

AKİTTEN DOĞAN YAPMAMA BORÇLARI

Asistan Dr. Mustafa DURAL

I — GİRİŞ

1 — Genel olarak

Bir borç ilişkisinin konusu, alacaklının isteyebileceği, borçlunun ise yerine getirmek zorunda olduğu edimdir (1). Bu edim (aktin konusu), BK mad. 19 ve 20 nin sınırları içinde, taraflarca serbest olarak tesbit edilebilir.

Edimler, Roma Hukukundan gelen bir ayırma göre, verme, yapma ve yapmama olmak üzere üçe ayrılır (2). Biz, bu ayırımın içinden sadece konusu yapmama olan borç ilişkilerini inceleyeceğiz.

2 — Yapmama borcu kavramı

Konusu yapmama olan bir borç ilişkisinde, borçlunun borcu bir şeyi yapmamaya yönelmiştir. Örneğin borçlunun rekabette bulunmayı (BK. 348), bir açık arttırmada pey sürmemeyi (pactum de non

1) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1925, I s. 41. Krş., BGB, § 241

2) Bu şekildeki bir ayırma Borçlar Hukukunda rastlanmamakla beraber, bazı maddelerin lafzından, Türk Hukukunda da bu ayırma uyulduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, krş., BK., 70, 71, 83, 97, 313, 348, 355, İİK. 30, 433. BGE § 242 c. 2 ise, «Edim bir yapmamadan ibaret de olabilir.» demek suretiyle, bu ayırımı kısmen ifade etmiş olmaktadır.

licitando) veya komşusunu rahatsız etmemek için, belirli saatlerde piyano çalmamayı taahhüt etmesi gibi (3)...

Yukarıdaki örneklerden anlaşılacağı gibi, borçlunun bir yapmama borcunun doğabilmesi için, onun, yapmamayı taahhüt ettiği şeyi, genel kurallara göre yapma yetkisinin olması gerekir. Daha iyi bir deyişle, borçlu, ancak genel olarak yapma yetkisinin bulunduğu bir şeyi yapmamayı taahhüt ederse borç doğar; yoksa, zaten yapılması gereken bir şeyin taahhüt edilmesi ile, alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi doğmaz (4). Örneğin, bir kimsenin, mülkiyete tecavüz etmemeyi veya bir kimseyi öldürmemeyi taahhüt etmesi, bunları zaten yapmamak zorunda olduğu için, bir borç ilişkisi doğurmaz ve keza bunun için verilmesi taahhüt edilen karşı edim de borçlanılmış olmaz (5). Karşı edimin ödenmiş olması halinde ise, eğer şartları var ise, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenir.

Son olarak ekleyelim ki, yapmama borcu, borçlunun bir şeyi yapmasını sınırlar, yoksa bir şeyi yapabilmesi kudretini değil. Borçlu yapmamayı taahhüt ettiği bir şeyi yaparsa, bu geçerli olur (örneğin, bir açık arttırmada pey sürmemeyi taahhüt etmesine rağmen, borçlu, arttırmaya girecek ve şeyin mülkiyetini kazanacak olursa, bu geçerli olur). Ancak, borçlu, bu halde borcunu ihlal etmiş olduğu için, alacaklıya tazminat ödemek zorunda kalır (6).

3) v. Tuhr'un (s. 42) «Bütün bu menfi edimler, iktisadi hareket serbestisinin sınırlanması sonucunu doğurur» diyen cümlesini, sadece aynı yerde verilen örneklerle has olarak anlamak gerekir. Zira, piyano çalmama örneğinde olduğu gibi, borcun konusunun bir iktisadi sınırlama doğurması zorunlu değildir. Zaten bütün borç ilişkilerinde borçlanma için aranan, para ile ölçülebilen bir çıkarın bulunması değil de, genel olarak korunmaya lâyık bir menfaatin bulunmasıdır (krş., Schwarz, Borçlar Hukuku dersleri, I. cilt, Davran çevirisi, İstanbul 1948, s. 47; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, München 1968, s. 5

4) Tunçomağ, Borçlar Hukuku, cilt 1, genel hükümler, 4. basım, İstanbul 1969, s. 43; v. Tuhr, s. 41-42; Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, II, Schuldverhältnisse, Teil Ia, 11 Auflage, Berlin 1967, § 241, Bem. 36; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1964, s. 7; Esser, Schuldrecht, Band I, allgemeiner Teil, 3. völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1968, s. 22.

