: age, (Özel C. I/1), s. 106

⁴⁶ Bu meselenin çözümüne geçmeden evvel, genel olarak hasarın kime ait olduğuna bakmak gerekirse: Tek tarafa borç yükleyen akitlerde hasar Borçlar Kanunu madde 117/I gereğince alacaklıya yüklenmiştir (Tandoğan: age, (Özel C. I/1), s. 108; Akıntürk: age, s. 65). Tek tarafa borç yükleyen bir akitte borcun ifası, borçluya isnat olunamayan sebeplerle imkânsız hale gelirse; borçlu borcundan kurtulacak ve artık alacaklının borçluya karşı ifa hususunda her hangi bir talep ileri sürmesi söz konusu olmayacaktır.

İki tarafa borç yükleyen akitlerde de, borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelirse borçlu borcundan kurtulacaktır. Yalnız borçlu, bu tür akitler bakımından önceden almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade ile mükkellef olacağı gibi, henüz almamış olduğu karşı edim alacağını almak hakkından da mahrum olacaktır (BK m. 117/II). Yani,

Meseleyi daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek için bir örnek verelim: B, A ile yapmış olduğu eser sözleşmesi gereğince değerli taşlarla süslenmiş bir kolye yapmayı borçlanmıştır. Bu sözleşme gereğince imal olunacak kolyenin, A'nın Tarabya'daki evinde teslim olunacağı da kararlaştırılmıştır. B, söz verdiği zamanda kolyeyi bitirmiş ve A'ya teslim etmek üzere, A'nın Tarabya'daki evine götürmüştür. Fakat A'nın bir süre önce Tekirdağ'a taşınmış olduğunu öğrenmiştir. Bunun üzerine B, Tekirdağ'a gitmek üzere yola çıkmış, fakat bindiği otobüs kaza yapmıştır. B, kazayı hafif çiziklerle atlatmış fakat kolye tamamen parçalanarak telef olmuştur.

Bu durumda B, kolyenin bedelini alabilecek ve böylece hasar A'ya mı ait olacaktır? Yoksa B, A'dan kolye bedelini talep edemeyecek ve böylece hasara kendisi mi katlanacaktır?

İki tarafa borç yükleyen akitlerde hasarın, kural olarak borçluya ait olduğuna ilişkin kuralın (BK m. 117) uygulanabilmesi için hasarın meydana gelmesinde ne alacaklıya ve ne de borçluya isnadı kâbil bir kusurun mevcut olmaması gerekir. Aksi takdirde, alacaklı veya borçlu yüzünden edimin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi durumu ile karşı karşıya bulunulmuş olur ve buna ilişkin kaidelerin uygulanması gündeme gelir.

Örneğimiz bakımından da ne alacaklıya ve ne de borçluya isnadı kâbil bir kusurun mevcudiyetinden söz edilemez. Fakat bu durum, alacaklının, borcun doğumundan sonra ikametgâhını değiştirmiş olması nedeniyle, borçlunun ya ehemmiyetli bir güçlüğü mevcut olmaması sebebiyle mecbur olduğu için veya ehemmiyetli güçlüğü mevcudiyetine rağmen, borcunu layıkıyla ifa etmek düşüncesiyle yeni ikametgâha gitmek üzere harekete geçmesinden sonra meydana gelmiştir. Borçlu borcunun gereği gibi ifası için kendisine düşen her şeyi yapmış, fakat amacına ulaşamamıştır.

Böyle bir durumda, eski ikametgâhta ifa ihtimaline nazaran, sırf ikametgâh değişikliği nedeniyle meydana gelen olumsuz neticelere alacaklının katlanmasını gerekli kılan genel bir hüküm hukumuzda mevcut değildir. Borcun yeni ikametgâhta ifası bakımından ehemmiyetli bir güçlüğü mevcut

iki tarafa borç yükleyen akitler bakımından hasar kural olarak borçluya yüklenmiştir (*Tandoğan: age, (Özel C. I/1), s. 108; Akıntürk: age, s. 65*). Yalnız, kanun hükmü veya sözleşme ile bunun aksine bir düzenleme kabul edilebileceği de öngörülmüş (BK m. 117/II son cümle) ve buna paralel olarak Borçlar Kanunu madde 183/İ satım akdi bakımından hasarı, akdin kurulması anından itibaren, kural olarak, alıcıya yüklemiştir.

olmadığı durumlarda ifayı gerçekleştirmek isteyen borçlu yeni ikametgâha gitmek zorundadır. Bu ihtimalde borçlunun yeni ikametgâha gitmek üzere harekete geçmesinden sonra hasar ortaya çıkmış ise, hasarın aidiyetine ilişkin kuralın uygulanması bakımından her hangi bir tereddüde mahal yoktur. Çünkü borçlu, edimi yeni ikametgâha götürmekle yükümlüdür. Bu ihtimalde hasarın aidiyeti bakımından ikametgâh değişikliğinin her hangi bir önemi yoktur. İkametgâh değişikliği olmasa idi hasar kime ait olacak idiyse, yine ona aittir.

İfanın yeni ikametgâhta gerçekleştirilmesi bakımından ehemmiyetli bir güçlüğü mevcut olduğu durumlarda, borçlunun edimin ifası için buna rağmen yeni ikametgâha gitmesinde de çözüm aynı olmak gerekir. Yani ikametgâh değişikliği olmasa idi hasar kime ait olacak idiyse, yine ona ait olmalıdır. Borçlunun, tamamen alacaklının menfaatine hareket ederek, eski ikametgâhta ifa imkânı bulunmasına rağmen yeni ikametgâha gitmesi durumunda da hasarın alacaklıya intikalini gerekli kılan bir hüküm bulunmadığından hasar, yine borçluya ait olacaktır.

Yalnız borçlu, bu ihtimalde de ifanın yeni ikametgâhta gerçekleştirilebilmesi için yapmış olduğu masraflarının karşılanmasını, vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde alacaklıdan talep edebilmelidir. Çünkü, "başkalarının hakkını kullanmaya ve borç veya mükellefiyetlerini yerine getirmeye ilave olarak, *başkasına ait bir hakkın (burada alacak hakkının) muhafazası da başkasına ait iş görmenin bir kıstası*" olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

Bu düşünceye göre hakkın muhafazasından, doğrudan doğruya hakkın kendisini veya onun mevzuunu teşkil eden şahsiyete veya malvarlığına dahil bir varlığın korunmasını temine, hatta hakkın mevcudiyetini tesbite yarayan her nevi faaliyetin anlaşılması gerekir⁴⁸. Hakkın korunması iş görmenin bir kıstası olarak kabul edilip, bu korumadan da korunan hakkın konusuna yönelmiş her hangi bir faaliyette bulunmak anlaşılınca, borçlunun, edimi alacaklının yeni ikametgâhına götürmekle, alacaklının bir işini görmüş olduğu kabul edilebilecek ve borçlu, alacaklıdan bu esnada yapmış olduğu masraflarının karşılanmasını, vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde

⁴⁷ Tandoğan H. : *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957*, s. 101 dn. 18, s. 116 dn. 84'e ait metin ve s. 323 dn. 23'e ait metin.

⁴⁸ Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 116 dn. 84'e ait metin

talep edebilecektir⁴⁹. Yalnız borçlunun isteyebileceği masraflar, sırf yeni ikametgâha gitmiş olması nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masraflar olacaktır. Yoksa o, ifayı eski ikametgâhta gerçekleştirmiş olsaydı da yapacak olduğu ifa masraflarını alacaklıdan talep edemeyecektir. Yine borçlu, iş gören sıfatıyla iş sahibi konumundaki alacaklı ile, bu işin yapılması esnasında uğramış olduğu zararların paylaşılması hususunda da bir talep hakkına sahip olacaktır⁵⁰. Çünkü Borçlar Kanunu madde 413/I uyarınca iş sahibi, iş görenin, hâkim tarafından serbestçe takdir edilecek zararını tazmine mecburdur.

Tek tarafa borç yükleyen akitlerle, istisnaen kanun veya sözleşme gereğince hasardan alacaklının sorumlu olduğu iki tarafa borç yükleyen akitler⁵¹ bakımından her hangi bir sorun mevcut değildir; hasar, zaten alacaklıya aittir.

B - Borç Konusuna İlişkin Olarak Alacaklının Davranışlarından Kaynaklanan İfa Engelleri

1 - Alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaşması:

a) İmkânsızlık kavramı:

Borçlar Kanununda imkânsızlıktan söz edilmekle beraber, bundan ne anlaşılması gerektiği hususunda her hangi bir açıklama yoktur. Oysa, imkânsızlığın ne gibi sonuçlar doğurabileceğini ortaya koyabilmek

⁴⁹ Burada caiz sayılan vekâletsiz iş görme söz konusudur (BK m. 410). Çünkü borçlu, alacaklının menfaatlerine uygun olarak bu işe girişmekte olup, alacaklının bu hususta geçerli bir yasaklaması da bulunmamaktadır.

⁵⁰ *Tandoğan: age* (Özel, C. II), s. 682; *Tandoğan: age* (vekâletsiz iş görme), s. 281

⁵¹ Hasarın alacaklıya ait olduğu iki tarafa borç yükleyen akitlerden birisi satım sözleşmesidir. Borçlar Kanunu madde 183'e göre "halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdın in'ikadı anından itibaren alıcıya intikal eder". Bu hüküm çerçevesinde, satım sözleşmesinde hasara ilişkin kural şöyledir: "Teslimden önce şey kazaen telef olsa veya kıymeti eksilse dahi alıcı gene semeni ödeyecektir". Bu kural ve eleştirisi için Bkz. *Tandoğan: age* (özel), C. I/1, s. 108 vd.

Hasarın alacaklıya geçmesi bakımından ilginç bir kural da 3226 sayılı olup 28.6.1985 ve 18795 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Finansal Kiralama (Leasing) Kanununda yer almaktadır. Bu kanunun 14/I maddesine göre, malın sözleşme süresi içerisindeki hasarına kiracı katlanacaktır. Yalnız hasarın geçmesi, kiralanan şeyin kiracıya teslimi ile gerçekleşeceği ve sigorta ile karşılanamayan miktara tekabül edeceği gibi, kiracı, sigorta ile karşılanamayan bu miktarı finansal kiralama bedeli ile ödeyecektir. Bu hususta daha geniş bilgi için Bkz. *Altop A. : Özellikle taşınır yatırım mallarına ilişkin finansal kiralama (Leasing) sözleşmesi, Ankara 1990*, s. 201 vd. ; *Yavuz C. : Türk borçlar hukuku özel hükümler, C. I, 2. bası, İstanbul 1989*, s. 338-339

bakımından bu kavramın anlamının tesbiti gerekir. Diğer bir ifade ile, hangi durumlarda imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin tayini için, öncelikle imkânsızlık kavramının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi zorunludur⁵².

İfa imkânsızlığı, "*mevcut bir borcun ifasının cebrî icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesi*" olarak tanımlanabilir⁵³. İfanın cebrî icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesi ise çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir:

aa) Mantıkî imkânsızlık: Mantık kuralları gereğince bir edimin yerine getirilmesinin mümkün görülemediği hallerde bu tür imkânsızlıktan bahsedilir⁵⁴. Yani mantığın imkânsız saydığı hususları hukuk da imkânsız kabul eder. Bu gibi hallerde edimin ifası herkes için imkânsızdır. Meselâ bir atın satıldıktan sonra ölmesi halinde, satıcının borcunun ifası bu manada imkânsızlaşmıştır.

Bu imkânsızlığın sebebi, çoğunlukla bir tabiat kanununa dayanırsa da mantıkî imkânsızlığı bu kadar dar anlamak doğru olmaz. Öyle bazı durumlar vardır ki, edimin ifasına tabiat kanunları engel olmaz; fakat fiilî durum ifanın gerçekleştirilmesine imkân vermez⁵⁵. Meselâ, çok değerli bir süs balığının, satıldıktan sonra bir baraj gölüne düşmesi veya satılmış bulunan bir otomobilin, ifa zamanının gelmesinden önce ithalinin yasaklanmış olması böyledir.

Her iki misalde de, borcun ifasına mantık kuralları bakımından bir engel yoktur. Bunların ifasına engel olan hususlar birinci misal yönünden fiilî, ikincisi yönünden ise hukukîdir.

bb) Fiilî imkânsızlık: Yukarıda da belirtildiği üzere mantıkî imkânsızlık, sadece tabiat kanunlarından doğmaz. Tabiat kanunlarına göre ve

⁵² Dural M. : *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Doçentlik tezi, İstanbul 1977, s. 7

⁵³ Oğuzman: age, C. I, s. 256, Feyzioğlu: age, s. 172

⁵⁴ Dural : agt, s. 8; Umar B. : *Borçluya İsnat Olunamayan İmkansızlık Sebebiyle Ademi İfa*, AD 1961, s. 964

⁵⁵ Dural: agt, s. 8

bunun sonucu olarak mantıken mümkün olan bir şey, fiilen imkânsız olabilir ki; buna da fiilî imkânsızlık adı verilir⁵⁶.

Fiili imkânsızlık kavramı, mantıki imkânsızlığın dar çerçevesinden kurtulmak, ticari hayat ile günlük hayat tecrübelerine göre pratik yünden fayda sağlamak amacı ile kabul edilir⁵⁷. Meselâ, satımdan sonra denize düşüp kaybolmuş değerli bir küpeyi bulup çıkarmak, ne tabiat ve ne de mantık kurallarına göre imkânsızdır. Fakat burada fiilî bir imkânsızlık mevcuttur; Çünkü fiilî durum ve imkânlar, yüzüğün oradan çıkarılmasına müsait değildir.

cc) Hukukî imkânsızlık: Öyle bazı haller vardır ki, edimin ifasına ne mantık kuralları ve ne de fiilî durum engel teşkil etmez. İfaya engel olan husus, yasaklayıcı bir kanun hükmünün varlığıdır⁵⁸. İşte böyle durumlarda, edimin ifasına bir hukuk normu engel olmakta ve kaynağı hukuk normu olan ayrı bir imkânsızlık türü, yani hukukî imkânsızlığın mevcudiyeti gözlenmektedir.

Bu açıklama gözönünde bulundurularak hukukî imkânsızlık kısaca şöyle tanımlanabilir: "*edim, mantık kurallarına göre ve fiilen ifa edilebiliyor, fakat ifaya bir hukuk normu devamlı surette engel oluyorsa, hukukî imkânsızlığın mevcudiyetinden söz edilir*"⁵⁹. Meselâ, belirli bir arazideki ağaçların kesilip satılmasının borçlanılmasından sonra, arazinin kamulaştırılması veya devletçe koruma altına alınması durumlarında olduğu gibi.

Doktrinde bazı yazarlar, imkânsızlık kavramını geniş yorumlamakta ve borcun ifasının hüsnüniyet kaideleri gereğince borçludan beklenemeyeceği halleri de bu kavram içerisinde mütalaa etmektedirler⁶⁰. Hatta bu yazarlardan

⁵⁶ *Dural*: agt, s. 9; *Seliçi Ö. : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977, s. 90; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö*, fiili imkânsızlığı da hukukî imkânsızlık olarak görmektedir: age, s. 904; Fiili imkânsızlıkla ilgili bir Yargıtay kararı için Bkz. *Yarg. 1 HD*. 29. 6. 1977, 971/1438, (YKD 1978 S. 5 s. 781/782).

⁵⁷ *Dural*: agt, s. 9

⁵⁸ *Seliçi*: age, s. 90; *Dural*, bu tür imkânsızlığa, "dar anlamda hukukî imkânsızlık" adı vermektedir. agt, s. 9

⁵⁹ *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 174; *Tunçomağ K: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul 1976, s. 179.

⁶⁰ *von Tuhr*: age, s. 560-561; *Becker*: Art. 97 (TBK m. 96) N. 16-20; *Oser/Schönenberger*: Art. 97 (TBK m. 96) N. 7; *Tandoğan H. : Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1965, s. 397; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 173; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö*: age, s. 906; *Tunçomağ K*: age, s. 469; *Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı*, MHAD 1967, S. 1'den ayrı bası s. 4 vd.

bir kısmı, hüsnüniyet kaideleri gereğince borçludan ifanın beklenemeyeceği halleri "*iktisadi imkânsızlık*" olarak isimlendirmektedirler⁶¹. İktisadi imkânsızlık olarak nitelenen bu durumlarda edimin ifası ilk bakışta mümkün olarak gözükmesine rağmen, borçludan borcunu yerine getirmesini beklemek adalet hislerine zarar verebilir⁶². Meselâ, bir orkestra şefinin konser vereceği şehirde veba salgını olması veya yine bir orkestra şefinin, konser vereceği gün çocuğunu kaybetmesi durumlarında olduğu gibi.

İşte doktrinde, yukarda açıklanan imkânsızlık türleri yeterli görülmeyerek, mantiken ve fiilen mümkün olan, fakat hayat tecrübelerine göre borçlunun hayat ve sıhhatinin, durumun veya borçlunun mesleğinin gerektirdiğinden daha fazla bir tehlikeye maruz kalmasına sebebiyet verecek borçların ifasının, borçludan beklenemeyeceği ifade olunmaktadır⁶³. Bundan başka borcun ifasının, ifa edilecek edimin kıymeti ile mütenasip olmayan, aşırı derecede masraf ve çalışmayı gerektirmesi halinde de, borçludan borcunu yerine getirmesinin beklenemeyeceği söylenilmektedir⁶⁴.

b - İfa imkânsızlığı:

İmkânsızlık, gerçekleşmiş bulunduğu zaman dilimi dikkate alınmak suretiyle de bir ayırıma tabi tutulmaktadır. Buna göre, borçlunun edimi, akdin kurulması esnasında imkânsız olup, ifa zamanında da mümkün olmayacağı aşikâr ise "*başlangıçtaki imkânsızlık*" veya "*borcun konusunda imkânsızlığın*" var olduğu, yok eğer akdin kurulması esnasında mümkün olan edimin ifası, sonradan imkânsız hale gelmiş ise "*sonraki imkânsızlık*" veya "*ifa imkânsızlığı*"nın söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁶⁵.

⁶¹ *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 173; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*: age, s. 906-907; *Tunçomağ*: agm, s. 4 vd; age, s. 469. Fakat *Seliçi*; bizce de haklı olarak; iktisadi imkânsızlık adı altında ayrı bir imkânsızlık türünün kabulünün, imkânsızlık kavramının sınırlarını genişlettiğini ve sınırlar genişledikçe de somut objektif kriterlerden uzaklaşılarak değer hükmü verilmesi gereken unsurlara baş vurulduğunu söyleyerek; sürekli borç ilişkileri bakımından iktisadi imkânsızlığı kabul etmemekte ve bu gibi durumları doğrudan MK m. 2'ye dayandırarak, bu durumdaki şahsa haklı sebeple fesih hakkının tanınması gerektiğini söylemektedir: age, s. 91. Aynı düşüncede: *Oğuzman*: age, C. I, s. 355

⁶² *Dural*: agt, s. 16

⁶³ *von Tuhr*: age, s. 560-561; *Oser/Schönenberger*: Art. 97 (TBK m. 96) N. 7; *Becker*: Art. 97 (TBK m. 96) N. 16-20;

⁶⁴ Bkz. dn. 63'deki yazarlar.

⁶⁵ *Becker*: Art. 97 (TBK m. 96) N. 11; *Oser/Schönenberger*: Art. 119 (TBK m. 117) N. 8; *Tandoğan*: age (Mesuliyet), s. 396; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*: age, s. 907; *Oğuzman*: age, C. I, s. 68, 256;

Başlangıçtaki imkânsızlık akdin muteberliğine tesir eder; konusu imkânsız olan akit muteber değildir (BK m. 20). Yalnız, akit yapılırken mevcut imkânsızlığın akdin muteberliğine tesir edebilmesi için bunun *objektif* bir nitelik taşıması da gerekir. Yani sadece akit tarafları için değil, herkes için akdin konusunun yerine getirilmesi imkânsız olmalıdır⁶⁶. İfa imkânsızlığının mevcudiyeti açısından ise imkânsızlığın, objektif bir nitelik taşıması şart olmayıp, *subjektif* olması dahi yeterlidir. Yani herkes için değil, sadece borçlu taraf açısından edimin yerine getirilemez olması dahi, ifa imkânsızlığının kabulüne imkân verir⁶⁷.

Yalnız, geçici olarak ifaya engel olup, sonradan ortadan kalkması mümkün görünen ifa engelleri, prensip olarak ifa imkânsızlığı sonucunu doğurmazlar. Bu tür engeller borcun ifasını yalnızca geçici bir süre için geciktirirler. Meğer ki, edimin mahiyetine ve tarafların iradelerine göre, muayyen bir zamanda ifa mecburiyeti bulunsun⁶⁸. Buna mukabil, bu engellerin devam müddeti önceden kestirilemiyorsa, ifa imkânsız olarak kabul edilecek; sonradan ifa mümkün hale gelse bile durumda bir değişikliğe neden olmayacaktır⁶⁹.

c - Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri:

Borcun ifasının, alacaklıdan kaynaklanan bir sebep yüzünden imkânsız hale gelmesi meselesi, Borçlar Kanunumuzda genel bir hüküm şeklinde düzenlenmemiştir. Fakat bu husus ile ilgili olarak, münferit borç ilişkileri için özel hükümler konmuştur (hizmet sözleşmesi için BK m. 325; İstisna sözleşmesi için BK m. 368 ve 370). Bu nedenle de ifa imkânsızlığının hangi hallerde alacaklıdan kaynaklanmış sayılacağı; ve alacaklıdan kaynaklanıyor ise borç ilişkisine etkisinin ne olacağını belirleme görevi doktrine düşmektedir. Çünkü alacaklı yüzünden ifanın imkânsız hale gelmesi, hem alacaklı temerrüdünden ve hem de ifanın arz edilemediği diğer hallerden farklı bir durumdur⁷⁰.

⁶⁶ *Oğuzman*: age, C. I, s. 68; 256; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 907; *Tandoğan*: age, (Mesuliyet) s. 396; *Dural*: agt, s. 79 vd. ;

⁶⁷ *Oğuzman*: age, C. I, s. 68, 256; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 907; *Tandoğan*: age, (Mesuliyet) s. 396; *Dural*: agt, s. 79 vd.

⁶⁸ *von Tuhr*: age, s. 562 ; *Oğuzman*: ; age, C. I, s. 201-202; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 909; *Dural*: agt, s. 100-101

⁶⁹ *von Tuhr*: age, s. 562.

⁷⁰ *Oğuzman*: age, C. I, s. 244

Doktrin ise, böyle bir durumda, hakkaniyete ve Borçlar Kanununun ruhuna uygun bir çözüm içeren Alman Medenî Kanunu §324 hükmünün uygulanması ile sorunun halledilmesi yolunda hemen hemen görüş birliği içerisinde⁷¹.

Alman Medenî Kanunu §324 hükmü ise şöyledir:

"Tam iki taraflı bir sözleşmede bir tarafa yüklenmiş bulunan edim, diğer tarafa atfı kabil bir olgu sonucu imkânsız hale gelirse, kendi ediminin ifası imkânsızlaşan taraf karşı edim talebini muhafaza eder. Ancak o, kendi edimini ifadan kurtulması dolayısıyla tasarruf ettiği veya iş gücünü başka şekilde kullanması dolayısıyla elde ettiği ya da elde etmeyi kötü niyetle ihmal ettiği şeyleri, karşı edim talebinden mahsup etmek mecburiyetindedir.

Aynı hüküm, bir tarafa yüklenen edimin ifası, diğer tarafın alacaklı temerrüdüne düşmüş olduğu bir zamanda, kendisinin sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı imkânsız hale geldiğinde de uygulama alanı bulur."

Yalnız *İnan* bu düşünceye karşı çıkmaktadır. *İnan*'a göre, bir yandan Borçlar Kanunu madde 117/II, borçlunun, sorumluluk alanı dışında meydana gelen imkânsızlık hallerinde karşı edimi kaybedeceğini belirtmekte, diğer yandan da hukukumuzda, BGB §324'e paralel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Alman Hukukunun çözümü bizde kabul edilemez. Bu yüzden bu gibi hallerde, borçlunun, yine karşı edimi kaybettiği kabul edilecektir. Ancak borçlu, diğer kusursuz imkânsızlık hallerinden farklı olarak Borçlar Kanunu madde 41 çerçevesinde tazminat talep edecektir⁷².

Bu çözüm kabul edildiği takdirde borçlu, ancak alacaklının fiilinin aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesi durumunda tazminat isteyebilecektir. Oysa, birazdan açıklanacağı gibi, alacaklıdan kaynaklandığı kabul edilen ifa imkânsızlığı halleri sadece onun kusurlu bulunduğu durumlardan ibaret değildir⁷³.

⁷¹ *Becker*: Art. 119 (TBK m. 117) N. 8; *Oser/ Schönerberger*: Art. 119 (TBK m. 117) N. 24; *Oğuzman*: age. C. I, s. 244; *Dural*: agt, s. 170 vd. ; *von Tuhr*: age, s. 603; *Arsebük*: age, s. 806-807; *Eren*: age. C. III, s. 505; *Tunçomağ*: age, C. I, s. 794

⁷² *İnan*: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Freiburg 1956 s.122(*Dural*: agt, s. 175'ten naklen)

⁷³ *Dural*: agt, s. 176

Alacaklı yüzünden ortaya çıkan ifa imkânsızlığı Alman Medenî Kanununda genel bir hükümle (§324) düzenlenmiş olmakla birlikte bu düzenleme, alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığının sonuçlarına ilişkindir. Alman Medenî Kanunu da hangi koşullar içerisinde husule gelecek ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklanmış sayılacağı sorununa ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle, alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğu belirlenirken ölçünün ne olacağı hususu, Alman hukukunda da tartışmalıdır ve bu hususta başlıca üç görüş ortaya atılmıştır:

Bunlardan ilki, Alman Medenî Kanunu §324 hükmünün alacaklıya, kendi etki ve tehlike alanından kaynaklanan bütün engellerin rizikosunu yüklediğini, bu nedenle de §324 hükmünün, alacaklının bütün risk alanı için genel bir sorumluluk normu olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁴.

Bu görüşlerden ikincisi ise §324 hükmünün yorumlanmasında, yani alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğunun belirlenmesinde, daha çok, borçlunun akdî sorumluluğuna ilişkin §276-279 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁷⁵.

Nihayet üçüncü görüş ise bu iki görüşü de reddetmekte ve alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin belirlenmesinde, öncelikle tarafların yapmış bulundukları sözleşmeye ve onun içerisinde ifadesini bulan taraflar arası risk dağılımına bakmak gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶. Başka bir deyişle bu görüşe göre, daima tarafların iradesini ön plana çıkarmak ve onların sözleşmeyi yapmakla ulaşmak istedikleri hedefleri doğrultusunda, bu ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilebilir edilemeyeceğine karar vermek gerekir. Tarafların bu husustaki iradesinin, sözleşmeden açıklıkla anlaşılması da şart değildir. Sözleşmenin tamamlayıcı

⁷⁴ Schmidt R. : *Die Obliegenheiten München 1953*, s. 146 vd. ; (Ermann: *Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt für die Verteilung der Preisgefahr beim Werkvertrag JZ 1965*, s. 657 (Emmerich: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§ 241-432) München 1985*, § 324 N. 8'den naklen)

⁷⁵ Otto H. : *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. neubearbeitete Auflage, §255-327, *Berlin 1979*, §324 N. 4; ; Larenz K. : *Lehrbuch des Schuldrechts, 14. neuarbeitete Auflage, München 1987*, s. 400; Huber U. : *Verpflichtungszweck Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, JUS 1972*, 57 (Emmerich, *Münchener Kommentar: §324 N. 8'den naklen*)

⁷⁶ Emmerich, *Münchener Kommentar: §324 N. 5-6*

yorumuyla, bu husustaki iradenin zımnî olarak tesbiti de bu görüş doğrultusunda mümkün gözükmemektedir. Yine bu görüş taraftarlarına göre, alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğunu belirlerken, öncelikle borçlunun akdî sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması düşünülemezse de bu hükümlerin tamamlayıcı rol oynayacak şekilde, kıyasen uygulanması düşünülebilecektir⁷⁷.

Böylece özetlenen her üç görüş de alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğunu önceden belirlemeye yarayacak kriterler ortaya koymaktan uzak bulunmaktadır. Fakat her üç görüş taraftarlarınca, farklı gerekçelerle de olsa, "*alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı olarak kabul edilen durumlar*" mevcuttur. Bu durumlar ise şunlardan ibarettir:

Öncelikle alacaklının, borçluya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu temel veya yan edim mükellefiyetlerini kusurlu bir şekilde ihlal etmesi nedeniyle, borçlunun ediminin ifası imkânsız hale gelmiş ise bu ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı söylenecektir. Çünkü bu durumda alacaklı, aynı zamanda borçludur⁷⁸. Meselâ alacaklının, ifanın gerçekleştirilebilmesi için resmî bir makamdan kendisinin alması gereken bir belge veya izni almaması nedeniyle borçlunun ediminin ifasının imkânsız hale gelmesinde durum böyledir⁷⁹.

Bir önceki durumda olduğu gibi taraflar sözleşmede kararlaştırmış oldukları için veya işin niteliği gereği, alacaklının edimin ifasına katılması zorunlu olduğu halde, onun, kasden veya ihmali ile ifaya katılmaması yahut katılamaması nedeniyle borçlunun ediminin ifası imkânsız hale gelirse, bu ifa imkânsızlığı da alacaklıdan kaynaklanmış sayılacaktır⁸⁰. Meselâ sinema için

77 *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 6,7,8,9

78 *Otto, Staudingers*: §324 N. 4; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 9

79 *Otto, Staudingers*: §324 N. 4; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 10

80 *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 9. Bu durum alacaklı bakımından bir yüküm (Obliegenheiten) olarak da değerlendirilmektedir (*Schmidt*: age, s. 158). Bu görüş doğrultusunda, geçerli bir şekilde yapılmış bulunan bir sözleşme ile alacaklıya, hukukî yükümlerden başka olaydan olaya değişebilen ve ifanın gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekli olan borçlu ile birlikte hareket etme yükümleri de yüklenmiş olabilir. Bu yükümlerden kasıt ise kişinin, kendisinin veya başkasının yararına hizmet etmesidir. Bu yükümleri yerine getirmesi için alacaklı zorlanamaz. Fakat o bu yükümlerini yerine getirmediği, kendisi veya bir başkası (borçlu da olabilir) yararına doğacak menfaatlerin elde edilmesi mümkün olmaz. İşte alacaklının, bu yükümlerini yerine getirmemesi nedeniyle borçlunun borcunun ifası imkânsız hale gelmiş ise bu ifa imkânsızlığı da alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilecektir (*Otto, Staudinger*: §324 N. 7).

bilet alan şahıs, filmin başlama saatinde sinemada olmaz ise veya uçak seyahati için bilet alan şahıs uçağın kalkış saatinde havaalanında hazır bulunmaz ise böyle bir netice doğar. Alacaklının ifaya kasden katılmaması ile mücbir sebepten dolayı katılamaması arasında bu açıdan bir fark yoktur.

Alacaklıdan kaynaklandığı kabul edilen bir ifa imkânsızlığı hali de bu ifa imkânsızlığının, alacaklının Borçlar Kanunu madde 41 vd. anlamında bir haksız fiil ika etmesi nedeniyle ortaya çıkmış olması ihtimalidir⁸¹. Bunun yanında sadece alacaklının ika etmiş olduğu haksız fiillerinden kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri değil, alacaklının temsilcisi konumundaki şahıslarla, yanında çalıştırdığı kimselerin fiilleri neticesinde ortaya çıkan ifa imkânsızlığı halleri de alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilecektir. Ayrıca kullanma yardımcılarının fiillerinden kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri de aynı şekilde değerlendirilecek ve alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı olarak kabul edilecektir⁸². Meselâ kiracı, kiralanan şeyin iyi bir halde korunması için özen göstermekle yükümlü olduğu için⁸³ bizzat kendisinin bu yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden fiilleri nedeniyle kiralanan şeyin kullanılamaz hale gelmesi ile, kiralanan bu konutta birlikte oturmakta olduğu kimselerin, bu özen yükümüne aykırılık teşkil eden fiilleri nedeniyle kiralanan şeyin kullanılamaz hale gelmesi arasında bir fark bulunmayacak ve her ikisi de alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilecektir.

İfa imkânsızlığının, alacaklının kendi ekonomik çıkarları doğrultusunda gerçekleştirdiği, fakat haksız fiil teşkil etmeyen hareketleri nedeniyle meydana geldiği durumlarda da, alacaklıdan kaynaklandığı kabul edilmektedir⁸⁴. Kendi ekonomik çıkarları doğrultusunda hareket eden alacaklı, bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan zararlı sonuçları borçluya yükleyememelidir⁸⁵. Durumu bir örnekle açıklayacak olursak; A, B ile, evinin tamire ihtiyaç gösteren çatısının onarımı hususunda anlaşmıştır. Fakat daha sonra A, evin oldukça eskimiş olduğunu gözönünde bulundurarak, evin

⁸¹ *Otto, Staudingers*: §324 N. 6; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 7; *Dural*: agt, s. 172

⁸² *Otto, Staudingers*: §324 N. 6; *Larenz*: age, s. 400; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N.11 *Dural*: agt, s. 172

⁸³ Bu yükümlülüğün âdi kirada Borçlar Kanunu madde 256/T'deki "Kiracı, kiralananı kullanırken tam bir ihtimam dairesinde hareket ...ile mükelleftir" ibaresinden kaynaklandığı belirtilmektedir. *Tandoğan H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, üçüncü bası, Ankara 1985, s. 149.* Hasılat kirasında ise bu yükümlülük Borçlar Kanunu madde 279/T'de açıkça öngörülmüştür.

⁸⁴ *Larenz*: age, s. 401; *Otto, Staudingers*: §324 N. 8

⁸⁵ *Larenz*: age, s. 401; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 9

yıkılıp yeniden yapılmasının daha ekonomik olacağını farkına varmış ve evi yıktırmıştır. Durum, gerçekten de A'nın düşündüğü gibidir. Evin yıkılıp yeniden yapılması ekonomik olarak A'nın menfaatinedir. Ev yıkılınca B'nin tamirat borcunu ifası da artık imkânsız hale gelmiş ve borcu, kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermiştir. Fakat böyle bir durumda A'nın bu ifa imkânsızlığını ileri sürerek, ücret ödeme borcundan kurtulmaya çalışması, bu ifa imkânsızlığı kendisinden kaynaklanmış olduğu için söz konusu olamayacaktır⁸⁶.

Bu hususa ilişkin bir örnek daha vermek gerekirse; köpeği hastalanan bir kimsenin, çağırdığı veteriner hekim gelmeden, köpeğinin çektiği acıya dayanamayıp onu öldürmesi durumunda da aynı sonuca ulaşmak gerekir⁸⁷. Yani bu ihtimalde de, alacaklıdan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü alacaklı, burada da ifa imkânsızlığına bilerek sebep olmuştur ve o, hareketinin ekonomik olarak zararlı olan sonuçlarını borçluya yükleyememelidir.

Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğunun belirlenmesi ile ilgili olarak verilen bu örnekleri değerlendirecek olursak şunları söylemek gerekecektir:

Borçlunun borcunun ifası, alacaklının, temel veya yan edim mükellefiyetlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle imkânsız hale gelmiş ise alacaklıdan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığının mevcut olduğunu söylemek hususunda tereddüt edilmeyecektir. Bunun yanı sıra borçlunun borcunun ifası, ifanın gerçekleştirilebilmesi için, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve işin niteliği icabı alacaklı tarafından yapılması gerekli olan hareketleri alacaklının yapmaması; diğer bir ifade ile alacaklının, ifanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan borçlu ile birlikte hareket etme yükümüne aykırı hareket etmesi⁸⁸ nedeniyle imkânsız hale gelirse, bu ifa imkânsızlığının da alacaklıdan kaynaklandığı söylenebilecektir. Alacaklının ifaya katılma yükümü, borç ilişkisine girdikten sonra doğar ve olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilir ve en azından alacaklının, borçlunun borcunu ifa etmesine engel teşkil edebilecek davranışlardan kaçınmak hususunda özen göstermesini

⁸⁶ *Larenz*: age, s. 401. Bu hususta bir Alman Yüksek Mahkemesi kararı için Bkz. RGZ 166 147

⁸⁷ *Dural*: agt, s. 172

⁸⁸ Bkz. s. 30 dn. 80'deki açıklamalar.

gerekli kılar⁸⁹. İşte alacaklının bu yükümüne aykırı hareket etmesi nedeniyle, borçlunun borcunun ifası imkânsız hale gelmiş ise bu ifa imkânsızlığı da alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilecektir.

II - ALACAKLININ DAVRANIŞI DIŞINDA DOĞAN İFA ENGELLERİ

Bu başlık altında, alacaklı veya onun hareketlerinden sorumlu olduğu her hangi bir şahsın müsbet veya menfî hareketlerinden kaynaklanmayan; fakat bizzat alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan veya onun hukuk çevresinde (etki alanında) doğup, borcun ifasına engel teşkil eden çeşitli ifa engelleri incelenecektir⁹⁰. Bu tür engellerin özelliği, edime değil onun ifa olarak arz ve kabulüne yönelmiş durumda olmalarıdır.

Burada, alacaklı temerrüdünden farklı olarak, alacaklının ifayı kabul iradesinin bulunmaması söz konusu değildir; fakat alacaklının hukuk çevresinde doğmuş bulunan hukukî veya fiili engeller nedeni ile ifanın gerçekleştirilememesi söz konusudur.

Bu başlık altında ayrıca, gerçek alacaklının kimliğindeki belirsizlik dolayısıyla ortaya çıkan ifa edilememe durumları da incelenecektir.

Borçlar Kanunu madde 95, bu tür ifa engelleri bakımından ikili bir ayırım yapmaktadır :

i - Alacaklı sıfatından kaynaklanan ifa engelleri

ii- Alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan diğer ifa engelleri

⁸⁹ *Dural*: agt, s. 172

⁹⁰ Bu tür ifa engellerine "*alacaklının şahsından kaynaklanan ifa engelleri*" de denilmektedir. *von Tuhr*: age, s. 550

A - Alacaklı sıfatından kaynaklanan ifa engelleri

1 - Alacaklı kavramı:

Bir borç ilişkisinden kaynaklanan hakların sahibine *alacaklı*, borçların sorumlusuna ise *borçlu* denir. Alacaklı borç ilişkisinin aktif tarafını teşkil eder; ve borçludan, borcun niteliğine göre bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını isteme yetkisine sahip olan şahsı anlatmak için kullanılır. Borçlu ise borç ilişkisinin pasif süjesidir.

Borç ilişkisinin muhtevasına göre, taraflardan her biri, yalnız alacaklı veya yalnız borçlu değil, hem alacaklı ve hem de borçlu sıfatını taşıyabilirler⁹¹.

Alacaklının alacaklı sıfatını kazanması sebeplerinin başında akitler yer alır. Ayrıca haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve çeşitli kanun hükümleri de bu sıfatın doğumuna yol açabilen sebeplerdendir.

Yalnız, alacaklı sıfatının kazanılabilmesi için şahsın, bizzat hukukî muameleye taraf olması veya haksız fiile maruz kalması da şart değildir. Alacaklı sıfatı, bu sıfata sahip olan şahıs dışındaki kişilerin yapmış oldukları hukukî muameleler veya yine üçüncü kişilerin uğramış oldukları haksız fiiller dolayısıyla da kazanılabilir: Meselâ, bir şahsın yapmış olduğu vasiyetname ile bir başkasına muayyen mal vasiyetinde bulunmasında durum böyledir. Vasiyet alacaklısı, bu alacak hakkını, bir başkasının yapmış olduğu hukukî muamele ile kazanmış olmaktadır. Aynı şekilde, üçüncü kişi lehine sözleşme yapılmasında da benzer bir durum mevcuttur. Alacaklı, alacaklı sıfatını başkalarının yapmış olduğu hukukî muamele vasıtası ile kazanmış olmaktadır. Yine benzer şekilde, Borçlar Kanunu madde 45 gereğince, kendisine destek olan şahsın haksız fiil sonucu ölümünden sonra, destekten yoksun kalan şahıs için tazminat talep hakkı tanındığından, bu şahıs bakımından da bizzat haksız fiile maruz kalmaksızın alacaklı sıfatının doğumu söz konusu olabilecektir.

2 - Alacaklı sıfatında ihtilaf :

Hayatın normal cereyanına uygun olan hal tarzı bir borç ilişkisinde alacaklı sıfatını kimin taşıdığının, borç ilişkisinin kurulması aşamasında

⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: age, s. 7

biliniyor olmasıdır⁹². Yalnız bu zaruri değildir. Alacaklının kimliğinin belirlenmesi sonraya bırakılabileceği gibi, her hangi bir olayın gerçekleşmesine göre alacaklının belirlenmesinin kararlaştırılması dahi mümkündür. Meselâ, üçüncü kişi yararına yapılmakta olan bir sözleşmenin kuruluşu aşamasında, alacaklı sıfatını taşıyacak olan üçüncü şahsın kim olduğu belirlenmiş olmayıp, bu şahsın belirlenmesi sonraya bırakılmış olabilir. Yine, temsilci vasıtası ile yapılan bir sözleşmede, alacaklı tarafın temsilcisinin, temsil etmekte olduğu şahsın kimliğini bildirmemesi durumunda da alacaklının kim olduğu akdin kurulması aşamasında belli değildir⁹³.

Alacaklı sıfatını kimin haiz olduğu, bu iki örnekte görüldüğü gibi akdin kurulması aşamasında belirsiz olabileceği gibi, sonradan gerçekleşen olaylar nedeniyle de belirsiz hale gelebilir. Meselâ, alacaklının ölümü ile kanun veya alacaklı durumundaki murisin arzusu gereği miras hakkına, dolayısıyla alacaklı sıfatına, kim veya kimlerin sahip olduğu kesin olarak belirlenemeyebilir. Yine, müteaddit temlikler nedeniyle de alacak hakkına kim veya kimlerin sahip olduğu hususunda ihtilaf meydana gelmesi mümkündür.

Somut olay bakımından, alacaklı sıfatındaki ihtilafın menşei önem taşımaz⁹⁴. Önemli olan, sıfat ihtilafının ortaya çıkmış olmasıdır. Alacaklı sıfatındaki belirsizlik fiili ilişkilerden kaynaklanabileceği gibi, hukukî muamelenin yorumundan da kaynaklanabilir. Meselâ birden fazla alacaklının, teker teker mi yoksa iştirak halinde mi alacaklı sıfatını haiz oldukları tartışmalı olabilir⁹⁵. Yine meselâ, sebepsiz zenginleşmeye konu olmuş bir malın mülkiyeti hususunda ihtilaf mevcut olabilir; veya murisin muayyen mal vasiyetine ilişkin olmak üzere yapmış olduğu vasiyetnamede kullanmış olduğu ibarelerin çok açık olmaması veya onun tanımlamasına uyan birden fazla şahsın bulunması durumlarında da sıfat ihtilafının ortaya çıkması mümkündür.

Bu açıklamalar çerçevesinde, alacaklı sıfatından kaynaklanabilecek ihtilaflar, genel olarak iki başlık altında toplanabilir⁹⁶:

⁹² *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 7

⁹³ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 7

⁹⁴ *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 18

⁹⁵ *Weber; Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 19

⁹⁶ Bu ayırım teorik bir önem taşır. Çünkü, ister alacaklı sıfatına kimin sahip olduğu belirsiz olsun, isterse alacaklı sıfatında ihtilaf bulunsun, her ikisinin de sonuçları aynıdır. Ayırımın amacı, meselenin açıklıkla ortaya konmasını temine çalışmaktan ibarettir.

i - Alacaklı sıfatını kimin haiz olduğu belirsiz olabilir,

ii- Alacaklı sıfatını haiz olduğunu iddia eden müteaddit kişiler arasından kimin gerçek alacaklı olduğu tesbit olunamayabilir.

a - Kimin alacaklı olduğunun belirsiz olması:

Bu ihtimalde borçlu, ya alacaklısının kim olduğunu hiç bilmez veya borcunu ödemek üzere temas halinde bulunduğu kişi veya kişilerin alacaklı olduğu hususunda, ciddî şüpheleri vardır. Böyle bir durumun mevcudiyeti halinde borçlu, borcunu öder ise bir kez daha ödeme yapmak durumu ile karşı karşıya kalabilir. Fakat ödeme yapmaması durumunda da borçlu temerrüdüne düşme riski ile karşı karşıya bulunmaktadır. Borçluyu bu çelişkili durumdan kurtarmak isteyen kanun koyucu, onun bir kez daha ödemede bulunmasını önlemek ve emniyetli bir şekilde borçtan kurtulmasını temin etmek üzere, Borçlar Kanunu madde 95 düzenlemesi ile, ona bazı imkânlar tanımıştır.

Doktrinde, alacaklı sıfatında belirsizliğin söz konusu olduğu hallere ilişkin olmak üzere aşağıdaki örnekler verilmektedir :

- Evlilik birliğinin korunması amacıyla Medenî Kanun madde 163 gereği hâkim, tedbiren kocanın alacaklarının karıya ödenmesine karar vermiştir; fakat bu kararın kapsamı hususunda ihtilaf mevcuttur⁹⁷.

- Alacağı temlik yoluyla iktisap etmiş olan alacaklı, ifa talebinde bulunurken, borçlunun ifayı yapabilmesi için gerekli olan belgeleri ona hiç verememekte veya eksik olarak vermektedir. Veya alacaklı alacağı temlik yoluyla iktisap ettiğini iddia etmesine rağmen, borçluya sunduğu belgelerden bu husus doğru bir şekilde anlaşılamamaktadır. Veyahut da temlik beyanının sonuç doğurup doğurmadığı kesin değildir⁹⁸.

- Alacağın temliki hususunda anlaşılan taraflar, alacağın temlik olunan kısmının belirlenmesi hususunu ise, temlik eden veya temlik olunan kimsenin ileride yapacağı bir beyana veya müstakbel bir hadisenin vukuuna bağlamış olabilirler. Vade gelmiş olmasına rağmen, alacağın temlik olunan kısmının

⁹⁷ Weber, Berner Kommentar: Art 96 (TBK m. 95) N. 21

⁹⁸ Weber, Berner Kommentar: Art 96 (TBK m. 95) N. 20

belirlenmesini sağlayacak olgu gerçekleşmemiş ise; bu durum borçlunun kusuru bulunmaksızın, alacaklının şahsı hususunda bir tereddüt doğurabilir⁹⁹.

- Akit taliki şarta bağlanmıştır. Fakat, kurulmuş bulunan akdin hükümlerini doğurması için kararlaştırılmış olan bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tereddüt mevcuttur.

- Alacaklı ile borçlu havale (BK m. 457) hususunda anlaşmışlar ve böylece borçlu borcunu, alacaklının kendisine bildirdiği şahsa ifa etmeyi kabul etmiştir. Fakat daha sonra, lehine havale yapılan şahsın (muhalünleh) kimliği hususunda tereddüt hasıl olmuştur¹⁰⁰.

- Borçlu, yolaştığı maddî zarar karşılığında tazminat ödeyecektir; fakat hasara uğrayan mal üzerinde birden fazla kişi istihkak iddia etmektedir¹⁰¹.

- Alacaklı sıfatındaki diğer bir belirsizlik hali de, borçluyu, hak sahibi olduğunu iddia eden şahsın bu sıfatı taşıyıp taşımadığı hususunda ciddi şüphelere sevk edecek sebeplerin mevcudiyeti halidir. Böyle bir durumda, alacaklı olduğunu iddia eden şahsın bu sıfatının doğruluğu hususunda ciddi şüpheler vardır ve şahıs bu sıfatını, geçerli olduğuna dair şüphe bırakmayan delillerle isbatlayamamaktadır¹⁰². Meselâ alacaklı ölmüştür ve ödeme günü yaklaştığı halde mirasçılık iddiasında bulunan kişilerden hangisinin veya hangilerinin gerçek mirasçı olduğu henüz belirlenemediği¹⁰³ için, gerçek mirasçılar, bu sıfatlarını belgelendirecek¹⁰⁴ durumda değildirler. Veya, alacaklı yahut alacaklının yetkili temsilcisi olduğunu iddia eden şahsın sunduğu belgede, ciddi şüphelere yol açacak eksiklikler mevcuttur¹⁰⁵.

von Tuhr, "alacaklı veya mümessilinin sıfatı bir vesikaya istinat ettiği takdirde, borçlu ancak vesikanın sıhhat ve mevsukiyetinden şüphe için haklı

⁹⁹ *von Tuhr*: age, s. 851 dn. 2

¹⁰⁰ Borçlunun havaleyi kabul hususunda önceden bir taahhüdü bulunmasa bile; borçlunun borcunu muhalünlehe ifa etmesi kendisi için daha külfetli değilse. borçlu, ifayı bu tarzda yapmaya mecburdur (BK m. 459/II). Havale hususunda bilgi için Bkz. *Oğuzman*: age, C. I, s. 172-173

¹⁰¹ *Barlas N. : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (Doktora Tezi), İstanbul 1992, s. 86*

¹⁰² *Bonnant G. : La Consignation en Droit Civil Suisse (thèse), Geneve 1950, s. 20*

¹⁰³ *Barlas*: agt, s. 86

¹⁰⁴ Mirasçılık sıfatının isbatı için, genellikle bir veraset ilâmı yeterlidir (MK m. 538).

¹⁰⁵ *von Tuhr*: age, s. 550

*sebeplere malik ise, edayı yerine getireceği yerde tevdiye bulunabilir. Vesikanın noterce tasdik edilmemiş olması keyfiyeti alacaklının şahsı veya mümessilinin temsil kudreti hususunda tevdi haklı gösteren bir tereddüt ve meşkûkiyet ihdas etmez*¹⁰⁶. demektir.

Bonnant da özellikle yabancı ülkelerden gelen belgeler söz konusu olduğunda, bu belgeler açısından doğacak tereddütleri değerlendirirken pek katı olmamak gerektiğini, çünkü ülkeler arası tebligatların çoğu zaman güçlüklerle yapılabildiğini ve sahte evrak tanzim edildiğine de sıklıkla rastlandığını söyleyerek, borçlunun, durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermesinin, aşırı bir şekilcilik olarak kabul edilmemesi gerektiğini ve noterce onaylanmamış belgelerle ilgili olarak haklı endişelerin uyanabileceğini ve bu endişeler nedeniyle tevdiye bulunan borçluya hak verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁷.