5) v. Tuhr, ZHR, 87, 475.

6) v. Tuhr, s. 42; Tunçomağ, s. 43; krş. BK. 351.

II — YAPMAMA BORÇLARININ NEV'İLERİ

1 — Mahiyetlerine göre ayırım

a. Aktin ana edimi olarak yapmama borçları (veya bağımsız yapmama borçları).

Burada akit doğrudan doğruya bir yapmamaya yönelmiştir; aktin konusu, borçlunun bir şeyi yapmamasından ibarettir (BK. 97). Örneğin, BK. 348 deki, işveren ile işçi arasında yapılan rekabet yasası olduğu gibi, aktin ana konusu bir yapmamadır (7).

Yapmama borcunun bünyesinin özelliğinden doğan gerekli saptamalar dışında, bu edimlere, müsbet edimler için konulmuş hükümler genel olarak uygulanır (8).

Yukarıda belirttiğimiz gibi, akit serbestisini sınırlayan BK. 19 ve 20 (9) yapmama borçlarına da uygulanacaktır. Buna göre, borç, ahlâk âdâp ve emredici hukuk kurallarına aykırı ise, geçersiz olacaktır (10). Örneğin bir ticarî işletmesini devreden tâcir, devralan ile, söz konusu ticarî işletmenin bulunduğu yerde rekabette bulunmayacağını anlaşma ile taahhüt edebilir; fakat devirden sonra, hiç bir faaliyette bulunmayacağına dair yapılacak bir akit, geçersiz olur (11).

b. Aktin ikinci derecedeki edimleri olarak yapmama borçları

Konusu müsbet bir edim olan borç ilişkisi yakından incelendiği zaman, borçlunun borcunun, sadece belirli bir şeyi yapma veya ver-

7) Naef, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Aarau, 1919, s. 41; Staudinger, § 241, Bem. 17; Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Verhältnissen nach geltendem Recht, Jh. Jb. 64, s. 169; Hedemann, Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, dritte, umgearbeitete Auflage, Berlin, 1949, s. 116; Ksoll, Schuldverhältnisse, allgemeiner Teil, Band. 2, 5. umgearbeitete Auflage, Düsseldorf, s. 61.

8) Ulrich, s. 170; RG 70, 440

9) Krs. BGB, § 134 ve 138.

10) Ulrich, s. 170; Titze, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, vierte, erweiterte Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1948, s. 16; Naef, s. 47. Yazara göre, kendi kendini bağlamanın serbest bir şahsiyet olma şerefi ile bağdaşmadığı hallerde hukuka aykırılık vardır.

11) Titze, s. 16

me olmayıp, aynı zamanda, edimi imkânsız hale getirecek her şeyi yapmama da olduğu görülür. İşte, borçlunun, aktin ana ediminin akte uygun olarak ifas'ını imkânsız hale getirecek hususlardan kaçınması yükümü, bir yapmama borcu olarak, aktin ikinci derecedeki edimlerini meydana getirir (12). Diğer bir deyişle, temeli MK 2'deki (13), borcun yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uyma gereğinden doğan bu borçlar, sadece borcu imkânsız hale getirecek hususlardan korunmayı değil, aynı zamanda akit ile elde edilmek istenen gayeyi olumsuz şekilde etkileyecek her hususu da yapmamayı belirtir. Yani borçlunun bir borcu da, edimi dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde tehlikeye sokmamaktır (14). Bunun sonucu olarak da, ikinci derecedeki yapmama borçları, aktin müsbet ihlâlinin kapsamı içine girerler.

Örneğin, bir kitabı ariyet olarak alan kimse, sadece kitabın geri verilmesini imkânsız hale getirecek hususlardan değil, aynı zamanda, kitabın sağlam bir şekilde geri verilmesine engel olacak her husustan da kaçınmak zorundadır.

Burada, aktin ikinci derecedeki noktalarından biri olan yapmama borçlarının, aktin ana konusu olan yapma borcunun bir olumsuz ifade mi, yoksa ondan ayrı mı oldukları sorusu ortaya çıkar.

Bazı yazarlara göre, bu şekildeki yapmama borçları müspet ana edimin olumsuz bir ifadesidir (15). Zira bunlara göre, yapılmaması gereken hususlar olarak belirtilen şeyler, yapılması gereken hususların ters ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Örneğin, ariyet olarak alınan kitabın hasara uğratılmaması borcu, kitabın sağlam olarak verilmesi gerektiğinin olumsuz bir ifadesidir.

12) Ulrich, s. 171, 172; Staudinger, § 241, Bem. 56; Esser, s. 27; Tunçomağ, s. 44; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 27. neubearbeitete Auflage, München 1968, § 241, Bem. 4.

13) Krş. § 242; Naef, s. 55.

14) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906, s. 10. Lehmann, bu ikinci derecedeki yapmama borçlarına «menfi yapmama borçları» (negative Unterlassungspflicht) demektedir. Krş. Staudinger, § 241, Bem. 56.

15) Bkz. Ulrich, s. 174 ve orada anılan yazarlar; Enneccerus-Lehmann, s. 17; v. Büren, s. 8.

Buna karşılık, Ulrich'in de (16) katıldığı Lehmann (17), edimin derhal mi yoksa ileride mi yerine getirilmesi gerektiğine göre bir ayırım yapar.

Eğer edim derhal yerine getirilecekse, o zaman edimi ifa ile, ifaya engel hususları yapmama aynı şeydir. Bir şeyi yapma borcu, bunun yerine getirilmesi anında aksine bir harekette bulunmamayı da kapsar.

Buna karşılık, eğer borcun ifası bir vadeye bağlanmış ise, o zaman borçlu, gelecekte belirli bir şeyi yapma veya verme borcu altına girer. Ancak, aynı zamanda, bu vadeye kadar da, ifaya engel olacak belirli şeyleri de yapmama borcu altına girer. Ne var ki, sebep aynı olmakla beraber borçlanılan hususlar farklıdır.

c. Olumlu bir edimle birleşmiş yapmama borçları (Birleşik yapmama borçları)

Bu hallerde, borç ilişkisinin ana konusu olan müsbet edim yanında, bundan bağımsız olan borç ilişkisinin gayesine aykırı olacak belirli şeyleri yapmama borçları söz konusudur. Bu yapmama borçları, ana edimin yanında, ya onunla aynı derecede (hatta bazan ondan daha kuvvetli olarak) (19) veya açık belirtilen bir yan edim şeklinde bulunurlar (20).

Aktin ikinci derecedeki noktaları olan, (b) şıkında incelenen olumlu edimle birlikte ayrıca bir anlaşmaya lüzum kalmaksızın, yüklenilen yapmama borçları ile, olumlu edimle birlikte söz konusu olan yapmama borçları arasındaki fark kendisini iki noktada gösterir :

(16) Ulrich, s. 174; Krş., Palandt, § 241, Bem. 4b.

17) Lehmann, s. 168.

18) Örneğin, satıcının borcunun bir vadeye bağlandığı alım-satım aktinde, satıcı, bir tek akit ile iki ayrı borç altına girer: 1 — İleride, satılan şeyin mülkiyetin devir ve 2 — Bu borcun vadesi gelinceye kadar, mülkiyeti, akte uygun surette devretmeye engel olacak her hususu yapmama. Görüldüğü gibi borçlu, bir tek sebebe dayanan iki ayrı borç altına girmektedir.

19) Staudinger, § 241, Bem. 55.

20) Lehmann, s. 6; Staudinger, § 241, Bem. 55; Ulrich, s. 171, 186.

1) İkinci derecede olan yapmama borçları, bağımsız bir talep hakkı doğurmadıkları için, bunların yerine getirilmesi ayrı bir dâva konusu olamaz; buna karşılık birleşik yapmama borçları, bağımsız bir karakterde oldukları için, ayrı dâva edilebilirler (21).

2) İkinci derecedeki yapmama borçları ana konu olan müsbet edime tâbi iken, diğerleri müsbet edimle eşit değerdedirler (22).