Gerçekten de alacaklının sıfatı ile ilgili olarak haklı bir tereddüdün mevcudiyetinin kabulü bakımından önemli olan husus, alacak iddiasında bulunan şahsın sıfatı hususunda borçluyu tereddüde sevk edebilecek ciddi sebeplerin mevcut olup olmadığıdır. Eğer bu tarz bir sebep mevcut ise, alacak iddiasında bulunan şahsın elindeki belge, noter tarafından ister onaylanmış isterse onaylanmamış olsun, borçlu, alacaklı sıfatında ihtilaf bulunduğunu iddia edebilecek ve kanunun kendisine tanımış olduğu imkânlardan istifade etmek sureti ile borcundan kurtulma yoluna gidebilecektir. Meselâ, alacaklı veya alacaklının yetkili temsilcisi olduğunu iddia eden şahsın bu sıfatını isbat için sunduğu belge metninde, başka bir kalem ile yapılmış ilavelerin bulunması; yahut temsilci olduğunu iddia eden kişinin herkesçe tanınmış bir sahtekâr olması¹⁰⁸ durumlarında olduğu gibi.

Bu arada şu hususu da belirtmek gerekir ki, sunulan belgenin sadece noter tarafından onaylanmamış olması, alacaklı sıfatında haklı bir tereddüdün doğumu için başlı başına yeterli bir sebep değildir. Bu tür belgelerle ilgili olarak doğacak şüphelerin de diğer bazı delil ve emarelerle desteklenmesi gerekir.

¹⁰⁶ *von Tuhr*: age, s. 550 dn. 79 ve buna ait metin.

¹⁰⁷ *Bonnant*: agt, s. 20; Aynı düşüncede *Koç N. : İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s. 317*

¹⁰⁸ *Arsebük*: age, s. 755 dn. 96

Verilmiş bulunan örneklerden de anlaşıldığı gibi, bu ihtimalde borçlu, ya alacaklısının kim olduğunu hiç bilmemekte, ya da alacaklı olduğunu iddia eden şahıs veya şahısların, alacaklı olup olmadıklarına dair ciddi şüpheleri bulunmaktadır.

b - Alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf mevcut olması:

Bu ihtimalde ise, alacak iddiasında bulunan birden fazla şahıs vardır; fakat bu şahıslar arasında mevcut ihtilaf nedeniyle, hangisinin gerçek alacaklı olduğu, borçluya inandırıcı delillerle isbat olunamamaktadır.

Alacaklı sıfatındaki belirsizlik, talepte bulunanlar arasında ancak *ciddi* bir ihtilafın varlığı halinde söz konusu olabilir. Yalnız *ciddî* bir ihtilafın varlığının kabulü için, alacak iddiasında bulunanlar arasında bir davanın açılmış ve görülmekte olması şart değildir. Mahkeme dışı ciddi bir ihtilafın varlığı da, bu anlamda bir ihtilafın varlığının kabulü için yeterlidir. Yalnız şunu da unutmamak gerekir ki, dava konusu yapılmış her ihtilaf, meselâ laf olsun diye açılmış bulunan bir dava, sıfat ihtilafının varlığını gerekli kılmaz¹⁰⁹. Çünkü, alacağın kime ait olduğu gerçekte açıkça bilinmesine rağmen, taraflardan birinin kötünियeti yüzünden, ortaya sun'î bir ihtilaf çıkarılarak dava açılmış olabilir.

Taraflar arasındaki ihtilaf ister mahkemeye intikal etmiş olsun, isterse olmasın, sıfat ihtilafının varlığının kabulü bakımından önemli olan husus, *ihtilafın ciddi* olup olmadığıdır. Ancak ciddi bir ihtilafın varlığı halindedir ki borçlu, alacaklıya ifa zorunda kalmaksızın, Borçlar Kanunu madde 95'te kendisine tanınan imkânlarla başvurmak suretiyle borcundan kurtulma yoluna gidebilecektir. Ciddi bir sıfat ihtilafının varlığının kabulü bakımından ise, hukukî durumun tetkik edilmesi gerekir. Tabii borçlunun zor hukuki sorunlarda dahi uzun ve masraflı araştırmalar yapması veya yaptırması ve ancak bundan sonra ihtilafın ciddi olduğu anlaşılıyorsa, alacak iddiasında bulunan şahıslara karşı borcunu ifadan kaçınabileceğinin söylenmesi de doğru olmayacaktır. Çünkü böyle söylenecek olursa, borçlunun, kendisinden kaynaklanmayan birtakım sebepler yüzünden, edimin ifası ile hiç ilgisi bulunmayan ek masraflar altına girmesi gerekecektir. Buna karşılık, borçlunun, hiç bir araştırma yapmaksızın sıfat ihtilafının varlığını ileri sürerek alacak iddiasında bulunanlara ifadan kaçınması da düşünölemeyeceğinden, en

¹⁰⁹ *Bonnant: agt, s. 21*

azından iyiniyetle hareket ederek bir araştırma yapması ve ancak bu araştırma neticesinde gerçek alacaklıyı belirleyememesi durumunda ifadan kaçınmaya hakkı olduğunun söylenmesi gerekir¹¹⁰.

c - Özel olarak Borçlar Kanunu madde 166 düzenlemesi:

Borçlar Kanunu madde 166, müteaddit temlikler nedeniyle, alacak hakkının gerçek sahibinin belirlenemediği durumlarda, borçlunun borcundan güvenli bir şekilde kurtulabilmesi için başvurabileceği tevdi imkânına ilişkindir.

Bu ihtimalde borçluya tanınmış bulunan tevdi imkânı, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Çünkü, alacak üzerinde hak iddia eden iki kişi arasındaki ihtilaf, özel hukuk bakımından borçlunun hukukî durumunu değiştirip, ona bu ihtilafın giderilmesine kadar ifadan kaçınma imkânını vermez¹¹¹. O, muaccel bir borcun borçlusu olarak, borcunu vadesinde ödemek zorundadır. Fakat borçludan, tehlike ve hasarı kendisine ait olmak üzere, alacağın ihtilaf sonunda kime düşeceğini tayin etmesi de beklenemez. Eğer bunu yaparsa, yani kimin gerçek alacaklı olduğunun belli olmadığı bir aşamada, hak iddia edenlerden birisini seçerek ona ödemedede bulunursa; ödemedede bulunduğu şahsın gerçek alacaklı olmadığına tesbiti halinde, bu defa gerçek alacaklıya bir kez daha ödemedede bulunmak zorunda kalacaktır (BK m. 166/II).

Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, temlik olunan alacağın borçlusu belediyeyi, haciz ve temlikin kendisine bildirilmesine rağmen, alacaklı görünen iki kişiden birine, Borçlar Kanunu madde 91 uyarınca mahkemeden tevdi yeri tayinini istemeksizin yapmış olduğu ödeme nedeniyle sorumlu tutmuştur¹¹².

¹¹⁰ Bu konuda daha geniş izahat için Bkz. s. 47 vd.

¹¹¹ *Becker*: Art 168 (TBK m. 166) s. 272-273

¹¹² *Yarg. II HD* 20.3.1992, 1971/332E. 1972/2362K. sayılı kararı şöyledir: "...Uyuşmazlık, borçlunun davalı belediye'deki teminat alacağının kime ödeneceğinden doğmuştur. Davacı, kendisine borçlu olan Osmana karşı ihtiyati haciz kararı almış, onun davalı belediye'deki teminat alacağının üzerine haciz kararı naip icra memuru tarafından hemen belediyeye bildirilmiş ve belediye haczin emanet hesabındaki alacak üzerine işaretlendiğini, icra dairesine verdiği karşılık yazısıyla bildirmiştir. Bu günden sonra üçüncü kişi Davut, kendisine bu alacağın, ihtiyati haciz kararı verilmesinden önceki bir tarihte noter önünde temlik edildiğini bildirip, temlik belgesini, borçlu belediyeye ibraz etmiştir. Durum icra dairesine bildirilmiş, lehine haciz konulan birinci alacaklı, İİK m. 91. maddesine göre kendisine sağlanan süre içerisinde istihkak davası açmış ise de, o dava henüz sonuçlanmadan borçlu belediye, temlik belgesini esas alarak ikinci alacaklıya, temellük edene

Bu hukukî durum, alacak iddiasında bulunan iki kişiden birisi, borçlu aleyhine dava açmış ve bu davayı kazanmış olsa dahi devam eder¹¹³. Çünkü mahkeme hükmü ancak taraflar arasında hüküm doğurur. Alacak üzerinde hak iddia eden diğer kimse dahi borçluyu dava etmek hakkını muhafaza eder ve ikinci hâkim meseleyi birinci hâkim gibi halletmediği takdirde, borçlu aleyhine bir hüküm vermesi mümkündür. Alacak üzerinde hak iddia eden şahıslardan biri tarafından dava edilen borçlu, davayı diğer tarafa ihtar etmek suretiyle ikinci defa mahkum olmak tehlikesini bertaraf edebilir. Bu takdirde alacağın aidiyetini kabul eden mahkeme hükmü, alacak üzerinde hak iddia eden diğer tarafa karşı da dermeyan olunabilir¹¹⁴.

Borçlar Kanunu madde 166'da düzenlenmiş bulunan alacağın temlikî nedeniyle karşılaşılabilecek sorunlar şu şekilde meydana gelebilir¹¹⁵.

- Alacaklı, aynı alacağı birden çok kişiye temlik etmiş olabilir;
- Alacaklının temlik ettiği bu alacak üzerinde tasarruf yetkisi hiç bulunmayabilir veya sınırlı olabilir.
- Alacağı temlik eden şahsın tasarruf muamelesi belirli bir makamın onayına tabi olup, bu onayın bulunup bulunmadığının şüpheli olduğu bir durum mevcut olabilir.

borçlunun kendi hesabında bulunan bütün parasını ödemiştir. Açılan istihkak ve iptal davası sonucunda birinci alacaklı temlikî iptal ettirmiştir. Bu davada birinci alacaklı, haciz kararına dayanarak belediyeden alacağın tamamının alınmasını istemektedir. Böylece çekişme, BK m. 166/II maddesinde öngörülen ve borçluya yükletilen hasar ve tehlike sorumluluğunun anlam ve sınırının belli edilmesini gerektirmektedir. Borçlu belediye, haciz ve temlik kendisine bildirilmesine rağmen alacaklı görünen iki kişiden birine BK m. 91 e göre mahkemeden ödeme yeri gösterilmesini istemeden yaptığı ödemeden doğan sorumluluğunun sınırının belirlenmesi, davayı sonuçlandırmaya yetecektir.

Gerçekten belediye, BK m. 163/III maddesiyle yükletilen ödeme yeri gösterilmesini istememekle, ne derece sorumlu olacaktır? Nitekim olayda, asıl birinci borçlu Ali Osman, alacaklının kendisine karşı yaptığı icra kovuşturmasında, mal bildiriminde bulunurken, kendisinin belediyeden istihkak alacağının bulunduğunu da açıklamıştır.....

Gerçek alacaklıya ödeme yapılmamış olması durumunun sonradan ortaya çıkmasında bile borçlunun gerçek alacaklıya karşı ödeme borcundan kurtulmayıp; ona ikinci bir ödeme yapma yükümlülüğü ile yükümlü tutulması gerekir. Kanun koyucu, BK m. 166/II maddesi ile ikinci borçluya yüklediği bu yükümlülükte, onun ödeme yerini araştırmamasını, ikinci bir ödeme yükümlülüğü altına girmesi için yeterli görmüştür..." (Erdem N. : Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, Ankara 1987 s. 1101'den)

¹¹³ von Tuhr: age, s. 862-863

¹¹⁴ von Tuhr: age, s. 862

¹¹⁵ Dayınlar K. : Borçlar Kanununa Göre Alacağın temlikî (Doçentlik tezi), Ankara 1993, s. 102

İlk durum, birden fazla kişiye yapılan temliklerden hangisinin geçerli olduğunun borçlu tarafından doğru bir şekilde tesbit olunamaması ihtimalinde karşımıza çıkar.

İkinci durum ise, meselâ alacağı temlik eden alacaklının iflâs etmiş olması nedeniyle, alacağı üzerindeki tasarruf hakkının kısmen veya tamamen iflâs masasına geçmiş olması ihtimalinin varlığı halinde karşımıza çıkacaktır¹¹⁶.

Üçüncü durum ise, fiil ehliyeti bulunmayan mümeyyiz küçük veya mahcurların yapmış oldukları tüm tasarrufî muamelelerin kanunî temsilcilerinin izin veya icazetine tabi olması nedeniyle, bu şahısların yapmış oldukları alacağın temlikine ilişkin tasarrufî muameleler¹¹⁷ bakımından, kanunî temsilcilerince verilmiş bir izin veya icazetin mevcut olup olmadığının şüpheli olduğu durumlarda karşımıza çıkacaktır.

İşte, alacağın temliki nedeniyle ortaya bir ihtilafın çıkması durumunda borçlu, Borçlar Kanunu madde 166 uyarınca borcunu tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabilir¹¹⁸.

Alacak iddiasında bulunanların, aynı neviden hakları talep etmiş olup olmamaları ise Borçlar Kanunu madde 166'nın uygulanması bakımından önem taşımaz¹¹⁹. Borçlu, bu ihtilaf ortaya çıkmış olmasaydı alacaklısına karşı neyi ifa etmekle yükümlü olacak idiyse, ancak onu tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabilecektir. Meselâ alacak, borçlu temerrüde düşüp alacaklının da Borçlar Kanunu madde 106 çerçevesinde aynen ifa ile birlikte gecikmeden doğan zararının tazminini istemiş olmasından sonra temlik

¹¹⁶ *Yarg. 13. HD. 22.4.1985 947/2702 "...İflas ilan edildikten sonra müflise yapılan ödemeler masaya karşı mutlak olarak geçersizdir. İflas ilan edilmişse, müflise ödemede bulunan borçlu, ödediği şey kısmen veya tamamen masaya girmediği takdirde, ödeme zamanında alacaklının iflas ettiğini bilmes bile borçtan kurtulmaz; ve müflise yaptığı ödemeye rağmen iflas masasına tekrar ödemekle yükümlü kalır..."*YKD Mart 1986 s. 386

¹¹⁷ Alacağın temliki sözleşmesi, alacağın devredenden devralana intikalini sağladığı cihetle devreden açısından borçlandırıcı değil, tasarruf işlemidir. Devralan bakımından ise onun malvarlığında bir artış sağladığı için bir kazandırma (kazandırıcı işlem) teşkil eder. (*Oğuzman M. K. /Öz T. : Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, İstanbul 1991, s. 408 ve 409*)

¹¹⁸ "...Borçlar yasasının 166. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması için fıkra da belirtilen koşullardan başka bu yasanın 95. maddesinde yazılı kusursuzluk koşulunun ayrıca aranması zorunludur..." *Yarg. 4. HD. 18.2.1971 10528/1486 (Olgaç S. : İlmî ve Kazai İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1976, s. 465'ten naklen)*

¹¹⁹ *Becker: Art. 168 (TBK m. 166) N. 8*

edilmiş ise, borçlu, ancak aynen ifa ve gecikme nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin için gerekli miktar parayı tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabilecektir. Alacak üzerinde hak iddia edenlerin bu husustaki tercihlerinin, meselâ birisinin aynen ifa, diğerinin ise menfi zararının tazminini istemesinin her hangi bir önemi yoktur.

Alacağın temlikinin geçerli olup olmadığı hususunda ihtilaf bulunması nedeniyle, borçlunun borcundan güvenli bir şekilde kurtulmasını temin etmek üzere tanınmış bulunan tevdiin, borçlunun yerine getirmesi gereken bir mükellefiyet mi olduğu, yoksa o'nun, arzu ederse kullanabileceği bir hak mı olduğu hususu ise tartışmalıdır.

Bu hususta başlıca iki görüş mevcuttur:

Federal mahkeme, bu konuyla ilgili olarak vermiş bulunduğu bir kararında, Borçlar Kanunu madde 166/I gereğince tevdi, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüğü olarak kabul etmiş ve kararında şu ifadelerle yer vermiştir¹²⁰: "...aidiyeti münazaalı bir alacağın borçlusu borcunun vadesi gelmiş ise ödemeyi reddedemeyeceğinden, Borçlar Kanunu madde 168 (TBK m. 166) ona, basit bir şekilde tevdi imkânı tanımıştır. Şu halde borçlu öngörülen tevdi gerçekleştirilmeyi reddedemez. Bu açıdan kanun metni açıktır. Diğer yandan alacak iddiasında bulunanlardan birisi tarafından borçluya karşı açılacak bir davada, uyuşmazlığı tabii bir şekilde çözecek olan tek imkân tevdidir. Borçlu tevdi gerçekleştirerek iki defa ödeme yapmamaya ilişkin menfaatini korur...

...Borçlu, ya bütün riskleri kendisine ait olmak üzere, alacağı geçerli bir şekilde temellük ettiğini iddia edenlerden birisine ödemek zorundadır; ya da mahkemeye tevdi ederek borcundan kurtulur..." Aynı kararın özet kısmı ise şöyledir: "...eğer temlik eden, alacağın temlikinin geçerliliğine itiraz ediyorsa borçlu, miktarı ödemeyi reddedemez. O, ya bütün riski kendisine ait olmak üzere alacak üzerinde hak iddia edenlerden birisine ödemedede bulunacaktır, ya da miktarı tevdi ederek geçerli bir şekilde borcundan kurtulmuş olacaktır."

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan ikinci görüş ise *von Tuhr*'a aittir¹²¹. Bu yazara göre: "*İki kimse alacak üzerinde münazaa ettikleri takdirde, borçlu prensip itibariyle, borçlu bulunduğu meblağı tevdi etmek hakkını haizdir, fakat tevdi mecburiyeti ile mükellef değildir. Borçlu tevdi yoluna müracaat etmeksizin alacak üzerinde hak iddiasında bulunan kimselerden birine edada bulunmaktan imtina edebilir ve bunun kendisini dava etmesini bekleyebilir...*". Bu görüş doğrultusunda borçlu iki imkâna sahiptir. Buna göre borçlu, hak iddia edenlerin mahkemede dava açmasını beklerken ya ifayı reddeder, ya da şeyi tevdi eder.

Kanaatimizce, bu iki görüşten ikincisine üstünlük tanımak ve tevdiin borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülük değil, dilerse kullanabileceği bir hak olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, Borçlar Kanunu madde 166'nın, Borçlar Kanunu madde 95'in özel bir uygulaması olduğu hemen ittifakla kabul edilmektedir¹²². Bu nedenle tevdi imkânı, oradaki anlamıyla değerlendirmeye tabi tutulmalıdır¹²³. Orada ise tevdi, borçluya tanınmış bulunan bir haktır. O, dilerse borcunu tevdi eder ve geçerli bir şekilde borcundan kurtulur, dilerse de ifa engeli ortadan kalkıncaya kadar bekler. İşte borçlu, orada olduğu gibi burada da tevdi hakkına sahip olup tevdi zorlanamaz. Fakat borçlu, hem Borçlar Kanunu madde 95'te düzenlenen durumlarda hem de Borçlar Kanunu madde 166/I'de düzenlenen durumlarda, tevdi gerçekleştirmedikçe geçerli bir şekilde borcundan kurtulamaz.

Ayrıca, Borçlar Kanunu madde 166 metni gözönünde bulundurulunca da aynı sonuca ulaşmak gerekir¹²⁴. Kanun koyucu tevdi borçlunun yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak düzenlemek istemiş olsa idi, birinci fıkra hükmünü sevk ettikten sonra üçüncü fıkra hükmünü sevk etmeye gerek duymazdı. Çünkü kanun koyucu bu durumdaki borçlu için, aynı maddenin ilk fıkrasında "...tediyeden imtina edebilir ve alacağı mahkemeye tevdi ile borçtan beri olur." dedikten sonra, yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, borçlunun borcunu tevdi zorlanabilmesi için, alacağın aidiyetinin ihtilaflı olması şartına ilave olarak, alacağın muaccel olmasını ve alacak iddiasında

¹²¹ *von Tuhr*: age, s. 863-864

¹²² *von Tuhr*: age, s. 863; *Saymen/Elbir*: age, C. I, s. 346; *Feyzioğlu*: age, s. 655; *Oğuzman/Öz*: age, C. II, s. 431; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 258; *Dayınlarlı*: agt, s. 108

¹²³ *Feyzioğlu*: age, s. 655

¹²⁴ *Dayınlarlı*: agt, s. 108

bulunan şahıslar arasındaki ihtilafın mahkemeye intikal etmiş olmasını aramıştır. Bu nedenle, ilk fıkradaki tevdi, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülük olarak kabul edilecek olursa, üçüncü fıkradaki bu düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır.

Bu çerçevede Borçlar Kanunu madde 166/I uyarınca tevdi, borcundan güvenli bir şekilde kurtulmak isteyen borçlu için bir hak olup o, borcunu tevdi etmeye mecbur değildir¹²⁵. Kanun, bu durumdaki borçluya seçimlik bir yetki vermiştir. O, ya ödemedi kaçınır ve hak iddiasında bulunanlar arasındaki ihtilaf sona erinceye kadar bekler veya alacağı mahkemeye tayin ettireceği yere tevdi ederek borcundan geçerli bir şekilde kurtulur¹²⁶. Fakat borcunu tevdi etmeyen borçlu, borçtan kurtulamaz. Borçlu tevdide bulunmak zorunda değilse de, ödemede bulunmamanın neticelerine katlanacaktır. Yani şartları gerçekleştiğinde alacağın aidiyetinin ihtilaflı olması, borçlunun temerrüde düşmesine engel olmayacak ve borçlu, temerrüdün neticelerine katlanacaktır. Bu nedenle tevdi, borçlu bakımından bir hak olduğu kadar bir yükümdür¹²⁷.

Borçlar Kanunu madde 166/III'te düzenlenmiş bulunan ihtimalde ise borçlu, borcunu tevdi etmek zorundadır. Aksi takdirde, alacak üzerinde hak iddia edenler tarafından tevdie zorlanabilecektir¹²⁸. Çünkü, borçlu için bir hak olan tevdi imkânı, burada hak olmaktan çıkmış ve bir yükümlülüğe dönüşmüştür¹²⁹.

Borçlar Kanunu madde 166/III hükmü ise şu şekildedir: *"İki alacaklı arasındaki dâva henüz görülmekte ve borç muaccel ise herbiri borçluyu borcu olan meblağı tevdie icbar edebilir."*

von Tuhr, bu hükmün ifadesini pek isabetli bulmamakta ve *"...Bu garip hükmü izah etmek güçtür. Alacaklılık sıfatı inkâr edilen davacı bu suretle*

¹²⁵ *von Tuhr*: age, s. 863; *Staehelin A. : Die Hinterlegung zu Handen wes Rechtes und der Prätendentenstreit*, (Basler Juristische Mitteilungen, N. 5 November 1972 s. 228; *Oğuzman/Öz*: age, C. II, s. 431

¹²⁶ *Saymen/Elbir*: age, C. I, s. 346

¹²⁷ *Oğuzman/Öz*: age, C. II, s. 431

¹²⁸ *"...bu tevdie zorlama hakkı, sadece, alacak hakkı mahkemede dava konusu yapılmış kişiler tarafından ve ayrıca bu alacak muaccel olmuşsa (ödeme zamanı gelmişse) kullanılabilir."* *Oğuzman/Öz*: age, C. II, s. 432.

¹²⁹ *Staehelin*: agm, s. 228

borçluyu bu tevdiı yapmaya icbar etmek hakkına maliktir; bu keyfiyet alacaklılık sıfatı hiçbir üçüncü şahıs tarafından inkâr edilmeyen davacının vaktinden önceki tevdiı değil, sadece ifayı talep edebilmesi kadar anlaşılma mahiyettedir. Binaenaleyh 168/III (166/III). maddeyi dar bir şekilde tefsir etmek ve işbu maddeyi ancak borçlu burcunu eda etmeyi kabul ettiğı ve alacak üzerinde iki kimseden birinin hakikî alacaklı olmasına itiraz eylemediğı takdirde tatbik etmek lâzımdır. Fakat borçlu edada bulunmak mükellefiyetini inkâr eder veya alacağın üçüncü bir şahsa ait olduğunu iddia eylesse, hâkimin esas hakkındaki kararından evvel borçlu edada bulunmaya veya tevdiye icbar olunamaz." demektedir¹³⁰.

Bu hüküm çerçevesinde borçlunun tevdiye zorlanabildiğı durumlarda, muaccel alacağın aidiyeti ihtilaflı olup, gerçek alacaklı ancak görölmekte olan dava neticesinde belli olacaktır ve bu şahsı önceden belirleme imkânı da mevcut değildir. Bu hükmün aksine bir düzenleme sonradan belirlenecek alacaklının haklarını güvence altına almaktan uzak kalacaktır¹³¹. Bu hüküm ile bir yandan temerrüde düşen (veya düşme tehlikesi içerisinde bulunan) borçlu, diğer yandan alacak üzerinde hak iddia edip dava sonuna kadar alacaklılık sıfatları belli olmayan şahıslar korunmuş olmaktadır. Fakat *von Tuhr*'un da belirttiğı gibi, eğer borçlu, gerçek alacaklının başkası olduğunu iddia ediyorsa veya borcun varlığına itiraz ediyorsa tevdiye zorlanamamalıdır. Çünkü böyle yapılmayacak olursa, bu durum, alacakla hiç bir bağlantısı olmayan bir şahsa ifa yapılması neticesini doğurmuş olacak ve dolayısıyla, borçlu, tevdi ile borcundan kurtulmuş olmayacaktır.

Borçlar Kanunu madde 166'daki bu hüküm, konuyu sadece alacağın temlikı açısından düzenlemiş ise de, hükmün, alacaklı sıfatındaki ihtilaflın, temlik dışındaki sebeplerden doğmuş olduğu durumlarda da uygulanabileceğı ifade edil-mektedir¹³².

¹³⁰ *von Tuhr*: agt, s. 864

¹³¹ *Alaid D.* : La cession des Creances en Droit Suisse, These, Geneve 1966, s. 84 (*Dayınlarlı*: agt. s. 111' den naklen)

¹³² *Stachelin*: agm, s. 226; *Weber, Berner Kommentar*: Art. 96 (TBK m. 95) N. 7

3 - Sıfat ihtilafının mevcudiyetinin kabulü için aranan şartlar:

Borcunu ifaya hazır olan borçlu, alacaklının ortada bulunmadığını veyahut alacağın aidiyetinin ihtilaflı olduğunu kolayca iddia ederek, Borçlar Kanunu madde 95'te tanınmış bulunan imkânlarla başvuramaz. Alacaklısının kimliği hususunda bilgisi olmayan veya bu hususta çeşitli şüpheleri bulunan borçlu, bu şüphelerini gidermek için gerekli araştırma ve incelemeleri yapmakla yükümlüdür. İlk bakışta alacaklının kim olduğunun tesbit edilememesi yeterli değildir. Borçlu halin gerektirdiği özeni göstererek, anlayışlı bir borçlu gibi hareket etmelidir¹³³.

Borçlunun Borçlar Kanunu madde 95'te tanınmış bulunan imkânlarla başvurabilmesi için, alacaklının sıfatı hususunda önemli kuşklar bulunmalı, ayrıca bu kuşklar özenli bir incelemeye rağmen bertaraf edilememiş olmalı¹³⁴, ve artık borçludan, borcunu, bir kez daha ifa etme riskini göze alarak sıfatı hususunda haklı şüphelere sahip olduğu bu şahsa ifa etmesi beklenememelidir¹³⁵. Her somut olay, bu çerçevede içerisinde müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Yine değerlendirme yapılırken, hâkimin meseleye bakışı ölçü olarak alınmamalıdır. Bu durumda ölçü, "*olayda bir karar vermeye zorlanmış bulunan borçlunun durumu*" olmalı ve tereddütlü durumlar bu çerçevede içerisinde değerlendirme yapılarak sonuca bağlanmalıdır¹³⁶.

Federal Mahkemenin bazı kararlarında¹³⁷ borçlunun, alacaklının kimliğini araştırırken göstermesi gereken özenin derecesi açıklanmaktadır. Buna göre: "*Borçlu, hukukî ve fiili durumu özenle incelemelidir. Bu inceleme sonucunda borçlu, ancak belirsizlik devam ediyorsa, (yani makul bir insanın, alacaklının şahsı veya temsilcisinin yetkisi konusunda şüphesi*

¹³³ *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 21; *Bonnant*, "Borçlu, makul bir insanın göstermesi gereken özeni göstermelidir..." demektir: agt, s. 21

¹³⁴ *Becker*: Art 96 (TBK m. 95) N. 1 *Oser/Schönenberger*: Art 168 (TBK m. 166) N. 2; *von Tuhr*: agt, s. 549 dn. 74

¹³⁵ Bu hususta *Yarg. 11. HD'nin* 22.3.1979 E. 1979/769 K. 1979/1385 sayılı kararı için Bkz. s. 48 dn. 138

¹³⁶ "Hâkim tevdiin haklı olup olmadığını değerlendirirken, borçlunun iki defa ödeme yapma tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına nazaran, alacaklının tevdi sonucunda uğrayacak olduğu zararların pek önemli olmadığı hususunu gözden uzak tutmamalıdır." *Bonnant*: agt, s. 21

¹³⁷ ATF 59 II 323; ATF 62 II 346: "Borçlu, alacaklının şahsına ait bir şüphenin, gerçek bir belirsizliğin mevcudiyetini ispat etmelidir."

bulunuyorsa) ve özel tehlikeleri bulunan bu şüpheden kurtulması, borçludan beklenemiyorsa, borcunu tevdi edebilir."

Yargıtay da İsviçre Federal Mahkemesinin aramakta olduğu bu özeni göstermesini borçludan beklemektedir¹³⁸.

Borçlunun göstermesi gereken özen hususunda Berner Kommentar'da¹³⁹ şu örnekler verilmektedir :

i - Kural olarak borçlu, alacaklı kimliğinin belirsizliği hususunda, bir hukuk uzmanının vermiş olduğu mütalaya güvenmekte haklı olarak kabul edilmeli ve borçlu, Borçlar Kanunu madde 95'in sunduğu imkânlardan yararlandırılmalıdır.

Yalnız her durumda, bir hukuk uzmanından mütalaa alınması beklenemez; uzmandan görüş istenmesi ancak önemli ve geniş ölçüde masraflara sebep olmayacaksa, meselâ, borçlunun kendi müessesesinde bir hukuk bölümü varsa veya alacaklı bu yüzden doğacak masrafları karşılamayı üstleniyorsa veyahut da mevcut şüphenin doğumuna borçlunun da sebebiyet vermesi söz konusu ise, hukuki araştırma ne kadar uzun süreli veya masraflı olursa olsun borçlu, bu araştırmayı yaptırmakla yükümlü kılınmalıdır¹⁴⁰.

ii - Borçlu, alacaklı sıfatının belirsizliği hususunda bizzat kendisi kusurlu ise Borçlar Kanunu madde 95'in hukukî yararlarına nail olamaz. Meselâ, kendisi açık olmayan bir sözleşme düzenlemiştir ve bu yüzden de birden fazla kişi hak sahibi olduklarını iddia etmek istemektedirler¹⁴¹.

iii - Borçlunun elinde, alacak iddiasında bulunanların ulaşamadığı bir belge mevcuttur ve bu belgeden gerçek hak sahibi tereddüde yer

¹³⁸ *Yarg. 11. HD* bu konuya ilişkin bir kararında şöyle demektedir: "...BK m. 95. maddesi hükmüne göre, borcun ifasına engel olan durumlardan biri de, alacaklının şahsında tereddüt hasıl olmasıdır. Ancak bu tereddüdün borçlunun kusuru bulunmaksızın doğmuş olması gerekir. Borçlu durumu gereği gibi incelemesine rağmen, alacaklının şahsındaki tereddüt ve şüpheyi giderememiş ve bu yüzden iki defa ödemede bulunmak tehlikesi ile ciddi şekilde karşı karşıya kalmış ise, kendisi için tevdi hakkı doğmuş demektir..."22.3.1979 E. 1979/769 K. 1979/1385. Karar için Bkz. *Karahasan M. R. : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara 1992 m. 95 s. 680-681*

¹³⁹ *Weber, Berner Kommentar: Art. 96 (TBK m. 95) N. 21*

¹⁴⁰ *Heinrichs, Münchener Kommentar: § 372 N. 10*

¹⁴¹ *Stachelin: agm, s. 227*

bırakmayacak şekilde anlaşılmaktadır¹⁴². Buna rağmen borçlu, Borçlar Kanunu madde 95'in sunduğu imkânlardan istifade ile tevdi gerçekleştirir ve daha sonra alacak üzerinde hak iddia eden şahıslar bu belgeye ulaşırlarsa, tevdi ile borç sona ermiş olmayacaktır. Tabii bu şekilde gerçekleştirilmiş olan tevdi, diğer şartların da mevcudiyeti halinde borçlunun temerrüde düşmesine engel olmayacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu madde 95 hakkaniyet esasına dayanmaktadır ve bundan ancak iyi niyet sahibi borçlular istifade edebilirler¹⁴³.

Alacaklının kim olduğu hususundaki belirsizlik, tevdi ânında mevcut olmalıdır. Bu belirsizliğin sonradan ortadan kalkması, borçlunun tevdi ettiği edimi geri alıp, kimliği belirlenen alacaklıya teslimini gerekli kılmaz¹⁴⁴. Çünkü bu durumda borçlu, tevdi ile borcundan kurtulmuştur.

Belirsizlik objektif veya subjektif olabileceği gibi, fiili veya hukukî sebeplere dayanabilir. Alacaklı henüz belirlenmemiş ise belirsizlik objektif bir nitelik taşır¹⁴⁵.

Borçlunun, mazur görülebilecek sebeplerle, alacaklı hakkında şüpheleri var ise, belirsizlik subjektiftir. En çok rastlanan durum budur. Alacaklı belli olduğu halde borçlu, alacaklının bu sıfatını ortaya koyan isbat vasıtaları veya alacaklının teşhisine yarayan olgular hakkında yeterli bilgi sahibi olmadığından, alacaklının kim olduğunu bilmeyebilir¹⁴⁶. Bazan da borçlu, gerekli başvurularda bulunduğu takdirde alacaklıyı bilebilecek durumdadır; fakat bu başvuruların yapılması, mantıken borçludan beklenemeyecek kadar uzun süreli ve masraflıdır¹⁴⁷.

İşte her ne şekilde olursa olsun borçlunun, alacaklı sıfatında ihtilaf bulunduğu yolunda bir iddia ile Borçlar Kanunu madde 95'in sunduğu imkânlardan yararlanmak suretiyle borcundan kurtulabilmesi için, kendisinden

¹⁴² *Stachelin*: agm, s. 226

¹⁴³ *Becker*: Art. 168 (TBK m. 166) N. 2

¹⁴⁴ ATF 59 II 235

¹⁴⁵ *Bonnant*: agt, s. 20 ve dn 1

¹⁴⁶ *Koç*: agt, s. 317: "...Haklar ve olaylar hakkındaki bir bilgisizlik, borçlunun, gerçek hak sahibinin kim olduğunu ayırt etmesini engelleyebilir..." ; *Bonnant*: agt, s. 20

¹⁴⁷ *Bonnant*: agt, s. 20

beklenebilecek her türlü araştırmayı yapmış¹⁴⁸, fakat buna rağmen gerçek alacaklının kim olduğunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirleyememiş olması gerekir.

B - Alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan ifa engelleri

Alacaklının şahsî durumu ile ilgili ifa engellerinin varlığı halinde borçlu, alacaklısının kim olduğunu bilmektedir; fakat alacaklının hukuk çevresinde doğmuş bulunan bir takım engeller nedeniyle, ya edimi ifaya hazırlayamamaktadır¹⁴⁹; ya da ifa olarak arz etmek üzere hazırlamış olduğu edimi alacaklının kabulüne sunma imkânından yoksundur¹⁵⁰. Başka bir deyişle, somut hal şartları dolayısıyla ifanın alacaklıya yapılması mümkün değildir. İfanın borca uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli olup, alacaklı tarafından yapılacak eylemler dolayısıyla bir tür imkânsızlık (kabul eylemleri imkânsızlığı) vardır¹⁵¹. Alacaklı için, bu eylemleri yapabilme imkânı yoktur; yoksa ifayı reddetmesi söz konusu değildir.

Borçlunun, alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan bir sebep dolayısıyla borcunu ifa edememesi durumunda, alacaklı için de bir engel söz konusudur. İfayı kabulden imtina eden veya sıfat konusunda ihtilafa düşen alacaklılardan farklı olarak, burada alacaklı, borcunu ifaya hazır olan borçluyu ifaya sevk edememektedir¹⁵².

Bonnant, bu tür ifa engellerini *mutlak ifa engelleri* ve *nisbi ifa engelleri* olmak üzere ikiye ayırarak, mutlak ifa engellerinin edimin ifası bakımından borçluya hiçbir imkân bırakmayan engeller olduğunu, nisbi ifa engellerinin ise maddi bakımdan borçluya borcunu ifa imkânını veren, fakat böyle bir durumun mevcudiyetine rağmen gerçekleştirilen ifanın mantıken kabulü mümkün olmayan sonuçlara yol açabilecek nitelikteki engeller olduğunu ifade etmektedir¹⁵³.

¹⁴⁸ *Barlas*: agt, s. 86

¹⁴⁹ Meselâ seçimlik bir borç söz konusudur. Ve seçim hakkı alacaklıya aittir. Fakat alacaklı, güvenlik kuvvetleri tarafından aranan bir şahıs olup, kendisi ile irtibat sağlanamamakta, ve bu yüzden seçim hakkını hangi yönde kullandığı belirlenememektedir.

¹⁵⁰ *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 158

¹⁵¹ *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 13

¹⁵² *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 29

¹⁵³ *Bonnant*: agt, s. 17

Koç ise, bu ayırımın pratik bakımdan bir faide temin etmediğini söyleyerek; "...borçlu, borcunun muaccel hale geldiği veya ifa kabiliyetini haiz olduğu anda, usulüne uygun bir ifa teklifinde bulunmak istediği halde, bu arzusunun gerçekleştirilemiyorsa, böyle bir durumda bu tür bir ayırımdan bahsedilmesi sun'î bir ayırımdan öteye geçemez. Çünkü, her iki grup ifa engelinin varlığı halinde de, borçluya, aynı hukukî imkânlar tanınmaktadır..." demektedir¹⁵⁴.

Gerçekten de bu hususta önemli olan, muaccel borcunu borca uygun bir şekilde ifa etmek isteyen borçlunun, alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan bir takım engeller yüzünden bu amacına ulaşmasının o anda mümkün olamamasıdır. Yoksa, maruz kalınan engelin mutlak ya da nisbi olmasının her hangi bir önemi yoktur. Bu hususta önemli olan şey, ifa engelinin alacaklının şahsî durumundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı veya başka bir deyişle, bu engelin Borçlar Kanunu madde 95 kapsamına girebilecek bir mahiyet ve nitelik taşıyıp taşımadığıdır. Eğer ifa engeli alacaklının şahsî durumu ile ilgili değil ise veya alacaklının şahsî durumu ile ilgili husus borcun ifasına engel teşkil etmiyorsa, borçlunun, Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden istifade ile borcundan kurtulma imkânına kavuşması sözkonusu olamayacaktır. Meselâ alacaklıya yapılması gereken uluslararası bir havalenin mevcudiyeti ihtimalinde, borçlunun, kendi ülkesi ile alacaklının ülkesi arasındaki ilişkilerin güvensizliği nedeniyle, alacaklının parayı alamayacağına ilişkin çeşitli endişelerinin bulunması, onun, Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden istifade ile borçtan kurtulabilmesi için yeterli değildir¹⁵⁵.

Yukarıda da ifade olunduğu gibi, alacaklının şahsî durumuna ilişkin ifa engellerinin mevcudiyeti halinde, alacaklı sıfatında ihtilaf bulunması ihtimalinin aksine borçlu, gerçek alacaklının kim olduğunu bilmektedir. Fakat alacaklı, ifayı kabul hususundaki iradesini ya hiç ortaya koyamamakta veya ortaya konulan irade, hukuk alanında geçerli sonuçlar doğuracak vasıf ve niteliklere sahip bulunmamaktadır. Alacaklının ifayı kabul hususundaki iradesini hiç ortaya koyamaması, onunla temas kurulması imkânının bulunamamasından, alacaklının ortaya koyduğu iradenin hukuk alanında geçerli sonuçlar doğuramaması ise, onun tam fiil ehliyetine sahip olmamasından kaynaklanabilir.

¹⁵⁴ *Koç*: agt, s. 310

¹⁵⁵ *Weber, Berner Kommentar*: Art. 96 (TBK m. 95) N. 21

1 - Alacaklı ile irtibat sağlanamaması:

Alacaklının ifayı kabul hususundaki iradesini hiç ortaya koyamaması veya ifanın gerçekleştirilebilmesi için öncelikle alacaklı tarafından yapılması gereken şeyleri yapmaması, daha doğru bir ifade ile yapamaması, alacaklı ile irtibat kurulamamasından kaynaklanabilir. Bu durumda, alacaklı ile temasa geçilip, onun, ifanın kabulü veya reddi hususundaki iradesinin tesbiti imkânı mevcut değildir. Bu anda alacaklı ile temas kurmak mümkün olsa, belki de ifayı kabul edecek ve borç sona erecektir. Fakat alacaklının erişilmez olması nedeniyle, bu temas sağlanamamakta ve alacaklının bu husustaki iradesi tesbit olunamamaktadır.

Yalnız burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki o da, borca uygun ifanın gerçekleştirilebilmesi için alacaklının yardım ve iştirakine, yani ifaya katılmasına ihtiyaç bulunması gereğidir¹⁵⁶. Borca uygun ifanın gerçekleştirilebilmesi bakımından kural ise, ifanın, alacaklıya veya alacaklının yetkili kıldığı şahsa yapılmasıdır. Ancak alacaklıya veya alacaklının yetkili kıldığı şahsa yapılan ifa ile ki borcun sona ermesi ve dolayısıyla borçlunun borcundan kurtulması sonucu sağlanır¹⁵⁷. Eğer ifa, alacaklının ifaya katılmasına gerek kalmadan da gerçekleştirilebiliyorsa¹⁵⁸, bir başka deyişle borca uygun ifanın mevcudiyeti için alacaklının yardım ve iştirakine ihtiyaç yok ise, alacaklı ile irtibat sağlanamaması yüzünden ortaya çıkan bir ifa engeli söz konusu olamayacaktır.

Borca uygun ifa için alacaklı ile temas kurulması zorunluluğu ise, kural olarak götürülecek veya gönderilecek bir borcun söz konusu olduğu borç ilişkileri ile bazı yapma borçları bakımından ortaya çıkacaktır¹⁵⁹. Meselâ, para borçlarında ifa yeri, kural olarak, alacaklının verme (ifa) zamanında mukim bulunduğu yerdir (BK m. 73/b. 1). Bu gibi durumlarda borcun ifası

¹⁵⁶ "...Eda bir hakkın (meselâ, bir alacak veya menkul mülkiyetinin) alacaklıya devrinden ibaret olduğu takdirde, alacaklının yardım ve iştiraki zaruridir; filhakika devir aynı akit ile yapılır..." (von Tuhr: age, s. 460). Menkul mülkiyetini nakil borcunda borçlunun bu borcunu yerine getirebilmesi, mülkiyetin geçmesi hususunda borçlu ile alacaklının anlaşmalarına bağlıdır. Alacaklı, malı, malik olmak üzere teslim almaktan kaçınırsa veya alacaklı ile irtibat sağlanıp onun bu husustaki iradesi tesbit edilemezse, borçlu borcunu ifa imkânını bulamaz. Oğuzman: age, s. 169-170

¹⁵⁷ Oğuzman: age, s. 169

¹⁵⁸ "Meselâ bir gayrimenkul mülkiyetini nakil borcunu borçlu, tapu sicil memurluğuna yapacağı taleple (MK m. 922) ifa eder. Talep alacaklının iştiraki olmaksızın yapılan tek taraflı bir tasarrufi muameledir." Oğuzman: age, s. 169

¹⁵⁹ Oğuzman: age, s. 169

bakımından, alacaklının ikametgâhının bilinmesi ile ifa yerinin bilinmesi aynı anlama geldiğinden, borca uygun ifanın gerçekleştirilebilmesi için, alacaklının ikametgâhının bilinmesi zorunludur. Aksi takdirde, borcun ifası mümkün olamayacaktır. Yine bunun gibi evinde tamirat yapılacak (A) ya karşı tamirâtı yapacak (B) nin borcunu ifa edebilmesi için, (A) nın, (B) nin eve girmesi imkânını sağlaması gerekir¹⁶⁰

İşte, götürülecek veya gönderilecek bir borcun söz konusu olduğu durumlar ile alacaklının ifasına imkân sağlaması gereken yapma borcu söz konusu olup da, edimin götürüleceği veya gönderileceği yerin bilinmemesi veya bilinen ifa yerinde alacaklının bulunamaması durumlarında, alacaklının şahsî durumuna ilişkin bir ifa engelinin varlığından söz edilmektedir¹⁶¹.

İfanın kabulü hususundaki iradesini tesbit etmek üzere, alacaklı ile temas sağlanamaması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir:

i - Alacaklı kayıptır ve kendisinden haber alınamamaktadır.

ii- Alacaklı ikametgâhını terkederek, uzun süreli bir tatile çıkmıştır.

iii- Alacaklı, ifa yerini tam ve doğru bir şekilde borçluya bildirmemiştir. Bu nedenle de borçlu, hal ve şartların gerektirdiği ve kendisinden beklenebilecek bütün araştırmaları yaptığı halde, alacaklıyla temas kuramamaktadır¹⁶².

iv - Alacaklının şahsî durumuna ilişkin ifa engeli olarak nitelenen bir durum da İcra ve İflâs Kanunu madde 153'te düzenlenmiştir. Buna göre, alacağı ipotekle temin edilmiş bulunan alacaklının ortada bulunmaması ve ikametgâhının da tesbit edilememesi durumlarında, ipotekli alacağın borçlusu, icra dairesi müdürlüğüne müracaatla, İcra ve İflâs Kanunu madde 153'te belirlenen usule uymak suretiyle, ipotek bedelini oraya tevdi ettikten sonra, ipotek kaydını terkin ettirebilecektir. Doktrinde, bu imkânın yanında borçlunun, Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden istifade etmek suretiyle,

¹⁶⁰ Oğuzman: age, s. 169

¹⁶¹ von Tuhr: age, s. 550; Bonnant: agt. s. 17; Koç: agt. s. 311

¹⁶² Bonnant: agt. s. 18

mahkemeye tayin ettireceği mahalle ipotek bedelini tevdi ederek de aynı sonuca ulaşabileceği ifade olunmaktadır¹⁶³.

Borçlunun, alacaklı ile temas kurulamadığından bahsedip, Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden istifade edebilmesi için, alacaklı ile temas kurmak bakımından kendisine düşen herşeyi yapmış olması gerekir. Meselâ, alacaklının ikametgâhının tesbit edilememesi söz konusu ise, öncelikle ikametgâhın varlığı için gerekli yerleşme niyetinin (MK m. 19) mevcudiyetine delil teşkil edebilecek emareleri araştıracaktır. Bunun tesbiti mümkün olamıyorsa, alacaklının sakin olduğu her hangi bir yerin mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Bunun dışında alacaklı, ikametgâhı başkalarına bağlı olarak tayin edilen şahıslardan¹⁶⁴ ise, borçlu, alacaklının ikametgâhının bağlı olduğu bu şahısların ikametgâhını (alacaklı vesayet altında ise vesayet dairelerinin bulunduğu yeri) araştırmak zorunda kalacaktır. Çünkü bu şahısların ikametgâhı alacaklının da ikametgâhıdır.

Yalnız borçludan beklenen bu araştırma mükellefiyetinin bir sınırı olmalıdır. O da kanaatimizce, borcunu ifa etmek isteyen dürüst bir borçludan yapması beklenebilecek araştırmaları yapmış olmasıdır¹⁶⁵. Meselâ borçlu, alacaklının ilişkilerinin yoğunlaşmış olduğu yerlerde böyle bir araştırma yapmakla yükümlü tutulabilir. Fakat ondan, büyük bir şehrin tamamında ayrıntılı bir araştırma yapması beklenmemelidir.

Borçlunun bizzat alacaklı ile temas kurup, onun ifanın kabul veya reddi hususundaki iradesinin tesbit olunamaması nedeniyle Borçlar Kanunu madde 95' in sunduğu imkânlardan yararlanabilmesi için, ifa yerinde alacaklının ifayı kabule yetkili bir temsilcisinin de bulunmaması gerekir¹⁶⁶. Aksi takdirde borçlu, temsilcinin ifayı kabule yetkili olmaması ihtimali dışında, edimi temsilcinin kabulüne arz etmekle yükümlü olacaktır.

¹⁶³ *Belgesay M. R. : Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1942, C. I (m. 1-95), m. 91 s. 217-218. Bu hususta bir Yargıtay kararı için Bkz. ABD Nisan 1972 s. 749 (İİD'nin 28.12.1971 t. 13045/13538 S.lı kararı)*

¹⁶⁴ Bunlardan evli kadının ikametgâhı, kocasının ikametgâhı; velayet altında bulunan kimselerin ikametgâhı, velayeti altında bulundukları ana ve babalarının ikametgâhı; vesayet altında bulunan kimselerin ikametgâhı ise, vesayet makamlarının bulunduğu yer olarak belirlenmiştir (MK m. 21).

¹⁶⁵ *Bonnant*, bu konu ile ilgili olarak "...borçluya, alacaklının şahsı hususunda gerekli ihtimamla araştırma yapma ve onun hakkında bilgi edinme yükümlülüğü düşmektedir. Bu yükümdür ki, onu, ihmalkârlık eleştirilerinden koruyacaktır..." demektedir: agt, s. 19

¹⁶⁶ *von Tuhr*: age, s. 550

2 - Alacaklının fiil ehliyetinin bulunmaması:

Bu ihtimalde yukardakinden farklı olarak, alacaklı ile temas sağlanmaktadır¹⁶⁷. Fakat, alacaklının fiil ehliyetine sahip olmaması nedeniyle, ifanın kabulü hususundaki iradesi, hukuk alanında geçerli ve kabule şayan sonuçlar doğuramamaktadır. Çünkü borçlunun, ehliyetsiz bir kimseye borcunu ifa etmek suretiyle borcundan kurtulması mümkün değildir ve hatta alacaklıyı ehil zannetmesi halinde dahi hüküm böyledir¹⁶⁸. Bu şekilde borcunu ehliyetsiz bir kimseye ifa etmiş olan borçlu, ikinci bir defa, bu kez alacaklının kanunî mümessiline olmak üzere, ifada bulunmaya mecbur kalacaktır¹⁶⁹.

Derhal belirtelim ki, fiil ehliyeti bulunmayan alacaklının kanunî temsilcisi (veli veya vasisi) mevcut ise, bu kanunî temsilci ile irtibat sağlanabilmesi şartıyla, Borçlar Kanunu madde 95 anlamında bir ifa engelinin varlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca borcun ifası, tam fiil ehliyeti bulunmayan alacaklı bakımından ivazsız bir kazandırma teşkil ediyorsa, alacaklının temyiz kudretine sahip olması koşuluyla, kanunî temsilcisi bulunmasa dahi Borçlar Kanunu madde 95 anlamında bir ifa engeli yine söz konusu olamayacaktır. Çünkü mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurlar ivazsız iktisapta bulunurlarken, Medenî Kanun madde 16/II gereği, kanuni mümessillerinin rızasına muhtaç değildirler.

Fiil ehliyeti bulunmayan alacaklının durumunda olduğu gibi, alacaklının hayatta olup olmadığı bilinmiyorsa¹⁷⁰ ve alacaklının malvarlığının idaresi için bir kayyım da tayin edilmiş (MK m. 377/b.1) değil ise, bu durumda da

¹⁶⁷ Bu ihtimalde de, bir öncekinde olduğu gibi, borca uygun ifanın gerçekleştirilebilmesi için, alacaklının yardım ve iştirakine, yani alacaklının ifaya katılmasına ihtiyaç bulunmalıdır. Aksi takdirde, alacaklının fiil ehliyetinin bulunup bulunmamasının incelemekte olduğumuz konu bakımından her hangi bir önemi yoktur. *Oğuzman*: age, s. 171; Ayrıca Bkz. yukarıda s. 53, dn. 156'daki açıklamalar

¹⁶⁸ *von Tuhr*: age, s. 466; *Birsén*: age, s. 440

¹⁶⁹ Fakat borçlu, teslim edilen şey henüz alacaklıda bulunuyorsa, bunu ifa olarak kanunî mümessile teklif edebilir. Yine ehliyetsiz alacaklıya verilen şey bir miktar paradan ibaret ise borçlu, bu miktar borcu ile alacaklının mamelekinde sebepsiz zenginleşme teşkil eden bu fazlayı takas edebilir. (*von Tuhr*: age, s. 466; *Oğuzman*: age, s. 171)

¹⁷⁰ Bu şahıs hakkında gaiplik kararı alınmış ise, BK m. 95 anlamında bir ifa engelinden söz edilemeyecektir. Zira gaibin malvarlığı hakları, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinde mirasçısı durumunda bulunanlara, gaiplik kararının verilmesi ile birlikte intikal etmiş sayılacaktır. (*Oğuzman /Seliçi*: age (Kişiler), s. 18)

Borçlar Kanunu madde 95 anlamında, alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan bir ifa engelinin mevcut olduğu söylenecektir¹⁷¹.

Yine, eşler arasında malbirliği rejiminin (MK m. 191-210) kabul edilmiş olması durumunda koca, Medenî Kanun madde 192/son cümle hükmünden¹⁷² istifade ile; karısına ait olup, malbirliğine dahil mallardan elde ettiği gelirler arasında yer alan para alacaklarının kariya ödenmesini yasaklayabilir. Bu yasağın kapsamının bilinmemesi veya bilinmesine rağmen ödemenin kime yapılacağına belirsiz olması durumlarında da borçlu, alacaklının şahsına ilişkin bir ifa engeli ile karşılaşmış olacaktır¹⁷³.

Alacaklının şahsına ilişkin ifa engeli olarak nitelenebilecek bir başka durum ise, alacaklının tüzel kişi olması durumunda karşımıza çıkabilecektir¹⁷⁴.

Bilindiği üzere, tüzel kişiler fiil ehliyetlerini yetkili organları vasıtasıyla kullanırlar (MK m. 47). İşte fiil ehliyetini kullanmaya yetkili organın ölüm, istifa veya ihraç nedeniyle boşalması durumunda tüzel kişilik, geçici bir süre için de olsa fiil ehliyetini kaybetmiş olacaktır¹⁷⁵. Fiil ehliyetinden mahrumiyet, yeni bir organ seçilinceye veya atanıncaya kadar devam edecek ve bu arada muaccel hale gelen alacakların borçluları, ancak Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden istifade ile borçlarından kurtulma imkânı bulacaklardır¹⁷⁶.

¹⁷¹ *Koç*: agt, s. 313

¹⁷² "...Mahfuz mallara müteallik hükümler müstesna olmak üzere karısının geliri edası lâzım olduğu tarih-ten ve şahsî mallarının tabii hasılatı toplandıkları zamandan itibaren kocanın mülkü olur."

¹⁷³ *Koç*: agt, s. 313

¹⁷⁴ *Bonnant*: agt, s. 19

¹⁷⁵ *Oğuzman/Seliçi*: age (Kişiler), s. 125-126

¹⁷⁶ Ancak bu sonucun kabulü için, tüzel kişinin malvarlığı değerlerinin idaresi amacıyla, sulh mahkemesi tarafından MK m. 377/b. 4 gereğince bir kayyım da atanmamış olmalıdır.

§2 - ALACAKLI YÜZÜNDEN BORCUN İFA EDİLEMEMESİ- NİN SONUÇLARI

I - Genel Bakış

A - Yedek hukuk kuralları ile düzenlenmiş olma

Borçlar Kanununda alacaklı temerrüdü ile ilgili olarak öngörülmüş olup, konumuz bakımından da kıyasen uygulama alanı bulacak olan hükümler (BK m. 90 - 95), emredici hukuk kaideleri olmayıp yedek hukuk kaideleridir. Yani taraflar, alacaklı temerrüdü veya borcun alacaklı yüzünden ifa edilemediği diğer hallerde uygulanmak üzere, yapmış oldukları sözleşmeye hüküm koyabilirler ve bu geçerli olur¹. Taraflar, yapmış bulundukları sözleşmeye bu gibi durumlarda uygulanmak üzere hüküm koymadıkları takdirdeki Borçlar Kanunundaki bu hükümler uygulama alanı bulacaklardır. Böylece taraflar, alacaklı temerrüdünün şartlarını değiştirebilecekleri gibi, hüküm ve sonuçlarını sınırlayıp, ortadan da kaldırabilirler².

B - Alacaklı temerrüdünün sonuçlarına yapılan yollama

Borcun ifasının alacaklıdan kaynaklanan, fakat onun temerrüdüne yol açmayan bir takım sebepler yüzünden mümkün olamamasına bağlanan hukukî sonuçlardan bir kısmı, BK m. 95'te, alacaklı temerrüdüne yollama yapılmak suretiyle açıklanmıştır.

Burada düzenlenmiş bulunan hukukî sonuçları ayrı ayrı ele alıp incelemeye geçmeden önce, bu tür ifa engellerinin, borçlunun akdî

¹ *Arsebük*: age, s. 755; *von Tuhr*: age, s. 550

² *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 34

sorumluluğuna etkisi bakımından ileri sürülmüş bulunan görüş ve değerlendirmeleri ele almak kanaatimizce daha doğru olacaktır.

Bu görüş ve değerlendirmeler, alacaklı temerrüdüne ilişkin olarak ileri sürülmüş olup, alacaklının temerrüdü halinde borçlunun akdî sorumluluğunun hafifleyeceğini öngörmektedir. Bu hususa ilişkin görüşler, kanun koyucunun alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümleri sevk etmekle, borçlunun durumunu hafifletmek istediği varsayımından hareketle, tamamen mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından geliştirilmiş olup, alacaklı temerrüdünü düzenleyen hükümler arasında bu hususa ilişkin bir açıklık yoktur. Bu konu ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda eski doktrin, borçlunun akdi sorumluluğunun hafiflemiş olduğunun kabulü için, sadece alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olmasını yeterli görmemiş, bu sonucun doğabilmesi için, alacaklı temerrüdü yanında edimin niteliğine göre, tevdiin gerçekleştirilmiş olmasını veya satımdan sonra satış bedelinin tevdi edilmiş olmasını veya veyahut da akdin feshedilmiş olmasını aramıştır³.

Fakat bugün alacaklı temerrüdü halinde borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemiş olduğunu kabul edebilmek için, temerrüdün gerçekleşmiş olması dışında bir şart aranmamakta ve alacaklının temerrüde düşmesi ile birlikte borçlunun akdi sorumluluğunun da hafifleyeceği haklı olarak ifade edilmektedir⁴.

Alacaklı temerrüdünde borçlu lehine doğan bu elverişli sonuçların, incelemekte olduğumuz Borçlar Kanunu madde 95'in uygulanmasında da, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi tevdi şartı aranmaksızın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü hem incelemekte olduğumuz ifa engelleri ve hem de alacaklının temerrüdü, alacaklı yüzünden ortaya çıkan ifa engelleridir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği gibi Borçlar Kanunu madde 95, hukukî sonuçlar bakımından açıkça alacaklı temerrüdüne yollamada bulunmuş ve böylece borçlunun, ortaya çıkmasında kendi rolü bulunmayan bir takım ifa engelleri yüzünden borcu ile başbaşa kalmasına ve bir takım rizikolara katlanmasına yer bırakmamıştır⁵.

³ *Rossel*: age, s. 143, N. 195

⁴ *von Tuhr*: age, s. 538; *Oser/Schönenberger*: Art. 92(TBK m. 91) N. 3; *Becker*: Art. 92(TB K m. 91) N. 5; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 846; *Arsebük*: age, s. 740-741

⁵ *Feyzioğlu*: age, C. II, s.159

Borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesi ile ilgili olarak ileri sürülmüş bulunan görüşler, genel hükümlerden yola çıkmaktadırlar. Bu nedenle biz de, hukukî sonuçları incelerken, bu durum için Borçlar Kanununda öngörülmüş bulunan bir takım özel sonuçların da varlığını dikkate alarak,

- genel hükümlerden çıkan sonuçlar,
- özel hükümlerden çıkan sonuçlar

...olmak üzere, ikili bir ayırım yapmak suretiyle konuyu incelemeyi daha uygun buluyoruz.

II - Genel Hükümlerden Çıkan Sonuçlar

A - Genel olarak

Alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği haller açısından bazı konularda yollama yapılan alacaklı temerrüdü, alacaklıyı, tazminat yükümlülüğü altına sokmaz. Çünkü alacaklı, kendisine yapılmak istenen ifayı kabul etmemekle her hangi bir borcuna aykırı hareket etmiş olmamaktadır⁶. Alacaklı bütün haklarını kullanmakta olduğu gibi, alacak hakkını da kullanıp kullanmamakta tamamen serbesttir. Yine alacaklının temerrüt halinde bulunması, alacak hakkının sona ermesine de yol açmaz⁷. Fakat kefalette istisnaî bir hüküm kabul edilmiştir. Alacaklı, kefilin yapmış olduğu ifa teklifini kabulden imtina ederse, kefil kefaletten kurtulur (BK m. 501).

Alacaklı temerrüdü yanında, alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği diğer hallerde de alacaklı yüzünden borcun ifasının imkânsız hale gelmesi hariç⁸, alacaklının durumu aynı şekilde değerlendirilmek gerekir. Hatta bu durumlarda alacaklı, temerrüde nazaran daha da korunmaya lâyıktır. Çünkü, alacaklı temerrüdünde alacaklı, kendisine yapılan ifa teklifini bilerek ve isteyerek reddettiği halde, burada, belki de ortaya çıkmasında kendi kusuru

⁶ *von Tuhr*: age, s. 538; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238

⁷ *von Tuhr*: age, s. 538; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238

⁸ Bu durum, aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz. s. 152 vd.

dahi bulunmayan ifa engelleri nedeniyle alacağını elde edememektedir. Alacaklı temerrüdünde, ifa teklifinin makul sebep ileri sürülmeksizin reddi söz konusudur. Burada ise, ifa teklifinin kendisine bağlanan hukukî sonuçları doğuracak şekilde⁹ yapılamaması, (amacına ulaşamaması) söz konusudur. Alacaklı temerrüdünde ifayı kabul iradesi yoktur; burada ise ifayı kabul iradesi belki vardır; fakat bu irade, her iki tarafın da borcun ifasındaki menfaatlerini temin edecek şekilde ortaya konamamaktadır.

Alacaklı alacağını kullanmakta, her hangi bir hakkını kullanmakta serbest olduğu kadar serbesttir, fakat borçlu da borcunu ifa ederek kurtulmakta hukukî bir menfaate sahiptir ve rızası hilafına borç rabıtasıyla bağlı kalmaya zorlanamaz. Çünkü o, borcunun ifası bakımından, alacaklının alacak hakkını kullanmakta serbest olduğu gibi serbest değildir. Borçlu, borcunu ifa etmek zorundadır. Aksi takdirde, ifa etmemenin olumsuz neticelerine katlanması gerekir. Ezcümle borçlu, borcunu zamanında ifa etmez ise, temerrüt faizi ve cezai şart ödeme mükellefiyeti altına girebileceği gibi, icra takibine dahi maruz kalabilir. İşte ifa, borçluyu borcundan kurtarır ve bu çeşit muamelelere maruz kalmasına mani olur. Bunun için borçlu, borcunu zamanında ifa etmekte hukukî bir menfaate sahiptir¹⁰.

Fakat borçlu halihazır durumda, borçlandığı edimi ifa etmeye çalışan, ama bu amacına alacaklı yüzünden ulaşamayan bir şahıs konumundadır. Bu durum, onun sorumluluğuna yol açmayacağı gibi, borçlandığı edimin ifası dışında ek mükellefiyetler altına girmesine, yani durumunun ağırlaşmasına yol açmamalıdır. Çünkü o, sadece borcunu ifa ile mükellef tutulabilir.

Bu tür ifa engellerinin mevcudiyeti münferiden, alacaklının sorumluluğuna da yol açmayacaktır. Fakat o, sözkonusu ifa engellerinin mevcudiyeti nedeniyle ortaya çıkma ihtimali bulunan bazı zararlı sonuçlara, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi katlanmalıdır. Çünkü borca uygun ifa, onun hukuk sahasında ortaya çıkan ve kendisine izafe edilebilecek olan bir takım engeller nedeniyle gerçekleştirilememektedir. Evet alacaklı, sadece hakkını kullanmayan, daha doğrusu kullanamayan bir şahıs konumundadır, fakat bu durum ona, bu yüzden ortaya çıkabilecek olumsuz neticeleri

⁹ Alacaklı bakımından alacağına kavuşma imkânı vermesi, borçlu bakımından ise borcundan kurtulma neticesini doğurması.

¹⁰ Weber, *Berner Kommentar*: Art 91 N. 25

başkalarına, özellikle borcunu ifa etmek isteyip bu amacına kendisi yüzünden ulaşamayan borçlusuna yükleme imkânını vermemelidir.

Doktrinde genel olarak alacaklı temerrüdünün, borçlunun akdi sorumluluğunun hafiflemesine yol açacağı ve bu andan itibaren ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlardan bazılarını alacaklının katlanması gerektiği ifade olunmakta ise de, bu sorumluluğun kapsamı ve dayanağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Ayrıca, bu zararlı sonuçların bazılarında, alacaklının hangi andan itibaren sorumlu olmaya başlayacağı hususunda da görüş birliği mevcut değildir. Bu hususa, her bir zararlı sonuç incelenirken ayrıca değinilecektir.

Borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesi, ileri sürülen görüşler doğrultusunda, çeşitli şekillerde tezahür etmektedir:

B - Borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesi

Alacaklı temerrüdü ile ilgili tartışmalarda bu konu ile ilgili olarak, başlıca üç görüş ortaya atılmıştır.

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan görüşlerden ilki, bir takım hakkaniyet mülâhazaları ile, alacaklının temerrüdü halinde borçluyu akdî sorumluluktan tamamen kurtarmak gerektiğini ifade etmekteydi¹¹. Yalnız tesbit edebildiğimiz kadarıyla, şu anda bu görüşün taraftarı kalmamıştır.

Bu görüşlerden ikincisi ve kabul göreni ise, Borçlar Kanunu madde 98'den hareket etmekte ve alacaklının temerrüdü halinde borçlunun akdî sorumluluğunun, temerrüt öncesine nazaran daha hafif takdir edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹².

Bu fikri savunanlara göre, Borçlar Kanunu madde 98 çerçevesinde, alacaklıya teslim edilmesi gereken malın muhafazasından dolayı borçlunun kusuru, temerrüdün vukuundan önceki döneme nazaran daha az şiddetle

¹¹ Mommsen F. : Beiträge zum Obligationenrecht, Braunschweig 1885, s.285 ve 286; Hirsch P. : Zur Revision der Lehre vom Gläubigers Leipzig, 1895, s. 122 (*Liron R. : Essai sur La Nature De La Demeure Du Creancier D'apres Le Droit Suisse* (Thèse de Doctorat), Lausanne 1953, s. 57'den naklen)

¹² von Tuhr: age, s. 538; Oser/Schönenberger: Art.92(TBK m. 91) N. 3; Becker: Art. 92(TB K m. 91) N. 5; Oğuzman: age, C. I, s. 238; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar: age, s. 846; Arsebük: age, s. 740-741

takdir olunmak gerekir¹³. Çünkü bu duruma yani borçlunun edimi muhafazaya devam etmek mecburiyetinde kalmasına, alacaklı sebebiyet vermiştir. Temerrüdün vukuundan itibaren artık borçluya menfaat temini bahse konu olmaz ve bu sebeple de daha önce ne şekilde olursa olsun, borçlunun mesuliyeti bu andan itibaren daha hafif takdir edilmek gerekir¹⁴. Fakat bu, borçlunun edimi muhafazada kusurlu davranmasından sorumlu olmayacağı anlamına da gelmez¹⁵. Borçlu, alacaklının temerrüde düşmesinden sonra dahi, ifanın imkânsız hale gelmesinden veya gereği gibi yapılmamasından sorumlu tutulur¹⁶.

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan üçüncü görüş ise *Liron*'a aittir. *Liron*'a göre, bu iki görüş de savunulamaz. Çünkü, ilk görüş sadece hakkaniyet esasına dayanmış olup, kanunî hiç bir dayanağı yoktur. Bu nedenle kabule şayan değildir. İkinci görüşe gelince, bu görüşte dayananlar Borçlar Kanunu madde 98 hükmünün, ancak Borçlar Kanunu madde 96'da tesbit edilen sınırlar içerisinde uygulanabilir olduğunun unutulmaması gerekir. Kanun koyucu Borçlar Kanunu madde 98'de, borcunu ifa edemeyen, şu halde ifayı arz edemeyen borçlunun, tazminle yükümlü olduğu zararların kapsamını düzenlemek istemiştir. İfa teklifi yapılmadıkça, bir alacaklının temerrüdü sorununun ortaya çıkması ve temerrüt yüzünden, borçlunun sorumluluğunun hafifletilmesi ise düşünülemez¹⁷.

Liron'un bu hususta ileri sürdüğü düşüncesi ise şöyledir¹⁸: "*Bu mesele, ancak ifa teklifine gerekli fonksiyonunu gördürmekle tutarlı bir neticeye bağlanabilir. İfa teklifi, borçlunun kendisini ifa için hazır olarak gördüğü ânı tesbit eder ve şu şekilde tanımlanmak gerekir*¹⁹: "*Arz ettiği edimin, alacaklı tarafından kabulünü talep etmek için borçlunun kendisinden beklenebilecek bütün imkânları iyiniyetle kullandığı anda gerçekleşen, tek taraflı hukukî fiil*". Borçlu bu anlamı ile ifa teklifini gerçekleştirmekle, borç ilişkisinin kendisine yüklemiş olduğu yükümleri yerine getirmiş ve böylece

¹³ *Arsebük*: age, s. 740-741; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238

¹⁴ *Becker*: Art. 96 N. 6

¹⁵ *Oğuzman*: age, C. I, s. 238

¹⁶ Bu hususta bir Federal Mahkeme kararı için Bkz. JdT 1943 I 452

¹⁷ *Liron*: agt, s. 57-58; 87

¹⁸ *Liron*: agt, s. 57 - 58

¹⁹ "*Borçlu, bu anlamdaki ifa teklifini icra ettiği halde, borcunu ifa imkânı bulamamışsa alacaklı temerrüdü doğacaktır.*" *Liron*: agt, s. 34

kendi esas sorumluluğundan kurtulmuş olur. Bundan sonra alacaklı, "ifayı kabul hakkı"nı kullanıp kullanmamakta serbesttir. İfa teklifinin amacına ulaşmasını engelleyen alacaklı temerrüde düşer²⁰. *Liron'a göre alacaklı temerrüdü ise "Alacaklıdan kaynaklanan her hangi bir sebeple, olağan neticesine (yani edimin kabulü ile borç ilişkisinin sona ermesine) ulaşması engellenen usulüne uygun ifa teklifinin etkisi ile akdî sorumluluğu değişime uğrayan borçlunun, alacaklı karşısındaki durumu."* olarak tanımlanmak gerekir²¹.

Liron'un savunduğu bu düşünceye göre borçlunun yükümlülüğü borca uygun bir şekilde ifa teklifinde bulunmaktan ibarettir. Borçlu borca uygun ifa teklifinde bulunduktan sonra, sorumluluktan tamamen kurtulur. Bundan sonra edimde meydana gelen olumlu veya olumsuz değişiklikler alacaklıya ait olacaktır. O, ifayı kabul hakkını kullanıp kullanmamakta tamamen serbesttir. Alacaklının bu ifa teklifini kabul edip etmemesi borçlunun sorumluluktan

²⁰ *Liron'a göre, alacaklının temerrüde düşmesi için kendisine yapılan ifa teklifini reddetmesi yeterli olup; bu reddin makul bir sebebe istinat edip etmemesi ise önemli değildir. Her ne şekilde olursa olsun, kendisine yapılmış borca uygun ifa teklifini reddeden alacaklı, temerrüde düşmüş olur (agt. s. 28-30). Kanaatimizce, Koç'un da isabetle belirttiği gibi (agt. s. 175), kanunun sarıh hükmü (BK m. 90) karşısında bu görüş savunulamaz. Çünkü alacaklı temerrüdü için, alacaklının, kendisine yapılmış bulunan borca uygun ifa teklifini, makul bir sebep ileri sürmeksizin reddetmiş olması gerekir. Yoksa alacaklı, borca uygun ifa teklifini, reddetmesini haklı kılan bir sebep beyan ederek reddediyorsa temerrüde düşmesi söz konusu edilemez.*

²¹ *Liron: agt. s. 35. Liron, alacaklı temerrüdünü bu şekilde tanımladıktan sonra, "alacaklının ifa teklifi karşısında sessiz kalması, nerede olduğunun bilinmemesi ve alacaklının şahsî durumundan kaynaklanan diğer bütün sebepler (İBK m. 96/TBK m. 95) edimin ifasını alacaklı bakımından engelledikleri ölçüde, aralarında hiç bir ayırım gözetilmeksizin alacaklı temerrüdüne yol açarlar."* demektedir. Böylece Liron, Borçlar Kanunu madde 95'in düzenlediği durumlarda da alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Aslında ifa teklifini "arz ettiği edimin alacaklı tarafından kabulünü talep etmek için borçlunun kendisinden beklenebilecek bütün imkânları iyiniyetle kullandığı anda gerçekleşen tek taraflı hukukî fiil" olarak tanımlayınca bu sonuca ulaşılması normaldir. Çünkü bu tanıma göre, adı "ifa teklifi" olmasına rağmen, edimin, alacaklının kabulüne fiilî veya en azından sözlü olarak sunulması gerekli görülmemekte (Zaten sözlü ve fiilî ifa teklifi ayrımı da *Liron* tarafından lüzumsuz bulunmaktadır: agt. s. 67-68) ve borçlu, edimi alacaklının kabulüne arz etmek için sahip olduğu bütün imkânları iyiniyetle kullandığı anda, edim alacaklının kabulüne sunulmamış olsa da ifa teklifi yapılmış olarak kabul edilmiş olmaktadır. Böylece de usulüne uygun ifa teklifinin gerçekleştirilebilmesi için borçluya düşen görev, alacaklı ile temas sağlamak hususunda sahip olduğu bütün imkânları iyiniyetle kullanmak olarak kabul edilmekte, bu imkânların kullanılmasından sonra alacaklı ile temas kurulmuş olup olmaması ise önem taşımamaktadır. Alacaklı ile temas kurulması durumunda ise alacaklının temerrüde düşmesi bakımından, alacaklının kendisine yapılan ifa teklifini reddetmesinin sadece tamamlayıcı bir isbat rolü oynadığı ifade edilmektedir (agt. s. 52). Zira *Liron'a göre*, bu anlamdaki ifa teklifi karşısındaki alacaklının tutumu veya durumu önem taşımaz (agt. s. 67).

Halbuki Borçlar Kanunu madde 95'in düzenlediği durumlarda alacaklı temerrüdü söz konusu değildir. Çünkü alacaklı temerrüdünün ortaya çıkabilmesi için, edimin alacaklının kabulüne kural olarak fiilî, istisnaen ise sözlü olarak arz edilmesi ve alacaklının da edimin kabulünü makul bir sebep beyan etmeksizin reddetmesi gereklidir (BK m. 90).

kurtulması bakımından önemli değildir. Borçlunun yükümlülüğü borca uygun ifa teklifinde bulunmakla artık sona ermiştir.

Liron'a göre alacaklı, usulüne uygun olarak kendisine arz edilen ifayı reddedip, temerrüde düştüğü takdirde de borç ilişkisini sürdürme ve bu borç ilişkisinden kaynaklanan alacak hakkını kullanmayı erteleme imkânına sahiptir. Fakat, ifa teklifinin yapılmasından itibaren bu imkânı sahip olan alacaklı, karşı âkidin durumunu ağırlaştırma imkânına sahip değildir. Bu nedenle alacaklı, kendisine usulüne uygun ifa teklifinin yapılmasından itibaren, teklif olunan edimin maruz kalacağı eksilmelere katlanacak; buna karşılık artmalara da nail olacaktır. Yani alacaklı, ifa teklifinin yapılmasından itibaren edimde meydana gelebilecek olumlu veya olumsuz bütün değişikliklere katlanacaktır. Çünkü *Liron*'a göre, usulüne uygun ifa teklifinin yapılması ile birlikte, sözleşmeden doğan bütün hak ve borçların kapsamı maddî (veya fiilî) olarak tesbit edilmiş olur²². Böylece taraflar arasındaki karşılıklı denge kesin bir şekilde sağlanmış olacağı ve bu andan itibaren edimi etkileyebilecek olumlu veya olumsuz her türlü değişikliklere alacaklı katlanacağı için, borçlu, etkili bir şekilde korunmuş olacaktır²³.

Kanaatimizce, alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun akdî sorumluluğunun hafifleyeceğini kabul eden ikinci görüşe katılmak gerekir. Çünkü, *Koç*'un da isabetle belirttiği gibi, *Liron*'un ifa teklifi ile sözleşmeden doğan hak ve borçların tam kapsamının, maddî veya fiilî olarak tesbit edildiğini ileri süren görüşüne katılmak, en azından yürürlükteki kanun hükümleri (de lege lata) gözönünde bulundurulduğunda mümkün gözükmemektedir²⁴. Gerçekten, sözleşmeden doğan hak ve borçların kapsamının, ifa teklifinin yapılması ile sabit hale gelmesini, diğer bir ifade ile dondurulmasını gerektiren hukukî bir mesnet yoktur. Aksine borçlunun, ifa teklifinin haksız olarak reddinden sonra dahi akdî sorumluluğu devam eder ve o, borcundan kurtulmak istiyorsa tevdi yoluna gitmek zorundadır (BK m. 91). Çünkü borç tevdi ile sona erer. Sadece ifa teklifinin ise borcu sona erdirme fonksiyonu yoktur.

Katıldığımız ikinci görüş çerçevesinde, alacaklının temerrüdü sırasında; fakat edimin tevdiinden önce de borçlunun muhafaza borcu devam eder.

²² *Liron*: agt, s. 87 - 88

²³ *Liron*: agt, s. 58, 88

²⁴ *Koç*: agt, s. 175

Genel olarak borçlu, alacaklının temerrüdüne rağmen, şeyi muhafaza etmek ve ona gereken özeni göstermek yükümlülüğünü taşır²⁵. Fakat temerrütten sonra, borçlunun sorumluluğu daha hafif takdir olunur²⁶. Özellikle olumsuz neticenin meydana gelmesinde borçlunun kusuru hafif ise, hâkimin takdirine göre, sorumluluğu tamamen ortadan kalkabilir²⁷. Borçlar Kanununda bizi bu sonuca götürebilecek iki hüküm mevcuttur: Bunlardan birincisi Borçlar Kanunu madde 98/II' nin haksız fiil hükümlerine yaptığı yollama çerçevesinde uygulanacak olan, madde 44/I hükmüdür. Bu hükme göre, zararın doğmasına alacaklının da bir fiili veya ihmali sebep olmuş ise (müterafik kusur), hâkimin takdirine göre borçlunun sorumluluğu azalabilecek, hatta -hal ve şartlara göre- tamamen ortadan kalkabilecektir. Alacaklı mütemerrit ise ifanın bu andan sonra imkânsız hale gelmesinde veya gereği gibi yapılamamasında onun da payı olduğu kural olarak kabul edilebilir²⁸. Diğer hüküm ise Borçlar Kanunu madde 98/I'de yazılıdır. Buna göre borçlu, bütün kusurlarından sorumlu ise de, bu sorumluluğun kapsamı için özel niteliğine göre çok veya az olabilir. Hele iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı takdirde sorumluluk daha az şiddetle takdir olunur²⁹.

Buraya kadar, alacaklının temerrüt halinde bulunmasının borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesine yol açıp açmayacağı meselesi üzerinde durduk ve hâkim görüş doğrultusunda alacaklı temerrüde düşmüş ise, borçlunun sorumluluğunun hafifleyeceğini kabul ettik.

Acaba aynı sonuca, inceleme konumuz olan Borçlar Kanunu madde 95 açısından da ulaşılabilir mi?

Gerçekten, inceleme konumuz bakımından alacaklı temerrüdünün söz konusu olmadığı açıktır. Çünkü, ne alacaklıya yapılmış bir ifa teklifi ve ne de bu teklifin alacaklı tarafından makul sebep beyan olunmaksızın reddi söz konusudur. Böyle olunca da, alacaklının temerrüde düştüğünden söz edilmesi mümkün değildir³⁰.

²⁵ *Feyzioğlu*: age, s. 149

²⁶ *Oğuzman*: age, C. I, s. 238

²⁷ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıop*: age, s. 847

²⁸ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıop*: age, s. 847

²⁹ *Feyzioğlu*: age, s. 149

³⁰ Aksi fikir için Bkz. *Liron*: agt, s. 34-35

Fakat kanaatimizce, burada da aynı neticeye ulaşmak gerekir. Çünkü borçlunun durumu, her iki halde de aynıdır. Borçlu, her iki ihtimalde de, borcun ifası için kendisine düşen bütün şeyleri yaptığı halde, neticeye, alacaklıdan kaynaklanan sebepler yüzünden ulaşamamaktadır.

Ayrıca şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz ki, Borçlar Kanunu madde 98, tamamen borçlunun durumunu nazara almaktadır. Yani, onun akdî sorumluluğunu tayin ederken, yapılacak işin "*borçlu için bir faideyi mucip*" olup olmadığını dikkate almaktadır³¹. Borçlunun durumu ise, hem alacaklının temerrüdünde ve hem de alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği diğer hallerde aynıdır. O, alacaklısı yüzünden borcunu ifa edemeyen bir şahıs durumundadır.

Kanaatimizce, Borçlar Kanunu madde 95'in öngördüğü durumlar açısından da, Borçlar Kanunu madde 98/I hükmünün uygulanması sırasında sorun teşkil edebilecek bir tek mesele vardır ki o da, hangi andan itibaren borçlunun akdî sorumluluğunun hafifleyeceği!

Bu mesele, alacaklı temerrüdü bakımından kolaylıkla aşılabılır. Çünkü orada, alacaklının temerrüt ânı belirlidir. Alacaklı, kendisine yapılan usulüne uygun ifa teklifini makul bir sebep ileri sürmeksizin reddetmekle mütemerrit olur. Fakat Borçlar Kanunu madde 95 uygulaması bakımından, ifa engelinin ortaya çıkış ânı, bu kadar kesin ve belirli değildir.

Kanaatimizce, alacaklı yüzünden ortaya çıkan bütün ifa engelleri bakımından da uygulama alanı bulacak genel bir kaide koymak zordur. Bu nedenle, alacaklı yüzünden ortaya çıkan her ifa engeli, müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulmalı ve borçlunun bu engeli aşmak hususunda kendisinden beklenebilecek³² bütün şeyleri yapıp bitirmesi ile, akdî sorumluluğunun da hafiflediği kabul edilmelidir. Çünkü, borç ilişkisinin borçluya yüklemiş olduğu araştırma mükellefiyeti, araştırmanın yapılması ile son bulmaktadır. Meselâ götürülecek bir borçta, edimi alacaklısının ikametgâhına götürecek olan borçlu, alacaklının ikametgâhının tesbiti için kendisinden beklenebilecek bütün araştırmaları yaptığı halde amacına ulaşamamışsa, bu andan itibaren onun akdî sorumluluğunun hafiflediğini

³¹ " Her iki durumda da borçlunun, borç konusu şeye kusuru ile zarar vermesi söz konusu olduğu için BK m. 98/I hükmünün uygulanması zorunludur." *Koç: agt, s. 176*

³² Bu hususta Bkz. s. 47 vd.

kabul etmek gerekir. Yine meselâ, alacaklı sıfatında bir ihtilaf mevcut ise, borçlunun gerçek alacaklıyı tesbit için yapmış olduğu araştırmaları sonuçsuz kaldığı andan itibaren, akdî sorumluluğunun hafiflemiş olduğu kabul edilmelidir.

C - Alacaklının, borçlu tarafından yapılan masrafları ödeme yükümlülüğü

1 - Genel olarak

Borçlu, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı yüzünden borcunu ifa edememesinden sonra da edimin bakım ve muhafazasını teminle yükümlü olmaya devam edeceğinden³³; ifa engelinin ortaya çıkmasından tevdi ânına kadar geçecek süre içerisinde, edimin bakım ve muhafazasını temin için bazı harcamalar yapmak zorunda kalabilir.

İşte, borçlunun bu dönemde yapmış olduğu harcamalar "m a s r a f" olarak isimlendirilmektedir³⁴. Hukukî bir kavram olan masraf ise "*bir kimsenin, başkasına ait bir mal veya hakkın muhafazası amacıyla, kendi malvarlığında rızasıyla meydana getirdiği veya meydana gelmesine katlandığı eksilmeler*" olarak tanımlanmaktadır³⁵.

Bu tanım dikkate alındığında, edimin bakım ve muhafazası ile ilgili olarak yapılmış bulunan harcamalar nedeniyle, borçlunun malvarlığında meydana gelen eksilmelerden, masraf olarak nitelenebilecek olanlar şu şekilde belirtilebilir:

Edimin bakım ve muhafazasını temin etmek için borçlunun malvarlığında meydana gelen bu eksilme, gerek para ödenmesi tarzında gerekse malvarlığındaki bir değer bu amaçla kullanılması tarzında ortaya çıkabilir³⁶. Meselâ, borcun konusu hayvan teslimi ise bunların bakım ve

³³ Oğuzman: age, s. 238

³⁴ Oğuzman: age, s. 238; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 694; Eren: age, C. III, s. 180

³⁵ Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 268; Feyzioğlu F. N. : Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şûmulû (Hususiyle Ecrimisil), ilaveli ikinci bası, İstanbul 1961, s. 198; Davran B. : Medenî Hukukta Masraf ve Sarfiyat, İÜHFM, C. XI (1945) S. 1-2, s. 289 ve 295-297; Oğuzman/Seliçi: age (Eşya), s. 120-121

³⁶ Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 268; Davran: agm, s. 299

temizliği için ödenen paralar ile yemleri için ödenen paralar³⁷; edimin muhafazası için bir depo kiralanması; edimin sigorta ettirilmesi; edim periyodik bakım gerektiren bir makine ise bu bakımın yapılması için ödenen paralar gibi. Yine, edim bir hayvanın tesliminden ibaret ise bu hayvana borçluya ait yemlerin yedirilmesi³⁸; edim bir otomobilin tesliminden ibaret ise, bu otomobilin tamiri amacıyla borçlunun, kendisine ait bir parçayı kullanması gibi.

Yine bunun gibi, edimin bakım ve muhafazasını temin etmek için borçluya ait bir şey veya yerden yararlanılması nedeniyle, borçlu, normal koşullar altında elde edebileceği bir kârdan mahrum kalmış ise borçlunun mahrum kaldığı bu kâr da masraf olarak kabul edilecektir³⁹. Meselâ borçlunun, ifanın gerçekleştirilememesi nedeniyle muhafaza etmek zorunda kaldığı borç konusu şeyi, kiraya verebileceği bir depoda muhafaza etmek zorunda kalması ihtimalinde durum böyledir⁴⁰. Yine bunun gibi borçlunun, edimi, muhafaza edileceği depoya kadar kendi aracı ile taşımak zorunda kalması nedeniyle yoksun kaldığı kârın da masraf olarak nitelenmesi gerekir.

Borçlunun malvarlığında, edimin bakım ve muhafazası ile ilgili olarak yapılan harcamalar nedeniyle meydana gelen eksilmeler masraf olarak kabul edileceği ve bu masrafların tamamının alacaklıya ait olacağı kural olarak kabul edilmekte⁴¹; fakat borçlunun malvarlığında meydana gelen bu eksilmelerin, normal koşullar altında yapılması gereken ve hüsnüniyet (objektif iyiniyet) kuralları çerçevesinde yapılan harcamalar olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁴².

Bu çerçevede olmak üzere, borçlunun talep edebileceği iki tür masraf mevcuttur:

³⁷ *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 694 - 695

³⁸ *Feyzioğlu*: age (iade), s. 199

³⁹ *Tandoğan*: age (vekâletsiz iş görme), s. 268-269

⁴⁰ *Davran*: agm, s. 299-300

⁴¹ *Tandoğan*: age (vekâletsiz iş görme), s. 268; *von Tuhr*: age, s. 540; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 151;

⁴² *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 694 - 695

i - Borçlu, öncelikle edimi muhafaza zorunda kalmış olması nedeniyle, ifa engelinin ortaya çıkmasından, edimin tevdi edilmesine kadar geçecek süre içerisinde yapılacak olan, bakım ve muhafaza masraflarını isteyebilecektir.

ii - İkinci olarak borçlu, edimin tevdi ile ilgili olarak yapmış olduğu tevdi masraflarını isteyebilecektir⁴³.

2 - Masrafları talep hakkının dayandığı ilkeler

Doktrinde, borçlunun edimin bakım ve muhafazasına ilişkin olarak yapmış olduğu masrafları alacaklıdan, hangi hükümlere dayanarak talep edebileceği hususunda görüş birliği yoktur.

Bu husustaki ilk görüş, borçlunun masraflarını talep hakkının dayanağını *vekâletsiz iş görme hükümleri* (BK m. 410 vd.) olarak kabul etmektedir⁴⁴. Bu görüş, doktrinde hâkim bulunmaktadır.

İkinci görüş ise, borçlunun masrafları talep hakkının *vekâletsiz iş görme* veya *sebepsiz zenginleşme hükümlerine* dayanabileceğini kabul etmektedir⁴⁵. Bu yazarlara göre borçlu, masraflara ilişkin talebini, isterse vekâletsiz iş görme isterse, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırma hakkına sahiptir.

Liron ise, bu iki görüşü de reddetmekte ve borçlunun, ifa teklifinde bulunduktan⁴⁶ sonra, edimi muhafaza etmek ve onun bakımı hususunda gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğunu ifade etmekte ve borçlunun, bu yükümünü yerine getirdikten sonra, bu esnada yapmış olduğu hizmetler için, alacaklıdan, hakkaniyete uygun bir ücret isteme hakkına sahip olacağını söylemektedir⁴⁷.

⁴³ Borçlunun bu tür masrafları yapmasının sebebi, sadece tevdiin gerçekleştirilmesi olduğu için, bu konu ile ilgili düzenleme tevdiin sonuçları incelenirken ele alınacaktır. Bkz. s. 100 vd.

⁴⁴ *von Tuhr*: age, s. 540; *Oğuzman*: age, C. I, s. 238; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 151; *Reisoğlu S.* : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1993, s. 263; *Koç*: agt, s. 290

⁴⁵ *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 9

⁴⁶ İnceleme konumuz olan "*alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği durumlar*"da, ifa teklifinin söz konusu olmadığı, haklı olarak söylenecek ise de; *Liron*'un ifa teklifini farklı yorumladığını hatırlatmak istiyoruz. Bu hususta Bkz. s. 63

⁴⁷ *Liron*: agt, s. 88

Kanaatimizce de bu üç görüşten ilkinde öncelik tanımak gerekir. Buna göre borçlu, yapmış bulunduğu bakım ve muhafaza masraflarını vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edecektir. Çünkü vekâletsiz iş görmenin temelinde, "*başkasının işini görme düşüncesi*" yatmaktadır⁴⁸. Gerçekten de, edimi muhafaza etmek zorunda kalan borçlunun, edime ilişkin masrafları, bu düşünce ile yaptığı yani alacaklının yararına hareket ettiği, varsayımı durumun niteliğine daha uygun düşecektir.

Bu masrafların borçlu tarafından yapılması ile, alacaklının sebepsiz zenginleştiğini düşünmek ise, bize pek makul gözükmemektedir. Çünkü sebepsiz zenginleşme taleplerinin genel olarak objektif bir temelden kaynaklandığı, bir başka deyişle "*malvarlıkları arasındaki değer kayması*" olgusunun belirleyici bir özellik taşıdığı belirtilmektedir⁴⁹. Burada ise, borçlunun bu masrafları yapması ile onun malvarlığından çıkan şeyler alacaklının malvarlığına intikal etmiş olmaz. Yani sebepsiz zenginleşmenin mevcudiyeti için gerçekleşmesi gereken "*fakirleşme*" olgusu gerçekleşmiş olmasına rağmen, "*zenginleşme*" olgusu gerçekleşmemiş olur. Bu intikalin gerçekleşebilmesi ise en erken, alacaklının edimi kabul beyanında bulunması ile mümkün olur. Alacaklı edimi kabul beyanında bulunmadıkça da, sebepsiz zenginleşmeye dayanan talebin alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün olmaz.

Buna karşılık vekâletsiz iş görmede, yukarıda da belirtildiği gibi, "*başkasının işini görme iradesi*" belirleyici bir unsur olarak rol oynamaktadır⁵⁰. Eğer, masrafları talep hakkının vekaletsiz iş görmeye dayandığı kabul edilecek olursa, alacaklıdan, edimi kabul beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın, bakım ve muhafaza masrafları talep olunabilecektir. Ayrıca vekâletsiz iş görmede iş gören şahsa, gördüğü iş ile ilgili olarak özen ve sadakat gösterme yükümü yüklenmiş olduğundan (BK m. 411), burada vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması alacaklının da yararına olacaktır.

Yine doktrinde, sebepsiz zenginleşme hükümleri ile vekâletsiz iş görme hükümlerinin yarışamayacağı; ancak, Borçlar Kanunu madde 413/III hükmü

⁴⁸ Tandoğan H. : *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C. II, Ankara 1987, s. 678

⁴⁹ Ulusan İ. : *İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun sınırlanması sorunu*, Doçentlik tezi, İstanbul 1984, s. 57-58; Öz T. : *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990, s. 10 vd. ; Oğuzman/Öz: age, C. II, s. 206-207

⁵⁰ Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 169 vd. özellikle s. 172-173

dolayısıyla, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin vekâletsiz iş görme hükümlerini tamamlayıcı bir rol oynayabileceği kabul edilmektedir⁵¹.

Kabul ettiğimiz bu görüş çerçevesinde borçlu, edimin bakım ve muhafazası için yapmış olduğu masraflardan, halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği zorunlu ve faydalı masraflarını Borçlar Kanunu madde 413/I gereğince talep edebilecektir. Bu hüküm kapsamına girmediği için elde edemediği lüks masraflarını ise bu hüküm çerçevesinde talep edemeyecektir. Bununla birlikte, yapılmış bulunan bu lüks masraflar iş sahibinin (burada alacaklının) malvarlığında bir artış meydana getirmiş ise bu fazlalığın iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak suretiyle temin edilebileceği kabul edilmektedir⁵². Borçlu, yapmış olduğu lüks masraflarının mümkünse aynen iadesini, değilse bu harcamaların alacaklının malvarlığında meydana getirdiği artma karşılığının nakden ödenmesini isteyebilir. Alacaklı iyiniyetli olmak koşuluyla, masrafların malvarlığında meydana getirdiği artıştan, sebepsiz zenginleşme davası açıldığı zaman elinde kalan miktarla sorumlu olur. Tabiidir ki, kötü niyetle elden çıkarmış olduğu bir şey var ise onun karşılığını da ödemekle mükellef tutulacaktır⁵³.

D - Tartışmalı olan sonuçlar

Alacaklının temerrüde düşmesi ile birlikte, yukarda incelemiş olduğumuz iki sonucun, yani borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflemesi ile bakım ve muhafaza masraflarına alacaklının katlanmasının, meydana geleceği hususunda görüş birliği bulunmasına rağmen; aşağıda belirteceğimiz sonuçların alacaklı temerrüdü ile birlikte meydana gelip gelmeyeceği hususunda aynı görüş birliği mevcut değildir.

Bu tartışma, alacaklı temerrüdünün,

- Hasarın geçmesi,
- Akdî faizlerin işleminin durması,
- Borçlu temerrüdünün sona ermesi,

⁵¹ Öz: age, s. 72 . ; Oğuzman/Öz: age, C. I,1 s. 234

⁵² Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 291; Koç: agt, s. 291

⁵³ Tandoğan: age (vekâletsiz iş görme), s. 291-292

- Alacaklının ödemezlik def'ini kullanamaması

...sonuçlarını meydana getirip getirmeyeceği hususundadır.

Borçlu temerrüdünün sona ermesi ve ödemezlik def'i hususundaki tartışma, "bu iki sonucun, alacaklı temerrüdünden mi kaynaklandığı, yoksa borcun ifasının teklif edilmiş olmasından mı kaynaklandığı" hususundadır⁵⁴.

Bizim inceleme konumuz bakımından ise, ortada, ne ifa teklifi ve ne de bu teklifin makul sebep olmaksızın reddi anlamına gelen alacaklı temerrüdü bulunduğu için, bu sonuçların doğması mümkün gözükmemektedir.

Bu sonuçlar, bizim inceleme konumuz bakımından en erken edimin tevdiî ânında husule gelebilir ki bu konu aşağıda tevdiîin sonuçları anlatılırken incelenecektir⁵⁵.

Hangi anda ortaya çıkacağı tartışmalı olan diğer sonuçlar, yani hasarın alacaklıya ne zaman geçeceği ve akdî faizin işleminin ne zaman duracağı⁵⁶ sorunları bakımından da aynı şey söylenebilir. Yani konumuz bakımından, bu sonuçların da edimin tevdiî ile birlikte meydana geleceğinin kabul edilmesi, durumun niteliğine daha uygun düşecektir. Bu konu da aşağıda incelenecektir⁵⁷.

⁵⁴ Oser/Schönenberger: Art. 92 (TBK m. 91) N. 9; Becker: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2-3; Oğuzman: age, C. I, s.239; Gauch/Schluep/Tercier: age, s. 55, N. 1505; Eren: age, C. III, s. 180; Arsebük: age, s. 742-743; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp: age, s. 849; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 695; Reisoğlu: age, s. 263; İnan: age, s. 475. Oğuzman dışındaki yazarlar; bu iki sonucun, alacaklının temerrüde düşmesi nedeniyle ortaya çıkacağını; Oğuzman ise, bu iki sonucun alacaklının temerrüdü nedeniyle değil, edimin ifasının teklif edilmiş olması nedeniyle ortaya çıktığını, bizce de haklı olarak savunmaktadır. Şöyle ki, alacaklı usulüne uygun olarak teklif edilen ifayı red hususunda haklı bir sebebe dayanıyorsa, alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Fakat buna rağmen ifayı borcuna uygun bir şekilde teklif eden borçlu, borçlu temerrüdünden kurtulur. Yine bunun gibi alacaklı, ifa teklifini haklı sebeple reddedince alacaklı temerrüdüne düşmeyecektir, fakat o, kendi borcunun ifası bakımından borçlunun ifa talebine karşı ödemezlik def'ini ileri süremeyecektir. Çünkü borçlu, kendi borcunun ifasını alacaklısına teklif etmiş durumdadır (BK m. 81).

⁵⁵ Bkz. s. 102 vd.

⁵⁶ Bu husustaki tartışma ise, bu sonuçların, alacaklı mütemerrit olunca mı, yoksa edim tevdi olununca mı doğacağı hususundadır. Bu hususta; Oğuzman (age, C. I, s. 239) ve Oser/Schönenberger (Art. 92 (TBK m. 91) N. 9) dışındaki yazarlar; alacaklının temerrüdü ile bu sonuçların doğacağını (bu yazarlar için Bkz. dn. 54); bu üç yazar ise edimin tevdiî ile bu sonuçların husule geleceğini, zira diğer fikrin Alman Medenî Kanunundan (BGB § 301 ve § 324) ilham aldığını, fakat bizim Borçlar Kanunumuzda benzer hükümler bulunmadığını, bu nedenle faizin işleminin en erken ana borç sona erince, yani para tevdi edilince duracağını, aynı şekilde hasarın alacaklıya geçmesinin de Borçlar Kanunu madde 92 ile tevdi bağlanmış olduğunu kabul etmektedirler.

⁵⁷ Bkz. s. 99 vd.