Bu şekildeki yapmama borçları ya akitten doğarlar (örneğin, ticarî işletmesini devreden kimse, ayrıca rekabette bulunmamayı da taahhüt eder) veya kanundan doğarlar (örneğin, BK. 390, 300, 278). Ancak, kanundan doğan birleşik bir yapmama borcunun söz konusu olabilmesi için, kanunda buna yönelmiş olumsuz bir normun bulunması ve bu normun da, müsbet edimin ters bir ifadesi veya olumsuz bir ifadesi olmaması gerekir (23).

d. Katlanma borçları

Katlanma borcu, borçlunun genel kurallara göre itiraz etmeye veya karşı koymaya yetkili bulunduğu, alacaklının bir hareketini kabullenmesidir (24). Bu tür borçlar, doktrinde, borçlu, itiraz etme veya karşı koyma hakkını kullanmadığı için, yapmama borcunun bir türü olarak kabul edilmektedirler (25); zira, katlanma borcunda da, yapmama borcunda olduğu gibi, borçlunun borcu, hareketsiz kalmadır. Aradaki fark sadece, yapmama borçlarında borçlu, kendi hukuk sahasında hareketsiz kalırken, katlanma borçlarında, bir başkasının kendi hukuk sahasına yaptığı müdahalelere karşı hareketsiz kalmasıdır (26).

21) **Enneccerus-Lehmann**, s. 17; **Esser**, s. 27; Krş. aşağıda, V.

22) **Ulrich**, s. 172; **Staudinger**, § 241, Bem. 55. Esasında, bünyeleri itibarıyla ikinci derecede borç olmaları gereken bu kanundan doğan borçlar, bağımsız olarak dâva edilme imkânları olduğu için, bağımsız bir borç sayılmaktadırlar.

23) **Ulrich**, s. 189-190.

24) **Tunçomağ**, s. 44; **Blomeyer**, s. 81.

25) **Palandt**, § 241, Bem. 4; **Lehmann**, s. 6; **Soergel-Siebert**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht, 1, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, § 241, Bem. 8; **Enneccerus-Lehmann**, s. 16; **Naef**, s. 12; **RGR-Komm**, § 241, Bem. 2; **Tunçomağ**, s. 44; v. **Tuhr**, s. 43; **Becker**, Art. 98, N. 13.

26) **Staudinger**, § 241, Bem. 62; **Ulrich**, s. 167.

2 — Devamlarına göre ayırım

a. Bir defalık yapmama borçları

Burada borçlu, bir defaya mahsus olmak üzere bir şeyi yapmayı taahhüt eder. Örneğin, bir dernek genel kurulu toplantısında, o toplantıda görüşülecek bir meselede oy kullanmamayı taahhüt etme.

b. Devamlı yapmama borçları

Bu halde bir şeyi yapmama borcu, bir defaya mahsus olmayıp, devamlıdır. Örneğin, bir piyanistin, komşusu olan bir profesörü rahatsız etmemek için, her gün iki saat piyano çalmamayı borçlanmasında olduğu gibi. Yani, bu hallerde, edimin zamanı içinde devamlılığı söz konusudur (27).

Devamlı yapmama borçlarında — genel olarak bütün devamlı borç ilişkilerinde olduğu gibi—, zaman iki şeyi ifade edebilir. Zaman, ya edimin başlama ve bitme anlarını gösterir (örneğin günde iki saat piyano çalmama) veya zaman, edimin esaslı bir unsuru olmuştur (örneğin, her gün saat 4 ile 6 arasında piyano çalmama). Bu hallerden hangisinin söz konusu olduğu tarafların iradesine bağlıdır: genel olarak, birinci durumun varlığı kabul edilir (28).

Devamlı yapmama borçlarında borçlu, ifanın tam olabilmesi için, bütün zaman içinde pasif bir durumda bulunmak zorundadır (29).

27) Gierke'ye göre (Dauernde Schuldverhaeltnisse, Jh. Jb., 64, s. 359), sınırlı veya sınırsız bir zaman içinde devamlı borçlanıldıkları için, kural olarak, yapmama borçları devamlı borçlardır. Ancak, devamlı borç ilişkilerinde esas olanın, edimin zaman içinde devamlılık göstermesi olduğu düşünülürse, bu fikre katılmak mümkün olmaz. Zira, yukarıda, genel kurul toplantısında, belirli bir olay için rey vermeme veya açık arttırmaya katılmama örneklerinde olduğu gibi, yapmama borçlarının pek çoğu devamlılık göstermez. Bu yüzden, yapmama borçlarında, devamlı borç ilişkisi olmayı kural, buna karşılık, bir defalık olmayı istisna kabul etmek doğru olmaz. Her iki borç türü de eşit ölçüde söz konusu olurlar.