III - Özel Hükümlerden Çıkan Sonuçlar

A - Genel olarak

Alacaklısı yüzünden borcunu ifa olarak arz edemeyen borçlunun, izlemesi gereken yol ile ilgili olarak, akla şu ihtimaller gelebilir⁵⁸: Borçlu, ya engeller ortadan kalkıncaya kadar malı muhafaza etmeli veya işi yapmayı ertelemeli; ya da engelin ortadan kalkmasını beklemeyerek alacaklının temerrüdünde olduğu gibi şeyi tevdi etmeli veya akdi feshetmelidir. Kanun koyucu haklı olarak burada da alacaklı temerrüdünde olduğu gibi borçluya, dilerse edimi muhafaza etme, dilerse tevdi yoluna başvurma veya akdi feshetme imkânlarını tanımıştır.

Borçlar Kanunu madde 95, "...borçlu, alacaklının temerrüdü halinde olduğu gibi tevdi etmek veya akdi fesheylemek hakkını haizdir." demek suretiyle, açıkça alacaklı temerrüdüne yollamada bulunmuştur. Bu nedenle, alacaklı temerrüdü için özel olarak düzenlenmiş bulunan hükümler, kıyasen, konumuz bakımından da uygulama alanı bulacaklardır.

Her ne kadar burada, sadece tevdi ve akdin feshinden bahsedilmiş ve alacaklı temerrüdünün borçluya sağladığı imkânlardan birisi olan, malı satarak satış bedelinin tevdi imkânına değinilmemişse de; burada da, "*satış müteakip bedelin tevdiinin, borçlu bulunulan şeyin tevdi yerine kaim olacak bir keyfiyet olduğu*"⁵⁹ gerekçesiyle, tevdiin öngörüldüğü bütün hallerde bu imkânın da kabul edilmesi gerektiği ittifakla kabul edilmektedir⁶⁰.

Böylece alacaklı temerrüdü için aranan şartlar gerçekleşmemiş olsa bile, tıpkı alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, Borçlar Kanunu madde 95'te öngörülmüş bulunan durumlarda da borçlu, edimin tevdi, malı satarak bedelinin tevdi ve akdin feshi imkânlarından yararlanabilecektir.

⁵⁸ Feyzioğlu: age, C. II, s. 159

⁵⁹ von Tuhr: age, s. 549 dn. 73

⁶⁰ von Tuhr: age, s. 549; Oğuzman: age, C. I, s. 244; Serozan R. : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 354; Arslanlı: age, s. 527; Arsebük: age, s. 754 dn.89

Arsebük, Borçlar Kanunu madde 95'in, alacaklı temerrüdüne dayanan bir hüküm olmayıp, belki de borçluya atfedilemeyen bir sebeple ifanın imkânsızlaşmasını öngören bir hüküm olduğunu ifade etmektedir⁶¹. Ayrıca *Arsebük*, İsviçre Borçlar Kanunu madde 96'nın (TBK m. 95) fransızca metnindeki "*la prestation due*" ibaresinin, Türkçeye çevrilirken, "*yapılması lâzımgelen eda*" şeklinde tercüme edilmesi gerekirken, "*verilecek şey ve yapılacak iş*" diye tercüme edilmesinin, yalnız tercüme hatası olarak kalmayıp, hüküm hatası da doğurduğunu; çünkü mahiyetleri itibariyle tevdi mümkün olmayan hallerde yalnız fesih hakkının bulunduğunu söylemektedir⁶². *Koç* ise, Borçlar Kanunu madde 95'te "*tevdi etmek veya akdi fesheylemek*" hakkından söz edilmesinin, böyle bir hüküm yanlışlığını ortadan kaldıracak nitelikte olduğunu belirtmektedir⁶³.

Gerçekten de "*la prestation due*" ibaresinin, "*borçlu olunan edim*" şeklinde tercüme edilmesi gerekirken, "*verilecek şey ve yapılacak iş*" diye tercüme edilmesi, ilk bakışta bir hüküm hatasının mevcut olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Çünkü böylece madde metni, hem verme borçları ve hem de yapma borçları bakımından, hem akdin feshi ve hem de edimin tevdi imkânlarının tanınmış olduğu şeklinde anlaşılmaya müsait hale gelmiştir. Oysa akdin feshi imkânı, ilerde de görüleceği üzere, sadece tevdiinin mümkün olmadığı yapma borçları bakımından tanınmıştır. Halbuki bu ibare, *Arsebük*'ün de belirttiği gibi mehaza uygun olarak "*borçlu olunan edim*" şeklinde tercüme edilmiş olsa idi, böyle bir sonuç doğmayacaktı. Çünkü o zaman, ifa edilecek edimin mahiyeti neyi gerektiriyorsa, edimin tevdi veya akdin feshi imkânlarından birisinin mevcut olduğu söylenecekti.

Durum böyle olmasına rağmen madde metninde bir hüküm hatasının mevcut olduğu yine de söylenememek gerekir. Çünkü *Koç*'un da belirttiği gibi madde metninde "...*tevdi etmek veya akdi fesheylemek*..." imkânlarından bahsedilmiş olması da edimin mahiyeti neyi gerektiriyorsa o yola başvurulabileceği anlamını vermektedir. Ayrıca madde metninde bu imkânlar tanınırken "...*alacaklının temerrüdü halinde olduğu gibi tevdi etmek veya akdi fesheylemek hakkını haizdir*." demek suretiyle açıkça alacaklı temerrüdünün sonuçlarına yollamada bulunulmuştur. Alacaklı temerrüdünde ise akdin feshi imkânı sadece yapma borçları bakımından tanınmıştır. Bu

⁶¹ *Arsebük*: age, s. 754 - 755

⁶² *Arsebük*: age, s. 754 dn. 91

⁶³ *Koç*: agt, s. 306 dn. 3

nedenle "*la prestation due*" ibaresinin, "*verilecek şey ve yapılacak iş*" şeklinde tercüme edilmesi, yine de bir hüküm hatası meydana getirmekten uzaktır. Böylece borçlu, ifa edeceği edimin mahiyeti neyi gerektiriyorsa, tevdi veya akdin feshi imkânlarından birisini kullanmak suretiyle borcundan kurtulabilecektir.

İşte alacaklı temerrüdünde olduğu gibi, konumuz bakımından da, borçluya tanınmış bulunan en önemli imkânlar bunlardır. Çünkü böylece borçlu, alacaklıya ifa zorunda kalmaksızın borcundan kurtulma imkânına kavuşturulmuştur⁶⁴. Bu çerçevede, özel olarak düzenlenmiş bulunan sonuçlar şunlardan ibarettir:

i - Tevdi imkânı,

ii - Malın satılarak satış bedelinin tevdi imkânı,

iii- Akdin feshi imkânı.

Bu arada şu hususu da belirtelim ki borçlu, bu yollara başvurmak zorunda değildir. Kanun, kendisine alternatif imkânlar tanımıştır; yoksa ona bu hususta bir mükellefiyet yüklenmesi söz konusu değildir⁶⁵.

B - Tevdi imkânı

Yukarıda da belirtildiği gibi, tevdi, borçlunun hakkıdır. O, isterse tevdi yoluna gider; isterse, ifa engeli ortadan kalkıncaya kadar bekler ve borcunu alacaklısına ifa ederek borcundan kurtulur⁶⁶.

⁶⁴ *Stachelin*: agm, s. 227

⁶⁵ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 843; *Koç*: agt. s. 177; *Serozan*: age, s. 347. Bununla birlikte; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.5.1967 tarih ve 966/6-592 Esas, 966/2552 Karar sayılı kararında, alacaklının temerrüde düştüğünü öğrendiği takdirde borçluyu, tevdi yeri tayin ettirmeye mecbur sayan bir düşünceye yer verilmiştir. (Karar için Bkz. *Olgaç*: age, m. 91 N. 1)

⁶⁶ Tabii borçlu, bu yola başvurmaz ise, kesin vade söz konusu olan durumlarda, vadenin gelmesi ile birlikte temerrüde düşecek ve eğer para borcu söz konusu ise bu andan itibaren işleyecek olan temerrüt faizinden sorumlu olacaktır.

1 - Tevdiin hukukî niteliği:

Bonnant'a göre tevdi, şu şekilde tanımlanabilir⁶⁷: "Tevdi, tevdi eden tarafından, menkul bir malın, üçüncü kişinin yararına olarak, bu şeyi güvenli bir yerde, hak sahibinin veya bizzat tevdi edenin, onun teslimini veya bazı hallerde paraya çevrilmesini isteyeceği zamana kadar muhafaza edecek olan, gerçek veya tüzel bir kişiye bırakılması olup, bu hususta yapılan anlaşmaya da tevdi anlaşması adı verilmektedir."

Yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, tevdi, her şeyden önce, tarafların (tevdi eden ve yeddiemin), karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir sözleşmeye dayanır. Ve bu sözleşme, tevdi konusu şeyin, tevdi olunan şahıs tarafından emin bir yerde muhafazası amacına yönelmiştir. Bu nedenle burada, tipik bir vedia akdi mevcuttur⁶⁸. Yalnız bu vedia akdi, alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi nedeniyle, borçlunun borcunu sona erdirmek amacıyla yapıldığından, bu sonucun doğabilmesi için, alacaklının tevdi olunan şeyi yeddieminden talep etmesine imkân verecek şekilde yapılması gerekir⁶⁹.

Bu talep yetkisinin alacaklıya tanınmasının yolu ise vedia akdinin üçüncü şahıs yararına bir sözleşme şeklinde (BK m. 111) yapılmasıdır⁷⁰. Kısacası tevdi sözleşmesi, "üçüncü şahıs yararına yapılan bir vedia sözleşmesidir."

Tevdi eden ile tevdi olunan arasındaki ilişkinin üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu genellikle kabul edilmekte ve bu arada, tevdi eden ile tevdi olunan arasındaki bu sözleşmenin vedia sözleşmesinin esaslı noktalarıyla benzer bir temelini bulmasının da ona, belirli bir orijinallik verdiği ifade edilmektedir⁷¹.

⁶⁷ *Bonnant*: agt, s. 5-6

⁶⁸ *von Tuhr*: age, s. 543; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241

⁶⁹ *Akyol Ş. : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976*, s. 103

⁷⁰ *von Tuhr*: age, s. 543; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 5; *Becker*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 11; *Gauch/Schluemp/Tercier*: age, s. 55, N. 1510; *Liron*: agt. s. 77-78; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*: age, s. 844;

⁷¹ *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 5; *von Tuhr*: age, s. 544; *Bonnant*: agt, s. 8; *Liron*: agt, s. 77-78

Buradan hareketle, üçüncü şahıs yararına yapılan tevdi sözleşmesinin, üçüncü şahıs yararına şart içermesi nedeniyle vediaanın bir türü olmadığı ve bu sözleşmenin, kendine özgü (sui generis) yapısı olan bir müessese olduğu da savunulmaktadır⁷². Fakat **Bonnant** bu görüşe haklı olarak karşı çıkmaktadır. **Bonnant**'a göre, tevdi sözleşmesinin özel bir vedia akdi olarak görülmesinin nedeni, bu sözleşmenin, uygulamadan doğmuş olmasıdır. Yazar, aslında, tevdi sözleşmesinin kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelenmesi ile vedia akdinin bir türü olarak nitelenmesi arasında fark bulunmadığını; çünkü, tevdi sözleşmesi hakkında da vedia sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinin ittifakla kabul edildiğini⁷³ belirtmektedir⁷⁴.

Bu arada tevdi sözleşmesi ile ilgili olarak tartışmalı olan bir hususa daha değinmekte yarar görüyoruz: Eğer iki tarafa borç yükleyen bir akit söz konusu ise veya bir takım muhafaza masrafları yapılmış ise ve yahut da tevdiin usulüne uygun icrası için tevdi masrafları yapılması söz konusu ise tevdi eden ile yeddieminin, alacaklının edimi kabul hakkını kullanmasını, karşı edimin veya masrafların ödenmesi şartına bağlayabilecekleri genellikle kabul edilmektedir⁷⁵. Tabii bu şartın mevcudiyeti dahi, borçlunun da, yeddiemine karşı tevdi masraflarından ikinci derecede sorumlu tutulmasına engel olmayacaktır⁷⁶. Yalnız borçlunun bu sorumluluğu, alacaklının edimi kabul ettiğine dair beyanının yapılmasına kadar devam edecek ve bu beyanın yapılması ile birlikte borçlunun yeddiemine karşı olan tevdi masrafları nedeniyle sorumluluğu da sona erecektir. Tabii alacaklının edimi kabul beyanının sözleşmede öngörülen şartları da kapsamı gerekir. Aksi takdirde bu beyan edimi kabul beyanı olarak nitelendirilemeyecek ve borçlunun yeddiemine karşı tevdi masrafları nedeniyle sorumluluğu devam edecektir.

Yalnız **Becker**, yeddiemine karşı edimi tevdi eden borçlunun da tevdi masraflarından sorumlu olması hususunda farklı düşünmektedir. O'na göre⁷⁷:
"...akdin mevzuu, borçlanılmış bulunan şeyin muhafazasıdır. Amme hukuku kaidelerine aykırı düşmedikçe akit hakkında, BK m. 472 (TBK m. 463) vd.

⁷² Ostertag F. : Die Hinterlegung zu Gunsten Dritter. SJZ 19, p. 353 (**Bonnant**: agt, s. 8'den naklen).

⁷³ **Oser/Schönenberger**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 5; **Becker**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 12; **von Tuhr**: age, s. 544; **Bonnant**: agt, s. 8; **Liron**: agt, s. 77-78

⁷⁴ **Bonnant**: agt, s. 8

⁷⁵ **von Tuhr**: age, s. 543-544; **Oğuzman**: age, C. I, s. 241; **Oser/Schönenberger**: Art. 92(TBK m. 91) N.5

⁷⁶ **Oser/Schönenberger**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 5.

⁷⁷ **Becker**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 12

maddeleri câri olur. Bu sebeple borçlu, masraflardan dolayı tevdi eden (mudi) sıfatıyla mes'uldür." Yine **Becker**'e göre⁷⁸ alacaklı ifayı kabul hakkını kullanmakla, "...tevdi olunan şeyin mülkiyeti alacaklıya geçer. Tevdi merci bu andan itibaren o şeyin alacaklı adına zilyedi olur. Tevdiin gerektirdiği hasar ve masrafların mütemerrit alacaklıya ait olması icabettiği ve buna binaen alacaklı da ancak masrafları üzerine almak suretiyle tevdi olunan şeyi alabileceği cihetle, alacaklı kabul beyanı ile birlikte tevdi merciinin borçlusu olur. Şu halde bu andan itibaren tevdi merciinin iki borçlusu olur."

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere **Becker**, borçlunun tevdi masrafları nedeniyle yeddiemine karşı olan sorumluluğunun alacaklının edimi kabul beyanında bulunmasından sonra dahi devam edeceğini ifade etmektedir. Borçlar Kanunu madde 91'in açık ibaresi karşısında bu düşünceye katılamıyoruz. Hatta **von Tuhr**'un isabetle belirttiği gibi⁷⁹, taraflar, yapmış bulundukları sözleşmede edimi kabul beyanının tevdi masraflarının ödenmesi şartına bağlı olduğu hususunda bir düzenleme öngörmemiş olsalar dahi, bu şartın, yani tevdi masraflarının alacaklıya ait olması şartının zımnen öngörülmüş olduğunu kabul etmek, müessesenin bünyesine daha uygun düşecektir. Bu çerçevede tevdi masraflarından, yeddieminle yapmış bulunduğu tevdi sözleşmesi nedeniyle borçlu da sorumlu olacaktır. Fakat onun sorumluluğu, alacaklının edimi kabul ettiğine dair beyanının yapılmasına kadar devam edecektir. Alacaklının bu hususa ilişkin beyanı ile borçlu, artık tevdi masraflarından sorumlu olmaktan kurtulacaktır. Tabii tarafların, tevdi anlaşmasını yaparken, tevdi masraflarından münhasıran tevdi edenin sorumlu olacağını kararlaştırmalarına her hangi bir engel yoktur.

Yapılan bu açıklamalar tevdiin, genellikle üç kişiyi karşı karşıya getireceğini gösterir⁸⁰:

- Borç konusu şeyin tevdiini gerçekleştiren şahıs,
- Bu şeyi kabul edip, emin bir yerde muhafaza edecek olan yeddiemin,
- Lehine tevdi yapılan şahıs.

⁷⁸ **Becker**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 13

⁷⁹ **von Tuhr**: age, s. 544

⁸⁰ **Bonnant**: agt, s. 6

2 - Tevdide önem taşıyan unsurlar:

a - Tevdi eden:

Kanun, tevdi hakkının kime ait olduğunu ve neyin tevdi olunacağını bildirmiş değildir. Fakat tevdi, ifanın yerini tutan bir şey olduğundan, ifa hakkındaki esaslar, tevdide de uygulanacaktır⁸¹.

aa) Tevdi eden genellikle borçludur: Alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, konumuz bakımından da, borçlunun, tevdi hakkını haiz olduğunda şüphe yoktur. Zaten hayatın normal cereyanına uygun olan hal tarzı da budur. Yani borcun borçlu tarafından ifa veya tevdi edilmesidir⁸². Fakat bazı hallerde, üçüncü şahısların da borcu tevdi etmeleri söz konusu olabilir.

İfanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında, alacaklının menfaati bulunduğça, borçlu borcunu bizzat ifaya mecbur bulunduğu (BK m. 67); böyle bir durumda, ifa yerini tutacak olan tevdi işleminin de, bizzat borçlu tarafından yapılması gerekir.

Borçlunun borcunu bizzat ifa etmek zorunda olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle, sözleşmeye bu hususta bir hüküm konulup konulmadığına bakılacaktır. Eğer sözleşmede, bu hususa ilişkin bir hüküm yok ise, bir yedek hukuk kaidesi niteliği taşıyan Borçlar Kanunu medde 67'ye göre, bu husus açıklığa kavuşturulacaktır.

Fakat şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz ki, borçlunun şahsının önem taşıdığı borçlar, genellikle yapma ve yapmama borçlarıdır. Bu tür borçlarda ise, edimin tevdii diye bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü, yapılması veya yapılmaması taahhüt olunan bir fiildir. Fiilin ise tevdii söz konusu olamaz. Tevdiin söz konusu olabileceği verme borçlarında ise, genellikle borçlunun şahsı önem taşımaz. Bu nedenle, hemen bütün verme borçlarında, borcu ifa etmek isteyen üçüncü şahısların da tevdi yoluna gidebilecekleri kabul edilmelidir.

⁸¹ *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 3

⁸² *Oğuzman*: age, C. I, s. 157

Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu durumlarda, müteselsil borçluların tevdi imkânını kullanabilmeleri için, hepsinin de teker teker borcu ifa etmeye çalışmaları ve hepsinin de ifa engeli ile karşılaşmaları şart değildir. Bunlardan birisinin, borcu emniyetli bir şekilde ifa etme imkânı bulamamış olması, diğerlerinin de tevdi hakkının doğmasına neden olacaktır⁸³.

Alacaklı temerrüdünün söz konusu olduğu durumlarda, müşterek borçluların tevdi imkânını kullanabilmeleri için, hepsinin de alacaklıya ifa teklifinde bulunarak, onu temerrüde düşürmeleri gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir⁸⁴. Konumuz bakımından ise, müşterek borçluların dahi, teker teker ifayı gerçekleştirmeyi denemelerinin gerekli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü burada, alacaklının ifayı kabul iradesini geçerli bir şekilde ortaya koyamaması söz konusudur. Bu durumu, bir müşterek borçlu tesbit etmiş ve onun için bu nedenle tevdi hakkı doğmuş ise, diğer müşterek borçlular da kendi sorumlu oldukları miktarı tevdi edebilmelidirler. Bu gereğin alacaklı temerrüdünde aranması doğrudur. Çünkü alacaklının, müşterek borçlulardan birisinin yapacağı ifayı reddetmesi, diğerlerininkini de reddedeceği anlamına gelmez. Ama burada böyle bir durum söz konusu değildir. İfa engeli var ise, bütün borçlular için var demektir ve hiç bir müşterek borçlunun kendi edimini alacaklıya sunma imkânı mevcut değildir. Eğer mevcudiyeti iddia olunan ifa engeli bütün borçlular için söz konusu değilse, zaten hiç bir borçlu açısından tevdi imkânının doğması söz konusu olamayacaktır. Meselâ alacaklının ikametgâhının tesbit edilememesi nedeniyle ortaya çıkan ifa engelini ele alacak olursak; daha önce de belirttiğimiz gibi, borçlunun alacaklının ikametgâhını tesbit edemediğini iddia edebilmesi ve tevdi hakkını kullanabilmesi için, ikametgâhın tesbiti bakımından kendisinden beklenebilecek bütün araştırmaları yapmış olması gerekir⁸⁵. Müşterek borçlular bakımından da aynı şey söz konusu olacak ve müşterek borçlulardan birisinin alacaklının ikametgâhını biliyor olması durumunda ise diğerleri bakımından da ifa engeli doğmayacaktır. Çünkü dürüstlük kuralı bu araştırmaların yapılması esnasında diğer müşterek borçlulara da müracaat edilmesini gerektirecektir. Diğer müşterek borçluların bu hususta bilgilerinin olup olmadığını araştırmaksızın, ifa engelinin mevcudiyetini iddia ile tevdi hakkının kullanılabileceğini söylemek, kanaatimizce doğru olmayacak ve bu şekilde gerçekleştirilen tevdi müşterek borçluyu borcundan kurtarmayacaktır.

⁸³ *Bonnant*: agt, s. 22; *Koç*: agt, s. 179

⁸⁴ *Bonnant*: agt, s. 22; *Koç*: agt, s. 179

⁸⁵ Bkz. s. 47 vd.

Yaptığımız açıklamayı özetleyecek olursak, müşterek borçluluğun söz konusu olduğu durumlarda da, müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu ihtimallerde olduğu gibi, bütün müşterek borçlular bakımından tevdi hakkının doğumu için, müşterek borçlulardan birisinin ifayı denemiş; ve emniyetli bir şekilde ifa imkânını bulamamış olmasının yeterli olduğunu düşünüyoruz. Aksinin kabulü, boş yere zaman ve emek harcanmasından başka bir işe yaramayacaktır. Çünkü, alacaklının alacağını kabul yeteneğinin olmaması, borçlulardan bazılarının yapmak istediği ifaya engel olup, diğerlerinininkine engel olmaması söz konusu olmayacaktır. Böyle bir şey varsa, o takdirde, hiçbir müşterek borçlu için ifa engeli söz konusu değil demektir ki o zaman da hiç biri için tevdi hakkı doğmuş olmaz.

bb) Tevdi eden bazan üçüncü şahıstır:

Üçüncü şahsın tevdi hakkına sahip olması hangi hallerde mümkündür?

Üçüncü kişinin, borçlu adına hareket etmesi durumunda, tevdi hakkının doğumu için öngörülen şartların gerçekleşmesi ile, onun da tevdi hakkına kavuşacağının kabulü pek güçlük arz etmez⁸⁶.

Buna karşılık üçüncü kişinin, kendi namına ve hesabına hareket etmesi durumunda, tevdi hakkına sahip olup olmayacağı tartışmalıdır. Bazı Alman yazarlar⁸⁷, borcun üçüncü şahıs tarafından ifasına imkân veren Alman Medenî Kanunu (BGB) §267'nin sunduğu bu imkânın, tevdi de yayılmasını reddetmektedirler. Yani bu müelliflere göre, üçüncü şahsın borcu ifa etmeye hakkı vardır; fakat tevdi yoluna gitmesi mümkün değildir.

Bonnant⁸⁸ ise, bizce de haklı olarak, "borcun ifasında borçlunun şahsî özellikleri önem taşıyorsa yani, borcun üçüncü şahıs tarafından da ifası mümkün ise, üçüncü şahısların da tevdi gerçekleştirebileceklerini kabul eden **von Tuhr**⁸⁹ ve **Oser/Schönenberger**⁹⁰ in görüşlerine katılmaktadır.

⁸⁶ **Bonnant**: agt, s. 23-24; **Koç**: agt, s. 180

⁸⁷ Oertmann P. : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Berlin 1910, § 372 N. 2; Müller P. : Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlangen 1900, p. 123 (**Bonnant**: agt, s. 8'den naklen)

⁸⁸ **Bonnant**: agt, s. 23

⁸⁹ **von Tuhr**: age, s. 486 dn. 19 ve buna ait metin; s. 490-491

⁹⁰ **Oser/Schönenberger**: Art. 92 (TBK m. 91) N. 3

Gerçekten de, borcun üçüncü şahıs tarafından ifasının mümkün olduğu durumlarda (BK m. 67), üçüncü şahsın tevdi yoluna da baş vurmasını önlemek için makul bir sebep yoktur. Yeter ki, borçlunun tevdi yoluna baş vurabilmesi için aranan şartlar, üçüncü şahıs bakımından da gerçekleşmiş bulunsun⁹¹.

Hatta bazı durumlarda, borcun üçüncü şahıs tarafından ifası, aslî ifa tarzı olarak kararlaştırılmış dahi olabilir. Meselâ, akreditifte durum böyledir⁹².

Üçüncü şahsın borcu ifa etmesi durumunda, alacaklının halefi olacağının öngörüldüğü durumlarda da üçüncü şahsın tevdi imkânına baş vurabileceğine şüphe etmemek gerekir.

Meselâ, gayrimenkulünü, başkasının borcunu temin etmek üzere rehin vermiş olan gayrimenkul maliki, Medenî Kanun madde 799 gereğince kendisine tanınmış bulunan hakkı kullanarak borcu ödemek istediğinde⁹³, alacaklı yüzünden bu amacına ulaşamaz ise, onun da tevdi yoluna başvurması doğaldır. Bunun gibi, borcu ödeyecek olan üçüncü şahsın, alacaklının haklarına halef olacağının, borçlu tarafından alacaklıya önceden haber verilmiş olduğu durumlarda da üçüncü şahsın tevdi yoluna baş vurabileceğinde şüphe etmemek gerekir.

Bazı hallerde ise, tevdi hakkının, borçlunun hak ve borçlarına halef olan kişiler tarafından kullanılması söz konusu olabilir. Şöyle ki:

i - Mirasçılar, miras bırakanın borçlarından, Medenî Kanun madde 539/I ve 582 hükümleri gereğince, şahsen ve müteselsilen sorumlu olduklarından; mirasçıların tevdi yoluna başvurmaları doğaldır.

ii - Bunun gibi, borçlunun iflâs etmesi durumunda, İcra ve İflâs Kanunu madde 184 gereğince, hakları ve borçları ile birlikte bütün malvarlığı bir masa teşkil edeceğinden; bu masanın idaresinden sorumlu olan iflâs idaresi de tevdi yoluna baş vurabilecektir.

⁹¹ *Bonnant*: agt, s. 23; *Koç*: agt, s. 180

⁹² *von Tuhr*: age, s. 485; *Oğuzman*: age, C. I, s. 159

⁹³ *Oğuzman/Seliçi*: age (Eşya), s. 841-842

Fakat bu iki ihtimalde tevdi yoluna başvuranları, yukarıda anlattığımız manada üçüncü şahıs olarak kabul edemeyiz. Çünkü bunlardan mirasçılar, eğer mirası reddetmemişlerse, borçlunun halefi olduklarından, artık borçlu onlardır. İflâs idaresinin ise kendi nam ve hesabıha hareket ettiği zaten söylenemez. İflâs ile borçlunun tasarruf ehliyeti kısıtlanıp (İİK m. 191 - 194), davalara taraf olma ehliyeti de iflâs masasına ait olduğu için⁹⁴, müflis borçlunun borçları, iflâs masası adına iflâs idaresi tarafından ödenir. Ve dolayısıyla tevdi yoluna da idare başvurur.

b - Lehdar (Lehine tevdi yapılan):

Yukarıda da belirtildiği⁹⁵ gibi tevdi sözleşmesi, üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde yapılacaktır. Üçüncü şahıs yararına sözleşme ise, *"sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edim kararlaştırılması"* olarak tanımlanmaktadır⁹⁶. Üçüncü şahıs yararına sözleşme, üçüncü şahsa talep yetkisi verilerek veya verilmeyerek yapılabilir⁹⁷ (BK m. 111).

Şu halde Borçlar Kanunu madde 95'e göre gerçekleştirilecek tevdi sözleşmesinde, alacaklının lehdar olarak tayin edilmesi borçlunun borcundan kurtulabilmesi için yeterli değildir. Bu sonucun doğabilmesi için, tevdi sözleşmesinde lehdar olarak belirlenen alacaklıya, talep yetkisinin de tanınması gerekir. Çünkü borçlu bu sözleşmeyi, ifa yerine geçmek üzere yapmaktadır. Eğer sözleşmede lehdar konumunda olması gereken alacaklının kimliği belirtilmez ve ona, ifanın kendisine yapılması hususunda talep hakkı tanınmaz ise borçlu, lehdar = alacaklıya karşı olan borcundan kurtulamaz⁹⁸.

Eğer ifa engeli, alacaklının sıfatından kaynaklanıyorsa, yani alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf mevcut ise, durum ne olacaktır? Bu durumda borçlu gerçek alacaklıyı belirleme imkânından yoksun bulunduğu⁹⁹, tevdi

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. *Kuru B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990, s. 672*

⁹⁵ Bkz. s. 76

⁹⁶ *Akyol:* age, s. 10

⁹⁷ *von Tuhr:* age, s. 715 vd. ; *Oğuzman/Öz:* age, C. II, s. 304 vd. ; *Akyol:* age, s. 11 vd.

⁹⁸ *Akyol:* age, s. 103

⁹⁹ Borçlu, gerçek alacaklıyı belirleme imkânına sahip ise, tevdi hakkı doğmayacak; ve bu durumda iken yapmış olduğu tevdi, onu borçtan kurtarıcı fonksiyona sahip olmayacaktır. Ayrıca Bkz. 47 vd.

sözleşmesinde de gerçek alacaklıyı lehdar olarak belirlemesi söz konusu olamayacaktır.

Bu gibi durumlarda tevdi, "*hak sahibi lehine*" olmak üzere yapılacak ve daha sonra yeddiemin tarafından, hak sahibi olduğunu isbat eden gerçek alacaklıya, tevdi konusu şey teslim edilecektir.

Bir alacağa birden fazla şahsın, müteselsilen sahip oldukları durumlarda tevdi imkânı kullanılırken, bütün müteselsil alacaklıların, tek başlarına ifanın kendilerine yapılmasını talep edebilecekleri şekilde, lehdar olarak tayin edilmeleri gereği, durumun niteliği icabıdır.

c - Tevdi yeri:

Borçlar Kanunu madde 91, tevdi imkânından bahsederken "*tediye yeri*" ibaresine yer vermiştir. Bu ibarenin, "*ifa yeri*" olarak anlaşılması gerektiği doğru bir şekilde ifade edilmektedir¹⁰⁰. Çünkü tediye (yani ödeme) sadece para borçları için söz konusudur. Halbuki tevdi, sadece para borçları bakımından başvurulabilecek bir imkân olmayıp; bütün verme borçları için başvurulabilecek bir imkândır. İşte tevdi, prensip itibarıyla, ifa yerindeki hâkimin belirleyeceği yerde gerçekleştirilecektir¹⁰¹.

İfa yeri ise, yukarıda anlatıldığı gibi¹⁰², Borçlar Kanunu madde 73'e göre belirlenecektir. Böylece belirlenen ifa yeri, tevdiin gerçekleştirileceği yer bakımından da esas alınacaktır.

Milletlerarası sözleşmeler bakımından, bir borcun ifa yeri yurt dışında olduğu takdirde, tevdiin de bu yerde gerçekleştirilmesi gerekecektir¹⁰³.

Bu çerçevede tevdi, götürülecek borçlar için alacaklının ikametgâhında, aranılacak ve gönderilecek borçlar bakımından ise, borçlunun ikametgâhında gerçekleştirilecektir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ *Kalpsüz*: age, s. 8 dn. 12

¹⁰¹ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *von Tuhr*: age, s. 542; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 1; *Koç*: agt, s. 184; *Bonnant*: agt, s. 30.

¹⁰² Bkz. s. 7 vd.

¹⁰³ *Blaetter für zürcherische Rechtsprechung* 38 s. 365 (*Koç*: agt, s. 185 dn. 58'den naklen)

¹⁰⁴ *von Tuhr*: age, s. 542

Götürülecek bir borçta, alacaklının ikametgâhının bilinmemesi sebebiyle tevdi hakkının kullanılması söz konusu ise, tevdiin gerçekleştirilmesi gereken yerin tayini güçlük arz edecektir. Bu durumda karşımıza iki ihtimal çıkacaktır:

i - Ya alacaklının önceden bilinen bir ikametgâhı mevcuttur; fakat, alacaklı bu ikametgâhı terk etmiştir, yenisi ise bilinmemektedir.

ii- Ya da alacaklının, önceden bilinen bir ikametgâhı dahi yoktur.

İlk ihtimalde bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Çünkü, Borçlar Kanunu madde 73/b.3c. 2, borçluya eski ikametgâhta ifa imkânı bahsettiğinden; tevdi de burada gerçekleştirilecektir.

İkinci ihtimalde ise, tevdi mahallinin nasıl belirleneceği hususunda bir açıklık yoktur. *Bonnant* böyle bir durumda, Medeni Kanun madde 830/c.2 hükmünün¹⁰⁵ kıyas yolu ile uygulanmasını ve tevdi yerinin borçlunun ikametgâhı olmasını önermektedir¹⁰⁶. Durumun niteliğine uygun olan bu çözüm bize de uygun gözükmektedir.

Yine, tevdi mahallinin belirlenmesi bakımından sorun çıkabilecek bir durum da, "alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf bulunması" nedeniyle tevdi imkânının doğmuş olduğu durumlardır¹⁰⁷. Bu gibi durumlarda, borçlunun, hak sahibi olduklarını iddia eden kişilerden birisini tercih ederek, tevdi, onun ikametgâhında gerçekleştirmesi, mümkün olmamak gerekir. Çünkü, bu durumda, borçluya tevdi imkânı tanınmasının nedeninin, onun uyuşmazlığın içerisine dahil olmasını önlemek olduğu açıktır¹⁰⁸. Borçlu, alacaklılardan birinin ikametgâhını seçer ve tevdiyi orada gerçekleştirirse; bu alacaklıyı diğerine tercih etmiş, yani kendisini ihtilafa dahil etmiş olur.

Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi, eğer ihtilaf çıkmış olmasa idi, ifa nerede gerçekleştirilecek idiyse, tevdiin de orada gerçekleştirilmesi

¹⁰⁵ MK m. 830/c. 2 hükmü şöyledir: "...Alacaklının ikametgâhı malum olmaz, yahut borçlunun zararına olarak tebdil edilirse borçlu tediyaatını kendi yahut alacaklının evvelki ikametgâhındaki tapu dairesine yatırmak suretiyle borcundan kurtulabilir..."

¹⁰⁶ *Bonnant*: agt, s. 30

¹⁰⁷ *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 32

¹⁰⁸ *Bonnant*: agt, s. 30

gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁹. Buna göre Meselâ, muhtelif temlikler nedeniyle bu ihtilaf çıkmış ise, alacak temlik edilmiş olmasa idi, ifa nerede gerçekleştirilecek idiyse, tevdiin de orada yapılması gerekecektir¹¹⁰.

Borçlar Kanunu madde 91/c.2'ye göre "...Tevdi edilecek yeri, tediye yerindeki hâkim tayin eder...". Bu hükümde geçen "tediye yeri" ibaresinin, ifa yeri olarak anlaşılması gerektiğine daha önce işaret etmiştik¹¹¹. Bunun gibi, "tevdi yeri"nden de tevdiin gerçekleştirilmesi amacıyla ifa yerindeki hâkim tarafından belirlenen müssese veya şahsı anlamak gerektiği haklı olarak ifade olunmaktadır¹¹².

Hukuk usulü muhakemeleri Kanunu madde 8/II b.5 hükmü gereğince, tevdi yerini tayin etmek görevi, sulh hâkimine verilmiştir.

Bu çerçevede, lehine tevdi hakkı doğmuş bulunan şahıs, ifa yerindeki sulh hâkimine giderek, borç konusu edimin niteliğine göre bir tevdi yerini tayin etmesini isteyecektir.

Bu şekilde kendisine müracaat edilen hâkimin yetkisi, sadece tevdi yerini tayin etmekten ibarettir¹¹³. Hâkim, tevdi konusu şeyin niteliğine göre, uygun bir yeddiemin belirleyecektir. Hâkim, umumî bir vezne, banka¹¹⁴ veya kendisinin emin saydığı bir şahsı yeddiemin olarak belirleyebilecektir¹¹⁵. Hatta hâkim, tevdiin, mahkeme kasasına yapılmasını da kararlaştırabilecektir. Borcunu, hâkimin belirleyeceği yere tevdi eden borçlu, hem yeddieminin hatalı seçiminden doğabilecek sorumluluktan; ve hem de borcundan

¹⁰⁹ ATF 63 II 57; Ayrıca Bkz. *Weber, Berner Kommentar*: Art 96 (TBK m. 95) N. 32

¹¹⁰ *Staehelin*; bu çözüm, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle pek tatminkâr bulmadığını ifade etmektedir. Yazar, bir sözleşmenin pek açık hükümler taşımaması nedeniyle, birden fazla kişinin alacak iddiasında bulunması durumunda, sözleşmenin ihtilaf olmasa idi ifa olunacak olduğu mahalli doğru bir şekilde belirlemenin esasen mümkün olmadığını belirterek; böyle bir durumda hakkaniyete uygun olan çözümün, "tevdiin, tevdi hakkının doğumuna yol açan ihtilaf, tarafsız olarak gözden geçirildiğinde, daha ziyade hak sahibi gibi gözüken şahsın ikametgâhının olduğu yerde yapılması" olduğunu ifade etmektedir. (agm, s. 229)

¹¹¹ Bkz. s. 84 dn. 100'e ait metin

¹¹² *von Tuhr*: age, s. 542; *Bonnant*: agt, s. 34

¹¹³ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240. Malın satılarak bedelinin tevdi için hüküm başka türdür Bkz s. 139

¹¹⁴ Uygulamada tevdi yeri tayini, hemen hemen, sadece para borçları için söz konusu olmaktadır. Para borçlarında mahkemeler, genellikle tevdi yeri olarak, bir bankayı tayin etmektedirler. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 844

¹¹⁵ *von Tuhr*: age, s. 542

kurtulmuş olacaktır. Tabii böylece, alacaklının da menfaati korunmuş olacaktır.

Hâkimin, tevdi yeri tayini için kendisine müracaat eden şahsın tevdi hakkı olup olmadığını ve dolayısıyla, ona, alacaklı karşısında tevdiin borçtan kurtarıcı etkiler sağlayıp sağlamayacağını araştırması ve bu yönde bir karar vermesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁶. Onun yetkisi, sadece tevdi yerini tayin etmekten ibarettir. Ayrıca, hâkimin tevdi yerini tayin etmiş olması da, borçlunun, tevdi hakkını kullanmakta haklı olduğu anlamına gelmez¹¹⁷.

Bunun içindir ki alacaklıların, tevdi hususunda hâkim kararı olmasına rağmen, borçluya karşı dava açma ve onu takip etme hakları vardır¹¹⁸. Çünkü alacaklıların aleyhine de olsa, borçluya tevdi hakkı verilmesinin nedeni, onun emniyetli bir şekilde borçtan kurtulmasını temin etmektir. Yoksa tevdi yoluna baş vurmak suretiyle, alacaklıların durumunu ağırlaştırmak değil. Bu nedenle alacaklılar, tevdiin haklı olmadığı kanaatinde iseler, borçluya karşı dava açarak ondan borcunu ifa etmesini talep edebilirler¹¹⁹. Borçlu tevdiin haklı olduğunu, bu nedenle de tevdi ile borcunun sona erdiğini düşünüyorsa yapılmış bulunan bu tevdiin haklılığını ve dolayısıyla borcu sona erdirici etkisini isbat etmekle mükelleftir.

Yargıtay da, konuya ilişkin olmak üzere vermiş bulunduğu kararlarda, tevdi yeri tayin edilmesi talebiyle yapılan müracaatlar üzerine, mahkemece davanın esasına girilmesine gerek bulunmadığını açıkça belirtmiştir¹²⁰.

¹¹⁶ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *Staehelin*: agm, s. 229; *Bonnant*: agt, s. 33; *Koç*: agt, s. 187

¹¹⁷ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *Arsebük*: age, s. 746 dn. 18. *Staehelin*: alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf çıkmış olması nedeniyle tevdi hakkının doğumunun söz konusu olduğu durumları incelerken, bu kuralın, tamamen doyurucu olamayacağını ifade etmektedir. Gerekçe olarak ise, "...hâkimin bu şekilde vereceği kararın, bütün taraflar için belirsizliğe neden olacağını" göstermektedir. Böyle bir sonuca yol açılmaması için ise, tevdi mahallini tesbit edecek olan hâkimin, tevdiin haklı olup olmadığını belirlemesini; ve bu suretle tevdiin haklı olup olmadığının işin başında belirlenmesinin hem alacaklıların ve hem de borçlunun menfaatine olacağını belirtmektedir. Ayrıca hâkimin böyle bir karar vermesi durumunda, borçlunun ihtilaftan kesin bir şekilde kurtulmuş da olacağını söylemektedir. Fakat yazar, mevcut kanun hükümleri karşısında, yukarıda ifade olunan çözümden başka bir yol izlenmesinin mümkün olmadığını da sözlerine eklemektedir. (agm, s. 228)

¹¹⁸ *Staehelin*: agm, s. 229

¹¹⁹ *Staehelin*: agm, s. 229

¹²⁰ TD 28.11.1932, 1630/2285; 4. HD 9.4.1939 t. li kararı. (Kararlar için Bkz. *Tepeci K. : Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu ve ilgili Kanunlar, Nizamnameler ve Yönetmelikler, Ankara 1959*, s. 297; ikinci kararın numarası alınmamış)

Hâkimin yetkisi, sadece tevdi yerini belirlemeye yönelik olup, işin esasına giremiyorsa da, hâkim kararı olmaksızın yapılacak tevdi, borçluyu borcundan kurtarmayacaktır¹²¹.

Yalnız Borçlar Kanunu madde 91/c.3'e göre, ticari eşya söz konusu olan durumlarda, tevdi mahallinin mahkemece tayin edilmesi zorunluluğu yoktur. Borçlu, hâkimin kararına gerek olmadan, ticarî eşyayı, kendiliğinden bir ardiyeye tevdi ederek borcundan kurtulabilir¹²². Bununla birlikte bu hükmün mevcudiyeti, borçlunun, ticarî eşyanın tevdi hususunda da, hâkimden tevdi yeri tayin etmesini istemesine engel değildir. Hatta borçlunun, ifa yerinde, ticarî eşyayı tevdi için ardiye bulamaması durumunda, böyle hareket etmesi zorunludur¹²³.

Bu hükümde sözü edilen ardiyenin, bir kamu kuruluşu olması gerekmez. Tevdi, özel bir ardiyede de gerçekleştirilebilir¹²⁴. İsviçre Federal Mahkemesine göre, malın, uygun bir yere tevdi edilmesi veya profesyonel olarak ticarî malların muhafazası işiyle meşgul olan bir kişiye verilmesi yeterlidir. Borçlunun, ardiye seçmek hakkını haiz olması halinde, bu seçim hakkının kullanılmasından sorumlu olacak kişi de borçlunun kendisidir¹²⁵.

Doktrinde, borçlunun, tevdi gerçekleştirirken, hâkimin iznini almadan hareket etmesi veya ticarî eşyayı tevdi ederken, tevdi elverişli olmayan bir yeri seçmesi durumunda, yapılan tevdiin hükümsüz olduğu belirtilmekle¹²⁶ beraber; bazı yazarlar¹²⁷, münasip olmayan bir yerde gerçekleştirilen tevdi alacaklının rızası varsa, bu tevdiin de geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedirler. *Bonnant*'a göre, bu durumda, çok katı bir tutum içerisine girilmemelidir. Böyle bir durumda yapılan tevdi, borçtan kurtarıcı bir nitelik tanınması, tevdi yoluyla takip edilen amaca da uygun düşecektir. Çünkü,

¹²¹ 12. HD 6.11.1978 t. ve 8060/8910 sayılı kararından: "...Kiralari tek tarafli olarak ve teamül veya tevdi mahalli tayini kararı olmadan bankaya yatırmış oluşu borçluyu temerrütten kurtarmaz..." (YKD 1979, S. 5, s. 667)

¹²² *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *von Tuhr*: age, s. 542; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2; *Koç*: agt, s. 189

¹²³ *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2

¹²⁴ *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2

¹²⁵ ATF 34 II 305

¹²⁶ *Oğuzman*: age, C. I, s. 240; *von Tuhr*: age, s. 542; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2; *Koç*: agt, s. 189; *Becker*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 14; *Bonnant*: agt, s. 35

¹²⁷ *von Tuhr*: age, s. 542; *Bonnant*: agt, s. 35

Borçlar Kanunu madde 91/c.2' de, hâkimin müdahalesi, alacaklının yararı gözetilerek öngörülmüştür. Eğer alacaklı, tevdi yerinde buluyorsa, borçlunun borçtan kurtarılmasını önlemek için, yeterli bir sebep yoktur¹²⁸. Yine *Bonnant*'a göre, buna benzer bir çözümün, borçlunun tevdi hâkimin belirlediğinden başka bir yerde gerçekleştirilmesi halinde de kabul edilmesi gerekir. Yazara göre alacaklı, şüphesiz ki böyle bir tevdiin borçlunun borcunu sona erdirmedeğini iddia ile borçluyu dava ve takip edebilir. Fakat, onun bu tevdi muvafakatini beyan etmesinden itibaren, tevdiin bütün sonuçlarının geçerli olarak doğduğu kabul edilmelidir¹²⁹.

Biz de *Koç*'un belirttiği¹³⁰ gibi, Borçlar Kanunu madde 91'in konuluş amacına, ratio legis, uygun düşen bu görüşe katılmak gerektiğini düşünüyoruz.

d - Tevdi zamanı:

Borçlunun tevdi hakkını kullanabilmesi için hiç şüphesiz, bu hakkın doğumu için kanunda öngörülmüş bulunan şartların gerçekleşmiş olması aranacaktır. Yani, alacaklının şahsından kaynaklanan bir ifa engelinin ortaya çıktığı veya alacağın aidiyeti hususunda bir şüphe doğduğu andan itibaren, borçlunun tevdi hakkı doğmuş olacaktır¹³¹. Borçlu, işte bu andan itibaren, hakkını dilediği zaman kullanabilecektir¹³².

Böylece doğan tevdi hakkının kullanılabilmesi için öngörülmüş âzami bir müddet ise mevcut değildir. Borçlu, tevdi hakkının doğumuna yol açan ifa engelinin ortaya çıkması ile kazanmış olduğu tevdi hakkını, yine bu ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar geçecek zaman dilimi içerisinde, dilediği zaman kullanmakta serbesttir¹³³.

¹²⁸ *Bonnant*: agt, s. 35

¹²⁹ *Bonnant*: agt, s. 35

¹³⁰ *Koç*: agt, s. 191

¹³¹ *Bonnant*: agt, s. 36

¹³² Tabii borçlu lehine bu hakkın doğumu için, borçlunun, öncelikle bu engeli aşmaya çalışması, ve gösterdiği bütün çabalara rağmen engeli aşamamış olması da gerekir. Yoksa borçlu, engeli aşmak için hiç bir çaba sarfetmeden, kolaylıkla tevdi hakkına sahip olduğunu iddia edemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. s. 47 vd.

¹³³ *Bonnant*: agt, s. 36

Muaccel alacaklarda tevdi zamanı bakımından başka bir sorunla karşılaşılmaz.

Acaba, müeccel alacaklar bakımından durum nedir?

Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu madde 80'e göre borçlu, sözleşme hükmünden veya işin mahiyetinden tarafların aksini kararlaştırmış oldukları anlaşılmadıkça, borcunu vadesinden önce ödeme hakkına sahiptir. Fakat alacaklı, borçluyu vadeden önce ödeme yapmaya zorlayamaz. İşte, müeccel bir borcun borçlusu da alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf bulunması durumunda, vadeden önce tevdi yoluna başvurabilecek midir?

Alacağın aidiyeti hususunda ihtilaf bulunması nedeniyle tevdi imkânı anlatılırken, müeccel alacaklar bakımından durumun farklı olduğu ifade olunmakta ve bu durumda borçlunun, vadeden önce tevdi yoluna başvurabilmesi için alacak iddiasında bulunanların tamamının muvafakatini alması gerektiği belirtilmektedir¹³⁴.

Her ne kadar bu durumda borçlunun, tevdi yoluna başvurabilmesi için, alacak iddiasında bulunanların tamamının muvafakatini alması gerektiği söylenmekte ve hak iddia edenlerden biri tevdi muvafakat etmeyi reddederse veya hak iddia edenlerin tamamından muvafakat alınması imkânı yoksa, bu durumda borçlunun, Borçlar Kanunu madde 80 hükmüne göre, tevdi için alacağın muacceliyetini beklemesi gerektiği ifade olunmakta¹³⁵ ise de; kanaatimizce böyle bir durumda da genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir sebep mevcut değildir.

Buna göre, aidiyeti ihtilafli olmayan müeccel bir borcun söz konusu olduğu durumlarda, akitte kullanılan ibarelerden, akdin nev'inden veya şartlarından, vadenin alacaklı lehine konmuş olduğu sonucuna varılamıyorsa, borçlu, nasıl ki vadeden önce de borcunu geçerli bir şekilde ifa etmek için alacaklının muvafakatine muhtaç değil ise, müeccel ve aidiyeti ihtilafli bir alacağın mevcudiyeti halinde de alacak iddiasında bulunanların muvafakatlerine ihtiyaç duymaksızın tevdi ile borcundan kurtulma imkânına sahip olmalıdır¹³⁶. Yalnız bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi tevdi

¹³⁴ *Dayınlarlı*: agt, s. 109

¹³⁵ *Dayınlarlı*: agt, s. 109; ve orada anılan *Alaid*: agt, s. 82

¹³⁶ *Rossel*: age, s. 209

hakkının kullanılması da hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlı olmalıdır. Şöyle ki, boşlu tevdi yoluna başvururken Medenî Kanun madde 2 anlamında objektif olarak iyiniyetli olmalıdır¹³⁷. Meselâ, muacceliyet tarihinde sıfat ihtilafının ortadan kalkacağı ve gerçek alacaklının belirleneceği, tevdi zamanında âşikar ise borçlu, müccel borcunu tevdi ederek borçtan kurtulamayacaktır. Borçlu böyle bir durumda tevdi yoluna başvurmuş ise, borcu tevdi ile sona ermiş olmayacağından muacceliyet tarihinde alacaklının ifa talebine uymakla yükümlü olacaktır.

e - Tevdiin konusu:

Tevdiin amacının ne olduğu düşünülecek olursa, hangi tür edimlerin tevdi konu teşkil edebilecekleri de kendiliğinden ortaya çıkacaktır¹³⁸. Tevdiin amacı, alacaklıya izafe olunan mevcut ifa engeli nedeniyle, borcunu ifa edemeyen borçlunun, güvenli bir şekilde borcundan kurtulmasını temin ve bu arada alacaklının da bu durumdan zarar görmesini önlemektir. Bu amaca ise, edimin, güvenilir bir yeddieminin koruma ve muhafazası altına verilmesi suretiyle ulaşılmaktadır.

Buradan hareket edildiğinde tevdiin, sadece, *konusu bir şeyin verilmesi olan borçlar* için söz konusu olabileceği¹³⁹ sonucu, kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Ayrıca, Borçlar Kanunu madde 91 metninden¹⁴⁰ de bu husus açıkça anlaşılmaktadır.

Yapma ve yapmama borçları açısından ise, ortada tevdi konu teşkil edebilecek bir şey olmadığından tevdi söz konusu olamayacaktır. Çünkü borcun konusu, taahhüt olunan bir fiilin, müsbet veya menfî tarzda icrasıdır. Fiillerin ise, maddi varlıkları olmadığından tevdi konu teşkil etmeleri mümkün değildir. Bunun için kanun koyucu, bu gibi durumlarda borçluya, başka bir yoldan borçtan kurtulma imkânı tanımıştır¹⁴¹.

¹³⁷ *Bonnant*: agt, s. 36

¹³⁸ *Bonnant*: agt, s. 24

¹³⁹ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239

¹⁴⁰ Bu hükme göre: "Alacaklı mütemerrit olduğu takdirde borçlu hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere vereceği şeyi tevdi ederek borcundan beraat edebilir..."

¹⁴¹ Bkz. s. 141 vd.

Verme borçları bakımından da tevdiin söz konusu olamadığı durumlar mevcuttur. Tevdi, ancak tevdi elverişli olan mallar bakımından söz konusu olabilir. Eğer edim tevdi elverişli değil ise meselâ, bozulabilecek bir mal söz konusu ise, bu durumda malın satılarak bedelinin tevdi gündeme gelebilir. Bu konu, aşağıda ayrıca incelenecektir¹⁴².

Uygulamada en çok para borçları ve kıymetli evrak için tevdi yoluna başvurulmaktadır¹⁴³. Fakat bütün menkul mallar, umumiyetle tevdi elverişlidir¹⁴⁴. Yalnız, kıymetli evrak niteliği taşımayan borç senetlerinin tevdiinin, borç ilişkisine etki edip alacağı lehdara geçirmeyeceği ve dolayısıyla borçluyu borcundan kurtarmayacağı gerekçesiyle, söz konusu olamayacağı haklı olarak belirtilmektedir¹⁴⁵. Gerçekten de, tevdiin amacı, borçluyu borcundan kurtarmaktır. Fakat bu sonuç, ancak alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin tevdiden itibaren lehdara geçmesi ile doğabilir. Bu tür bir borç bakımından ise bu sonuç, ancak alacağın temliki, yani temlik eden ile temellük eden arasında yapılacak hukuki bir muamele ile meydana gelebilir. Kıymetli evrak niteliği taşımayan bir borç senedinin tevdiinden ise, böyle bir netice çıkmaz¹⁴⁶.

Doktrinde, gayrimenkullerin tevdi elverişli olmadıkları genellikle kabul edilmekteyse de¹⁴⁷, bir binanın anahtarının tesliminin söz konusu olduğu durumlarda, anahtarların tevdiinin mümkün olduğu ifade olunmaktadır¹⁴⁸. Yalnız *von Tuhr*, bunu dahi kabul etmemekte ve apartmanı iadeye mecbur olan kiracının, alacaklı temerrüdü nedeniyle borçtan kurtulmak için, hiç bir imkâna sahip olmadığını belirterek, evin anahtarlarının tevdiinin,

¹⁴² Bkz. s. 126 vd.

¹⁴³ "...Bir poliçe veya bononun, ödeme için süresinde ibraz edilmemesi halinde borçlu masraf ve hasar hamile ait olmak üzere senet bedelini notere tevdi edebilir. Ticaret Kanununun 624 üncü maddesinde yer alan bu hüküm borçlunun Borçlar Kanununun 91 inci maddesi hükmünden yararlanmasına mani değildir. Yani; alacaklı mütümerrit olduğu takdirde borçlu, hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere bono bedelini hâkime tayin ettireceği tevdi mahalline yatırarak borcundan kurtulmak imkânına da sahiptir..." *İİD* 25.1.1968 t. , E. 618, K. 646 sayılı kararı. Bu karar için Bkz. RKD S. 1-2 yıl 1968, ikinci bölüm s. 46-47

¹⁴⁴ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 844

¹⁴⁵ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239; *Becker*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 10

¹⁴⁶ *Becker*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 10; *von Tuhr*: age, s. 541 dn. 4

¹⁴⁷ *von Tuhr*: age, s. 541; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 2; *Belgesay*: age, m. 91, s. 218; *Arsebük*: age, s. 744 - 745; *Oğuzman*: age, C. I, s. 239; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 154; *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 699; *Bonnant*: agt, s. 26

¹⁴⁸ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 154; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 844 dn. 19

borçlunun sorumluluğunu Borçlar Kanunu madde 98 çerçevesinde asgari hadde indireceğini, yoksa onu borçtan kurtarmayacağını ifade etmektedir¹⁴⁹.

Kanaatimizce, mahiyetleri icabı gayrimenkuller tevdi konu teşkil edemezlerse de, doktrinde kabul edildiği üzere, gayrimenkule ait anahtarların tevdiinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumda tevdiin konusu, gayrimenkul değil, bu gayrimenkulden yararlanma imkânı sağlayacak olan anahtarlardır¹⁵⁰.

Tevdiin konusunu oluşturan edim, borca uygun olmalıdır. Asıl edimden başka bir şeyin tevdi mümkün olmadığı gibi, asıl edimin kısmen tevdi mümkün değildir. Çünkü tevdi ifanın yerini tutmaktadır. Nasıl borca uygun olmayan ifa, alacaklı kabul etmedikçe borcu sona erdiremiyorsa, borca uygun olmayan tevdi de borcu sona erdiremeyecektir.

Tevdi konusuna, eğer mevcut ise yan alacakların da dahil edilmesi gerekir. Meselâ, borçlu mütemerrit ise, temerrüt ânından tevdiin gerçekleştirildiği tarihe kadar geçen süre içerisinde işlemiş olan temerrüt faizinin de tevdi konusuna dahil edilmesi gerekir. Yine bunun gibi, muaccel olmuş bir cezai şart veya sözleşmede kararlaştırılmış bir akdî faiz mevcut ise bunlar da asıl edimle birlikte tevdi olunmak gerekir. Aksi takdirde tevdi, konu bakımından borca uygun olmadığı için, borçtan kurtarıcı rol oynamayacaktır.

Tevdi konusunun belirlenmesi, seçimlik borçlar bakımından sorun çıkarabilir¹⁵¹. Şöyle ki: seçimlik bir borçta seçim hakkı borçluya ait ise¹⁵² mesele yoktur. Borçlu, ifa engelinin ortaya çıkması ile birlikte doğmuş olan tevdi hakkını, seçtiği edimlerden birisini tevdi konu yaparak kullanabilir. Fakat seçim hakkı alacaklıya ait ise durum ne olacaktır?

Alacaklı seçim hakkını kullanmadıkça veya kullanamadıkça, borçlu, tevdi hakkını kullanamaz; çünkü bu durumda, seçime konu edilmiş olan şeylerden hiç birisi, Borçlar Kanunu madde 91 anlamında borçlanılmış şey değildir. Borçludan, bu şeylerin tamamını tevdi konu yapması ise zaten

¹⁴⁹ *von Tuhr*: age, s. 542 dn. 7

¹⁵⁰ *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 154

¹⁵¹ *Bonnant*: agt, s. 25

¹⁵² BK m. 71'e göre, aksi kararlaştırılmadıkça seçim hakkı borçluya aittir.

beklenemez¹⁵³. Alman Medenî Kanunu (BGB) §264/III, böyle bir durumda, yani alacaklının edime ilişkin seçim hakkını kullanması gerekli olan zamanda bu hakkını kullanmaması veya kullanamaması halinde, seçim hakkının borçluya ait olduğunu belirterek meseleyi çözmektedir.

Buna benzer bir hüküm, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında mevcut olmadığından, böyle bir durumda, borçlunun yapması gereken şey hususunda tartışma mevcut olup, bu hususta beyan edilmiş başlıca iki görüş mevcuttur.

Bunlardan ilki, Borçlar Kanununun böyle bir durumda seçim hakkının borçluya geçeceğine dair bir düzenleme içermediği, bu nedenle de Borçlar Kanunu madde 94'ün kıyasen uygulanması suretiyle borçluya, akdi geriye etkili olarak fesih hakkının verilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁴. Bu düşünceye gerekçe olarak da; *"Aslında 94'üncü madde sadece mevzuu bir şeyin teslimini tazammun etmeyen borçlardan (maddi bir edadan) bahsetmektedir. Fakat bu maddenin ratio legis, yani ruh ve maksadı şudur: Borçlunun tevdi suretiyle kurtulamayacağı bir borç bahis mevzuu ise, borçlu, akdi makable şâmil feshetmek hakkını haizdir; binaenaleyh maddi edalar, alacaklı intihap hakkını haiz olmak üzere, alternatif bir tarzda borçlanılmış oldukları takdirde dahi durum aynıdır"*¹⁵⁵.

İkinci görüş ise Alman Hukukundaki çözümün benimsenmesi; ve seçim hakkının borçluya verilerek, borçlunun seçeceği edimlerden biri ile tevdi hakkını kullanması gerektiği yönündedir. Bu görüş taraftarlarına göre Borçlar Kanunu madde 94, ancak bir şeyin tesliminin söz konusu olmadığı durumlarda uygulanabilir. Yani edim, maddi bir fiil değil ise, borçlunun akitten dönme hakkı yoktur. Bu nedenle, Borçlar Kanunu madde 94'ün genişletici olarak yorumlanması yanlıştır¹⁵⁶.

Alacaklının bu hususta borçluya karşı ileri sürebileceği tek şey ise, borçlunun, kendisine ait olan seçim hakkını kullanırken, kendisinin durum ve

¹⁵³ *von Tuhr*: age, s. 73 dn. 17 ve buna ait metin.

¹⁵⁴ *von Tuhr*: age, s. 73; 74 ve 549; *Oğuzman*: age, C. I, s. 243; *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 701. Açıkça ifade etmemekle birlikte *Becker*'in de bu görüşte olduğu söylenebilir. Bkz. : Art. 71(TBK m. 70) N:1 ve 8; *Oser/Schönenberger* ise, sadece seçim hakkının borçluya geçmeyeceğini ifade etmişler; fakat sorunun aşılması için her hangi bir çözüm önermemişlerdir. : Art. 92 (TBK m. 91) N. 13

¹⁵⁵ *von Tuhr*: age, s. 73 dn 17

¹⁵⁶ *Arslanlı*: age, s. 526

menfaatlerini dikkate almak suretiyle hakkaniyete uygun bir seçim yapması gereğidir.

Kanatımızca ikinci çözüm, alacaklının seçim hakkını kullanamamasının belki de vukuunda kendi kusuru dahi bulunmayan sebeplerden kaynaklandığı, bu nedenle böyle bir durumda, menfaatler dengesine uygun olan çözümün, akitten dönme değil; seçim hakkının borçlu tarafından alacaklının da menfaatlerini gözeterek kullanılması ve böylece belirli hale gelen edimin tevdi yoluna gidilmesi olacaktır, şeklinde bir gerekçe ile savunulabilirse de, Borçlar Kanununda, bu çözümü destekleyecek bir hükmün bulunmaması nedeniyle ilk görüş çerçevesinde hareket etmek daha uygun olacaktır.

f - Tevdiin alacaklıya bildirilmesi lüzumu:

Acaba yapılmış bulunan tevdiin geçerliliği için, bu hususun alacaklıya bildirilmesi de gerekir mi?

Bu hususta beyan edilmiş iki görüş vardır: Bunlardan ilkinе göre; tevdi hususunun alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi için ihbar gereklidir, fakat ihbarın geçerliliği her hangi bir şekil şartına bağlı değildir¹⁵⁷.

İkinci görüşe göre ise, tevdiin geçerliliği veya borcun tevdi edildiğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi, bu husustan alacaklının haberdar edilmiş olmasına bağlı değildir. Öyle olsa idi, alacaklının şahsından kaynaklanan ifa engellerinin mevcudiyeti halinde, yani alacaklının kim olduğunun bilinmemesi veya kimliği bilinen alacaklıya ulaşılamaması gibi hallerde, tevdi hakkının kullanılması imkânsız olurdu¹⁵⁸. Oysa kanun koyucu, bu gibi hallerde de borçluya tevdi hakkı tanımıştır.

Bu görüş çerçevesinde, tevdiin alacaklıya ihbarı, tevdiin geçerliliği için şart değildir; fakat dürüstlük kuralı gereği alacaklı, durumdan haberdar edilmelidir.

Gerçekten de tevdiin ihbarı, adeta alacaklının tevdi hususundaki düşüncesini bildirmesi meselesi ile birleşmiş bir sorundur. Alacaklının, tevdi

¹⁵⁷ *Rossel*: age, s. 144 N. 197

¹⁵⁸ *von Tuhr*: age, s. 542; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 4; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241; *Bonnant*: agt, s. 47;

hakkındaki düşüncesini söyleyebilmesi için, öncelikle tevdiiden haberdar olması gerekir. Tabii bu arada şu hususu da belirtelim ki, borçlunun dürüstlük kuralından kaynaklanan bu yükümü, incelemekte olduğumuz ifa engelleri bakımından, durumun niteliği gereği en erken, alacaklı yüzünden ortaya çıkan ve tevdiin yapılmasına sebep teşkil eden ifa engelinin ortadan kalktığı anda doğacaktır. Bu ifa engellerinden, alacaklı sıfatında ihtilaf bulunması ihtimalinde ise, belki borçlunun, hak iddiasında bulunanlardan ulaşabildiklerine böyle bir bildirim yapması beklenebilir.

Eğer tevdi eden, dürüstlük kuralından kaynaklanan bu yükümünü ihlal ederse, alacaklı için bundan doğan zararı, meselâ tevdiiden haberdar olmayan alacaklının hakkını elde etmek için yaptığı dava ve icra masraflarını, karşılamakla yükümlü olacaktır¹⁵⁹.

3 - Tevdi ile ortaya çıkan durum:

a - Genel olarak:

Alacaklısı yüzünden borcunu ifa edemeyen borçlulara tanınmış bulunan tevdi hakkı, iki şekilde kullanılabilir:

- Tevdi hakkı, bir daha vazgeçilemeyecek şekilde kullanılabilir ki o zaman, rücu edilemez tevdiiden bahsedilir.

- Yine tevdi hakkı, kendisinden dönülebilecek şekilde de kullanılabilir; o zaman da rücu edilebilir tevdi söz konusu olacaktır.

Yalnız şu hususu da belirtelim ki, tevdiiden rücu edilebilip edilemeyeceği hususunu belirleyen, daima tevdi edenin iradesi değildir. Kanunda öngörülmüş bulunan bazı olayların gerçekleşmesi de tevdi rücu edilemez hale getirebilir. Bu husus aşağıda anlatılacaktır¹⁶⁰.

Tevdi hakkının borçluya, emniyetli bir şekilde borcundan kurtulmasını temin için tanındığı ortadadır. Böyle olunca, bu hak kullanıldığı zaman, ortaya bir takım sonuçlar çıkacaktır. Tabii ortaya çıkan bu sonuçların tamamı borçlu ile de ilgili olmayacaktır. Borcun tevdi, yeddiemin ve lehdar (alacaklı)

¹⁵⁹ von Tuhr: age, s. 542 dn. 15; Bonnant: agt, s. 47

¹⁶⁰ Bkz. s. 112 vd.

açısından da bir takım olumlu veya olumsuz sonuçların doğumuna yol açacaktır. Fakat bu sonuçların devamı, tevdiiden rücu edilebilip edilemeyeceğine göre farklılık arzedecektir.

Doktrinde, tevdiin sonuçları anlatılırken, tevdiin rücu edilebilir olup olmamasına göre bir ayırım yapılmakta¹⁶¹ ve rücu edilebilir tevdiin söz konusu olduğu durumlarda, tevdiin alacaklı aleyhine olan, meselâ tevdi masraflarından lehdar alacaklının sorumluluğu gibi bazı sonuçlarının sadece tevdi ile doğmayacağı, bu sonuçların alacaklı aleyhine doğabilmesi için tevdiin rücu edilemez bir nitelik arz etmesinin de şart olduğu ifade olunmaktadır. Fakat biz böyle bir ayırım yapılmasını lüzumsuz buluyoruz. Çünkü Borçlar Kanunu madde 93 bu kabil bir ayırım yapmaya müsait değildir. Kanaatimizce tevdi, rücu edilebilir olsa da olmasa da, alacaklının aleyhine olsun veya olmasın birazdan açıklayacağımız sonuçların tamamının doğmasına yol açar. Tevdiin rücu edilebilir olup olmaması ise, doğmuş bulunan bu sonuçların devamı ile ilgilidir. Rücu edilebilir tevdiide, tevdi edenin rücu hakkını kullanması ile birlikte, tevdiin bütün sonuçları ortadan kalktığı halde (tabii rücu hakkı kullanılmadığı sürece bu sonuçların ortadan kalkması da kesinlikle söz konusu olmayacaktır); rücu edilemez tevdiide tevdi ile ortaya çıkan bu sonuçlar kesin bir nitelik arz edeceklerdir.

Bu hususu açıklığa kavuşturduktan sonra, tevdi sözleşmesinin unsurları olan bu üç şahsı nazara almak suretiyle, tevdi ile ortaya çıkan sonuçları inceleyebiliriz.

b - Borçlu açısından tevdiin sonuçları:

Tevdiin en önemli sonucunun, borçlunun borcundan kurtulmasını sağlaması olduğunu ifade etmiştik¹⁶². Bu neticeye, tevdiin ifanın yerini tuttuğu noktasından hareketle ulaşılmaktadır. Fakat tevdiin ifanın yerini tuttuğu görüşü, doktrinde ittifakla kabul edilmemektedir. Bu hususta ileri sürülmüş çeşitli görüşler mevcuttur.

Bunlardan ilki, tevdi ile borcun hukuken sona ermesinin söz konusu olmadığını, tevdiin sadece borçlu lehine bir defî hakkı doğmasına yol açtığını

¹⁶¹ *Bonnant*: agt, s. 50; *Koç*: agt, s. 292

¹⁶² Bkz. s. 77 vd.

ifade etmektedir¹⁶³. Bu görüşe göre tevdi, borçluyu, lehdar alacaklının takiplerinden kurtaracaktır. Çünkü tevdi, ona bir defa hakkı vererek, alacaklının, kendisine değil, fakat tevdi olunana müracaat etmesi gerektiğini ileri sürmek imkânını sağlayacaktır.

Bu husustaki diğer görüş ise *Liron*'a aittir. Bu görüşe göre alacaklının, edimi kabul hakkını kullanmamakla borçlunun akdî sorumluluğunu genişletemeyeceğini bilmesi gerekir. Borçlu ifa teklifinde bulunmakla¹⁶⁴, akdi yükümlülüğünü yerine getirmek için her imkândan istifade ettiğini, bu nedenle kendisinden artık başka bir şey istenemeyeceğini göstermiş olur. İfa teklifi ile alacaklının hakları, maddî olarak gerçekleştirilmiş olur. Eğer, maddî olarak gerçekleştirilmiş olan alacaklının hakları, daha sonra bazı değişimlere maruz kalırsa, doğal olarak bu değişimlerden etkilenmesi gereken kişi, bu hakların sahibi olan alacaklıdır. Bunun için, borçlunun gerçekleştireceği tevdi, onun tarafından alınan ek bir tedbir niteliğindedir. Tevdi yoluyla, borç ilişkisini hiç bir zaman değiştiremeyen borçlunun, çoğu zaman ağır olan edimi muhafaza yükümünden kurtulması sağlanır¹⁶⁵. *Liron*, "şu halde tevdi, edimi, tam bir güvenlik içerisinde muhafazaya elverişli bir hukukî imkân olarak gözükmektedir..." diyerek, tevdi yoluyla, borcu olduğu gibi üstlenen başka bir şahsın, borçlunun yerine ikame edildiğini ileri sürmektedir.

Doktrinde hakim bulunan üçüncü görüşe göre ise tevdi, ifanın yerini tutar¹⁶⁶. Borçlar Kanunu madde 91/c.1'de yer alan "...borçlu...vereceği şeyi tevdi ederek borcundan beraat edebilir." ibaresi de bu görüşü desteklemektedir¹⁶⁷.

Borçlunun tevdi yoluyla borcundan kurtulabilmesi için, lehdar-alacaklının tevdi konusu edimi kabul etmesi, ya da diğer rücu edilemezlik sebeplerinden birinin mevcudiyeti de şart değildir¹⁶⁸. Çünkü kanunda, tevdiin, borçtan kurtarıcı etkisinin, alacaklının kabulüne bağlı olduğu, ya da

¹⁶³ *Bonnant*: agt, s. 39

¹⁶⁴ *Liron*'un ifa teklifini ve alacaklı temerrüdünü farklı yorumladığını hatırlatmak istiyoruz. Bkz. s. 62-64 dn. 19, 20, 21

¹⁶⁵ *Liron*: agt, s. 77 ve 78

¹⁶⁶ *von Tuhr*: agt, s. 544 ve 546; *Oğuzman*: agt, C. I, s. 241; *Oser/Schönenberger*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 3; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*: agt, s. 845; *Birsen*: agt, s. 454; *Reisoğlu*: agt, s. 261; *İnan*: agt, s. 463

¹⁶⁷ *Koç*: agt, s. 213

¹⁶⁸ *Bonnant* bunun aksini düşünmektedir: agt, s. 44

tevdiin rücu edilemez bir hal alması gerektiği hususunda bir düzenleme mevcut değildir¹⁶⁹

Öncelikle şu hususu belirtelim ki, tevdi olunan şeyin tevdiden sonraki âkıbeti ne olursa olsun, tevdi ile birlikte borçlu borcundan kurtulur¹⁷⁰. Tevdiin borçlu açısından gerçekleşen en önemli sonucu budur. Ayrıca Borçlar Kanunu madde 113 gereğince, alacakla birlikte kefalet ve rehin gibi fer'i haklar da tevdiin gerçekleştirilmesi ile birlikte kendiliğinden sona ererler.

Bunun yanında, tevdi hakkının kullanılması ile birlikte, borçlu açısından, tevdi öncesine nazaran bazı avantajlı sonuçlar daha doğar. Fakat, borçlu lehine doğan bu sonuçların devamlı olup olmadıkları, tevdiin rücu edilebilir olup olmamasına, rücu edilebilir tevdiin söz konusu olduğu durumlarda da, tevdi edenin rücu hakkını kullanıp kullanmamasına göre belirlenecektir. Şimdi, tevdi öncesi döneme nazaran, borçlu lehine gerçekleşen bu sonuçları, devam edip etmeyecekleri veya ne kadar süreyle devam edecekleri hususu ile ilgilenmeksizin sırasıyla inceleyelim:

aa) Hasarın alacaklıya intikal etmesi:

Borçlar Kanunu madde 91'in öngördüğü cihetle, borç konusu edim hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere tevdi olunur¹⁷¹.

Alacaklı temerrüdünde, hasarın hangi andan itibaren alacaklıya ait olduğu hususu tartışmalı olup; bu konu ile ilgili olarak başlıca üç görüş ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki ifa teklifinin yapıldığı andan itibaren hasarın alacaklıya geçeceğini iddia etmektedir¹⁷².

İkinci görüş ise hasarın alacaklıya, temerrüde düştüğü andan itibaren intikal edeceğini savunmaktadır¹⁷³.

¹⁶⁹ *Koç*: agt, s. 220

¹⁷⁰ *von Tuhr*: age, s. 544; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241; "Borç sonu erdiği için, tevdiden sonra bir takas da imkânsızdır. Bu, makable şâmil olmasına rağmen tevdiden önce bildirilmelidir. Zira bunun için alacak ve mukabil alacağın mevcudiyeti şarttır." (*Becker*: Art 92 (TBK m. 91) N. 17

¹⁷¹ *von Tuhr*: age, s. 544

¹⁷² *Liron*: agt, s. 58

Nihayet bu husustaki üçüncü görüş ise hasarın, edimin tevdiinden itibaren alacaklıya ait olması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁴.

İnceleme konumuz olan alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği diğer hallerde ise, hasarın hangi andan itibaren alacaklıya geçeceği hususunda görüş beyan edilmemiştir. Fakat Borçlar Kanunu madde 95'in yollaması nedeniyle, alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler kıyasen konumuz bakımından da uygulama alanı bulacaklardır.

Yukarıdaki görüşlerden ilk ikisi, konumuz bakımından uygulama alanı bulamayacaklardır. Çünkü, burada ne ifa teklifi ve ne de alacaklı temerrüdü mevcuttur. Halbuki, ifa teklifi ve alacaklı temerrüdünün mevcudiyeti, o görüşlerin temelini oluşturmaktadır.

Bu durumda inceleme konumuz ile ilgili olarak, hasarın edimin tevdiî ânından itibaren alacaklıya intikal edeceğini savunan görüşe üstünlük tanımak gerekecektir. Böylece hasar, edimin tevdiinden itibaren alacaklıya ait olacaktır.

bb) Tevdi masraflarının alacaklıya ait olması:

Burada ele alınan masraflar yukarıda incelenen bakım ve muhafaza masraflarından farklıdır¹⁷⁵. Bakım ve muhafaza masrafları, borçlunun, edimi alacaklı yüzünden bir müddet daha elinde tutmak mecburiyetinde kalması nedeniyle yapılan masraflardır. Tevdi masrafları ise, edimin tevdiî için yapılmış bulunan masraflar olup, borç gereği gibi ifa edilebilseydi, borçlunun normal olarak yapması gerekmeyecek masraflardır¹⁷⁶. Yani sadece, usulüne uygun tevdiin icrası için yapılması gerekli olan masraflardır.

Bu açıklamadan da anlaşılabileceği gibi, tevdi masraflarının nelerden ibaret olduğunu belirlerken ölçümüz; *ifa normal yoldan gerçekleştirilmiş olsa idi, borçlunun bu masrafları yine yapmasının gerekli olup*

¹⁷³ Rossel: age, s. 143; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 694; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop: age, s. 848

¹⁷⁴ Oğuzman: age, C. I, s. 239 -240; Oser/Schönenberger: Art. 92 (TBK m. 91) N. 12; Bonnant: agt, s. 22 ve 39; Akıntürk: agt, s. 33; Birsen: age, s. 454

¹⁷⁵ Bkz. s. 67 vd.

¹⁷⁶ Bonnant: agt, s. 51

*olmadığıdır*¹⁷⁷. Eğer yapılan bu masraflar, ifa normal yoldan gerçekleştirilmiş olsa idi dahi yapılacaktı denebiliyorsa, ortada alacaklıya ait olması gereken tevdi masrafı olmayacak; yok eğer normal bir ifa esnasında yapılması gerekmeyen ekstra masraflar söz konusu ise bu masraflar tevdi masrafı olarak kabul edilecek ve alacaklıya ait olacaklardır. Yalnız her halukârda, yapılan masraflar, normal ifa masraflarına eşit veya ondan daha düşük iseler, alacaklıya ait olması gereken her hangi bir masraftan söz edilemeyecektir. Çünkü borcun normal ifa masraflarına borçlunun katlanması gerektiğinden, tevdi, borçluyu normal ifadan daha iyi bir konuma getirmemelidir. Bu masraflara ilişkin olmak üzere bir örnek vermek gerekirse, usulüne uygun olarak gerçekleştirilen tevdi nedeniyle malın asıl ifa yerinden daha uzak bir yere taşınması gerekmiş ise tevdi mahalline taşıma masrafları, nakliye şirketine ödenen bedel, nakliyat sigorta bedeli, yükleme ve boşaltma masrafları, bu kabilden masraf olarak nitelenecek ve tevdi, bu masraflar alacaklıya ait olmak üzere gerçekleştirilecektir.

Tabii yukarıda yaptığımız izahat çerçevesinde, bu masraflardan normal ifa masrafları düşülecek ve geriye kalan miktar, tevdi masrafı olarak alacaklıya ait olacaktır.

Yine bunun gibi, yeddiemine ödenmesi gereken bir ücret söz konusu ise, aksi kararlaştırılmadığı sürece, bu ücretin ödenmesinden de alacaklı sorumlu olacak ve tevdii kabul beyanında bulunup edimi teslim almak istediğinde bu masrafları yeddiemine ödemesi gerekecektir. Çünkü bu da tevdi masrafıdır. Fakat bu ücretin peşin olarak ödenmesi gerekiyor ise borçlu, usulüne uygun tevdiin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekli diğer masraflarla birlikte bu ücreti de peşin olarak ödeyecektir. Borçlu, peşin olarak yaptığı bu masrafları, bir miktar paranın tevdii söz konusu olsa dahi edimden düşemeyecek ise de vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde alacaklıdan talep edebilecektir. Hatta yukarıda belirtildiği gibi¹⁷⁸ borçlu ile yeddiemin, alacaklının edimi kabul beyanında bulunabilmesini bu masrafları ödemesi şartına bağlama imkânına da sahiptirler.

Tevdi masrafları ile ilgili olarak şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz: Eğer tevdi masrafları aşırı derecede fazla ise, borçlu edimin tevdii yoluna gidemeyecektir. Çünkü bu durumda Borçlar Kanunu madde 92, tevdie

¹⁷⁷ *Bonnant*: agt. s. 51

¹⁷⁸ Bu hususta Bkz. s. 77

imkân tanımamaktadır. Bu durumda borçlunun yapması gereken, borç konusu şeyi satarak satış bedelinin tevdiî yoluna gitmektir¹⁷⁹.

cc) Borçlunun borcundan kurtulması:

Borcunu alacaklısı yüzünden ifa edemeyen borçluya tanınmış bulunan tevdi hakkının tanınmasındaki asıl amacın, "borcunu ifa etmek istediği halde bu neticeye alacaklısı yüzünden ulaşamayan borçluya hukukî bir yardım sağlanması ve böylece mevcut ifa engellerinin ortadan kalkmasını beklemek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulmasını temin etmek" olduğunu ifade etmiştik¹⁸⁰. İşte, usulüne uygun tevdiin gerçekleştirilmesi ile borçlu borcundan kurtulur. Bu sonuç, tevdi ile gerçekleşen en önemli sonuçtur¹⁸¹. Tevdiin borçtan kurtarıcı etkisi, lehdar-alacaklının edimi kabulüne bağlı değildir. Lehdar-alacaklının bu hususa ilişkin beyanı, tevdiin rücu edilemez hale dönüşmesi hususunda etkili olur¹⁸². Yine tevdiin borçtan kurtarıcı etkisi, lehdar-alacaklıya yeddiemin tarafından yapılacak ifadan da bağımsız bir olaydır. Lehdar-alacaklı, her hangi bir sebeple edimi elde edemese dahi, durumda bir değişiklik olmaz. Tevdiî gerçekleştiren borçlu, tevdi ile borçtan kurtulmuştur.

Borç konusu şeyin bu şekilde tevdiî ile borçlu, müteselsil alacaklıların tamamına karşı borçtan kurtulmuş olacaktır.

Usulüne uygun tevdi, mütemerrit borçlunun temerrüdünü de sona erdirir. Yalnız, incelemekte olduğumuz ifa engellerinin niteliği dikkate alındığında, borçlunun esasen temerrüde düşmesinin söz konusu olup olamayacağına tereddüt olunabilir. Fakat kesin vadeli borçların mevcudiyetini düşünerek bu hususta kesinlikle tereddüt olunmamak gerekir. *von Tuhr* bu hususta şöyle demektedir¹⁸³: "...95'inci maddenin derpiş ettiği ve ifanın maruz kaldığı engeller alacaklının şahsına müteallik bulunmasına rağmen, işbu engeller borçlunun temerrüde düşmesine mani teşkil etmezler; eğer borçlu bir ihtar veya sadece vadenin hululü sebebiyle temerrüt haline

¹⁷⁹ Satış hakkı için Bkz. s. 133'daki durum

¹⁸⁰ Bkz. s. 73 vd.

¹⁸¹ *Bonnant*: agt, s. 49

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için Bkz. s. 112

¹⁸³ *von Tuhr*: age, s. 613; Aynı düşüncede *Becker*: Art 104 (TBK m. 103) N. 4

girmiş ise, geçmiş günler faizlerini (temerrüt faizlerini) ödemekle mükellef olup bundan ancak borç mevzuu olan şeyi tevdi etmek suretiyle kurtulabilir."

Bize de makul gözüken bu düşünceye göre, Borçlar Kanunu madde 95 anlamında, alacaklı yüzünden ortaya çıkan ifa engellerinin mevcudiyeti de şartları oluştuğunda borçlunun temerrüde düşmesine engel teşkil etmeyeceklerdir. Aslında mütemerrit borçlunun bu durumdan kurtulmasının yolu, borcunu ifa etmek amacıyla edimi alacaklının kabulüne arz etmesi, yani ifa teklifinde bulunmasıdır. İfayı teklif etmekle borçlu, alacaklının bu teklifi kabul veya reddine gerek kalmaksızın temerrütten kurtulacaktır¹⁸⁴. Fakat mevcut şartlar nedeniyle mütemerrit borçlunun, ifa teklifinde bulunmak suretiyle temerrütten kurtulması mümkün değildir. Çünkü borçlu, ifa teklifini kabulüne arz edeceği alacaklısı ile irtibat sağlayamamaktadır.

Bu durumda mütemerrit borçlunun borcundan kurtulmak için yapacağı şey, kanunun kendisine tanımış olduğu imkânı kullanmak, yani edimin tevdi yoluna gitmektir. İşte, ifanın yerini tuttuğu kabul edilen tevdi iledir ki borçlu, temerrütten ve onun temerrüt faizi gibi olumsuz neticelerine katlanmaktan kurtulacaktır.

Temerrüde düşen borçlunun bir cezaî şart ödemesi kararlaştırılmış ise onun, tevdi ile temerrütten kurtulmuş olması, bu cezaî şartı ödemesine engel teşkil etmez; fakat cezaî şart, borçlu temerrüdünün devamı süresince işleyen bir tazminat borcu olarak belirlenmiş ise¹⁸⁵ borçlunun tevdi hakkını kullanmasından itibaren artık bu cezaî şart da işlemeyecektir.

dd) Tevdi ile ortaya çıkan diğer sonuçlar:

Bu sonuçlar normal bir ifanın gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan sonuçlarla benzerdir. Fakat, tevdi ifadan farklı bir yol olduğu için, tamamen aynı da değildir. Bu sonuçlar, usulüne uygun tevdiin icrası ile gerçekleşirler. Çünkü borçlu, borcunu tevdi ederek borç ilişkisinin kendisine yüklediği borcu yerine getirmiş olur ve bundan sonra alacaklısı onu, başka bir şey yapmaya zorlayamaz. Bu sonuçların başlıcaları şunlardır: Akdî faizler artık işlemez,

¹⁸⁴ Oğuzman: age, C. I, s. 239

¹⁸⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak: age, s. 849

zamanaşımı kesilmiş olur, borçlu alacaklının ifa talebine karşı Medenî Hukuk anlamında bir defî hakkı elde eder¹⁸⁶.

Eğer karşılıklı bir akit söz konusu ise borçlu borcunu ifa etmiş sayıldığından, alacaklı, borçluya karşı ödemezlik defîni (BK m. 81) ileri süremez. Yine karşılıklı bir akitte, alacaklının kendi ediminin, alacağının ifası üzerine muaccel olacağı hallerde, borçlunun kendi borcunu tevdi ederek borcundan kurtulması ile karşı alacağı muaccel hale gelecektir¹⁸⁷.

Bu arada şu hususu da belirtelim ki, sadece usulüne uygun tevdiin gerçekleştirilmiş olması, tevdi konusu edimin mülkiyetinin lehbara intikali sonucunu doğurmaz. Bunun için alacaklının tevdi konusu şeyi teslim alması veya edimi kabul edeceğini beyan etmesi de gerekir¹⁸⁸. Çünkü tevdiden itibaren tevdi eden tevdi konusu şey üzerindeki vasıtasız zilyetliğini kaybetmekle¹⁸⁹ birlikte, mülkiyet hakkı hala kendisinin üzerindedir¹⁹⁰.

Fakat usulsüz vedia (BK m. 472) söz konusu ise, durum biraz değişiktir. Şöyle ki, bu durumda yeddiemin, tevdi olunan şeyleri aynen değil mislen iade etmekle yükümlü olup¹⁹¹, bu şeylerin mülkiyeti ve tabii bunun sonucu olarak hasar ve yararı yeddiemine geçer. Bunun için eşyanın yeddiemine teslimi yeterlidir. Bu andan itibaren bu şahıs, tevdi konusu şey üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecektir. Onun tek yükümlülüğü, rücu hakkının kullanılıp kullanılmamasına göre, tevdi edene veya tevdiden yararlanana tevdi konusu şeyi mislen iade etmekten ibarettir¹⁹². Uygulamada, bir miktar paranın tevdiinin söz konusu olduğu durumlarda hâkimlerin, tevdi mahalli olarak genellikle devlet garantisi altındaki bankaları belirlemelerinin sebebi de bu olsa gerektir.

¹⁸⁶ Çünkü tevdi, alacaklının alacak hakkının sona ermesine yol açmıştır. Medenî usul hukunda ise, bir hakkın sona ermesine yol açan vakıalar *itiraz* olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. *von Tuhr*: age, s. 29

¹⁸⁷ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239

¹⁸⁸ *von Tuhr*: age, s. 544; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241

¹⁸⁹ Tevdiin gerçekleştirilmesinden itibaren edim üzerinde fiili hakimiyet kuran yeddiemin, *başkası için zilyet* durumuna geçer. Başkası için zilyetlik kavramı için Bkz. *Oğuzman/Seliçi*: age (Eşya), s. 66

¹⁹⁰ *Oğuzman*: age, C. I, s. 239; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*: age, s. 844

¹⁹¹ *Yavuz C. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1989*, s. 433

¹⁹² *İmre Z. : Usulsüz Vedia Akdi* (Türk, İsviçre, Alman ve Fransız hukukları üzerinde bir tetkik) İÜHF 1944, C. X, S. 1 - 2, s. 206 vd.

Edimin tevdi ile borçlu borcunu ifa etmiş sayıldığı cihetle, alacaklıya alacağı için senet verilmiş olan hallerde borçlu, bu senetlerin iadesini talep etme hakkına da sahip olacaktır (BK m. 87). Fakat, borçlu bu hakkını fiilen kullanamayacaktır. Çünkü tevdi yoluna başvurmamasının nedeni, alacaklının şahsından kaynaklanan bir ifa engelinin mevcudiyetidir. Böyle bir durumda ise borçlu, senedinin iadesini isteyebileceği şahıs olan alacaklısı ile irtibat kurma imkânından yoksundur (durumun böyle olmaması ihtimalinde, zaten borçlunun tevdi ile borcundan kurtulması mümkün olmayacaktır). Borçlunun usulüne uygun tevdiden sonra alacaklısından senetlerinin iadesini talep edebilmesi, sadece, usulüne uygun tevdiden sonra, ifaya engel olan durumun zail olması halinde mümkün olabilecektir. Bunun dışında ise, borcunu alacaklısının şahsından kaynaklanan bir ifa engeli nedeniyle tevdi eden borçlunun, senedin iadesini talep edebileceği bir muhatap bulması mümkün değildir. Bu durumda borçlunun, mahkemeye müracaat ederek, durumun tesbiti ile senetlerin iptaline karar verilmesini (BK m. 87) istemesi kanaatimizce doğru olacaktır. Çünkü bu senetlerin alacaklının elinde kalması, borçlu için tehlike arzedecektir¹⁹³. Bunu önlemenin tek yolu ise, senetlerin iptalini talep etmektir.

Yine tevdi ile asıl borç sona erdiği için, alacağa bağlı olup, onu temin eden rehin ve kefaletler de sona erecektir (BK m. 113/I). Bundan sonra rehin veren borçlu veya üçüncü şahıs, bu alacağı temin eden rehin menkul rehni ise rehin konusu menkulün iadesini, gayrimenkul rehni ise tapudaki rehin kaydının terkinini talebe yetkili olacaktır¹⁹⁴. Fakat senetlerin iadesinde olduğu gibi borçlu veya rehin veren üçüncü şahıs, genellikle karşısında muhatap bulamayacağı için, rehin konusu menkulün iadesi veya gayrimenkul rehninin tapudaki kaydının terkinini amacıyla dava açmak zorunda kalacaktır.

Tabii borçlu veya rehin veren üçüncü şahıs, dava açmak için de karşılarında muhatap bulamayacaklardır. Bu engeli aşmak için borçlu veya rehin veren üçüncü şahsın yapacağı şey ise, Medenî Kanun madde 376/b.1 gereğince alacaklıya bir kayyım tayin ettirerek, davayı ona karşı açmak olsa gerekir. Böylece borçlu veya rehin veren üçüncü şahıs, borcun tevdi ile sona erdiğini isbat etmek suretiyle gayrimenkul rehnine ilişkin tapu kaydının terkinini temin edebileceği gibi, rehin verilen menkul malın bulunduğu yer biliniyor ise onun iadesini de temin edebilir.

¹⁹³ Oğuzman: age, C. I, s. 215

¹⁹⁴ Oğuzman/Seliçi: age (Eşya), s. 799 ve 882

c) Borçlunun tevdiden rücu hakkı ve rücu hakkının kullanılmasının sonuçları:

aa) Tevdiden rücu hakkı: Tevdi edenin rücu hakkı, üçüncü şahıs lehine sözleşmenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Kural olarak, sözleşmenin kuruluşu ile üçüncü şahsın hakkının geri alınmaz hale gelmesi arasında, tevdi edenin rücu hakkı sözleşmede öngörülmüş olmasa da mevcuttur¹⁹⁵. Yani tevdi eden, rücu hakkının kullanılmasına engel olan istisnai durumlardan birisi mevcut olmadıkça, bu hakkını kullanabilecektir. Üçüncü şahsın hakkının geri alınmaz hale gelmesine yol açan istisnai durumlar ise, aşağıda ayrıca anlatılacaktır¹⁹⁶.

Rücu hakkının, yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmekteyse de, bozucu yenilik doğuran bir hak mı, yoksa değiştirici yenilik doğuran bir hak mı olduğu hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre rücu hakkı, "*bozucu yenilik doğuran bir haktır*"¹⁹⁷. Tevdi eden, tevdi konusu edimi geri aldığını beyan ederse, kendi yararına olarak bir iade alacağı kazanır. Ve onun bu beyanı ile birlikte, tevdiden yararlananın edimi kabul hakkı da sona erer¹⁹⁸.

Bunun aksine diğer görüşe göre ise rücu hakkı bozucu değil, "*değiştirici yenilik doğuran bir haktır*"¹⁹⁹. Bu görüş doğrultusunda tevdi edenin rücu hakkını kullanması ile birlikte, ifanın yerini tutması amacıyla üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak kurulan tevdi sözleşmesi, üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olmaktan çıkmakta ve alelade bir vedia sözleşmesine dönüşmüş olmaktadır.

Bu iki görüş de kendi bakış açıları doğrultusunda haklıdır.

İlk görüş taraftarları, rücu hakkının kullanılması ile "*üçüncü şahıs lehine kurulan tevdi sözleşmesinin sona erdirilmesini*"

¹⁹⁵ *von Tuhr*: agt, s. 728; *Akyol*: agt, s. 150

¹⁹⁶ Bkz. s. 112 vd.

¹⁹⁷ *Bonnant*: agt, s. 38; *von Tuhr*: agt, s. 545 (*von Tuhr*, alacaklının edimi kabul beyanını ise *değiştirici yenilik doğuran bir hak* olarak nitelendirmektedir. Bkz. s. 113dn. 234)

¹⁹⁸ *Bonnant*: agt, s. 38

¹⁹⁹ *Akyol*: agt, s. 151; *Koç*: agt, s. 200

kasdetmektedirler. Tabii bunun sonucu olarak, rücu hakkını "...*kullanılması ile mevcut bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesi*" anlamına gelen²⁰⁰ *bozucu yenilik doğuran bir hak* olarak nitelendirmektedirler.

İkinci görüşü savunanlar ise, rücu hakkının kullanılmasından, "tevdi edenin, üçüncü şahsın iradesi dışında kazandığı edimi kabul hakkına son verilmesi ve böylece üçüncü şahıs yararına kurulan tevdi sözleşmesinin bu niteliğini kaybederek, alelade bir vedia sözleşmesine dönüşmesini kasdettikleri için²⁰¹; rücu hakkını, "*kullanılması ile hukuki ilişkide değişiklik meydana getirilmesi*" anlamına gelen²⁰², *değiştirici yenilik doğuran bir hak* olarak kabul etmektedirler.

Bilindiği üzere tevdi edenin, hem vedia sözleşmesi nedeniyle ve hem de tevdi sözleşmesinin üçüncü şahıs lehine bir sözleşme olması nedeniyle tevdi sona erdirmeye imkânı (yani tevdiden rücu hakkı) mevcuttur. Vedia sözleşmesi nedeniyle rücu hakkının mevcudiyetinin kabulü pek güçlük arz etmez. Çünkü Borçlar Kanununda bu hususa ilişkin özel bir hüküm vardır. Bu hükme (BK m. 466/I) göre: "*İdada müddet tayin edilmiş olsa bile, mudi her vakit ida edilen eşyayı zevaidiyle beraber geri alabilir...*"

Tevdi edenin aynı şekilde, tevdi sözleşmesinin üçüncü şahıs lehine bir sözleşme olması nedeniyle de Borçlar Kanunu madde 111/III gereği rücu hakkına sahip olduğu doğru bir şekilde ifade edilmektedir²⁰³. Çünkü Borçlar Kanunu madde 111/III şöyle demektedir: "...*üçüncü şahıs veya onu istihlaf edenler bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya beyan ettiklerinden itibaren alacaklının borçluyu ibraya hakkı kalmaz.*"

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, üçüncü şahıs lehine yapılan tevdi sözleşmesinin yapılması ile birlikte lehdar-alacaklı, yeddiemine karşı bir alacak hakkı kazanacaksa da, bu hakkını kullanacağını yeddiemine bildirinceye kadar tevdi eden, bu hak üzerinde tasarruf imkânına sahip olacaktır. Madde metninde sadece "*ibra*"dan söz edilmiş ise de tevdi eden,

²⁰⁰ Oğuzman M. K. : *Medenî Hukuk Dersleri* (Giriş, Kaynaklar, Temel kavramlar), Gözden geçirilmiş altıncı bası, İstanbul 1990 s. 110; von Tuhr: age, s. 24

²⁰¹ Akyol: agt, s. 148

²⁰² Oğuzman: age, (Temel kavramlar) s. 110; von Tuhr: age, s. 24

²⁰³ Akyol: agt, s. 148 vd.

lehdar-alacaklının edimi kabul beyanında bulunmasına kadar her türlü tasarrufta bulunabileceğinden, rücu hakkına da sahip olacaktır²⁰⁴.

İşte tevdi edenin, rücu hakkını kullanmakla vedia sözleşmesini sona erdirmek mi istediği, yoksa sadece bu sözleşmeyi üçüncü şahıs lehine sözleşme olmaktan çıkartmak mı istediğinin belirlenmesi ile, rücuun hukuki niteliğinin de doğru bir şekilde belirlenmesi mümkün olacaktır.

Yukarıda açıklandığı gibi, tevdi ile borçlunun borcundan kurtulabilmesi için, bu sözleşmenin üçüncü şahıs lehine bir sözleşme olarak yapılması ve lehdar olarak belirlenen alacaklıya, ifanın kendisine yapılması hususunda talep yetkisi tanınması şarttır²⁰⁵. Çünkü tevdi sözleşmesinin yapılmasında önemli olan, bu sözleşmeden alacaklı lehine bir hak doğup doğmadığı ve alacaklının lehine doğmuş bulunan bu hakkı kullanma imkânına, yani ifanın kendisine yapılması hususunda talep yetkisine, sahip olup olmadığıdır. Ancak alacaklıya ifanın kendisine yapılması hususunda talep yetkisinin tanınması suretiyle yapılmış bir tevidir ki ifanın yerine geçer ve borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurur. İşte bu çerçevede rücu hakkının kullanılmış sayılabilmesi için, sözleşmenin üçüncü şahıs lehine sözleşme olmaktan çıkarılması yeterli olup vedia akdinin sona erdirilmesi şart değildir. Çünkü bu hususta önemli olan, lehine tevdi yapılan alacaklının, tevdi konusu edimi elde etme imkânına sahip olup olmadığıdır. Tabii bu sonuca vedia akdinden doğan geri alma hakkının kullanılması ile de ulaşılması mümkündür. Fakat bu şart değildir.

Rücu hakkının kullanılması ile ilgili olarak, her ne kadar Borçlar Kanunu madde 93'te "...borçlu tevdi edilen şeyi istirdat edebilir..." deniliyor; ve madde metninden, sanki rücu hakkının kullanılabilmesi için, tevdi olunan şeyin fiilen geri alınması gerekiyormuş gibi bir anlam çıkıyorsa da, bunun aksine rücuun gerçekleşmesi için, tevdi edenin *rücu hakkını kullandığına dair bir beyanının* yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶. Tevdi eden rücu dair bu beyanı ile, tevdi konusunun kendisine iadesini talep eder veya alacaklıya verilmesini yasaklar²⁰⁷; ve böylece teviden rücu gerçekleşmiş olur. Bu durum ise, tevdi sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelmektedir.

²⁰⁴ Oğuzman/Öz: age, C. II, s. 316

²⁰⁵ Bkz. s. 76 vd.