28) Ulrich, s. 204; Lehmann, s. 60.

29) RGR-Komm, § 241, Bem. 1; Staudinger, § 241, Bem. 42; Ulrich, s. 204; Kısmi imkânsızlık için, bkz. aşağıda IV.

III — YAPMAMA BORÇLARININ İFASINDA BORÇLUNUN ANIMUS SOLVENDİ HAREKET ETMESİ GEREKLİ MİDİR?

Müsbet edimli bir borç ilişkisinin ifa ile sona erebilmesi için, borçlunun, animus solvendi, yâni söz konusu olan fiili borcunu ifa iradesi ile yapması gerekir. Bir causa solvendi'ye dayanmayan verme veya yapma, borcun ifa edilmiş sayılmasına imkân vermez.

Müsbet borçların ifa edilmesinde aranan bu şart, acaba, yapmama borçlarının da ifasında aranacak mıdır? Diğer bir deyişle, yapmama borçlarında da borçlunun, animus solvendi hareketsiz kalması gerekli midir, yoksa onun, ifa edilmesi gereken bir borcunun bulunduğunu düşünmeksizin bir hareketi yapmaması yeterli midir? Bu sorunun cevabı, doktrinde oybirliğiyle ikinci şekildedir. Yâni yapmama borcunun ifa edilmiş sayılması için, animus solvendi hareketsiz kalma gerekli değildir (30). Zira, alacaklı için önemli olan, istemediği hususun yapılmamasıdır. Aynı şekilde borçlu için de, borçtan kurtulması söz konusu olduğu müddetçe, hareketsiz kalmanın (yâni yapmamın) bilerek veya bilmeyerek olmasının hiç bir önemi yoktur. Borçlunun yapmaması, solvendi causa olsun veya olmasın, borcun gayesinin elde edilmesini temin eder, zira, boracun gayesinin elde edilmesi, iradeye bağlanmış değildir (31). Diğer bir deyişle, borçlunun yapmaması iradi olmasa dahî, akte uygun olarak hareketsiz kalması, gayeye ulaşmayı temin edeceğinden yeterli olacaktır, hattâ borçlu, borçlu olduğunu bilmese dahî (32)...

30) Örnek olarak krş.; **Beuthien**, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhaeltnis*, Tübingen 1969, s. 14 ve 259; **Ulrich**, s. 222-224; **Naef**, s. 7; **Staudinger**, § 241, Bem. 49; **Blomeyer**, s. 227.

31) **Beuthien**, s. 295; **Staudinger**, § 241, Bem. 49.

32) Ancak, bu son halde, borçlunun bilmemesine rağmen, ortada bir borcun bulunması gereklidir. Zira aksi halde, ortada bir borç ilişkisi bulunmadığı için ifadan bahsetmek imkânı olmayacaktır.

Bunun aksine olan bir halde, yâni borçlu, ortada bir borç bulunmamasına rağmen, kendisini borçlu zannederek ifada bulunmuş ise, o zaman, bu yapmadan karşı tarafın mal varlığında bir artma olmuş ise, BK. 62 nin uygulanması düşünülebilir (açık olmamakla beraber, krş. **Beutien**, s. 296). Bu durum, yapmama borçlarında pek ender olabilirse de, şu iki hal fikrimce buna örnek olarak gösterilebilir: Aralarındaki rekabet yasağı akti bătıl olmakla beraber, işçi, kendisini borçlu zannederek, borcunu yerine getirmek gayesiyle, rekabet sayılacak işleri yapmaz ve bunun sonucu olarak, kendi zararı ile işverenin her

Gerçekten de, alacaklının hukukî veya iktisadî çıkarı, her hangi bir şeyin yapılmamasıdır. Yapmanın hangi causaya dayandığının önemli olduğu müsbet edimlerden farklı olarak, yapmama borçlarında causanın hiç bir önemi yoktur. Zira müsbet edimlerde borcun sona erebilmesi için, causanın açık olarak anlaşılması gerekli ve anlaşılmasına imkân varken, yapmama borçlarında causanın bilinmesine ve anlaşılmasına imkân yoktur. Çünkü burada, dış alemde gözükabilen bir değişiklik olmamaktadır. Borçlu, hangi causa ile hareket ederse etsin (ister animus solvendi, ister animus donandi), ister bilerek, ister bilmeyerek olsun, alacaklı sırf objektif yapmama ile aynı derecede tatmin olacaktır. Şu halde, yapmama borçlarında, borcun gayesinin elde edilmesi, sırf hareketsiz kalma ile elde edilmekte, yani alacaklı, objektif olarak hareketsiz kalma ile tatmin edilmiş olmaktadır. Borç gayesinin elde edilmesi iradeye bağlanmış değildir.