²⁰⁶ von Tuhr: age, s. 544; Oğuzman: age, C. I, s. 241; Koç: agt. s. 199

²⁰⁷ von Tuhr: age, s. 544 - 545

Çünkü tevdi edenin, tevdi konusunun kendisine iadesini talep etmesi veya alacaklıya verilmesini yasaklaması, üçüncü şahıs lehine sözleşmede lehdarın değiştirilmesinden başka bir şey değildir. Böylece tevdi eden, rücu hakkını kullanarak, kendisini lehdar olarak tayin etmiş olmaktadır²⁰⁸. Tabii tevdi konusu edimin, alacaklısı dışında başka bir şahsa verilmesini isteyerek, başka bir şahsı da lehdar olarak belirlemesi mümkün olmak gerekir.

Bu nedenlerle bizce de rücu hakkı, "*tevdi edenin, üçüncü şahsın iradesi dışında kazandığı hakka son verme yetkisi*" anlamında kullanılmalıdır. Tabii bu durumda rücu hakkının *değiştirici yenilik doğuran bir hak* olarak kabul edilmesi de gerekecektir.

Tevdi eden bu anlamdaki rücu hakkını kullanınca, yeddieminle arasındaki hukuki ilişkinin, yani artık üçüncü şahıs lehine sözleşme olmaktan çıkan vedia akdinin mukadderatının ne olacağı ise tarafların bu husustaki iradelerinin belirlenmesine bağlı olacaktır.

Rücu hakkı ile ilgili olarak tartışmalı bulunan bir husus da bu hakkın, borçlu ile birlikte üçüncü şahıslar tarafından da kullanılabilip kullanılamayacağıdır. Rücu hakkının üçüncü şahıslar tarafından da kullanılabilip kullanılamaması, bu hakkın haczedilebilip haczedilememesi bakımından önem taşımaktadır.

Doktrinde genellikle kabul gören bir görüşe göre rücu hakkı, iflâs idaresi tarafından kullanılabilceği gibi, bir haczin konusu da yapılabilir²⁰⁹.

Bu görüşü benimseyen *von Tuhr*'a göre "*...rücu hakkı mamelekin ve binaenaleyh borçlunun iflâsı halinde masanın bir unsuru olduğu cihetle, iflâs idaresi tarafından kullanılabilir, istirdat hakkı ve murtabit rücu hakkı, alacaklı kendi lehine yapılmış olan tevdi kabul ettiğini beyan etmediği müddetçe, borçlunun diğer alacaklıları tarafından haciz edilebilir ve onlar tarafından kullanılabilir. Bu âna kadar tevdi, lehine tevdi yapılan alacaklıya borçlunun diğer alacaklıları üzerinde bir takaddüm temin etmez...*"²¹⁰

²⁰⁸ *von Tuhr*: age, s. 728 dn. 11

²⁰⁹ *von Tuhr*: age, s. 545; *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 1; *Arslanlı*: age, s. 522; *Arsebük*: age, s. 749 dn. 41; *Velidedeoğlu/Kaynar*: age, s. 183

²¹⁰ *von Tuhr*: age, s. 545

Bunun gibi *Oser/Schönenberger* de rücu hakkının, diğer şahsi haklarla aynı nitelikte olması nedeniyle, iflâs masasına gireceğini kabul etmektedirler. Yazarlara göre, lehine tevdi yapılan alacaklı ile tevdi gerçekleştiren borçlu, tevdi edilene karşı eksik müteselsil alacaklı durumdadırlar²¹¹.

Bunun karşısında yer alan görüşe göre ise, rücu hakkını ancak ve yalnız borçlu kullanabilir. Rücu hakkının şahsî bir hak olduğu bir gerçektir, fakat kanun koyucu bu hakkın kullanılması yetkisini, tevdi edenin alacaklılarına veya iflâs masasına da vermek isteseydi, bunu açıkça öngörürdü. Oysa kanun böyle bir düzenleme içermemektedir²¹². Bu görüşün savunucusu olan *Bonnant*'a göre, kural olarak rücu hakkı haczedilemez; fakat geri alma hakkının kullanılmasından doğup, bir iade davasına konu olabilecek olan alacak hakkının haczi kabildir²¹³.

Koç'un da belirttiği gibi, bu sorunun çözümü bakımından Borçlar Kanunu madde 93/c.1 yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle bu hüküm, icra ve iflâs hukuku ilkeleri ile birlikte değerlendirmeye alınmak gerekir²¹⁴. Buna göre, borçlunun haczi kabil bütün malları, üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları borçlarının teminatını teşkil eder ve alacaklılar tarafından haczedilebilir. Yine bunun gibi borçlu, iflâsa tabi şahıslardan ise, onun iflâsı ile haczi kabil bütün malları, üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları bir masa teşkil eder (İİK m. 184/I) ve bunların tamamı, tasfiye yoluyla alacaklıların tatminine ayrılır. Şu halde, borçlunun borçlar hukukuna ilişkin talep haklarının, bu arada rücu hakkının da iflâs masasına gireceğini ve iflâs idaresi tarafından kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. Keza borçlunun, taşınır ve taşınmaz malları gibi, üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları da hacze tabi olduklarından (İİK m. 89), rücu hakkının da hacze tabi olacağında şüphe etmemek gerekir²¹⁵.

bb) Rücu hakkının kullanılmasının sonuçları: Tevdi edenin, yukarıda hukuki niteliğini açıklamış bulunduğumuz rücu hakkını kullanmasından itibaren, sanki tevdi hakkı kullanılmamış gibi, alacak yeniden

²¹¹ *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 1

²¹² *Bonnant*: agt, s. 42 - 43

²¹³ Böylece bu yazarın da rücu hakkının kullanılması ile, vedia akdinden doğan geri alma hakkının kullanılmasını kasdettiği anlaşılmaktadır. Bkz. agt, s. 43

²¹⁴ *Koç*: agt, s. 204

²¹⁵ *Koç*: agt, s. 204

doğar²¹⁶. Tevdi ile borçlunun lehine doğmuş bulunan bütün sonuçlar, sanki tevdi gerçekleştirilmemiş gibi ortadan kalkar. Bu nedenle tevdi, borçluyu borcundan kurtarmasına rağmen ifadan farklı bir yoldur²¹⁷. Çünkü sadece tevdi, borçlunun tevdi konusu mal üzerindeki tasarruf yetkisine etki yapmamaktadır²¹⁸. Yalnız, tevdi edenin rücu hakkını kullandığına dair beyanının bu sonuçlara yol açabilmesi için, alacaklının edimin kabulüne dair beyanından önce yeddiemine ulaşmış olması²¹⁹; ya da sonra ulaşmasına rağmen, yeddiemin tarafından rücu dair beyanın önce öğrenilmiş olması gerekir (BK m. 9 kıyasen). Aksi takdirde, rücu hakkı sona ermiş olduğundan rücu dair beyan hiç bir sonuç doğurmayacaktır.

Rücu hakkının kullanılması ile, tevdi tarihinden itibaren işlemesi durmuş bulunan akdî faizler, sanki tevdi hiç vaki olmamış gibi işlemeye yeniden başlarlar. Hatta bizce de haklı olarak faizlerin, tevdi ânından itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir²²⁰. Keza borçlu, tevdi tarihinde mütemerrit idiyse, rücu hakkının kullanılması ile birlikte, tevdi ile sona ermiş bulunan borçlunun temerrüdü, sanki hiç sona ermemiş gibi kabul edilir²²¹. Tabii temerrüt faizi de tevdi hiç vukubulmamış gibi işlemeye devam eder²²².

Yine borçlunun rücu hakkını kullanması ile birlikte, kefillerin de alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecekleri hususunda tereddüde mahal olmamalıdır²²³. Çünkü tevdi ile sona ermiş bulunan fer'i haklar, rücu hakkının kullanılması ile birlikte, rehin hakkı hariç²²⁴, yeniden doğarlar (BK m. 93). Kefaletler de alacağa bağlı fer'i haklardan oldukları için bu kapsama dahildirler.

Rücu ile alacak tekrar doğduğu için, borçlu alacaklının ifa talebine karşı savunma imkânlarını da kaybeder. Karşılıklı bir akit söz konusu ise,

²¹⁶ *von Tuhr*: age, s. 546; *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 3; *Becker*: Art 92 - 94 (TBK m. 91 - 93) N. 19 ve 20; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241

²¹⁷ *Oğuzman*: age, C. I, s. 241

²¹⁸ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*: age, s. 845

²¹⁹ *Arsebük*: age, s. 749

²²⁰ *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 3

²²¹ *von Tuhr*: age, s. 546 dn. 46

²²² *Rossel*: age, s. 146

²²³ *Koç*: agt, s. 226 - 227

²²⁴ Rehin hakkının sona ermesindeki özel durum ile ilgili olarak Bkz. s. 118 dn. 255 ve buna ait metin

rücu hakkının kullanılmasından itibaren, artık alacaklı da ödemezlik defini kullanabilecektir.

Rücuun bir başka sonucu da, tevdi ile kasılmış bulunan zamanaşımının tekrar işlemeye başlamasıdır²²⁵.

Rücu hakkının kullanılmasından sonra, tevdi masraflarının da artık borçlu tarafından karşılanması gerekecektir. Yine bunun gibi tevdi ile alacaklıya geçmiş bulunan hasarın geçişi etkisiz kalacak, hasara borçlu katlanacaktır²²⁶.

cc) Rücu hakkının kullanılmasına mani olan sebepler: Tevdi gerçekleştiren şahıs, kural olarak rücu hakkına sahiptir. Fakat bazı sebeplerin mevcudiyeti halinde, bu hak kullanılamaz ve tevdi rücu edilemez bir nitelik kazanır. Rücu hakkının kullanılmasına mani olan sebepler şunlardır:

aaa) Alacaklının edimi kabul beyanı: Tevdi eden, üçüncü şahıs yararına olarak yeddieminle kurduğu tevdi sözleşmesinde, alacaklı yararına bir hak meydana getirmiştir. Alacaklı ise bu sözleşmenin kurulmasına iştirak etmemiştir. Kişinin, katılmadığı sözleşmeden bir hak elde etmesi ise istisnai bir durumdur²²⁷. Bu nedenle üçüncü şahıs konumundaki alacaklıya, bu hakkın kabulü veya reddi yolunda bir irade açıklaması ile, hak karşısındaki durumunu açıklığa kavuşturma imkânı tanınmıştır. Yani, alacaklının kabul veya red hususunda irade açıklamasında bulunmaya yetkili olması, tevdi sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır²²⁸. Ayrıca bu husus, Borçlar Kanunu madde 93'te de açıkça öngörülmüştür.

Yalnız burada şu hususa açıklık getirmekte fayda vardır: Edimi kabul açıklaması, yeddieminin yapacağı ifanın kabulü demek değildir ve ondan önceki bir safhaya ilişkindir. Edimi kabul açıklaması alacaklıyı tevdi sözleşmesinin tarafı haline getirmez. Fakat, bu sözleşmeden lehine doğan haktan yararlanma iradesini açıklığı kavuşturur²²⁹.

²²⁵ *Bonnant*: agt, s. 41

²²⁶ *Bonnant*: agt, s. 42

²²⁷ *Akyol*: agt, s. 148

²²⁸ *Akyol*: agt, s. 188

²²⁹ *Akyol*: agt, s. 188

Alacaklının, tevdi konusu edimi kabul ettiğine dair beyanı, aynı zamanda tevdi edenin, rücu hakkını sona erdirir. Bu beyanın yapılmasından sonra, yeddieminin lehdara karşı olan ifa yükümlülüğü, (ifa dışında) ancak, lehdar ile yapacağı bir ibra sözleşmesi ile son bulur²³⁰. Yine tevdi edilen şeyin mülkiyetinin alacaklıya devri söz konusu ise, alacaklının edimin kabulüne dair beyanı, tevdi konusu şeyin mülkiyetinin kendisine intikali neticesini de doğurur. Bu neticenin meydana gelebilmesi için, edimi kabul beyanının tevdi olunana ulaştırılması yeterlidir. Bu beyan alacaklının, zilyedliğin havalesi (MK m. 892) yoluyla edimin mülkiyetini kazanmasına yol açacaktır²³¹. Kabul beyanından itibaren yeddieminin, zilyetlik durumunda bir değişiklik olmayacaktır. O, yine başkası için zilyettir; fakat artık, borçlu için değil alacaklı için zilyettir.

Yalnız bu sonuç, usulsüz tevdiin söz konusu olduğu durumlarda geçerli değildir²³². Çünkü usulsüz tevdi, teslim gerçekleşinceye kadar malın mülkiyeti tevdi olunan üzerinde kalır. Bu durumda edimi kabul beyanı, tevdi olunanın tevdi konusu şeyi lehdar alacaklıya teslim borcu altına girmesine yol açacak ve lehdar, ancak malı teslim alınca mülkiyetini de kazanacaktır.

Bununla birlikte, lehdarın tevdiiden yararlanmasının şarta bağlanmış olduğu durumlarda, meselâ edimi kabul hakkının kullanılması, masrafları ödeme şartına bağlanmış ise, şart gerçekleşmedikçe lehdar alacaklının tevdi konusu edimi kabul beyanında bulunması, tevdiin geri alınamaz nitelik kazanması için yeterli olmayacaktır²³³.

Edimi kabul beyanı, *değiştirici yenilik doğuran bir hak* olarak kabul edilmektedir²³⁴. Çünkü bu açıklama ile alacaklı, tevdi sözleşmesinden lehine doğmuş olan hakkını geri alınamaz hale getirmekte, yani tevdi edenin rücu hakkını sona erdirmektedir²³⁵. Böylece borçlunun borcundan kurtulması artık geri dönülemez bir hal almış olur. Bu sonuç daha sonra alacaklı ile borçlunun yapacakları bir sözleşme ile dahi bertaraf edilemez. Çünkü alacaklının kabul beyanında bulunması, yukarıda da ifade olunduğu gibi, değiştirici yenilik

²³⁰ *Akyol*: agt, s. 196; *Koç*: agt, s. 195

²³¹ *von Tuhr*: age, s. 544

²³² Bunun için Bkz. s. 104

²³³ *Bonnant*: agt, s. 46; *Koç*: agt, s. 195

²³⁴ *Akyol*: agt, s. 175 ve 190; *von Tuhr*: age, s. 24 ve 728 dn. 10; *Bonnant*: agt, s. 46 ve 50

²³⁵ *Akyol*: agt, s. 190

doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Yenilik doğuran haklar ise, muteber bir şekilde kullanılmakla sonuçlarını meydana getirirler ve artık bundan geri dönülemez²³⁶. Hatta alacaklı ile borçlu, tevdi olunan şeyin iadesi mukabilinde borcun devam etmesini kararlaştırmış olsalar dahi, bu anlaşma Borçlar Kanunu madde 93/II'nin öngördüğü makale şâmil bir hükmü haiz olmayacaktır. Bu borç, tarafların anlaşması ile doğan yeni bir borçtur²³⁷.

Edimin kabulüne dair beyanın, alacaklı tarafından yapılması gerekir. Kanunî ve rızâî temsile ilişkin hükümler burada da uygulanır²³⁸.

Alacaklının kabul beyanını kime yönelteceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, "kabul beyanının tevdi eden borçluya yöneltilmesi gerektiğini"²³⁹; diğer bir görüş ise, bu beyanın "tevdi edilene yöneltilmesinin" doğru olacağını ifade etmektedir²⁴⁰.

Bu hususta ileri sürülmüş bulunan üçüncü görüş ise, bu beyanın hem tevdi edene ve hem de tevdi olunana karşı yapılabileceği yönündedir²⁴¹.

Doktrinde, ikinci görüş genellikle kabul görmektedir. Çünkü burada, yenilik doğuran ve yöneltilmesi gereken bir irade açıklaması söz konusudur ve irade açıklamasının yöneltilmesi gereken şahıs kesinlikle açıklanmalıdır. Alacaklının, tevdi sözleşmesi ile kendisine tanınmış bulunan edimi kabul hakkını, tevdi eden şahsın müdahale alanı dışına çıkarabilmek için en iyi çare ise, yeddiemini tevdi edene ifadan menetmektir. Bu da kabul açıklamasının yeddiemine yöneltilmesi ile sağlanabilir²⁴². Böylece yeddieminin, tevdi edene, durumu bilmeden tevdi konusu şeyi iade etmesi tehlikesinin önüne geçilmiş olacaktır. Çünkü tevdi eden, kabul beyanı yeddiemin tarafından öğrenilmedikçe, rücu hakkını kullanabilecektir.

²³⁶ *Oğuzman*: age (Temel kavramlar), s. 112

²³⁷ *von Tuhr*: age, s. 544 dn. 34

²³⁸ Ayrıntılı açıklama için Bkz. *Akyol*: agt, s. 192 - 193

²³⁹ Pequignot J. : La stipulation pour autrui, Zürich 1941, s. 73 (*Bonnant*: agt, s. 45 dn. 5'ten naklen)

²⁴⁰ *von Tuhr*: age, s. 544; *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 2; *Bonnant*: agt, s. 45; *Akyol*: agt, s. 194 - 195

²⁴¹ *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 697 - 698

²⁴² *Akyol*: agt, s. 194 - 195

Bonnant, haklı olarak, tevdi edene yöneltilmiş bulunan edimi kabul beyanının, onun tarafından da kabulü halinde hükümsüz olmayacağı; çünkü böyle bir anlaşma sonucunda tevdi edenin, rücu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağı yolundaki Müller'in görüşüne²⁴³ katılmaktadır²⁴⁴.

Edimi kabul beyanının geçerliliği Borçlar Kanunu madde 93'te her hangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle edimi kabul beyanı, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir²⁴⁵. Yine kabul beyanı, sarıh bir irade açıklaması ile yapılabileceği gibi, zımnî olarak da yapılabilir. Meselâ, alacaklı sıfatında şüphe bulunması nedeniyle gerçekleştirilmiş bir tevdiden sonra, alacaklının kendisi olduğunu iddia eden şahsın yeddiemine karşı dava açması durumunda, zımnî kabul var sayılabilir.

Son olarak, bu konu ile ilgili olan bir tartışmaya değinmek istiyoruz:

O da, Borçlar Kanunu madde 93'te belirtilen "*edimi kabul beyanı*" ile, Borçlar Kanunu madde 111/III'te belirtilen "*hakkını kullanmak istediğine dair beyan*"ın aynı şeyler mi, yoksa farklı şeyler mi olduğuna dairdir.

Oser/Schönenberger, Borçlar Kanunu madde 166'da öngörülen hak sahibi lehine tevdiin söz konusu olduğu durumlarda, lehine tevdi yapılan alacaklının, tevdi konusu edime ilişkin hakkını kullanmak istediğini (BK m. 111/III) yeddiemine bildirmesinin²⁴⁶, tevdi edenin rücu hakkını sona erdireceğini kabul etmektedir. Buna karşılık, Borçlar Kanunu madde 93 hükmüne göre gerçekleştirilen tevdide, lehine tevdi yapılan alacaklının, sadece, malı alacağını tevdi yerine bildirerek, tevdi edenin rücu hakkını kullanmasına engel olamayacağını; çünkü 93'üncü maddede, borcu sona erdirecek bir olay olarak yalnız "*edanın kabulü*"nden söz edildiğini belirtmektedirler²⁴⁷.

²⁴³ Müller P. : Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlangen 1900, p. 181 (**Bonnant**: agt, s. 45 dn. 6'dan naklen)

²⁴⁴ **Bonnant**: agt, s. 45 ve dn. 6

²⁴⁵ **Akyol**: agt, s. 189; **Bonnant**: agt, s. 46

²⁴⁶ Yukarıda da belirtildiği gibi tevdi sözleşmesi, tam üçüncü şahıs yararına yapılan bir vedia sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir (Bkz. s. 76). Bu nedenle buraya uygulanması söz konusu olan Borçlar Kanunu madde 111/III ise vaad ettirenin (tevdi sözleşmesi bakımından tevdii gerçekleştiren borçlunun) sahip olduğu rücu hakkının sona ermesi bakımından, lehdarın bu sözleşmeden lehine doğan *hakkı kullanmak istediğini* vaadde bulunan (tevdi sözleşmesi bakımından yeddiemin) şahsa bildirmesini yeterli görmüştür.

²⁴⁷ **Oser/Schönenberger**: Art. 96 (TBK m. 95) N. 4

Bu yazarların, düşüncelerini ifade ederken zikrettikleri *Ostertag* ise başka düşüncededir. Ona göre, Borçlar Kanunu madde 93'te tevdi sözleşmesinden rücu hakkını sona erdiren bir olgu olarak zikredilen "*edanın kabulü*" ile, Borçlar Kanunu madde 111/III'te tam üçüncü şahıs yararına sözleşmeden rücu hakkını sona erdiren bir olgu olarak zikredilen "*hakkını kullandığına dair beyan*" aynı anlamı taşımaktadır. Yani bu yazara göre, rücu hakkının sona erdiğinin kabul edilebilmesi için lehdar alacaklının, yeddiemine bu sözleşmeden lehine doğan alacak hakkını kullanmak istediğini bildirmesi yeterli olup, edimi kabul ettiğini bildirmesine lüzum yoktur.

Oser/Schönenberger ise, böyle bir yorum ile, kanunun lâfzının usulsüz bir şekilde zorlanmış olduğunu, çünkü kanun lâfzından açık ve makul bir mâna çıktığını belirterek, böyle bir yorumun, ancak edimi kabul hakkının kullanılmasının bir şarta bağlanmış olduğu durumlarda, (kanunun buna ilişkin bir hüküm içermemesi nedeniyle) Borçlar Kanunu madde 111/III'e uygun ve kabulden daha az şümulü bir beyanın kabul yerine geçeceğinin söylenebileceğini savunmaktadırlar²⁴⁸. Yani bu yazarlara göre, tevdiden rücu hakkının sona erdiğini söyleyebilmek için kural olarak, lehdar alacaklının, *edimi kabul ettiğine dair beyanının* mevcudiyetini aramak gerekir. İstisnaen ise, edimi kabul hakkının şarta bağlanmış olduğu durumlarda, lehdar alacaklının tevdi konusu edime ilişkin *hakkını kullanmak istediğini yeddiemine bildirmesini*, rücu hakkının sona ermesi bakımından yeterli olarak kabul etmek gerekecektir.

Bu husustaki düşüncemize gelince; daha önce de ifade edildiği²⁴⁹ gibi, hem Borçlar Kanunu madde 91 ve hem de Borçlar Kanunu madde 166'ya göre gerçekleştirilen tevdiler ile, tevdi eden ve tevdi olunan arasında kurulan ilişkinin, Borçlar Kanunu madde 111'de öngörülmüş bulunan üçüncü şahıs yararına sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Üçüncü şahıs lehine sözleşmeler bakımından ise, Borçlar Kanunu madde 111/III'te, lehdar-alacaklının bu sözleşme ile kendisine tanınmış bulunan hakkı kullanmış sayılabilmesi için, "...*üçüncü şahıs veya onu istihlâf edenler(in) bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya beyan...*" etmeleri yeterli olarak kabul edilmektedir. Şu halde, lehine tevdi yapılan şahsın, her iki durumda da, tevdi konusu edime ilişkin hakkını kullanmak istediği yolundaki beyanıyla, edimi

²⁴⁸ *Oser/Schönenberger*: Art. 96 (TBK m. 95) N. 4

²⁴⁹ Bkz. s. 76

kabul beyanına farklı sonuçlar bağlanmamalı²⁵⁰ ve rücu hakkının sona erebilmesi için alacaklının bu sözleşmeden lehine doğan hakkı kullanmak istediğini yeddiemine bildirmesi yeterli olarak kabul edilmelidir.

Yalnız, bütün bunlardan önce, incelemekte olduğumuz ifa engellerinin niteliği gereği, lehine yapılan tevdi hususunda alacaklının iradesini ortaya koyabilmesi için, tevdiye yol açan ifa engelinin ortadan kalkması gerektiği unutulmamalıdır.

bbb) Bir rehnin sona ermiş olması: Bu husus da Borçlar Kanunu madde 93/c.1'de "...tevdi bir rehnin fekkini tevliit eylemiş bulunmadıkça..." denilerek olumsuz bir tarzda öngörülmüştür. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, tevdi bir rehnin sona ermesine yol açmış ise, tevdi edenin rücu hakkını kullanamayacağı neticesine ulaşılabacaktır.

Kural olarak, bir alacağı temin eden rehnin sona erebilmesi için, alacaklının rehnin sona ermesini kabul etmesi gerekir. Yani alacaklının, menkul rehni söz konusu ise rehin amacıyla zilyetliği kendisine devredilmiş bulunan menkulü rehin verene iade etmesi; gayrimenkul rehni söz konusu ise, tapudaki rehin kaydının terkinine muvafakat etmesi gerekir. Aksi takdirde, asıl alacak sona ermeden rehnin sona ermesi mümkün değildir. Asıl alacak sona erdiğinde ise, alacaklı muvafakat etse de etmese de, bu alacağı temin eden rehin de kendiliğinden sona erer²⁵¹. Bundan sonra alacaklının, menkul rehinde rehin konusu menkulü rehin verene iadesi, gayrimenkul rehinde ise, terkine muvafakat beyanında bulunması gerekir. Aksi takdirde rehin veren, dava açmak suretiyle bu sonuçlara ulaşma imkanına sahiptir.

Şimdi durumu bu çerçevede değerlendirecek olursak, borçlu tevdi ile borcundan kurtulacağı, yani alacak sona ereceği için, bu alacağı temin etmek üzere tesis edilmiş bulunan rehinler de buna bağlı olarak sona erecektir²⁵². Tabii bu durumda, tevdi edenin rücu hakkı da sona ermiş olacaktır.

²⁵⁰ Koç: agt, s. 307

²⁵¹ "Gayrimenkul rehinde, rehnin temin ettiği alacak sona ermiş olsa bile, bu gayrimenkul rehninin de doğrudan doğruya sona ermesine yol açmaz. Kabul edildiğine göre, bu hallerde tescil maddi değerini kaybetmiştir. Maddi hukukî durum, sicil dışında değiştiğinden, tapu kütüğü gerçek duruma uymamaktadır. Fakat, gayrimenkul rehni sicildeki kayıt durduğu sürece "şekli bakımından" tapu kütüğündeki hukukî varlığını sürdürür. Terkin bu hallerde düzeltici bir görev ifa eder." (Oğuzman/Seliçi: age (eşya), s. 800)

²⁵² Oğuzman: age, C. I, s. 241

Rücu hakkının kullanılması durumunda fer'i hakların tekrar doğacağı ilkesi, rehin de bir fer'i hak olduğu halde, rehin hakları açısından geçerli değildir²⁵³. Binaenaleyh, rücu bu durumda alacaklıya zarar vereceği için kanun koyucu, rücu hakkını kabul etmemiştir. Yani alacağı temin eden rehinler sona erince, tevdi eden rücu hakkını kullanamayacaktır. Aksinin kabulü, alacaklının aleyhine olacaktır, çünkü o durumda, alacak rehinden mahrum olarak canlanacaktır²⁵⁴.

von Tuhr, bizce de haklı olarak, rehin sona ermiş olmasına rağmen, tevdi edene rücu hakkı tanınmasının, alacaklıya zarar vermeyecek olduğu bazı ihtimallerde, kanunun ruh ve maksadından hareketle, tevdi edene rücu hakkının tanınmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Şöyle ki, "...tevdi ile rehin hakkı sona ermiş olmasına rağmen, menkul alacaklının zilyetliğinde bulunuyor ve gayrimenkul rehni henüz terkin edilmemiş ise, kanunun ruh ve maksadından hareketle, tevdi edenin halen rücu hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda tevdi ile sâkıt olan rehin hakkı, münhasıran rücu ile tekrar doğabilir²⁵⁵."

Gerçekten, ifade edildiğine göre, kanun koyucunun bu hükmü sevk etmekteki amacı, rücu ile alacaklının, tevdi öncesine nazaran daha kötü bir durumda bulunmasını önlemektir. *von Tuhr*'un bu çözümü kabul edilerek, tevdi edene rücu hakkı tanınması ise, alacaklının durumunda, tevdi öncesi döneme nazaran her hangi bir değişikliğe yol açmayacaktır. Bu nedenle bize de, bu çözümün reddini gerektirecek haklı bir sebep gözükmemektedir. Bu kabul çerçevesinde, tevdi ile rehin hakkı sona ermiş olmasına rağmen, rehin konusu menkul alacaklının zilyetliğinde bulunuyor veya gayrimenkul rehni henüz terkin edilmemiş ise, kanunun ruh ve maksadından hareketle, tevdi edenin halen rücu hakkına sahip olduğunu söylemek gerekecektir.

Tevdiin gerçekleştirilmesinden sonra alacaklının, alacağının sona ermesi ile birlikte sona ermiş bulunan rehin hakkına konu teşkil eden menkulü, rehin verene iade etmesi veya gayrimenkul rehninin terkinine muvafakat beyanında bulunması tevdiin zımnî kabulü olarak değerlendirilmekte²⁵⁶ ve bu durumda, tevdi edenin, alacaklının kabul

²⁵³ *von Tuhr*: age, s. 544;

²⁵⁴ *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 698

²⁵⁵ *von Tuhr*: age, 545 dn. 44

²⁵⁶ *Bonnant*: agt, s. 46; *Koç*: agt, s. 194

beyanında bulunmuş olması nedeniyle, rücu hakkını kullanamayacağı ifade edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi, alacaklının, edimi kabul ettiğine dair sarih veya zımnî irade beyanı da, tevdi edenin rücu hakkını sona erdiren ayrı bir sebeptir. Fakat şunu belirtelim ki, bu gibi durumlarda rücu hakkı, rehin hakkının sona ermesi ile birlikte zaten sona ermiştir. Bu nedenle, sona ermiş bulunan bir hakkın bir daha sona ermesi söz konusu edilemeyecektir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda tevdi edenin rücu hakkını kullanmasına mani olan sebep, alacaklının zımnî kabul beyanı değil, tevdiin rehnin sona ermesine yol açmış olmasıdır.

ccc) Tevdi edenin rücu hakkını kullanmaktan vazgeçmesi:

Tevdi sözleşmesi üçüncü şahıs lehine yapıldığı için, tevdi eden kural olarak rücu hakkına sahiptir (BK m. 111/III)²⁵⁷. Tevdi edenin bu hakkından, tevdi sözleşmesini yaparken veya sözleşmenin yapılmasından sonra, fakat lehdarın kabul beyanından önce feragat etmesi de mümkündür²⁵⁸. Tevdi eden, feragatten itibaren, artık rücu hakkını kullanamaz.

Tevdi edenin, yeddiemine karşı rücu hakkından feragat beyanında bulunmasının geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

*Oser/Schönenberger'e göre, "Alman Medenî Kanununun §376 hükmünün aksine, malın tevdi olunduğu müesseseye karşı geri alma hakkından vazgeçmek muteber değildir; çünkü bu müessesenin malı elinde bulundurmakta menfaati yoktur"*²⁵⁹. Yazarlar, bu görüşlerini Borçlar Kanunu madde 466/I hükmü²⁶⁰ ile de desteklemektedirler.

Bunun aksini savunan yazarlar²⁶¹ ise, rücu hakkından feragat beyanının tevdi edeni, tevdi edilene karşı da hukuken bağlayacağını kabul etmektedirler. *Arslanlı*'ya göre, Oser/Schönenberger'in ileri sürdüğü gerekçe

²⁵⁷ Tevdi edenin, tevdi sözleşmesinin üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak yapılması nedeniyle tevdiden rücu hakkının mevcudiyetine ilişkin olarak Bkz. s. 107

²⁵⁸ *von Tuhr*: age, s. 728; *Akyol*: agt, s. 151 ve 185

²⁵⁹ *Oser/Schönenberger*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 2

²⁶⁰ Bu hüküm şöyledir: "İdada müddet tayin edilmiş olsa bile, mudi her vakit ida edilen eşyayı zevaidiyle beraber geri alabilir..."

²⁶¹ *von Tuhr*: age, s. 545 dn. 42'ye ait metin; *Arslanlı*: age, s. 522 dn. 82; *Becker*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 18; *Bonnant*: agt, s. 44

isabetli değildir. Çünkü burada, rücu hakkından feragat da, tevdi sözleşmesi gibi alacaklı yararına olarak yapılmaktadır.

Bonnant da bu hususu kabul etmekle birlikte, rücu hakkından feragatten sonra dahi tarafların, sözleşmeyi değiştirmelerine mani olacak bir şeyin bulunmadığını belirtmektedir²⁶². Şu halde tevdi eden, rücu hakkından feragat beyanında bulunduktan sonra dahi, lehdarın kabul beyanından önce olmak şartıyla, yeddieminle tevdi sözleşmesinin sona erdirilmesi, yani rücu hakkının kullanılması hususunda anlaşılabilir²⁶³.

Sonuç olarak tevdi edenin rücu hakkından feragat beyanı, yeddiemini bağlar ve yeddiemin, tevdi edenin edimin kendisine iadesine dair talebini reddedebilir²⁶⁴.

Tevdi edenin, yeddiemine karşı yapacağı bu rücu hakkını kullanmaktan feragate dair beyanın, tevdi edeni lehdara karşı bağlamayacağında şüphe yoktur. Bunun mümkün olabilmesi için, rücudan feragat beyanının lehdara ulaştırılması ve onun da kabulü gerekir²⁶⁵. Lehdarın bunu kabul etmesi ise bu sözleşme ile kendisine tanınmış bulunan edimi kabul hakkını kullanmak istediği şeklinde yorumlanacaktır.

İşte yeddiemin, bundan sonra rücu hakkından feragat etmiş tevdi edene ödemedede bulunursa, bu ifa, onu, lehdara karşı olan borcundan kurtarmaz²⁶⁶ ve lehdara karşı borcun ifasından, o da sorumlu hale gelir.

ddd) Tevdiin mükellefiyet teşkil ettiği durumlar: Borçlar Kanunu madde 166 özel olarak incelenirken ifade olunduğu gibi²⁶⁷, bu hükmün üçüncü fıkrasında düzenlenen durumlarda borçluya tanınmış bulunan

²⁶² Aynı düşüncede, *Kocayusufoğlu N. : Borçlar Hukuku Dersleri, birinci fasikül-ikinci bası, İstanbul 1985*, s. 31

²⁶³ *Bonnant*: agt, s. 44

²⁶⁴ *Bonnant*: agt, s. 44

²⁶⁵ *Bonnant*: agt, s. 44

²⁶⁶ *Akyol*: agt, s. 115

²⁶⁷ Bkz. s. 40 vd.

tevdi imkânı, bir hak olmaktan çok bir mükellefiyettir ve borçlu, bu ihtimalde tevdi gerçekteştirmek zorundadır²⁶⁸.

İşte, tevdiin borçlu için mükellefiyet teşkil ettiği durumlarda (BK m. 166/III), borçluya rücu hakkı tanınmayarak, rücu edilemez bir tevdiin mevcudiyetinin kabulü daha isabetli olacaktır²⁶⁹. Çünkü böyle bir durumda, alacaklı sıfatının ihtilaflı olması nedeniyle, edimin kabulü hususunda beyanda bulunabilecek belirli bir alacaklı bulunmadığından, tevdi edilen şeyin, borçlu tarafından dilediği zaman geri alınabilmesi, tevdi ile hedeflenen gayeyi baltalayacaktır²⁷⁰.

d - Yeddieminin durumu:

Yeddiemin, tevdi eden ile yapmış olduğu üçüncü şahıs lehine sözleşme (B.K. m.111) nedeniyle; hem tevdi edene ve hem de lehdar-alacaklıya karşı borçlu durumundadır. Bu durumdaki yeddieminin hak ve borçları belirlenirken, bir vedia alanın veya ardiyecinin hak ve borçları ölçü olarak alınmaktadır²⁷¹.

Yeddieminin bir kamu kuruluşu olması halinde dahi, sonucun değişmeyeceği, çünkü bu durumda kamu kuruluşunun, üstün hak sahibi bir kuruluş olarak, yani hakimiyet fonksiyonu ile, fonksiyon ifa etmeyeceği, bilakis eşit hak sahibi taraf olarak fonksiyon ifa edeceği, haklı olarak ifade edilmektedir²⁷².

Bu çerçevede yeddiemin, tevdi konusunun muhafazası nedeniyle, bir vedia alan gibi sorumlu olacaktır²⁷³. Bunun bir sonucu olarak da yeddiemin, bu ilişkiden doğan alacağını teminat altına almak için, tevdi konusu edim

²⁶⁸ Tevdi, Borçlar Kanunu 166/I'e göre gerçekleştiriliyorsa, borçlu için bir hakkın kullanılması teşkil eder; fakat, Borçlar Kanunu madde 166/III'e göre gerçekleştiriliyorsa, (borçlu için) mükellefiyet teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için Bkz. s. 43 vd.

²⁶⁹ *Becker*: Art. 92 (TBK m. 91) N. 19 ve 21; Aynı fikirde; *Stachelin*: agm, s. 230

²⁷⁰ *Oser/Schönenberger*: Art. 96 (TBK m. 95) N. 4; Aynı fikirde; *Becker*: Art. 94 (TBK m. 93) N. 19

²⁷¹ *von Tuhr*: age, s. 543; *Bonnant*: agt, s. 52; *Koç*: agt, s. 222; *Stachelin*: agm, s. 230

²⁷² *Stachelin*: agm, s. 230; *Bonnant*: agt, s. 53

²⁷³ *Bonnant* : agt, s. 53; *von Tuhr*: age, s. 543 dn. 18

üzerinde hapis hakkı kullanabilir²⁷⁴. Kısaca vedia alanın hak ve borçlarına ilişkin hükümler (B.K.m.463 vd) burada da uygulama alanı bulacaklardır.

Müessesenin niteliğinden de anlaşılabileceği gibi, yeddiemin ancak lehdar-alacaklı olduğunu kendisine isbat eden şahıs veya şahıslara tevdi konusu edimi vermekle yükümlüdür. Bunun dışında ancak, normal tevdi söz konusu ise tevdi eden borçlunun muvafakati, hak sahibi lehine tevdi söz konusu ise alacak iddiasında bulunan bütün şahısların muvafakati veya mahkemeden alınacak bir karar üzerine ifa talebinde bulunan şahsa, isbat şartı gerçekleşmeden ifada bulunabilir²⁷⁵.

e - Lehdar-alacaklının durumu:

Usulüne uygun ve haklı tevdi, borçluyu borçtan kurtardığı gibi, lehine tevdi yapılan alacaklının da, yeddiemine karşı tevdi olunan şeyin ifasını talep etme yetkisi kazanması sonucunu doğurur²⁷⁶. Bu andan itibaren lehdar-alacaklı, edimi kabul beyanında²⁷⁷ bulunmak suretiyle, tevdiin rücu edilemez bir nitelik kazanmasını sağlayabilir (BK m. 93/c.1)²⁷⁸.

Tevdiin gerçekleştirilmesi ile lehdar-alacaklı lehine doğan alacak hakkı, infisahi şarta bağlanmış olarak doğar. Çünkü tevdi gerçekleştiren borçlunun tevdiden rücu hakkını kullanması ile bu alacak hakkı sona erecektir. Eğer tevdi, alacaklı sıfatında ihtilaf bulunması nedeniyle, hak sahibi lehine yapılmış ise, tevdi ile doğan alacak hakkı, bu defa hem taliki ve hem de infisahi şarta bağlanmış olarak doğacaktır²⁷⁹. Taliki şart, alacaklı, alacak hakkının gerçek sahibinin kim olduğuna dair ihtilafta, kendi lehine karar aldığı veya alacak iddiasında bulunan diğer şahıs veya şahısların, tevdi olunan şeyin ona verilmesini kabul ettikleri anda gerçekleşir. Infisahi şart ise, kimliği bilinen alacaklı lehine tevdide olduğu gibi, tevdi gerçekleştiren borçlunun tevdiden rücu hakkını kullandığı anda gerçekleşecektir²⁸⁰. Bu iki şarttan birinin

²⁷⁴ *von Tuhr*: agc, s. 543 dn. 24

²⁷⁵ *Staehein*: agm, s. 230

²⁷⁶ *Staehein*: agm, s. 230

²⁷⁷ Bkz. s. 112

²⁷⁸ *Koç*: agt, s. 223

²⁷⁹ Tevdi hakkı kullanılırken alacaklı sıfatında herhangi bir ihtilaf mevcut değil ise, alacaklı lehine doğan alacak hakkı, sadece infisahi şarta bağlanmış olarak doğar. O da borçlunun rücu hakkını kullanmasıdır.

²⁸⁰ *Staehein*: agm, s. 230

gerçekleşmesi diğerinin gerçekleşme ihtimalini de sona erdirir. Yani, önce taliki şart gerçekleşmiş ise, infisahi şartın gerçekleşme ihtimali ortadan kalkar; önce infisahi şart gerçekleşmiş ise taliki şartın gerçekleşme ihtimali ortadan kalkar.

Yine tevdi alacaklı sıfatındaki ihtilaf nedeniyle gerçekleştirilmiş ise, hakkının tesbiti için dava açan şahıs, bu talebine, davayı kazanması halinde karara, yeddiemine hitaben tevdi olunan şeyin kendisine verilmesine dair bir talimatın da eklenmesini isteyebilir. Tabii alacaklı bunu yapmak zorunda değildir, fakat böyle yapması onun lehinedir. Çünkü tevdiden yararlananın, tevdi konusu edime ilişkin talep hakkını kullanabilmesi için, bu sıfatını, yeddiemine isbat etmesi gerekir²⁸¹.

Edimi kabul hakkının kullanılmasının, masrafların ödenmesi veya karşı edimin ifa edilmesi şartına bağlandığı durumlarda, lehdarın sadece sıfatını isbat etmesi de edimi kabul hakkını kullanabilmesi için yeterli değildir. Bu durumlarda yeddieminin ifada bulunabilmesi için, lehdarın edimi kabul hakkını kullanılmasının yanında, tevdi sözleşmesinde öngörülmüş bulunan şart veya şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Tevdi sözleşmesi, sebepten soyut bir hukukî işlemdir²⁸². Bu nedenle, tevdi sözleşmesinde lehdar olarak tayin edilen şahıs, tevdi edenle kendisi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan hiçbir hakka sahip olmasa, hatta tevdi edenle lehdar arasında borç ilişkisi bulunmasa bile, üçüncü şahıs lehine kurulan tevdi sözleşmesi nedeniyle, edime ilişkin bir talep hakkı kazanır²⁸³.

Ayrıca şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz: Asıl borç tevdiden başka bir sebeple sona erdiği takdirde, tevdi eden-borçlu, tevdi konusu edimin iadesini sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde temin edebilir. Tabii sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabilmesi için, öncelikle "sebepsiz zenginleşme" olgusunun gerçekleşmiş olması şarttır. Bunun için ise lehdar = alacaklının, edimin kabulüne ilişkin talep yetkisini kullanmış olması gerekir. Eğer alacaklı edimin kabulüne ilişkin talep yetkisini kullanmamış ise, borçlu rücu hakkını kullanmak suretiyle tevdi konusu şeyin iadesini

²⁸¹ *Bonnant*: agt, s. 53; *Koç*: agt, s. 223

²⁸² *Bonnant*: agt, s. 53

²⁸³ *Bonnant*: agt, s. 53

sağlayabilecek ve sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması söz konusu olamayacaktır.

4 - Tevdiin sona ermesine yol açan sebepler:

a - Lehdar-alacaklının edimi kabul beyanında bulunması:

Tevdiin normal sona erme sebebi budur. Bu durumda lehdar-alacaklı, yeddieminle tevdi eden arasında kurulan üçüncü şahıs lehine sözleşmeden lehine doğan edimi kabul hakkını kullanır ve böylece tevdi sona ermiş olur. Bu sonucun doğabilmesi için tevdiden yararlanan alacaklının, bu sözleşmeden lehine doğan alacak hakkını kullanmak istediğini yeddiemine beyan edip, lehdar-alacaklı olduğunu ona isbatlaması gerekir. İşte bu anda tevdi hukuken sona ermiş olur²⁸⁴.

Bu arada şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz ki, eğer lehdar-alacaklının kabul beyanında bulunması karşı edimi ifa etmiş olma veya muhafaza ve tevdi masraflarını ödemiş olma gibi bir şarta bağlanmış ise, edimi kabul beyanının sonuç doğurup tevdiin sona ermesine yol açabilmesi için bu şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Yine bunun gibi, tevdi ilerde belirlenecek olan hak sahibi lehine yapılmış ise alacaklının, alacağın aidiyetine dair ihtilafta haklı çıktığını veya hak iddiasında bulunan diğer şahısların tevdi konusu edimin kendisine verilmesine muvafakat ettiklerini yeddiemine isbat etmesi gerekecektir²⁸⁵.

b - Tevdi edenin rücu hakkını kullanması:

aa) Tevdi edenin, tevdi rücu edilemez bir hal almadıkça rücu hakkına sahip olduğunu yukarıda gördük²⁸⁶. İşte tevdi eden, bu hakkını kullanıp, tevdi sözleşmesinden rücu edince sözleşme sona erecektir.

bb) Tevdiden yararlanan, tevdiin gerçekleştirilmesinden sonra, borçlu bulunduğu karşı edimin ifasında temerrüde düşerse, tevdi eden, Borçlar Kanunu madde 106'da kendisine tanınan imkânları kullanmak suretiyle, alacaklı ile arasındaki sözleşmeden dönerse tevdi ettiği edimi yeddieminden

²⁸⁴ *Bonnant*: agt, s. 57

²⁸⁵ Bkz. s.113

²⁸⁶ Bkz s. 106 vd.

geri alabilir²⁸⁷. Tabii bunun mümkün olabilmesi için, lehdar-alacaklının daha önce edimi kabul beyanında bulunmamış olması gerekir. Aksi takdirde tevdi, edimi kabul beyanı ile sona ermiş olduğundan borçlunun, ancak sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde hareket etmek suretiyle tevdi ettiği şeyi geri alması söz konusu olacaktır.

c - Edimi kabul hakkının zamanaşımına uğraması:

Tevdiden yararlananın, tevdi konusu edimle ilgili olarak kendisine tanınmış bulunan alacak hakkını, hangi süre içerisinde kullanması gerektiği hususunda, Borçlar Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Bonnant*'a²⁸⁸ göre, lehdarın edimi kabul beyanında bulunma hakkının Borçlar Kanunu madde 125'teki 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte zamanaşımına uğradığının kabulü yerinde olur.

Eğer tevdiden yararlanan, tevdi konusunun teslimine ilişkin alacak hakkını kullanmayı ihmal ederse, şahsî nitelikteki bu hak Borçlar Kanunu madde 125 gereğince on yıllık süre geçtikten sonra zamanaşımına uğrayacak²⁸⁹ ve böylece yeddiemin, usulüne uygun bir zamanaşımı def'i ileri sürmek suretiyle tevdi olunan şeyi teslimden kaçınabilecektir.

d - Tevdi konusu edimin yok olması:

Yeddiemin, tevdi konusunun yok olmasında bir kusuru varsa, yok olan edimin yerini bir başka edimle doldurması veya zararı tazmin etmesi gerekir (BK m. 463 ve BK m. 96 vd.). Buna karşılık, tevdi konusu edimin yok olmasında, yeddieminin bir kusuru bulunmadığı takdirde, hasara, lehdar katlanır. Tabii, edimin yok olması ile birlikte, tevdi de sona ermiştir²⁹⁰.

²⁸⁷ *Bonnant*: agt. s. 57; *Koç*: agt. s. 231

²⁸⁸ *Bonnant*: agt. s. 58

²⁸⁹ *Koç*: agt. s. 233

²⁹⁰ *Bonnant*: agt. s. 59; *Koç*: agt. s. 234

B - Malı satarak satış bedelinin tevdiî imkânı

1 - Genel olarak:

Borçlar Kanunu madde 95, borçlunun, alacaklı temerrüdü dışında alacaklının şahsına ilişkin sebeplerle veya alacaklının bulunabileceği yeri veya alacaklının kim olduğunu ihmali olmaksızın bilememesi nedeniyle, borcunu ifa edememesi durumunda, onun borcundan kurtulmak için sahip olduğu imkânlardan bahsederken, sadece tevdi ve akdin feshinden söz etmiştir. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi, "*satış müteakip bedelin tevdiinin, borçlu bulunan şeyin tevdi yerine kaim olacak bir keyfiyet olduğu*" gerekçesiyle, tevdiin öngörüldüğü bütün hallerde malın satılması suretiyle elde edilecek bedelin tevdiî imkânının da kabul edilmesi gerektiği ittifakla benimsenmektedir²⁹¹.

Bu nedenle borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, borçluya emniyetli bir şekilde borcundan kurtulması için tanınmış bulunan imkânlardan birisi olan, "*malı satarak, satış bedelinin tevdi*" imkânından (BK m. 92) da yararlanacaktır.

Gerçekten bazı mallar, nitelikleri veya tahsis edildikleri iktisadi amaçlar itibariyle tevdi elverişli olmayabilirler. İşte bu gibi durumlarda kanun (BK m. 92), borçluya, borç konusu malın tevdi suretiyle değil de, bu malın satılması suretiyle elde edilecek bedelin tevdiî imkânını tanıyarak, borcundan bu şekilde kurtulma fırsatı vermiştir²⁹².

Borçlu, mülkiyetini alacaklıya nakletmek zorunda olduğu şeyin maliki olduğu takdirde, genellikle bu usule müracaat eder. Borçlu, Borçlar Kanunu madde 92 gereğince kendisine bu hususta özel bir yetki verildiği için alacaklıya ait olan şeyleri kendisine iadeye mecbur olduğu takdirde dahi bu

²⁹¹ Bkz. s. 73 dn. 59'a ait metin. Yalnız *Koç*, bu gibi durumlarda borçlunun satış hakkını kullanabilmesi sonucuna BGB § 383 hükmü ve bu hükümle § 372/c.2'ye yapılan yollamayı birlikte değerlendirerek ulaşmakta; ve Borçlar Kanunu madde 92 hükmünün de lege ferenda BGB §383 hükmüne uygun bir şekilde tamamlanması gerektiğini; buna bağlı olarak Borçlar Kanunu madde 95'in de değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (agt, s. 237 dn. 329). Kanaatimizce bu sonuca, kanun değişikliğine gidilmeden de ulaşılabilir. Zira Borçlar Kanunu madde 95, hukuki sonuçlar bakımından alacaklı temerrüdüne yollamada bulunmak suretiyle, her iki durumu da birbiriyle eş kılmıştır. Bu nedenle, alacaklı temerrüdü söz konusu iken borçluya tanınmış bulunan bütün imkânlar, durumun niteliğine uygun düşükçe, burada da uygulanmalıdır. Zaten doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir.

²⁹² *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*: agc, s. 845

yola başvurabilecektir²⁹³. Meselâ kiracının kiralananı iade borcu bakımından durum böyledir.

Rossel'e göre borçlu, satışı gerçekleştirirken vekâletsiz iş gören sıfatıyla hareket etmektedir²⁹⁴. Bu nedenle onun sorumluluğu Borçlar Kanunu madde 411 çerçevesinde belirlenecektir. Borçlu, borçlu olduğu edimi paraya çevirirken özenle hareket etmelidir. Bu özenli hareket etme yükümüne aykırı davranıp da, ortaya bir zarar çıkarsa, bu zarardan mesul olacaktır²⁹⁵. Meselâ, borçlunun açık artırma ile yapılacak satışın ilanını gerektiği gibi yapmaması nedeniyle malın gerçek değerinden daha aza satılması durumunda olduğu gibi.

Becker, borçlunun, aşırı derecede fiat dalgalanmalarına maruz kalabilecek türden mallarda, satışı haklı bir sebep olmaksızın uzun müddet geciktirmesi durumunda da aynı şeyin geçerli olacağını, çünkü borçlunun, alacaklının kesesinden, fiat değişimleri üzerinde spekülasyon yapmağa mezun olmadığını haklı olarak ifade etmektedir²⁹⁶.

Bu arada şu hususu da belirtelim ki, usulüne uygun olarak icra edilen satışın, borçlunun borcundan kurtulması bakımından hiç bir tesiri yoktur. Satışın icrası, borçluya, tevdi mümkün olmayan veya riskli bulunan bir şeyin, kolayca tevdi edebileceği paraya çevrilmesi sonucunu doğurur²⁹⁷. İşte, ifanın yerine geçip, borçlunun borcundan kurtulmasını temin edecek olan işlem, satışın icrası ile elde edilmiş bulunan bu paranın tevdiidir²⁹⁸. Böylece, satışta elde edilen bedel edimin yerini alır. Artık alacaklı, borçluyu ancak bu bedelin ödenmesinden mükellef tutabilir. Borçlu, bu aşamadan sonra, ifayı hala alacaklıya yapmak imkânını bulamıyorsa, ancak, tevdi imkânına ilişkin olarak yukarıda anlattığımız usule uygun hareket etmek suretiyle, borcundan kurtulabilecektir.

²⁹³ *von Tuhr*: age, s. 546; *Arsebük*: age, s. 750 dn. 55 ve buna ait metin.

²⁹⁴ *Rossel*: age, s. 144-145

²⁹⁵ *Rossel*: age, s. 145; *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 6; *Bonnant*: agt, s. 29; *Becker*: art 92-94 (TBK m. 91-93) N. 33.

²⁹⁶ *Becker*: Art 92-94 (TBK m. 91-93) N. 33

²⁹⁷ *Bonnant*: agt, s. 28

²⁹⁸ *Rossel*: age, s. 145; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 157; *von Tuhr*: age, s. 548; *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 700; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop*: age, s. 845; *Reisoğlu*: age, s. 262

Şartları gerçekleştiğinde, malın satılması suretiyle bedelinin tevdi, borçluya tanınmış bir haktır. Bu bakımdan borçluya yüklenmiş bir mükellefiyet söz konusu değildir²⁹⁹. Bununla birlikte, bazı durumlarda, meselâ, tevdi edilecek şeyin çabuk bozulma ihtimalinin varlığı veya tevdi masraflarının çok fazla olması durumunda borçlu, alacaklının menfaatlerini gözetmek için, satışı yapmakla mükellef olabilir. İşte borçlunun, bu gibi durumlarda satışı yapmaması nedeniyle alacaklı zarara uğramış ise, alacaklının bu zararını hangi esasa göre talep edebileceği tartışmalıdır.

Oser/Schönenberger, satış yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararın, "önceden kestirilmesi mümkün ve alacaklı da zararı önlemek imkânından mahrum bulunur ise borçlu bu zarardan afakî iyi niyet kaidelerine aykırı hareket etmiş olması sebebiyle sorumlu tutulur (BK m.41 ve MK m. 2); ki bağış münasebeti bir tarafa bırakılırsa bu sorun, hakikaten açıklamaya muhtaç görülür." demek suretiyle, bu durumda haksız fiil esaslarının uygulanması suretiyle alacaklının, zararını tazmin ettirebileceğini kabul etmektedirler.

von Tuhr ise, bizce de haklı olarak, bu zarar nedeniyle sorumluluğun, Borçlar Kanunu madde 41/II hükmüne değil; fakat sözleşme ilişkisine dayanacağını; çünkü başkasına ait malı bozulmaya bırakan kimsenin hiç bir akdî taahhüt altına girmemiş ise kusur işlemiş olamayacağını ifade etmektedir³⁰⁰. Bu görüş doğrultusunda borçlunun satışı yapmaması nedeniyle alacaklı, uğramış olduğu zararının karşılanması, taraflar arasında kurulmuş ve geçerliliği tartışma konusu olmayan bir sözleşmenin mevcut olması nedeniyle, sözleşme ilişkisi çerçevesinde talep edebilecektir. Çünkü, *von Tuhr*'un da belirttiği gibi, hiç bir akdî taahhüt altına girmemiş olan şahsın, başkasının malını bozulmaya bıraktığı için haksız bir fiil işlemiş olduğu söylenemeyecek ve bu şahsın malların bozulması nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı, haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmin etmesi de söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle alacaklı, uğramış olduğu zararını ancak sözleşme ilişkisine dayanarak talep edecektir.

²⁹⁹ *von Tuhr*: age, s. 547

³⁰⁰ *von Tuhr*: age, s. 547 dn. 57; Aynı görüşte: *Koç*: agt, s. 237

3 - Satış hakkının mevcudiyeti için aranan şartlar:

Kanun koyucu Borçlar Kanunu madde 92'de, hem alacaklının ve hem de borçlunun menfaatlerini gözönünde bulundurarak, tevdi elverişli olmayan malların mevcudiyeti halinde kullanılmak üzere borçluya, satış hakkı tanımıştır³⁰¹. Buna göre borçlu, şimdi inceleyeceğimiz dört halden biri mevcut ise, malı satarak satış sonunda elde edilecek bedeli tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabilecektir.

Borçlar Kanunu madde 92'de öngörülen ve borçluya satış hakkının tanındığı bu hallerin, istisnai niteliklerinin gereği olarak, genişletici yoruma tabi tutulmamaları gerektiği haklı olarak ifade olunmaktadır³⁰².

a - Edimin mahiyeti itibariyle tevdi elverişli olmaması:

Bu durumda tevdi, borç konusu edimin niteliğinden kaynaklanan birtakım engeller nedeniyle gerçekleştirilememektedir. Bu ihtimalde, özellikle yeddiemin açısından tehlike meydana getirebilecek şeyler söz konusudur. Meselâ, patlayıcı veya yanıcı kimyevi maddelerin durumu böyledir³⁰³. Yırtıcı bir hayvanın tesliminde de aynı şey söylenebilir³⁰⁴.

Verilen örneklerden de anlaşılacağı gibi bu ihtimalde, edim, niteliği itibariyle tevdi elverişli değildir. Yine bunlar gibi tehlike meydana getirme ihtimalleri olmayan, fakat hacimleri itibariyle tevdi elverişli olmayan eşyanın varlığı halinde de, edimin mahiyetinden kaynaklanan tevdi engeli söz konusudur. Meselâ, büyük hacimli bir eşyaya, her hangi bir depoda veya en azından tevdi edilenin tasarrufu altında bulunan depoda yer bulmak, hemen hemen imkânsız olabilir. Bir lokomotifin tevdiinde durum genellikle böyle olacaktır. Bu durumda, lokomotifin parçalarına ayrılıp tevdi de amaca aykırı olacağından; bu gibi durumlarda da borçluya satış hakkının verilmesinin isabetli olacağı ifade olunmaktadır³⁰⁵.

³⁰¹ *Bonnant*: agt, s. 26

³⁰² *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 699; *Koç*: agt, s. 243

³⁰³ *Oğuzman*: age, C. I, s. 241; *Bonnant*: agt, s. 26; *İnan*: age, s. 464

³⁰⁴ *Oğuzman*: age, C. I, s. 241

³⁰⁵ *Bonnant*: agt, s. 26; *Arslanlı*: age s. 523 dn. 82a

Yine, tevdi edilecek malın niteliği itibariyle, tevdi mahalline nakli, pratik olarak mümkün olamıyorsa da durum aynıdır. Meselâ, yine bir lokomotifin veya vagonlarının tevdiinin söz konusu olduğu durumlarda; tevdi için uygun mahal bulunmasına rağmen, bunların tevdi mahalline götürülebilmesi demiryolu inşasına bağlı ise durum böyledir³⁰⁶.

b - İşin nev'inin tevdi elverişli olmaması:

Bazı mali ve ticari işlerde, kambiyo ve tahvil rayiçlerindeki değişmelerde olduğu gibi, yapılacak işin başarısı, gerçekleştirilmesindeki çabukluğa bağlı olabilir.

Böyle bir durumda, alacaklının şahsından kaynaklanan bir ifa engeli nedeniyle tevdi yoluna gidilmesi, tevdi esnasında mal değeri ile ilgili olarak meydana gelebilecek büyük değişiklikler nedeniyle, alacaklının büyük kayıplara maruz kalmasına neden olabilecektir. Meselâ, borsada işlem yapan bir aracı kurumun, müşterisi için aldığı tahvilleri, müşteriden kaynaklanan sebepler yüzünden ona teslim edememesi nedeniyle tevdi yoluna gitmesi durumunda, tahvillerin uygun bir zamanda satılması imkânı ortadan kalkar ve alacaklı için büyük zararlar doğabilir³⁰⁷.

Genellikle fiatların kararsızlığı tevdi engel teşkil etmez. Meğer ki, büyük fiat düşüşü hakkında kuvvetli tahmin ve keşifler mevcut olsun³⁰⁸. Meselâ, değeri moda ve mevsim faktörlerine göre değişebilen eşya söz konusu ise, borçlunun satış yoluna gidebileceği isabetli olarak kabul edilmektedir³⁰⁹. Çünkü bu durumda, modası veya mevsimi geçecek eşya fiatlarının düşmesi normal sonuçtur ve herkes tarafından öngörülebilir.

Bonnant, İsviçre'de Borçlar Kanunu madde 93 (TBK m. 92) hükmünün bu bakımdan uygulanarak borçlulara satış hakkı verilmesinin daha çok, "*kumaş boyacılığı, kuru temizleme, çamaşır yıkama fabrikası ve benzeri yerler*" bakımından söz konusu olduğunu ifade etmektedir³¹⁰. Gerçekten de bu gibi fabrika ve iş yerlerine, çok sayıda eşya teslim edilmesine rağmen,

³⁰⁶ **Bonnant**: agt, s. 26

³⁰⁷ **Bonnant**: agt, s. 27

³⁰⁸ **Bonnant**: agt, s. 26-27; **von Tuhr**: age, s. 547 dn. 55

³⁰⁹ **Bonnant**: agt, s. 27

³¹⁰ **Bonnant**: agt, s. 27; **Oser/Schönenberger**: Art 93 (TBK m. 92) N. 2

bunların geri alınmaması durumunda, bu iş yerlerinin faaliyetleri aksayacaktır. Çünkü, alınmayan eşya yığılıp kalacak ve fuzuli yer işgal ederek diğer işlerin de aksamasına yol açabilecektir. Böyle bir durumda, bu işletmelere satış hakkı vermeyerek tevdi mecbur kılmak, belki de hiç bir zaman ödenmeyecek olan ücretlerinin değeriyle orantısız bir yük altına girmelerine neden olacaktır³¹¹. Oysa bu durumda bulunan işletmelere, Borçlar Kanunu madde 93 çerçevesinde satış hakkı tanınması, hem borçlarından kurtulmak ve hem de ücret alacakları nedeniyle satış sonucunda elde edilecek olan bedel üzerinden takas def'i ileri sürmek imkânı verir³¹².

c - Edimin mahiyeti itibariyle çabuk bozulmaya müsait olması:

Unutmamak gerekir ki tevdiin amaçlarından birisi de, tevdi konusu edimin, tevdi ânındaki şekliyle muhafaza edilmesidir. Bunun için kanun koyucu, borcunu alacaklısı yüzünden ifa edemeyen borçluya, borcundan enmiyetli bir şekilde kurtulmasını temin etmek üzere tevdi hakkını tanıdıktan sonra, alacaklının da menfaatlerini korumak amacıyla, tevdi konusu edimin tevdi ânındaki şekliyle muhafazasının mümkün olmadığı durumlar için, malın satılması suretiyle elde edilecek satış bedelinin tevdi imkânını öngörmüştür. Böylece gerçekleştirilecek tevdi ile borçlu korunduğu gibi, alacaklı da korunmuş olacaktır.

Tevdi konusu edimin tevdi ânındaki şekliyle muhafazasının mümkün olmadığı durumlar ise, uzun süre saklanması güç olup, bozulabilir nitelikte olan edimlerin mevcudiyeti halinde söz konusu olur. Bu nitelikteki edimlere örnek olarak şunlar gösterilmektedir³¹³: Taze et, süt, yumurta, meyve (çilek, kiraz vb.), sebze, asitli ve hamurdan mamul şeyler, yoğurt, bazı likörler, hassas bitkiler.

³¹¹ *Bonnant*: agt, s. 27. "Tacir olan veya olmayan borçluların, bu durumda, Borçlar Kanunu madde 92'den yararlanmak yerine, Medenî Kanun madde 867'de öngörülen hapis hakkını kullanabileceklerinden şüphe edilemez. Ancak borçlu-işgörenin, ücret alacağı için, hapis hakkını kullanması, onu, çok sayıda eşyayı, işletmesinde muhafaza etmek sıkıntısına sokacağı için, her zaman tercih edilebilir bir yol sayılamaz." *Koç*: agt, s. 247 dn. 371

³¹² *Koç*: agt, s. 247

³¹³ *Bonnant*: agt, s. 27; *Becker*: art 92-94 (TBK m. 91-93) N. 26; *Arslanlı*: age, s. 523 dn. 83; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 156; *Oğuzman*: age, C. I, s. 241; *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 699; *Arsebük*: age, s. 751

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere edimin, uygun süre saklanması güç ve bozulabilir nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için, onun değerini kısmen veya tamamen kaybettiren, gerçek bir bozulmaya maruz kalınması gerekir³¹⁴.

Yalnız malın bu niteliği değerlendirilirken, bulunulan yerin koşullarının da dikkate alınması gerekir. Bozulabilir nitelikteki bazı mallar, şehir ve limanlarda, soğuk hava depolarına kolayca depo edilebilecekleri halde, aynı malların, kırsal alanlarda satılmaları gerekebilecektir.

d - Edimin bakım ve muhafazasının önemli masraflar yapılmasını gerektirmesi:

Borçluya satış imkânının tanındığı son ihtimal budur. Kanun koyucu, edimin muhafaza ve bakımı ile ilgili olarak, borçluyu, önceden masraf yapmak zorunda bırakan ve böylece alacaklının durumunun boş yere ağırlaşmasına neden olan eşyanın söz konusu olduğu durumlarda da borçluya satış imkânı tanımıştır³¹⁵.

Bu gruba, hacimlerine oranla değerleri pek düşük olan eşyayı dahil edebiliriz. Kömür, çakıl ve kum gibi şeylerin tevdi mahalline taşınmaları çoğu zaman pahalıya mal olur. Keza hayvanlar, genellikle önemli bakım masrafları yapılmasını gerekli kılar³¹⁶.

Bonnant Borçlar Kanunu madde 93 (TBK m. 92) hükmünün bu ihtimal bakımından maksadı iyi yansıtmadığını düşünmekte³¹⁷; **Koç** da bu düşünceye katılmaktadır³¹⁸. Şöyle ki: Borçlar Kanunu madde 93 (TBK m. 92) hükmü, bu ihtimal ile ilgili olarak, "...muhafazası masrafı mucip veya tevdi büyük masrafları müstelzim olursa..." şeklinde bir hüküm koymuştur. Maddenin lâfzına bakılınca sanki borçlunun, edimin bakım ve muhafazasına ilişkin olarak yapılacak her türlü masrafı bahane ederek satış yoluna gidebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Halbuki bu doğru değildir. Borçlunun satış yoluna başvurabilmesi için, bu masrafların da tevdi masraflarında olduğu gibi, edimin

³¹⁴ **Bonnant**: agt, s. 27

³¹⁵ **Bonnant**: agt, s. 28; **Koç**: agt, s. 249-250

³¹⁶ **Arslanlı**: age, s. 523 dn 84; **von Tuhr**: age, s. 547; **Oğuzman**: age, C. I, s. 241

³¹⁷ **Bonnant**: agt, s. 28

³¹⁸ **Koç**: agt, s. 250

değerine nazaran önemli olması gerekir. Bu hususu hâkim, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutacak; ve satış hakkının mevcut olup olmadığına karar verecektir³¹⁹.

Her ne kadar bakım ve muhafaza masrafları alacaklıya ait ise de, kendi değerine nazaran önemli sayılabilecek masrafların yapılmasını gerekli kılan eşyanın satılması, hem alacaklı, hem borçlu ve hem de yeddiemin olarak belirlenecek olan şahıs bakımından yararlıdır. Çünkü böylece alacaklı, eşyanın kıymeti ile orantılı olmayan masrafları ödemekten kurtulmuş olacak; alacaklının edimi kabul beyanına kadar, yeddiemine karşı tevdi masraflarından sorumlu olan borçlu ise, tevdiin yapılmaması nedeniyle sorumluluk altına girmeyecek; yeddiemin de, alacaklı eşyayı teslim almadığı takdirde vedia alan sıfatıyla eşya üzerinde kullanacağı hapis hakkının eşyanın pek kıymetli olmaması nedeniyle pratik bir önemi olmayacağından, ücretini tahsil edememe riski ile karşılaşmaktan kurtulmuş olacağından, satış, her üç şahsın da yararına olacaktır³²⁰.

3 - Satış hakkının kullanılması için uyulması gereken usûl:

Borçlunun, Borçlar Kanunu madde 92 ile kendisine tanınmış bulunan satış hakkını kullanabilmesi için, sadece yukarıda açıklanan dört durumdan birinin mevcudiyeti yeterli değildir. Borçlu bu hakkını, ancak, kanunda öngörülmüş bulunan ve aşağıda açıklayacağımız usûle uymak suretiyle kullanabilir. Şimdi bu şartların nelerden ibaret olduğunu inceleyeceğiz.

a - Alacaklıya ihtar çekilmesinin gerekli olup olmadığı:

Borçlar Kanunu madde 92, "...borçlu evvelâ ihtarda bulunduktan sonra..." demek suretiyle borçluya, satışın gerçekleştirilmesinden önce mütemerrit alacaklısına ihtar çekme zorunluluğu getirmiştir. Acaba alacaklı temerrüdünde borçlunun satış hakkını kullanabilmesi için gerekli bu ihtar, inceleme konumuz olan, "*alacaklının şahsına ilişkin, fakat kabulde temerrüdünden başka sebeplerle borcun hiç veya güvenli bir şekilde ifa edilememesi durumunda, yahut, alacaklının bulunduğu yerin veya kim*

³¹⁹ *Bonnant*, maddenin "...edim önemli bakım ve muhafaza masraflarını gerektiriyorsa..." şeklinde düzeltilmesinin isabetli olacağını belirtmektedir. agt. s. 28. Aynı düşüncede: *Koç*: agt. s. 250

³²⁰ *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 700

olduğunun, borçlunun ihmali olmaksızın bilinemediği durumlarda da" aranacak mıdır?

Kanaatimizce inceleme konumuz bakımından da, satışın alacaklıya ihtar edilmesi lüzumunu aramak doğru olmayacaktır³²¹. Çünkü bu durumlarda, borçluya tevdi, satış ve akdin feshi imkânlarının tanınmasının nedeni, alacaklı ile irtibat sağlanamaması veya alacaklı ile irtibat sağlansa bile ona yapılacak ifanın borçtan kurtulma sonucunu doğurmasının şüpheli olmasıdır. Böyle bir durumda ihtarın yapılması gereğini savunmak, borçlunun satış imkânını kullanamaması sonucunu doğuracaktır. Borçlu karşısında geçerli bir şekilde borcunun ifasını teklif edebileceği bir muhatap bulsa, zaten alacaklı temerrüdü dışında, borcun alacaklı yüzünden ifa edilemediği bir halin mevcudiyeti söz konusu olmayacaktır.

Buna rağmen, incelemekte olduğumuz durumlarda da ihtarın gerekli olduğunun kabul edilmesi, satış hakkının tanınmasındaki amaca da aykırı olacaktır. Şöyle ki: Eğer ifa, alacaklının kim ve nerede olduğunun bilinmemesi nedeniyle gerçekleştirilemiyorsa, ihtar şart kabul edilince borçlu, ihtarı yöneltebileceği bir muhatap bulamayacağından, ilânen tebligat yoluna başvurmak zorunda kalacaktır³²². İlânen tebligatın yapılması ise süre isteyen bir iştir. Her şeyden önce, gazete ilânı yapılmadan evvel, zabıta tetkikatı yaptırılması gerekecek; bundan sonra, muhatabın öğrenme ihtimalinin en yüksek olduğu bir gazeteye ilân verilecek; bu ilân tarihinden itibaren geçecek yedinci günü takip eden gün tebligat yapılmış sayılacaktır (Teb. K m. 31)³²³. Bu işlemlerin yapılması ise, zaten yavaş işleyen adlî teşkilatımızın durumu da gözönünde bulundurulursa, nereden bakılsa 1-2 ay sürecektir. Bu durumda ise, satış hakkı tanınmasının bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü, satış hakkının tanınması ile korunmak istenen menfaatler ortadan kalkmış olacaktır.

İfade ettiğimiz bu gerekçelerle biz, inceleme konumuz bakımından, edime ilişkin şartların gerçekleşmesi koşuluyla, ihtara lüzum bulunmaksızın

³²¹ *Arsebük*, imkânsızlık halinde ihtardan vazgeçilebileceğini isabetli bir şekilde ifade ederek; şu iki durumu da, bu bakımdan imkânsızlığa örnek olarak göstermektedir: 1 - Alacaklının bulunduğu yerin bilinmemesi, 2 - Alacaklının ikametgâhı belli olmakla birlikte, malın cinsine göre, ihtarda verilen sürenin sonuna kadar beklenmesinin imkânsız olması. age, s. 751-752 dn. 66

³²² *Moroğlu E. /Muşul T. : Tebligat hukuku, 2. Bası, İstanbul 1990, s. 100*

³²³ *Moroğlu/Muşul: age, s. 103*

satış hakkının kullanılabilceğini düşünöyoruz. Kaldı ki, burada bir ihtarın mı, yoksa bir ihbarın mı söz konusu olduğu da tartışmalıdır³²⁴.

b - Hâkimden izin alınması gereği:

Bu husus da, satış hakkının kullanılabilmesi için yine Borçlar Kanunu madde 92'de " ...hâkimin izniyle..." denilmek suretiyle, öngörölmüş bir şarttır. Satış hakkını kullanmak isteyen borçlu, hâkimden satış izni almak zorundadır. Hâkimden izin almadan yapılan satış ile elde edilen bedelin tevdi, borçluyu borcundan kurtarmaz³²⁵

Alacaklı temerrüdünde satış hakkının kullanılabilmesi için yerine getirilmesi gerekli olan bu şartın, satış hakkının kullanılabilmesi için inceleme konumuz bakımından da yerine getirilmesi gerekecektir. Çünkü bu şart bakımından, inceleme konumuzun alacaklı temerrüdünden farklı muameleye tabi tutulmasını gerektirecek bir sebep kanaatimizce yoktur.

Buna göre satış izninin, ifa yerindeki sulh hukuk mahkemesi hâkiminden³²⁶ veya durumun niteliği gerekli kılıyorsa malın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi hâkiminden alınabileceği kabul edilmektedir³²⁷.

Satış izni talebiyle kendisine müracaat edilen hâkim, satış hakkının varlığı için aranan şartların mevcut olup olmadığını araştırmak ve ona göre karar vermek zorundadır. Hâkim herşeyden evvel, borcun alacaklı yüzünden ifa edilememesinin söz konusu olup olmadığını araştıracak; bunun mevcudiyetinin tesbitinden sonra ise, borçluya satış hakkının tanınmış olduğu dört durumdan en az birisinin mevcut olup olmadığına bakacak ve bu durumlardan birisinin mevcudiyetini tesbit ettikten sonradır ki satışa izin verecektir³²⁸.

³²⁴ Tartışma için Bkz. Koç: agt, s. 251 vd, von Tuhr: age, s. 547 dn. 58

³²⁵ von Tuhr: age, s. 548; Oğuzman: age, C. I, s. 242; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 700

³²⁶ Satış iznini vermekle görevli hâkim, 1711 sayılı kanunla değişik HUMK m. 8/b. 4 gereğince, sulh hukuk mahkemesi hâkimidir.

³²⁷ von Tuhr: age, s. 547; Koç: agt, s. 253

³²⁸ von Tuhr: age, s. 547; Oğuzman: age, C. I, s. 242; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 700; İnan: age, s. 464

Hâkimin bu şekilde yapacağı tetkikat sonucunda, satış hakkı ile ilgili olarak vereceği karar, asıl ihtilafı çözmek durumunda olan hâkimi bağlamayacağı gibi; borçluyu, talebinin haksız olmasından dolayı doğacak sorumluluktan da kurtarmayacaktır³²⁹.

Hâkim satış iznini verirken, satışın şekli ve yeri ile, tevdiin gerçekleştirileceği yeri de tesbit ile mükelleftir³³⁰. Çünkü Borçlar Kanunu satış yeri ve zamanı hakkında her hangi bir açıklık getirmemiştir. Bu nedenle hâkim, her işin niteliğine göre satış yerini belirleyecektir. Hâkim satış yeri olarak ifa yerini belirlemek zorunda değildir. Çünkü bir çok durumlarda malın bulunduğu yer, satış için daha elverişli olabilecektir. Çünkü, böylece taşıma masraflarından tasarruf etme imkânı doğabileceği³³¹ gibi, nakliyat için geçecek süre içerisinde malın bozulması ihtimalinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Satış zamanı ise, dürüstlük kuralına (MK m. 2) aykırı olmamak koşuluyla³³², borçlu tarafından belirlenecektir³³³. Hatta tevdiin icrasından sonra dahi, şartların mevcudiyeti halinde borçluya, satış hakkı tanınmalıdır³³⁴. Meselâ eşya, yeddieminde umulduğundan çok kalmış; ve tevdi masrafları, tevdi olunan şeyin değerine nazaran nisbetsiz derecede yükselmiş ise borçlu, satışa karar verebilmelidir. Borçlu, alacaklının edimi kabul beyanına kadar tevdi masraflarından tevdi eden sıfatıyla, yeddiemine karşı sorumlu olduğundan, bu hakkın tanınması onun da yararına olacaktır³³⁵.

Alacaklı temerrüdü bakımından, satışın yapılacak olduğu tarih ve yerin, alacaklıya da ihbar edilmesinin hüsnüniyet gereği olduğu ifade olunmakta³³⁶

³²⁹ *von Tuhr*: age, s. 548; *Oğuzman*: age, C. I, s. 242; *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 700

³³⁰ *von Tuhr*: age, s. 548; *Koç*: agt, s. 253

³³¹ *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 8

³³² *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 8

³³³ Bu çerçevede satış, dürüstlük kuralına aykırı olarak elverişsiz bir zamanda yapılmış ise alacaklı, bu yüzden uğradığı zararlarının tazminini isteyebilir. *Arslanlı*: age, s. 523 dn. 88; *Rossel*: age, s. 145. (Alacaklının bu tür zararlarının tazminini, akdî sorumluluk esasları çerçevesinde isteyebileceğini yukarda ifade etmiştik (Bkz. s. 128))

³³⁴ *von Tuhr*: age, s. 546 dn. 50; *Bonnant*: agt, s. 29; *Oğuzman*: age, C. I, s. 242

³³⁵ *Becker*: Art 92-94(TBK m. 91-93) N. 23 Becker'in, borçlunun tevdi masraflarından, tevdi eden sıfatıyla, alacaklının edimi kabul beyanından sonra dahi sorumlu olmaya devam edeceği düşüncesinde olduğu da hatırlanmalıdır. N. 12 ve 13

³³⁶ *von Tuhr*: age, s. 548; *Koç*: agt, s. 253

ise de, yukarıda ihtar ile ilgili olarak belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda, inceleme konumuz bakımından ihbar yapılmasının da söz konusu olamayacağını ifade etmek istiyoruz.

Borçlar Kanunu madde 212/I, ticari satımda, malı kabul etmekte mütemerrit olan müşteri, semeni ödemekte de mütemerrit ise, satıcının başka bir merasime, özellikle hâkim iznine muhtaç olmaksızın, hüsniyet kaideleri çerçevesinde malı tekrar satmasına müsaade etmektedir³³⁷.

Bu hükmün konumuz bakımından da uygulanması kanaatimizce durumun niteliğine uygun olacaktır. Buna göre, ticari bir satımda borçlu, alacaklının şahsına ilişkin, fakat edimi kabulde temerrüdünden başka sebeplerle borcunu hiç veya güvenli bir şekilde ifa edemiyorsa; yahut borçlu, alacaklının bulunabileceği yeri veya kim olduğunu ihmali olmaksızın bilememesi yüzünden borcunu hiç veya güvenli bir şekilde ifa edemiyorsa; bu sebeplerle alacaklı da semeni ödeyemiyorsa borçlu, yine hâkimden izin almaksızın satış hakkına sahip olmalıdır. Çünkü Borçlar Kanunu madde 95, incelemekte olduğumuz konuyu, sonuçları itibariyle alacaklı temerrüdü ile eş kılmıştır.

c - Satışta uyulması gereken usûl:

Borçlar Kanunu madde 92'de, "...borçlu ...onu alenen sattırarak bedelini tevdi edebilir." denilmek suretiyle bu husus da düzenlenmiştir. Yani satım kural olarak açık arttırma yoluyla yapılacaktır.

Doktrinde burada söz konusu olan "açık arttırma" türünün, ihtiyari açık arttırma (alenî müzayede) olduğu; hatta bu şekilde satıma kanun veya hâkimin karar vermiş olmasının dahi bu durumu değiştirmeyeceği ifade olunmaktadır³³⁸. Böylece bu durumda Borçlar Kanunu'nun ihtiyari açık arttırmaya ilişkin hükümleri (BK m. 225/II vd) uygulama alanı bulacaktır.

Yine Borçlar Kanunu madde 92 hükmü gereğince hâkim, iki halde satışın alenî olarak yapılması şartını kaldırabilir:

³³⁷ von Tuhr: age, s. 548

³³⁸ Tandoğan: age (özel) C. I/1 s. 318

i - Verilecek şeyin, borsada kayıtlı veya carî fiatı olan bir mal olması ihtimali satışın ihtiyari açık artırma dışında başka bir usulle yapılabileceği ilk durumdur

Oser/Schönenberger borsa veya piyasada fiatı bulunan malı şöyle tarif eder: "...belli zamanda, belli bir yerde büyük miktarda satışa arzolunan yani elde edilmek istenilen fiatın gerçeğe uygun bir fiyat olduğu hakkında teminat mevcut olan mallar demektir "³³⁹. Bu çerçevede carî fiat veya piyasa fiatı kavramından, orta çeşit ve kalitede belli cins malların, kendi piyasasında, normal şartlar altında ve belli bir süre içerisinde yapılan çeşitli satışlardan elde edilen ortalama fiatın anlaşılması gerekir. Bu fiyatların, resmî bir makam tarafından tesbit edilmesi şart değildir. Belli yer ve zamanda, ortalama fiatı tesbite yarayacak miktarda satışların yapılmış ve bu fiyatların gerçekten ödenmiş olması piyasa fiatının tesbiti bakımından yeterlidir. Borsa fiatı ise piyasa fiatının bir türü olup, borsada yapılan satışlara ilişkindir ve genellikle resmî makamlar tarafından tesbit edilir³⁴⁰.

ii - Verilecek şeyin değerinin, yapılması gerekli satış masraflarına göre daha düşük olması ihtimali ise satışın ihtiyari açık artırma dışında başka bir usulle yapılabileceği ikinci durumdur.

Bu ihtimalde ise borç konusu edimin değeri, satışın açık artırma yoluyla yapılması durumunda yapılması gerekli satış masraflarına nazaran çok düşüktür. Bilindiği üzere, açık artırma ile satışın usulüne uygun olarak icra edilebilmesi birtakım formalitelerin yerine getirilmesine bağlıdır. Meselâ, açık artırmanın zamanı ve yeri, usulü dairesinde, artırmanın yapılmasından münasip bir süre önce ilan edilmeli ve satış açık artırma yapmaya yetkili şahıslar tarafından yapılmalıdır. Yine artırma esnasında bir münadinin bulunması da gerekir. Tabii bütün bunlar, satışın usulüne uygun bir şekilde yapılabilmesi için uyulması gerekli şartlar olup her biri ayrı masraflara yol açacak işlemlerdir. İşte bunun için kanun koyucu, edimin değeri, satışın açık artırma ile yapılması durumunda gereken masraflara göre düşük ise satışın başka usullerle de yapılabileceğini öngörmüştür.

³³⁹ Art 93 (TBK m. 92) N. 7

³⁴⁰ *Arslanlı*: age, s. 40

Böylece açıklamış olduğumuz iki ihtimalde hâkim, satışın başka usullerle, meselâ pazarlık usulü ile yapılmasına izin verebilir. Bu durumda da satışın gecikmeksizin yapılması gerekir (MK m. 2).

4 - Satışın hüküm ve sonuçları:

Satış hakkının kullanılmasının ne gibi sonuçlara yol açacağını açıklamak üzere, başlıca üç görüş ileri sürülmüştür:

Bunlardan ilki, satış hakkının kullanılmasının borcun yenilenmesi niteliğinde olduğunu, yani bu hakkın kullanılması ile birlikte satılan edime ilişkin borcun sona ereceğini; ve artık borcun yenilenmiş olacağını kabul etmektedir³⁴¹.

İkinci görüş ise satış hakkını, tevdi elverişli olmayan bir edimin yerini, tevdi elverişli başka bir şeyle doldurmayı amaçlayan hukukî bir imkân olarak değerlendirmektedir³⁴².

Üçüncü görüş ise, satış hakkının tamamen tevdi benzer nitelikte sonuçlar doğuracak bir imkân olduğunu kabul etmektedir³⁴³. Buna göre satışın, borç ilişkisini değiştirmeyi amaçlayan bir hukuki işlem haline getirilmesi için bir sebep yoktur. Borçlunun, tarafların menfaati gerekli kıldığı takdirde ve iyiniyet kurallarına uymak şartıyla tevdi olduğu gibi, satış imkânından da yararlanabileceği şüphesizdir. Şu halde satış tevdi benzerdir. Tevdiin amacı, "borçluların ikâmesini" sağlamaktır; satışın amacı ise "edimlerin ikâmesini" sağlamak. Çünkü *Liron*'a göre, alacaklı, ifa teklifinin yapılmasından sonra, edimde meydana gelebilecek olumlu veya olumsuz bütün değişimlere katlanmak zorundadır³⁴⁴.

Satış hakkının kullanılmasının, borcun yenilenmesi olduğuna dair görüşe katılamıyoruz. Çünkü yenilemenin gerçekleşebilmesi için, her şeyden

³⁴¹ Betschon A. : Der Annahmeverzug nach dem rew. Schweiz. Obligationenrecht, unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts. Dissertation. Bâle 1936 s. 107; Biedermann J. R. : Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat. Dissertation. Zürich 1944 s. 96 (*Liron*: agt, s. 79 dn. 3'ten naklen)

³⁴² *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 9; *Bonnant*: agt, s. 29; *Becker*: art 92-94 (TBK m. 91-93) N. 22; *Arslanlı*: age, s. 524; *von Tuhr*: age, s. 548; *Oğuzman*: age, C. I, s. 242

³⁴³ *Liron*: agt, s. 79

³⁴⁴ *Liron*: agt, s. 88-89

önce tarafların bu hususta anlaşmaları gerekir. Borçlar Kanunu madde 114/II'nin ifadesine göre, yenileme iddiasında bulunan kimse, tarafların bu husustaki anlaşmalarını (animus novandi) isbat etmekle mükelleftir³⁴⁵. Burada ise böyle bir şey mevcut değildir. Borçlu, tek taraflı olarak hâkime başvurmak suretiyle satış izni almaktadır³⁴⁶. Zaten tarafların karşı karşıya gelip, borcun yenilenmesi hususunda anlaşmaları mümkün olsaydı, satışa gerek kalmazdı, çünkü o durumda ifa engeli ortadan kalkmış olurdu.

Liron'un görüşüne de katılamıyoruz. Bu yazarın, tevdiin ifanın yerini tutmayıp, sadece borçlu tarafından alınan ek bir tedbir mahiyetinde olduğunu savunan görüşlerine katılmama gerekçelerimiz burada da geçerlidir³⁴⁷.

Satış hakkının kullanılmasının hukuki sonucunun, "*tevdie elverişli olmayan bir edimin yerinin, tevdie elverişli başka bir edimle doldurulması*" olduğunu ifade eden görüş bize de isabetli gözükmektedir. Buna göre, satışın hükmü, tevdie elverişli olmayan bir mal yerine, tasarrufu kabil başka bir malın, yani paranın geçmesidir. Eski malın yerine bu para edimin konusu ve alacaklı da bu para üzerinde hak sahibi olur³⁴⁸. Teviden farklı olarak satış, ifanın yerini tutmaz. Borçlu, malın satışı sonucunda elde ettiği parayı tevdi ettiği anda borcundan kurtulmuş olur³⁴⁹.

Satış icra edilip edim paraya çevrilince, borçlunun da alacaklı da muaccel bir alacağının mevcut olması durumunda, onun, satış bedeli ile mukabil alacağını takas edebileceği genellikle kabul edilmektedir³⁵⁰. Sadece *Arslanlı*, "...alıcı satış bedeli tevdi edilmeye kadar bu bedel üzerinde mutalebe hakkını haiz bulunmadığı..." gerekçesiyle, Borçlar Kanunu madde 118'de düzenlenen takas şartlarının gerçekleşmeyeceğini ve dolayısıyla borçlunun takas def'ini kullanamayacağını ifade etmektedir³⁵¹. *Koç* ise, bu gerekçenin yerinde olmadığını, çünkü en azından "...satıcının, satış bedeli üzerinde, alıcıya karşı, BK m. 118'de öngörülen şartları havi bir alacağı

³⁴⁵ *von Tuhr*: age, s. 655

³⁴⁶ *Koç*: agt, s. 242

³⁴⁷ Bkz. s. 66-67

³⁴⁸ *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 9

³⁴⁹ *Oser/Schönenberger*: Art 93 (TBK m. 92) N. 9; *Bonnant*: agt, s. 29; *Becker*: art 92-94 (TBK m. 91-93) N. 22; *Arslanlı*: age, s. 524; *von Tuhr*: age s. 548; *Oğuzman*: age, C. I, s. 242; *Koç*: agt, s. 236; *Rossel*: age, s. 145; *Reisoğlu*: age, s. 262; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 157

³⁵⁰ *von Tuhr*: age, s. 548; *Oğuzman*: age, C. I, s. 242; *Koç*: agt, s. 242-243

³⁵¹ *Arslanlı*: age, s. 524

nedeniyle, takas def'i ileri sürmesi, alıcının, bu bedel bakımından, alacak hakkını kaiz olduğunu kabul ve ikrar etmesi anlamını..." taşıyacağını ifade etmektedir.

C - Akdin feshi imkânı

Alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği durumlarda, borçluya borcundan kurtulması için tanınmış bulunan üçüncü imkân "Akdin feshi"dir. Diğer iki imkânda olduğu gibi, burada da kanun koyucunun amacı, borçluya akdi feshetme imkânı tanımak suretiyle onun durumunun askıda kalmasına engel olmaktır. Böylece borçlu, diğer iki ihtimalde olduğu gibi emniyetli bir şekilde borcundan kurtulma imkânı bulabilecek ve içinde bulunduğu anlamsız durum sona erecektir³⁵².

1 - Kavram ve hukukî niteliği:

Borçlar Kanunu madde 94 ve 95'te borçluya tanınmış bulunan bir imkân da "*akdin feshi*"dir. Fakat doktrinde bir çok yazar, burada akdin feshinin değil, "*akitten dönme*"nin söz konusu olduğunu belirtmektedir³⁵³.

Bu fıkre ilişkin düşüncemizi açıklamadan önce, "*akdin feshi*" ve "*akitten dönme*" tabirlerinin ne mana ifade ettiklerini tesbit etmek doğru olacaktır.

Akitten dönme " *taraflardan birinin, sahip olduğu hakka dayanarak, geçerli bir akdi tek taraflı bir beyanla ve geçmişe yürürlü olarak sona erdirmesi*" olarak tanımlanmaktadır³⁵⁴.

Akdin feshi ise "*sözleşme taraflarından birinin tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmesi*" olarak tanımlanmaktadır³⁵⁵.

³⁵² Saymen/Elbir: age, C. II, s. 701; Feyzioğlu: age, C. II, s. 159; Seliçi: age, s. 216

³⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: age, s. 964 dn. 45; Gauch/Schluemp/Tercier: age, s. 57, N. 1517; Seliçi: age, s. 216; Rossel: age, s. 146

³⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: age, s. 964; Ulsan: agt. s. 74-75; Öz T. : İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi (doktora tezi), İstanbul 1989, s. 26-27; Seliçi: age, s. 216; Serozan: age, s. 120 vd.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere iki kavramı birbirinden ayıran nokta, birisinin borç ilişkisini ileriye yönelik olarak sona erdirmesi, diğerinin ise geriye etkili olarak ortadan kaldırmayı hedeflemiş olmasıdır³⁵⁶.

Bu kısa açıklamadan sonra belirtmek istiyoruz ki, maddelerdeki fesih kavramını dönme olarak nitelendirmek, âni edimli yapma borçları bakımından her hangi bir sorunla karşılaşılmasına yol açmayacağı halde, sürekli nitelik taşıyan yapma borçlarının söz konusu olduğu durumlarda çeşitli sorunların doğmasına neden olacaktır. Özellikle sürekli nitelik taşıyan yapma borçlarının³⁵⁷ ifasına başladıktan sonra, ifa engelinin ortaya çıktığı ihtimallerde, akdin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması, çözümlenmesi güç sorunları da beraberinde getirecektir.

Bu tür borç ilişkilerinde, alacaklı yüzünden zuhur eden ifa engeli, edimin ifasına henüz başlanmadan ortaya çıkmış ise feshin dönme olarak nitelenmesi yine de pek sorun teşkil etmeyecektir. Fakat bu ifa engeli, özellikle edim ifa edilmeye başladıktan sonra ortaya çıkarak ifanın devamına engel oluyorsa, feshin dönme olarak kabulü ile, borçlunun bu hususa ilişkin irade beyanının makale şâmil kılınması, halli pek kolay olmayan çeşitli sorunları da beraberinde getirecektir. Çünkü akdin kurulmasından itibaren devam edegelen ifanın, kesildiği âna kadar hek iki taraf da sözleşmeden bekledikleri çıkarları elde etmişlerdir. Bu nedenle, böyle bir durumda akitten dönülerek geçmişin hesabını görmek, geçmişte yerine getirilmiş edimlerin iadesini istemek, boş yere zorluk çıkarmaktan başka bir işe yaramayacaktır³⁵⁸. Özellikle yapma edimi borçlusunun ifa ettiği ediminin iadesinde sorun çıkacaktır. Çünkü edim, bir fiilin icrasından ibarettir. Bunun aynen iadesi ise mümkün değildir. Bu şahıs ancak, sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanabildiği ölçüde, tazminat talebinde bulunabilecektir³⁵⁹.

Bunun için icrasına başlanmış yapma borçlarının söz konusu olduğu durumlarda, geçmişte yerine getirilmiş edimleri koruma menfaati önem kazanmaktadır. Çok gerekli olmadıkça ifa edilmiş edimlere dokunulmaması

³⁵⁵ *Öz* : agt (dönme), s. 29-30; *Seliçi*: age, s. 115; *Serozan*: age, s. 121

³⁵⁶ *Seliçi*: age, s. 208 vd. ; *Serozan*: age, s. 121-122

³⁵⁷ Âni nitelik taşıyan yapma borçlarında ise böyle bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Zira, edim alacaklı yüzünden ifa edilemediği içindir ki akdin feshi yoluna gidilmektedir.

³⁵⁸ *Seliçi*: age, s. 45 vd. ve 210; *Öz*: agt (dönme), s. 26

³⁵⁹ Bu hususta geniş izahat için Bkz. *Seliçi*: age, s. 46 vd.

bu menfaatin gereğidir. Kaldı ki meseleye taraflar açısından bakılınca yerine getirilen edimlerin olduğu gibi bırakılması, onların da menfaatlerine olacaktır³⁶⁰.

Yapma borcunun ifasına başlanmadan söz konusu ifa engelinin zuhur etmesi durumunda ise, Borçlar Kanunu madde 94 ve 95'teki akdin feshi ibaresinin akitten dönme olarak kabul edilmesi, her hangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Zaten, yapma borcu ifa edilemediği içindir ki, akdin feshi yoluna gidilmektedir.

İşte bu nedenlerle, bu maddelerde geçen akdin feshi ibaresinin, akitten dönme olarak nitelenmesi, kanaatimizce her durumda taraf menfaatlerine uygun olmayacaktır. Buradaki ibarenin olduğu gibi kabul edilmesi durumunda ise, bu tür sorunlarla karşılaşılmayacaktır. Çünkü fesih, akdi ileriye doğru sona erdirmektedir. Zaten, henüz ifa edilmemiş bir yapma borcunun söz konusu olduğu durumlarda fesih, dönme gibi sonuç doğuracaktır.

Öz'ün belirttiği gibi bu maddeler, uygulanacakları borç ilişkisindeki yapma edimi henüz ifa edilmeye başlanmamış veya âni edimli bir yapma borcu söz konusu ise dönme, icrasına başlanmış sürekli borç ilişkisi söz konusu ise fesih olarak uygulanmalıdırlar³⁶¹.

Fesih ve dönme haklarının, sözleşmeyi, tek taraflı irade beyanı ile ve karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın sona erdirmeye yarayan, *bozucu yenilik doğran hak* oldukları hususunun kabulünde ise tereddüt edilmemelidir³⁶².

2 - Başvurulabilecek durumlar:

Borçlar Kanunu madde 94-95'te, alacaklısı yüzünden borcunu ifa edemeyen borçluya, akdi feshetme imkânı da tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasının, yalnızca yapma borçları bakımından söz konusu olabileceği

³⁶⁰ Seliçi: age, s. 211

³⁶¹ Öz: agt (dönme), s. 32 dn. 45

³⁶² Seliçi: age, s. 115 ; Serozan: age, s. 45 vd. ; Öz: agt (dönme). s. 32; Koç: agt. s. 269

genellikle kabul edilmektedir³⁶³. Fakat, bu genel kabule karşı olan iki görüş daha ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki, "bu hakkın yapma borcu dışında verme borçları açısından da uygulanmasının uygun olacağını"³⁶⁴; diğeri ise, "bu imkânın tanınmasının hiç bir borç türü bakımından kesinlikle yerinde olmadığını" ifade etmektedir³⁶⁵.

Genel kabule karşı olan ilk görüş, sadece yapma borçları bakımından fesih imkânı veren bu düzenlemenin, muhakkak surette genişletilmesi ve alacaklısı yüzünden borcunu ifa edemeyen borçlunun genel bir dönme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini şu gerekçelerle açıklamaktadır:

"...Borçlunun ifasını ve böylelikle borcundan kurtulmasını direnişiyle engelleyen bir alacaklıya karşı, sadece yapma edimi borçlularının değil, fakat aynı zamanda verme edimi borçlularının da sözleşmeden dönme hakkına sahip sayılmaları, "karşılıklı çıkarları ve bağlılığı gözetme" ilkesinin bir isteridir. Hiç bir borçlu edimini mahkemelerde, ambarlarda, artırmalarda oradan oraya koşuşup, oyalanmak için borçlanmamıştır. Kendisini böylesine dolambaçlı, sıkıntılı yollara itmekle sözleşme ilişkisinin güven temelini çökerten, güveninin korunmasını ve çıkarlarının gözetilmesini hak etmişlikten çıkan bir alacaklıya karşı, borçlu, kestirme yoldan, masrafsız ve pratik dönme işlemiyle, sözleşme ilişkisini çözebilmeli, böylelikle borcundan da temelli kurtulabilmelidir³⁶⁶."

Yine bu görüşü savunan Serozan'a göre, "Borçluya dönme yenilik doğurucu hakkı eliyle yapma edimlerinde sağlanmış olan "bizzat ihkakı hak" ayrıcalığının, ona aynı zamanda verme edimlerinde de sağlanması, tutarlı bir hukuk mantığının buyruğudur. Gerçi yasa koyucu, yapma edimi borçlusuna sonradan bir dönme hakkı sunarken, bunu, onun edimini tevdi ve satış olanaklarından yoksun bulunuşu nedeniyle ve böylece bütün edim borçlularını dengeli bir biçimde eşitçe gözetip korumak düşüncesiyle

³⁶³ von Tuhr: age s. 548-549; Oğuzman: age, C. I, s. 242; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 701; Arsebük: age, s. 753-754; Feyzioğlu: age, C. II, s. 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp: age, s. 846

³⁶⁴ Serozan: age, s. 349 vd.

³⁶⁵ Liron: agt, s. 83-84

³⁶⁶ Serozan: age, s. 349

yapmıştır ama aslında bu yasa değişikliğinden önce, "yapma" edimi borçlusuna alayhine sırtan dengesizliği bu kere de verme borçluları aleyhine yaratmıştır...İmdi tevdi ve satış olanaklarından yoksun, yapma edimi borçlusuna biricik çare olarak sunulan dönme hakkının verme edimi borçlusuna da, hiç değilse, bir son çare olarak sunulması, edim borçluları arasında bozulan dengeyi ve yol açılan nisbî adaletsizliği de ortadan kaldırmış ve tutarlı, dengeli bir yaptırımlar cephanesi kurmuş olur³⁶⁷..."

Serozan, Borçlar Kanunu madde 95'te düzenlenen fesih hakkı için de aynı sonuca ulaşmakta ve alacaklının bir "risk sorumluluğu" olarak, borçlunun dönme işlemine katlanma zorunluluğunun, aynen temerrüt olgusunda olduğu gibi, yalnız yapma edimlerinde değil, fakat aynı zamanda verme edimlerinde de saklı tutulacağını ifade etmektedir³⁶⁸.

Bu düşüncenin tam aksini yani borçluya dönme hakkının hiç tanınmaması gereğini savunan fikir ise **Liron'a** aittir³⁶⁹. Ona göre sözleşmeden dönme hakkı yalnızca alacaklının sahip olabileceği bir haktır. Alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini anlarsa, karşı edim olan kendi borcunu ifadan vazgeçebilir. Böylece birleşen iki irade, karşı konulmaz şekilde borç ilişkisinin ortadan kalkmasına sebep olur. Çünkü, karşılıklı irade uyuşmasından doğan borç ilişkisi, irade uyuşmasına benzer bir rol oynayan karşılıklı anlaşmazlık nedeniyle, etkisini kaybeder³⁷⁰. Yazar, şu soruyu sorarak, borçluya akitten dönme hakkı tanınmış olması karşısındaki hayretini ifade etmektedir: "*Borçlu sıfatıyla hiç bir hakkın sahibi olmayan borçlunun, alacaklı gibi hareket edebilmesi nasıl kabul edilebilir?*"

Yine bu yazara göre, her türlü mantık bir yana bırakılsa dahi, borçluya akitten dönme yetkisinin verilmesi, ancak, alacaklının olumsuz tutumuna bağlı bir kabul temerrüdünün varlığı halinde anlaşılabilir. Böyle bir temerrüt

³⁶⁷ **Serozan**: age, s. 353-354

³⁶⁸ **Serozan**: age, s. 355

³⁶⁹ **Liron**: agt, s. 83

³⁷⁰ Yazarın bu düşüncesi, kanaatimizce, pek isabetli sayılamaz. Çünkü fesih beyanı yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle sonuçlarını doğurabilmesi için, karşı tarafın kabulüne lüzum yoktur. **Seliç**'nin de isabetle belittiği gibi, "...geçerli fesih beyanı bir icap olmadığından karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Muhatabın feshi kabullenmesi, bir sona erdirmeye sözleşmesi kurulmasına yol açan teknik anlamda kabul olarak görülemez. Kabullenme biçimindeki bir davranış muhatabın, beyan sahibinin hakkını kabul ettiğini, bu yüzden hukukî sonuca boyun eğdiğini gösterebilir. Bundan belki de feshin hukuka uygunluğuna karşı itiraz etmeyeceği anlamı çıkartılabilir." (age, s. 116)

ise, ancak, borçlunun ifa teklifinde bulunması ile ortaya çıkabilir. Borçlar Kanunu madde 95'te öngörülen durumlarda olduğu gibi, "*iki tarafın niyetinin birbirine uymaması*" borç ilişkisinin sona ermesine sebep olamaz³⁷¹.

Liron'a göre, Borçlar Kanunu madde 94'te borçluya akitten dönme imkânı tanınmasının temelinde, tevdi hatalı bir anlayışla yaklaşılmış olması yatmaktadır. Çünkü yazara göre, tevdi borçtan kurtarıcı bir etki tanınması doğru değildir³⁷².

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, ileri sürülmüş bulunan bu görüşleri şu şekilde değerlendirebiliriz:

Verme edimi borçlusuna, borcunu, alacaklısı yüzünden ifa edememesi durumunda tevdi ve satış hakkı verilmesinin nedeni, ona hukuki bir yardım sağlayarak; böylece güvenli bir şekilde borcundan kurtulmasını temin etmektir. Fakat yapma edimi borçlusunun, belirli bir sonucu temin etmek taahhüdünü tevdi etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda kanun koyucu, iki şekilde hareket edebilirdi:

-Borçludan, ifa engeli ortadan kalkıncaya kadar beklemesini isteyebilirdi,

-Veya bu sözleşme ilişkisinden kurtulması için ona bir imkân tanıyabilirdi.

İşte kanun koyucu, mantıksız olan birinci yolu tercih etmemek suretiyle, borçlunun borcuyla başbaşa kalmasını önlemiş; durumun niteliğine daha uygun olan ikinci yolu tercih ederek, borçluya akdi sona erdirme yetkisini vermiştir³⁷³.

Böylece borçlunun lüzumsuz yere borç ilişkisi ile bağlı kalmasının önüne geçilmiştir. Durum böyle olunca, ifa teklifi haklı bir sebep olmaksızın reddedilen borçlu ile, alacaklının şahsına ilişkin ifa engelleri yüzünden borcunu ifa edemeyen borçlu arasında, ayırım yapılması için bir sebep

³⁷¹ *Liron*: agt, s. 83

³⁷² *Liron*: agt, s. 77-78

³⁷³ *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 701; *Feyzioğlu*: age, C. II, s. 159; *Koç*: agt, s. 262

kalmaz³⁷⁴. Bunun içindir ki kanun koyucu, her iki durumdaki borçluya da akdi sona erdirmeye yetkisi tanımıştır.

Bu neticeye ulaşılnca, Liron'un borçluya akitten dönme hakkı tanınmasının yerinde olmadığı görüşünü nasıl kabul edilemez olarak görüyorsak, Serozan'ın bu hakkın yapma borçlusunu dışında verme edimi borçlusuna da tanınması yolundaki görüşüne de katılamıyoruz. Çünkü İsviçre Borçlar Kanununda 1911 yılında yapılan değişiklikle Borçlar Kanunu madde 94 hükmünün kabulünün³⁷⁵, pratik ihtiyaçlara cevap vermek düşüncesine dayandığı kabul edilmektedir³⁷⁶.

Bunun için **Koç**, Serozan'ın bu hükmün kabulü ile verme borçluları aleyhine bir dengesizlik doğduğu, bunun için onlara da akitten dönme hakkı verilmesi yolundaki düşüncesini, *"...borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkının, sırf pratik zorluklardan doğduğu unutulmamalıdır. Bunların koyduğu sınırlar aşılarak, söz konusu hakkın verme edimi borçlularını da kapsayacak şekilde genişletilmesi ne mümkün ne de zorunludur."* demek suretiyle eleştirmektedir³⁷⁷.

Bazan borçlunun istisnai de olsa verme edimleri bakımından da fesih hakkına sahip olabileceğine daha önce değinmiştik³⁷⁸. Bu istisnai durum ise, seçimlik bir borcun söz konusu olduğu borç ilişkilerinde, seçim hakkı alacaklıda olmasına rağmen, mevcut ifa engeli nedeniyle alacaklının, bu hakkını kullanamaması durumudur. Neyi tevdi edeceğini bilemediği bu istisnai halde borçluya, fesih hakkının tanınması gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁴ **Koç**: agt, s. 263

³⁷⁵ Bu değişiklikten önce, yapma edimi borçlusuna, alacaklısının mütemerrit olması durumunda başvurabileceği hemen hiç bir imkân tanınmamıştı. Çünkü mahiyeti gereği yapma ediminin tevdi mümkün değildir. Bu durumun, yapma edimi borçluları bakımından bir adaletsizlik doğuracağı ise açıktır. Bu nedendir ki İsviçre Borçlar Kanunu 30.3.1911'de değiştirilmiş ve alacaklısının temerrüt halinde bulunması nedeniyle borcunu ifa edemeyen yapma edimi borçlularına akdin feshi imkânı tanınmıştır.

³⁷⁶ **Saymen/Elbir**: age, C. II, s. 701; **Koç**: agt, s. 257 ve 263; **Oser/Schönenberger**: Art. 95 (TBK m. 94)

³⁷⁷ **Koç**: agt, s. 263

³⁷⁸ Bkz. s. 94 dn. 155'e ait metin

³⁷⁹ **Oğuzman**: age, C. I, s. 243; **von Tuhr**: age, s. 549; **Arsebük**: age, s. 754; **Eren**: age, C. III, s. 187

Yapmama borçları bakımından ise, akdin feshi imkânının söz konusu olmadığı genellikle kabul edilmektedir³⁸⁰. Çünkü borçlu, borcunu alacaklının yardım ve iştirakine lüzum bulunmaksızın, borcuna uygun şekilde ifa etme imkânına sahiptir.

3 - Fesih hakkının kullanılma tarzı:

Borçlar Kanunu madde 95'in, alacaklı temerrüdüne yapmış olduğu yollama nedeniyle fesih hakkı, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi kullanılacaktır. Alacaklı temerrüdünde fesih hakkını düzenleyen Borçlar Kanunu madde 94'e göre ise bu hak "...borçlunun temerrüdüne müteallik hükümlere tevfikan..." kullanılacaktır.

Borçlar Kanunu madde 94'ün borçlu temerrüdüne yapmış olduğu bu yollama nedeniyle, fesih hakkı, Borçlar Kanunu madde 106'da öngörüldüğü şekilde kullanılacaktır. Bu amaçla borçlu, alacaklıya edimi kabul etmesi için münasip bir mehil verecek veya bu süreyi hakime tayin ettirecektir. Ve sürenin sonunda derhal fesih beyanında bulunmak suretiyle akdi feshedecektir. Bu alacaklı temerrüdünde borçlunun fesih hakkını kullanabilmesi için izlemesi gereken yoldur.

Fakat inceleme konumuz bakımından, satışın alacaklıya ihtar edilmesinde olduğu gibi, alacaklıya mehil verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Daha doğrusu olamayacaktır. Çünkü borçlu, geçerli bir şekilde alacaklıya mehil verme imkânını bulsa, yani bu hususa ilişkin beyanını yöneltebileceği bir muhatap bulsa, zaten çalışma konumuzu teşkil eden türden bir ifa engeli söz konusu olmayacaktır. O durumda da alacaklı veya yetkili temsilcisi ifa teklifini kabul veya reddedecek; ve buna ilişkin sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Bu nedenle, Borçlar Kanunu madde 95'in öngördüğü türden bir ifa engeli nedeniyle borçlu, yapma borcunu ifa edemiyorsa, fesih hakkını kullanabilmek için mehil tayin etmesi lüzumu aranmamalıdır. Borçlar Kanunu madde 107/b.1 hükmünün inceleme konumuza kıyasen uygulanması durumunda da aynı neticeye ulaşılabacaktır. Çünkü bu maddede, mehil tayinine lüzum bulunmayan haller incelenmekte; ve "*Borçlunun hal ve vaziyetinden*

³⁸⁰ von Tuhr: age, s. 548 dn. 67; Eren: age, C. III, s. 187; Koç: agt, s. 266; Serozan: age, s. 348 dn. 96

bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa..." mehil tayinine lüzum bulunmadığı öngörülmektedir. Burada da borçlunun alacaklıya mehil vermesi lüzumunun aranması, boş yere zaman kaybından başka bir şeye yaramayacaktır. Alacaklı, mehil vermeye ilişkin bu irade beyanı hususundaki düşüncesini geçerli bir şekilde ortaya koyabilecek durumda olsa, zaten alacaklının şahsına ilişkin ifa engelinin varlığından söz edilemeyecektir.

Bu nedenlerle, alacaklının şahsından kaynaklanan bir sebeple borcunu ifa edemeyen yapma edimi borçlusunun, mehil tayinine lüzum kalmaksızın fesih hakkını kullanabilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Mehil tayinine lüzum bulunmadığını böylece tesbit ettikten sonra, inceleme konumuz bakımından halli gereken bir mesele daha vardır ki o da, akdin feshine ilişkin bu irade beyanının kime yöneltileceğidir!

Yukarıda belirttiğimiz gibi, akdin feshinin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir. Yenilik doğuran hakların ise, neticelerini doğurabilmeleri muhatabın kabul veya reddine bağlı değilse de, geçerli bir şekilde kullanılmış olarak kabul edilebilmeleri için, yöneltilmiş bir irade beyanının mevcudiyeti şarttır³⁸¹. Oysa burada, ifa engelinin niteliği gereği, borçlunun yapacak olduğu irade beyanını yöneltebileceği bir kimse yoktur. Durum böyle olunca da, borçlunun, kanun gereği sahip olduğu bu hakkını kullanamaması gibi bir sonuç doğmaktadır. Tabii bu durumda, borçluya akdin feshi imkânı tanınmış olmasının bir anlamı kalmamaktadır.

Saymen/Elbir, zannediyoruz ki bu neticeyi öngörerek, bu durumdaki borçlunun yapacağı en akıllıca şeyin, Medenî Kanun madde 376/b.1 gereğince alacaklıya bir kayyım tayin ettirerek, akdin feshine ilişkin irade beyanını, ona yöneltmesi olacağını ifade etmektedirler³⁸². Durumun niteliğine ve hakkın tanınmasındaki amaca uygun olan bu çözüm bize de makul gözükmemektedir.

4 - Fesih hakkının kullanılmasının hukukî sonucu:

Akdin feshi kavramı ve bu kavramın hukuki niteliğini incelerken belirttiğimiz üzere, fesih hakkını ve bu hakkın kullanılmasının ne gibi sonuçlara yol açacağını, yapma ediminin âni ifalı olup olmamasına göre bir

³⁸¹ *Oğuzman*: age (Temel kavramlar), s. 121

³⁸² *Saymen/Elbir*: age, C. II, s. 703

ayırım yaparak incelemek daha doğru olacaktır. Çünkü orada belirttiğimiz gibi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir yapma borcunun söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesini kabul etmek, bazı sakıncalı sonuçların doğumuna yol açabilecektir.

Evvela fesih hakkının geriye etkili olarak kullanılabileceği durumlarda, yani yapma borcu henüz ifa edilmeden ifa engelinin doğmuş olması ihtimalinin varlığı halinde bu hakkın kullanılmasının sonuçlarını inceleyelim: Fesih hakkının kullanılmasına ilişkin irade beyanı muhataba ulaşmakla borç ilişkisini sona erdirir. Bu hakkın kullanılması, etkisini akitten dönme gibi gösterdiği durumlarda, akdin, kurulduğu andan itibaren sona ermesine yol açar. Böylece taraflar, daha önce birbirlerinden almış oldukları şeyleri iade borcu altına girerler.

Yalnız bu durumda, tarafların daha önce birbirlerine verdikleri şeylerin, tabii bir şey verilmesi söz konusu ise, hangi esaslara göre iadesinin sağlanacağı ve bu hususa ilişkin talebin hangi zamanaşımı süresine tabi olacağı tartışmalıdır.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen bir fikre göre, bu hakkın kullanılması ile, ifa edilmiş edimlerin hukuki sebebini teşkil eden sözleşme ortadan kalkacağından, bunların, "*vücudu nihayet bulmuş bir sebebe dayanan sebepsiz iktisap davası*" ile iadesi temin edilecektir³⁸³. Dolayısıyla dava, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresine (BK m. 66) tabi olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay ise söz konusu iade davasının sebepsiz zenginleşme talebi olmadığını, aksine bunun, temelini akdin ihlalinde bulan ve kanun tarafından özel olarak tanınmış bir dava olduğunu kabul etmektedirler³⁸⁴. Bu davanın zamanaşımı süresinin ise, Borçlar Kanunu madde 125'e göre belirleneceğini ifade etmektedirler.

Bu husustaki diğer bir görüşe göre ise, akdin feshi, tarafların sözleşmeden doğan edim borçlarını ortadan kaldırır ve önceki halin iadesi borcunu doğurur. Bu borç, sözleşmeden doğan bir borç niteliğinde olduğu

³⁸³ Oğuzman: age, C. I, s. 327; von Tuhr: age, s. 431; Saymen/Elbir: age, C. II, s. 756; Rossel: age, s. 177; Seliçi: age, s. 208; Ulusan: agt, s. 76-77

³⁸⁴ JdT 1936 I 143 ve 145; Yarg. 3. HD. 6. 12. 1960, 7583/6505, (AD 1952, S. 5, s. 498)

için, ifa edilen edimlerin karşılıklı olarak aynı anda iadesini gerektirir³⁸⁵. Bu görüş çerçevesinde verilen şeylerin iadesini istemek yine aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifasını istemek olduğundan, zamanaşımı süresi de Borçlar Kanunu madde 125'e tabi olacaktır.

Şimdi ise, fesih hakkının kullanılmasının ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı durumlarda, yani konusu yapma borcu olan sürekli bir borç ilişkisi söz konusu olup da, bu borcun ifasına başlanmış, fakat ifanın devamı esnasında ifa engelinin ortaya çıkmış olması ihtimalinde bu hakkın kullanılmasının etkilerini inceleyelim: Böyle bir durumda fesih hakkının kullanılması ile sözleşmenin ileriye doğru sona erdirilmiş olduğunun kabulünün daha isabetli olacağını yukarıda belirtmiştik³⁸⁶. Böyle bir durumda ise, icra edilmiş edimlerin mevcudiyetini koruma menfaati önem kazandığından, fesih hakkının kullanılması sözleşmeyi ileriye yönelik olarak sona erdirecektir³⁸⁷. Fesih bütün borç ilişkisini hukuk sahasından silmez. Hukuki etki kendisini, borç ilişkisinden doğmakta olan edim borçlarının o andan itibaren doğmasına engel olmakta gösterir³⁸⁸. Bu durumda sürekli borç ilişkisi sona ermesine rağmen, âni edimli basit bir borcun devam etmesi mümkündür. Şöyle ki, eğer borçlu, ifa engelinin ortaya çıktığı zamana kadar ifa etmiş olduğu yapma ediminin karşılığını alamamış ise, alacaklının buna ilişkin borcu devam eder³⁸⁹.

Borçlunun, akdin feshi ile birlikte tazminat isteyebilip isteyemeyeceği meselesine gelince:

Alacaklı temerrüdünde yapma edimi borçlusunun akdi feshetmesi durumunda menfi zararlarının tazminini talep edebilip edemeyeceği hususu tartışmalıdır. Borçlar Kanunu 95'inci maddenin akdin feshini öngördüğü durumlarda, böyle bir tartışmanın yapılmasına lüzum kalmaksızın, borçlunun tazminat talebine yer olmadığı sonucuna varmak gerekir. Çünkü burada alacaklı, edimin ifasını iradesi dışında ortaya çıkan nedenlerle engellemektedir. Daha doğrusu engellemiş gözükmemektedir³⁹⁰.

³⁸⁵ *Seliçi*: age, s. 209; *Serozan*: age, s. 72 vd.

³⁸⁶ Bkz. s. 142 vd.

³⁸⁷ *Seliçi*: age, s. 213

³⁸⁸ *Seliçi*: age, s. 118

³⁸⁹ *Seliçi*: age, s. 119

³⁹⁰ *Serozan*: age, s. 355

IV -Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığının sonuçları

Yukarıda imkânsızlık kavramını ve hangi şartlar dahilinde gerçekleşen ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklanmış olarak kabul edilebileceğini görmüş bulunuyoruz³⁹¹. Şimdi ise, alacaklıya izafe edilebilecek bir sebepten kaynaklanan ifa imkânsızlığının borç ilişkisine etkisini inceleyeceğiz. Yalnız bundan önce, kusursuz ifa imkânsızlığını düzenleyen Borçlar Kanunu madde 117'yi kısaca hatırlatmanın yararlı olacağını düşünüyoruz.

Borçlar Kanunu madde 117'ye göre, edimin ifası borçluya izafe edilemeyen bir sebep dolayısıyla imkânsız hale gelmiş ise, borçlu borcundan kurtulur. Borcun sona ermesi bakımından tek tarafa borç yükleyen akitlerle iki tarafa borç yükleyen akitler arasında bir fark yoktur. Kusursuz ifa imkânsızlığı borcu sona erdirir. Çünkü, hiç kimsenin yerine getirilmesi mümkün olmayan bir şeyi ifa ile yükümlü tutulmasının bir anlamı yoktur³⁹². Kısacası, borçluya isnadı kabil bir sorumluluk sebebi bulunmamak kaydıyla, edimin ifası imkânsız hale gelirse, borçlunun borcu sona erecektir.

Borcun sona ermesi bakımından iki tarafa borç yükleyen akitlerle bir tarafa borç yükleyen akitler arasında bir fark yok ise de, tek tarafa borç yükleyen akitlerde edim hasarı alacaklıya ait iken, iki taraflı akitlerde bu hasar borçluya aittir. Çünkü Borçlar Kanunu madde 117/II'ye göre, bu şekilde borcundan kurtulan borçlu, daha önce karşı taraftan almış olduğu şeyleri ona iade etmeye mecbur olduğu gibi, kendisine henüz verilmemiş bulunan karşı edim alacağını da artık talep edemeyecektir. Yani ifası imkânsız hale gelen edimin borçlusu borcundan kurtulunca, bu edimin alacaklısı da kendi edimini ifa borcundan kurtulacaktır³⁹³. Bu hüküm, ifa imkânsızlığının alacaklıya izafe edilebilecek bir sebepten kaynaklanması ihtimalinde durumun ne olacağını ise düzenlememiştir. Bu hususun düzenlenmesi ihtiyacı ise ortadadır.

³⁹¹ Bkz.s. 27 vd.

³⁹² *Oğuzman*: age, C. I, s. 259

³⁹³ *Dural*: agt, s. 161

Borçlar Kanunu madde 117'nin iki tarafa borç yükleyen akitlerle ilgili olarak getirdiği hükümler, ifa imkânsızlığının alacaklıya izafe edilebildiği durumlar için bizi tatminkâr bir neticeye götürmekten uzak gözükmemektedir. Bu nedenle doktrin, kanunda gerçek olmayan bir boşluğun bulunduğunu kabul ile, bu boşluğun Medenî Kanun madde 1 gereğince hâkim tarafından doldurulacağını belirtmektedir³⁹⁴. Boşluğun doldurulmasında hâkimin izleyeceği en doğru yolun ise, Alman Hukukundaki çözümün bizim hukukumuzda da uygulanması olacağı yine doktrindeki yazarlar tarafından ifade edilmektedir³⁹⁵.

Şimdi bu çözüm ile, Borçlar Kanunu madde 117'yi bir arada değerlendirerek, konunun, yani ifa imkânsızlığı alacaklıya izafe edilebilecek bir sebepten ileri gelmiş ise durumun ne olacağının incelenmesine geçebiliriz.

A - Borçlunun borcundan kurtulması

İfanın imkânsız hale gelmesi, tek başına, borçlunun borcundan kurtulması için yeterlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hiç kimsenin yerine getirilmesi mümkün olmayan bir şeyi ifa ile yükümlü tutulmasının bir anlamı yoktur³⁹⁶. Bu neticenin meydana gelmesi bakımından iki tarafa borç yükleyen akitlerle tek tarafa borç yükleyen akitler arasında bir fark olmadığı gibi; ifa imkânsızlığının alacaklıya izafe edilebilmesi ile edilememesinin de bir önemi yoktur. Çünkü Borçlar Kanunu madde 117/I'e göre, borçlunun kusuru olmaksızın husule gelen ifa imkânsızlığı bocu sona erdirir.

Kural bu olmakla birlikte, eğer, edimin yerine kaim olan bir değer var ise, borç ilişkisinin istisnai olarak sona ermeyip, devam edeceği kabul

³⁹⁴ *Dural*: agt, s. 171

³⁹⁵ *Becker*: Art. 119 (TBK m. 117) N. 8; *Oser/Schönenberger*: Art. 119 (TBK m. 117) N. 24; *von Tuhr*: age, s. 603; *Oğuzman*: age, C. I, s. 244; *Dural*: agt, s. 170 vd. ; *Arsebük*: age, s. 806-807; *Eren*: age, C. III, s. 505; *Tunçomağ*: age, C. I, s. 794

³⁹⁶ Bu netice, ifa imkânsızlığının borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmesi bakımından tartışmasız ise de; borçlunun kusuru ile ortaya çıkan ifa imkânsızlığı bakımından tartışmalıdır. Hakim doktrine göre, kusurlu ifa imkânsızlığı borcu sona erdirmez; sadece borcun muhtevası değişikliğe uğrar, ifası imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alır. Bu tezin aksini savunan *Oğuzman*'a göre ise, ifa imkânsızlığının vukuunda, borçlunun kusuru ister bulunsun isterse bulunmasın, ifası imkânsızlaşan borç sukut eder. İki imkânsızlık arasındaki fark, borçlunun, kusurlu ifa imkânsızlığında alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olmasına karşılık, kusursuz imkânsızlıkta böyle bir tazmin mükellefiyetinin bulunmamasıdır. (age, C. I, s. 258 vd.)

edilmektedir³⁹⁷. Fransız Medenî Kanunu (m. 1303) ile Alman Medenî Kanunu (§281) tarafından kabul edilen bu prensip İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında sarahaten öngörülmemiştir; fakat doktrin, aynı esasın Borçlar Kanunu madde 117'nin amacına uygun olduğu gerekçesiyle, İsviçre ve Türk hukukunda da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir³⁹⁸. Çünkü bu düşünceye göre Borçlar Kanunu madde 117 borçluya, sadece, borcun devamı nedeniyle görmüş olduğu zarar nisbetinde borcundan kurtulma imkânı verir. Binaenaleyh kaim değerler, borçlunun malvarlığı içerisinde bulunduğu sürece, borcu devam eder³⁹⁹.

İfa imkânsızlığının, alacaklıya izafe edilebilecek bir sebepten kaynaklanması durumunda da aynı şekilde hareket etmek gerekir. Çünkü borçlunun durumu, ifa imkânsızlığının hem alacaklıya izafe edilebilecek bir sebepten kaynaklanması bakımından hem de kendisinin sorumlu olmadığı başka bir sebepten kaynaklanması bakımından farklı değildir. Her iki ihtimalde de o, borcun devamı nedeniyle görmüş olduğu zarar nisbetinde borcundan kurtulmuş olarak kabul edilecektir.

İfanın bu şekilde imkânsız hale gelmesi, borçlunun borcunu kanunen sona erdirir. Onun bu hususu alacaklıya karşı defi olarak ileri sürmesi gerekmez. Hatta bu husus, derdest davada hakim tarafından da re'sen nazara alınır⁴⁰⁰.

İfanın imkânsız hale gelmesi ile borç sona erdiği için, borcu temin eden kefalet ve rehinlerle sair fer'i haklar da, temin ettikleri borç ile birlikte kendiliklerinden sona ererler (BK m. 113/I).

B - Alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olması

Bir önceki başlık altında incelendiği üzere, tek tarafa borç yükleyen akitler bakımından, ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple ortaya çıkması ile alacaklıdan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması

³⁹⁷ *von Tuhr*: age, s. 600; *Oğuzman*: age, C. I, s. 352; *Dural*: agt. s. 126

³⁹⁸ *Akünel T. : Haksız fiilden doğan zararlarda denkleştirme sorunu, İstanbul 1984*, s. 34; *von Tuhr*: age, s. 600; *Oğuzman*: age, C. I, s. 352; *Dural*: agt. s. 126; *Oser/Schönenberger*: Art 119 (TBK m. 117) N. 14; *Arsebük*: age, s. 803

³⁹⁹ *Akünel*: age, s. 34; *von Tuhr*: age, s. 600; *Oğuzman*: age, C. I, s. 352; *Dural*: agt. s. 126; *Oser/Schönenberger*: Art 119 (TBK m. 117) N. 14; *Arsebük*: age, s. 803

⁴⁰⁰ *Dural*: agt, s. 126

arasında bir fark yoktur. Borçlu, ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında kendi kusuru bulunmamak koşuluyla, ifa imkasızlığına alacaklı da sebebiyet vermiş olsa, başka sebeplerden de kaynaklansa, o, ifa imkânsızlığının vukuu ile borcundan kurtulacaktır (BK m. 117/I).

İfa imkânsızlığında borçluya izafe edilebilecek bir sorumluluk sebebi bulunmamasına rağmen, bu durumun alacaklıdan kaynaklanması ihtimalinde de, tek tarafa borç yükleyen akitlerde borçlunun borcunun sona ereceğinde şüphe yoktur (BK m. 117/I).

İki tarafa borç yükleyen akitlerde de ifa imkânsızlığı bakımından borçlunun durumu aynıdır. Yani, ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında kendi kusuru bulunmamak kaydıyla, borçlunun edimin ifası imkânsız hale gelirse, onun borcu yine sona erecektir. Yalnız, iki tarafa borç yükleyen bir akitte bu şekilde borcundan kurtulan borçlu, daha önce karşı taraftan almış olduğu şeyleri iade etmeye mecbur olduğu gibi, kendisine henüz verilmemiş bulunan karşı edim alacağını da artık talep edemeyecektir (BK m. 117/IIc.1). Yani ifası imkânsız hale gelen edimin borçlusu borcundan kurtulunca, bu edimin alacaklısı da kendi edimini ifa borcundan kurtulacaktır⁴⁰¹. Daha değişik bir ifadeyle, iki tarafa borç yükleyen akitlerde hasar borçluya ait olmaktadır. Kendi borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu, bunun sonucu olarak karşı edimi talep hakkını da kaybedecektir⁴⁰². Bunun sebebi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimin ifasının karşı edimi elde etmek amacıyla gerçekleştirilmesidir.

Acaba, iki tarafa borç yükleyen akitlerde ifa imkânsızlığı alacaklıdan kaynaklanmış ise borçlunun karşı edim talebi bakımından durum nedir?

Yukarıda belirtildiği gibi borçlu, kendi borcunu ifa yükümlülüğünden imkânsızlık nedeniyle kurtulacaktır. Çünkü alacaklının tutumu onun sorumlu olmadığı bir durumdur. Borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa imkânsızlığı ise, onu borcundan kurtarır⁴⁰³ (BK m. 117/I).

İki tarafa borç yükleyen akitlerde sorun, borçlunun karşı edimi talep edebilip edemeyeceği noktasında çıkar. Mantıklı olarak düşünülünce, bu

⁴⁰¹ *Dural*: agt, s. 161

⁴⁰² *von Tuhr*: age, s. 602; *Dural*: agt, s. 161

⁴⁰³ *Dural*: agt, s. 169-170

soruya olumlu cevap vermek gerektiği sonucuna varılacaktır. Çünkü bu durum, Borçlar Kanunu madde 117'de düzenlenen durumdan farklıdır. Orada ifa imkânsızlığı, taraflardan hiç birinin sorumluluğunu gerektirmeyecek bir takım sebeplerden kaynaklanmaktadır. Yani Borçlar Kanunu madde 117/II'nin öngördüğü ifa imkânsızlığı, ne alacaklıdan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığıdır ve ne de borçludan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığı. Burada ise ifa imkânsızlığı taraflardan birisinden -ifası imkânsız hale gelen edimin alacaklısından- kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, ifası imkânsız hale gelen edime ait hasarın, o edimin borçlusuna yüklenmesi hakkaniyete aykırı olacaktır⁴⁰⁴. Bu sebeple, ifa imkânsızlığı ifası imkânsız hale gelen edimin alacaklısından kaynaklanıyorsa, iki tarafa borç yükleyen akitler bakımından, hasarın borçluya ait olduğu kuralından farklı bir çözüme ulaşmak gerekir⁴⁰⁵.

Bu hususu göz önünde bulunduran Alman Medenî Kanunu, özel bir hükümle (§324) bu meseleyi halletmiştir. Bu hükme göre, borçlu borcunu ifa mükellefiyetinden kurtulmakla beraber, karşı edimi talep hakkı da baki kalacaktır. Yani iki tarafa borç yükleyen akitlerde, edimlerden birisi, diğer tarafa atfedilebilecek bir sebep nedeniyle imkânsız hale gelirse, karşı edim hasarını da, imkânsızlığa sebebiyet veren taraf, yani bu edimin alacaklısı taşıyacaktır⁴⁰⁶.

İsviçre ve Türk hukuklarında ise, buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, bu husus ile ilgili olarak bazı münferit borç ilişkileri bakımından özel hükümler getirilmiştir. Meselâ, hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak, Borçlar Kanunu madde 325, işverenin temerrüdü halinde⁴⁰⁷, işçinin ücret isteyebileceğini öngörerek, karşı edim hasarını işverene yüklemiştir.

Benzer şekilde, eser sözleşmesi ile ilgili olarak da Borçlar Kanunu madde 368 ve 370, karşı edim hasarını alacaklıya yüklemiştir. Borçlar Kanunu madde 368, iş sahibinin kabul temerrüdünde olduğu bir dönemde, eser, kazara telef olmuş ise müteahhidin karşı edimi isteyebileceğini öngörmektedir. Yine bunun gibi, iş sahibinin kusuru bulunmasa dahi, kendi

⁴⁰⁴ *Dural*: agt, s. 170

⁴⁰⁵ *Dural*: agt, s. 170; *Oğuzman*: age, C. I, s. 244

⁴⁰⁶ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 23; *Dural*: agt, s. 170

⁴⁰⁷ Hizmet akdinde, iş sahibinin mütemerrit olduğu dönemdeki iş görme borcunun ifası artık imkânsız hale gelmiştir. (*von Tuhr*: age, s. 603 dn. 23)

sorumluluk sahasında gerçekleşen bir beklenmeyen hal sonucu işin yapılması imkânsız hale gelmiş ise, müteahhidin ücretini isteyebileceği Borçlar Kanunu madde 370/I'de öngörülmüştür.

Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri incelenirken belirtildiği üzere, bu özel hükümlerden hareket eden yazarlar, bir genellemeye gitmekte ve ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı hallerde, borçlunun borcunu ifa etmiş sayılacağına kabulü ile Alman Medenî Kanunu §324 hükmünü İsviçre ve Türk hukuklarında da uygulamak suretiyle borçlunun karşı edimi isteyebileceğini kabul etmektedirler⁴⁰⁸.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu madde 117'nin iki tarafa borç yükleyen akitlerle ilgili olarak getirdiği hükümler, alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı halleri bakımından bizi tatminkâr bir neticeye götürmekten uzak bulunmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak doktrinin, kanunda gerçek olmayan bir boşluk bulunduğunu kabul ile, bu boşluğun Alman Medenî Kanun §324 hükmünün uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği yolundaki görüşüne değinmiştik⁴⁰⁹.

Gerçekten de bu çözüm, hem Borçlar Kanununun ruhuna ve hem de adalete uygun bir çözümdür.

Böylece alacaklı, karşı edim hasarına katlanacağından kendi edimini ifa etmek zorunda olacaktır. Borçlunun ise, karşı edim talebi dışında ayrıca borcun ihlali nedeniyle tazminat talebi ileri sürmesi mümkün olamayacaktır. Çünkü alacaklının, borçlunun ediminin ifasını imkânsız hale getirmesi onun borcunun ihlali anlamına gelmeyecektir. Kaldıkı borçlu, kendi ediminin ifası alacaklısı yüzünden imkânsız hale gelmiş olsa bile, borç ilişkisine girmekle elde etmek istediği ifa menfaatini elde edebilecektir.

Bununla birlikte, ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığının söylenmesine yol açan sebep, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa ve borçlunun, ifa menfaatini elde etmiş olmasına rağmen, bu haksız fiil nedeniyle uğramış olduğu bir zararı var ise, haksız fiilden doğan tazminat isteme hakkı saklıdır⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Bkz. s. 152

⁴⁰⁹ Bkz. s. 27 ve s. 152

⁴¹⁰ *Dural*: agt, s. 173; *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 24

Ediminin ifası imkânsız hale gelen borçlu, kendi ediminin ifasının imkânsız hale gelmesi ile borcundan kurtulduğu ve buna bağlı olarak, borcunu temin eden kefalet, rehin ve diğer fer'i haklar sona erdiği halde, karşı edimi talep hakkını muhafaza ettiği için, bu alacağı temin eden kefalet ve rehinler alacağı temin etmeye devam edeceklerdir⁴¹¹.

Tabii bu arada alacaklının borçluya ifa etmekle yükümlü olduğu ediminin ifası, Borçlar Kanunu madde 117'de öngörüldüğü şekilde imkânsız hale gelirse, alacaklının karşı edim borcu da kusursuz ifa imkânsızlığı sebebiyle sona erecektir. Şu halde, ediminin ifası alacaklısından kaynaklanan bir sebeple imkânsız hale gelen borçlu, karşı edimi de elde edemeyecektir. Yani borçlunun, hem karşı edime ilişkin alacağı sona ermiştir hem de alacaklısından kaynaklanan bir sebeple ifası imkânsız hale geldiği için kendi borcundan kurtulmuştur.

Bu ihtimalde borçlu, hem kendi borcundan kurtulmuştur hem de onun karşı edime ilişkin alacağı sona ermiştir. Yani, ediminin ifası alacaklısından kaynaklanan bir sebeple imkânsız hale gelmiş olmasına rağmen borçlu, karşı edime ilişkin ifa menfaatini artık elde edemeyecektir. Buna rağmen borçlunun, akdin ihlali nedeniyle tazminat estemesi yine mümkün olamayacaktır. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, alacaklının, borçlunun ediminin ifasını imkânsız hale getirmesi, onun borcunun ihlali olarak değerlendirilemeyecektir⁴¹².

Bu durumda ise borçlunun, ediminin ifasının imkânsız hale gelmesine yol açan alacaklının hareketi haksız fiil teşkil ediyorsa, Borçlar Kanunu madde 41 vd. hükümleri çerçevesinde, alacaklıdan haksız fiil tazminatı talep etmekten başka çaresi kalmayacaktır⁴¹³.

⁴¹¹ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 24

⁴¹² Alacaklının, borçlunun ediminin ifasını imkânsız hale getirmesi, onun, aslî edim mükellefiyetine aykırılık teşkil etmiyorsa da, bu durum koruma mükellefiyetlerine aykırılık olarak nitelendirilebildiği ölçüde borçlu, alacaklıdan BK m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde akdî tazminat talebinde bulunabilecektir. Yalnız hemen belirtelim ki, koruma mükellefiyetlerine aykırılık durumunda akdî sorumluluğa ilişkin BK m. 96 vd. hükümlerinden mi yararlanılacağı, yoksa haksız fiil hükümlerine ilişkin BK m. 41 vd. hükümlerinden mi yararlanılacağı hususu tartışmalıdır. Koruma mükellefiyetlerinin ihlalinin de borca aykırılık olarak değerlendirileceği hususunda Bkz. : *Kocayusufpaşaoğlu*: age, s. 22 vd. ; *Larenz*: age, s. 14 vd. ; *Eren F.: Borçlar Hukuku genel hükümler, C. I, Gözden geçirilmiş dördüncü bası Ankara 1991*, s. 46 vd

⁴¹³ Haksız fiil sorumluluğu ile borca aykırılıktan sorumluluğun başlıca farkları ile ilgili olarak Bkz. : *Oğuzman*: age, C. I, s. 307

C - Karşı edimden indirilmesi gereken değerler (mahsup etme yükümü)

İfa imkânsızlığının alacaklıya izafe edilebildiği durumlarda, borçluya karşı edimi talep hakkının verilmesindeki amaç, onu sözleşmenin ifa edilmesi ile bulunacağı iktisadi duruma getirmektir. Bu nedenle de borçlu, eğer kendi borçunu ifa etmekten kurtulmuş olmakla bazı çıkarlar elde etmiş ise, bunları karşı edim alacağına mahsup etmekle yükümlü tutulmalıdır⁴¹⁴. Aksi takdirde, yani borçlu hem karşı edimi elde eder ve hem de ifa imkânsızlığı sonucunda elde etmiş olduğu değerleri muhafaza edecek olursa, sebepsiz zenginleşmiş olacaktır⁴¹⁵.

Bu mahsup işlemini borçlu kendiliğinden yapmalı ve karşı edime ilişkin talebini, alacaklıya öyle yöneltmelidir.

Alacaklı, bu mahsup etme imkânının bulunduğu habersiz olarak, bütün edimi ifa etmiş olsa dahi, mahsubu gereken şeyler, borç olmayan şeyin ifası sayıldığından, aradaki farkın sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesini istemeye hakkı vardır⁴¹⁶.

Borçlu öncelikle, ifadan kurtulmuş olması nedeniyle tasarruf etmiş olduğu meblağı talebine mahsup etmelidir. Bu kabilden olmak üzere ilk akla gelen şeyler, borçlunun edimin ifası için yapacak olduğu harcamalardır⁴¹⁷. Örneğin, nakil masrafları, işçilere ve taşeronlara ödenecek ücretler, makinaların aşınmasının önlenmesi nedeniyle ortaya çıkan amortisman payı vb. Eğer alacaklının karşı edimi taksitler halinde ifa edilecek idiyse, her taksitte sadece o kısmın ifası için tasarruf edilen harcamalar düşülür.

Ayrıca borçlu, ifa etmeme nedeniyle mal elinde kaldığı için elde etmiş olduğu, fakat normal koşullarda elde edemeyecek olduğu menfaatleri de karşı edim talebinden düşecektir⁴¹⁸. Meselâ, alacaklıya verilecek koyunun, alacaklı yüzünden ölmesi üzerine derisinin satılmasıyla elde edilmiş olan bedel gibi.

⁴¹⁴ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 25; *Dural*: agt. s. 173

⁴¹⁵ *Dural*: agt. s. 173

⁴¹⁶ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 25; *Dural*: agt. s. 174

⁴¹⁷ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 27

⁴¹⁸ *Emmerich, Münchener Kommentar*: §324 N. 28

Yine borçlu, borcunu ifa etmemiş olması nedeniyle elde ettiği şeyleri de karşı edim talebine mahsup etmek zorundadır. Meselâ sinema seyircisinin sinemaya gelmemesi üzerine, o yerin başkasına satılmış olması nedeniyle elde edilen gelir gibi.

Son olarak borçlu, borcunu ifa etmekten kurtulmuş olması nedeniyle elde etme imkânının bulunduğu bir kazancı, kötüniyetle elde etmemiş ise, bunu da karşı edim talebinden düşmek zorundadır. Bunun mümkün olabilmesi için borçlunun, ifa yükümünden kurtulmuş olmasından dolayı bir kazanç elde etme imkânının bulunması, bu kazancı elde etmesinin ondan beklenebilecek olması ve hepsinden önemlisi borçlunun, bu kazancı elde etmemesinin alacaklı açısından zararlı sonuçlar doğuracağını öngörmesine rağmen kasden hareketsiz kalmış olması, yani borçlunun hareketsiz kalma imkânını kötüye kullanmış olması gerekir⁴¹⁹. Sinema seyircisinin sinemaya gelmemesi örneğini ele alacak olursak, sinema sahibi, seyircinin sinemaya gelmemesi üzerine, ikinci perdede, gelmeyen seyircinin yerini almak isteyen birisi olmasına rağmen, ücretini nasılsa gelmeyen seyirciden alacağı düşüncesiyle, o yerin biletini satmaması durumunda, ikinci şahıstan alacağı bilet bedelini karşı edim talebinden düşmek zorunda kalacaktır.

Görüldüğü üzere karşı edimden mahsup edilecek şeyler, borçlunun fiilen elde ettiği şeylerdir. Yoksa, borçlunun bir kazanç sağlayabileceği ihtimali mahsubun yapılması için yeterli değildir. Son durumda ise, kötüniyetin himaye edilmemesi düşüncesi ile elde edilmemiş şeyler, elde edilmiş gibi değerlendirilmektedir⁴²⁰.

Bu arada mahsubu gereken bir şey de, imkânsız hale gelen edimin yerine geçen kaim değerlerdir. Bu da, borçlunun alacaklı yüzünden gerçekleşen ifa imkânsızlığı ile sebepsiz zenginleşmesine engel olma düşüncesinin bir uygulamasıdır⁴²¹.

⁴¹⁹ *Emmerich, Münchener Kommentar: §324 N. 29; Dural: agt. s. 174*

⁴²⁰ *Dural: agt. s. 174*

⁴²¹ *Dural: agt. s. 174*

SONUÇ

Bu çalışmada tesbit ettiğimiz önemli hususları ve önemli saydığımız bu hususlarla ilgili olarak ulaşılmış olduğumuz neticeleri şöylece sıralayabiliriz:

i - Tesbit ettiğimiz ilk önemli nokta, götürülecek borçlarda, alacaklının, borcun doğumundan sonra ikametgâhını değiştirmiş olması nedeniyle, ifanın ehemmiyetli surette güçleşmiş olması durumunda, borçlunun, alacaklının eski ikametgâhının bulunduğu yerde, Borçlar Kanunu madde 95 hükmünden kıyasen yararlanmak suretiyle, edimin niteliğine göre, tevdi, malın satılması yoluyla elde edilecek satış bedelinin tevdi veya akdin feshi imkânlarından birisini kullanarak ifa yükümlülüğünü yerine getirebileceği; ehemmiyetli güçlük mevcut değil ise, onun, ancak yeni ikametgâhta yapacağı ifa ile borcundan kurtulabileceğine ilişkindir. Alacaklı da borçlunun yeni ikametgâhta ifayı gerçekleştirmek için yapacağı masrafları vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde ödemekle yükümlü olacaktır.

ii - Alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı durumlarının nelerden ibaret olduğunun belirlenmesi ile ilgili olarak savunulan görüşler, ortaya belirleyici kriterler koymaktan uzak bulunmaktadır. Fakat alacaklıdan kaynaklanan ifa imkânsızlığı hallerinin nelerden ibaret olduğunun belirlenmesinde alacaklının ifaya katılma yükümü bize yardımcı olabilecektir. Alacaklı, borç ilişkisine girdikten sonra, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve işin niteliği icabı, borçlunun borcunu ifa etmesine engel teşkil edebilecek davranışlar içerisine girmemek hususunda özen göstermekle yükümlü olacaktır. İşte alacaklının bu yükümüne aykırılık teşkil edebilecek davranışlar içerisine girmesi nedeniyle borçlunun borcunun ifası imkânsız hale gelmiş ise, bu ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı söylenecektir. Yine bunun gibi, borçlunun borcunun ifasının, alacaklının, temel veya yan edim mükellefiyetlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle imkânsız hale gelmesi durumunda da alacaklıdan kaynaklanan bir ifa imkânsızlığının mevcut olduğu söylenecektir.

iii - Borçlunun Borçlar Kanunu madde 95'te kendisine tanınmış bulunan imkânlarla kullanabilmesi için, ilk bakışta alacaklının kim olduğunun tesbit edilememesi yeterli değildir. Borçlu, halin gerektirdiği özeni göstererek, anlayışlı bir âkit gibi davranmalı, buna rağmen alacaklı yüzünden ortaya çıkan ifa engellerini aşamamış olmalı ve artık borçludan, bir kez daha ödemede bulunma riskini yüklenerek, ifada bulunması beklenememelidir. Her somut olay, bu çerçeveye içerisinde müstakil olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Yine değerlendirme yapılırken, hâkimin meseleye bakışı ölçü olarak alınmamalıdır. Bu durumda ölçü, "*olayda bir karar vermeye zorlanmış bulunan borçlunun durumu*" olmalı ve tereddütlü durumlar bu çerçeveye içerisinde değerlendirme yapılarak sonuca bağlanmalıdır.

iv - Alacaklı temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer hallerde de, ifa engelinin ortaya çıktığı andan itibaren borçlunun akdî sorumluluğunun hafiflediğinin kabulü gerekir. Yine, bu durumun vukuundan itibaren edimin muhafaza ve bakımı için borçlu tarafından yapılacak masrafların alacaklı tarafından karşılanması gerekecektir.

v - Alacaklı yüzünden borcun ifa olarak arz edilemediği diğer hallerde borçluya tanınmış bulunan hakkın kullanılması suretiyle yapılan tevdi sözleşmesi, her şeyden önce tarafların (tevdi eden ve yeddiemin), karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir vedia sözleşmesidir. Ve bu sözleşme, tevdi konusu şeyin, tevdi olunan şahıs tarafından emin bir yerde muhafazası amacına yönelmiştir. Yalnız bu vedia akdi, alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi nedeniyle, borçlunun borcunu sona erdirmek amacıyla yapıldığından, bu sonucun doğabilmesi için, alacaklının tevdi olunan şeyi yeddieminden talep etmesine imkân verecek tarzda kurulması da gerekir. Bunun yolu ise, vedia akdinin tam üçüncü şahıs yararına bir sözleşme şeklinde (BK m. 111) yapılmasıdır. Bu çerçevede tevdi sözleşmesi, "*üçüncü şahıs yararına yapılan bir vedia sözleşmesidir.*"

vi - Tevdiin icrasından itibaren borçlu borcundan kurtulduğu gibi, tevdi ister rücu edilebilir olsun, isterse olmasın, tevdi masraflarından ve hasardan artık alacaklı sorumludur. Ancak, borçlunun tevdi sözleşmesinden rücu etmesi halinde, tevdi masraflarına ve bu andan itibaren husule gelecek hasara borçlu katlanacaktır.

vii - Verilecek şeyin tevdi müsait olmaması durumunda ise, mal satılarak satış bedeli tevdi edilecektir. Bu durumda ifanın yerini tutan satışın yapılması değil, satış sonunda elde edilen bedelin tevdi edilmesidir.

viii - Yapma borçları açısından başvurulabilecek yol ise akdin feshidir. Bu yol, pratik ihtiyaçları karşılamak için getirilmiştir. Çünkü bir fiilin tevdi söz konusu olamazdı. Akdin feshinin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir. Yenilik doğuran hakların ise, geçerli bir şekilde kullanılmış olarak kabul edilebilmeleri için, yöneltilmiş bir irade beyanının mevcudiyeti şarttır. Çalışma konumuzun niteliği gereği borçlunun, karşısında bu husustaki irade beyanını yöneltebileceği bir şahıs bulması ise mümkün değildir. Borçlunun, kanun gereği sahip olduğu bu hakkını kullanamaması gibi bir sonuç doğmaması için, Medeni Kanun madde 376/b.1 hükmü gereğince alacaklıya bir kayyım tayin ettirerek fesih beyanını ona yöneltmesi yolundaki öneri bizce de kabule şayandır.

ix - Borç, alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple ifa edilemez hale gelmiş ise borçlu borcundan kurtulacak ve iki tarafa borç yükleyen akitlerde alacaklı, kendi edimini ifa etmek zorunda kalacaktır. Yalnız borçlu, borcunu ifadan kurtulmuş olması nedeniyle tasarruf ettiği harcamaları, ifa talebine mahsup etmek zorundadır.

Y.O. YATSEKÇİPETA KURULU
DOKÜMANİTASYON MERKEZİ