Bu hususun önemi özellikle, devamlı yapmama borçlarında görülür. Eğer yapmama borcunun ifasının animus solvendi olması aranırsa, o zaman borçlunun, borcun devam ettiği süre içinde her an bu iradeye sahip olması gerekecektir ve örneğin, hasta olan komşunun dinlenebilmesi için, on gün müddetle piyano çalmamayı taahhüt eden bir kimse, uyuduğu zamanlarda (iradesi olmadığı için animus solvendiden bahsedilemediğinden) borcunu yerine getirmemiş sayılacak ve hatta belki de ifa o anlar için imkânsızlaşmış olacaktır (33).

Görüldüğü gibi, yapmama borçlarında önemli olan, sonuç, yâni borcun gayesinin elde edilmesidir. Bu sebeple, ifanın, animus solvendi olmasının aranmasına lüzum yoktur, kaldı ki, —yukarıda açıkladığımız gibi—, borçlunun hareketsiz kalmasının sebebinin anlaşılmasının da imkânı yoktur.

Bununla beraber, animus solvendi önemini, bir dereceye kadar, borçlunun bir harekette bulunmasa dahi, bunun, borcunu ifa etmek maksadiyle olmadığını açık olarak belirtmesi halinde gösterir. Ne var

hangi bir zenginleşmesi arasında illiyet bağının isbatı mümkün olursa, BK. 62 nin hiç olmaz ise kıyasen uygulanması mümkün görülebilmelidir. Aynı husus, bir açık arttırmaya iştirak etmeme borcunda olduğunu zanneden bir kimsenin, iştirak etmeme sonucu olan kaybı ile, geçersiz anlaşmanın diğer tarafının arttırmadan elde ettiği kazanç arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, yine söz konusu olabilir.

ki, bunun pek pratik bir önemi olmayacaktır. Zira bu halde, borçlu açık olarak aksini belirttiği için, borç ifa ile sona ermeyecek, fakat gayenin erişilmesi ile sona erecektir. Zira borç ilişkisinin gayesi, borcu ifa için hareketsiz kalmışcasına elde edilir ve gayenin elde edilmiş olması sonucu (borç ilişkisi hizmet ettiği gaye olmaksızın ayakta kalamayacağı için) borç ilişkisi sona erer (34).

IV — YAPMAMA BORÇLARINDA İMKÂNSIZLIK VE TEMERRÜT

Akitten doğan yapmama borçlarının yerine getirilmemesinin sadece imkânsızlık mı doğuracağı, yoksa imkânsızlığın yanında temerrüdün de söz konusu olup olamayacağı oldukça tartışmalıdır. Ancak bu tartışmaya girişmeden önce, yapmama borçlarında imkânsızlığın sebeplerinin ne olacağı üzerinde biraz duralım.

1 — Yapmama borçlarının genel olarak imkânsızlığın sebepleri

Yapmama borçlarında imkânsızlık iki sebepten doğabilir (35) :

- a. İmkânsızlığın sebebi bir yapma zorunluğudur.
- b. Borca uygun hareket etme imkânı ortadan kalkmıştır.

Birinci halde borçlu, borca aykırı hareket etme zorunluğu altındadır. Bu zorunluk, borçluyu yapmaması gereken hususu yapmaya zorlayan bir kanun hükmünden doğabileceği gibi (örneğin, bir şehirde belirli bir zaman oturmamayı taahhüt eden borçlu, askere alınıp o şehre tayin edildiği için, söz konusu yere gitmek zorunda kalır), hukukî imkânsızlıktan da doğabilir. Borca uygun gayret gösterme prensibine göre, hakkaniyet ölçüsü içinde, borçludan söz konusu şeyi yapmaması artık beklenemez. Örneğin, belirli bir günde ameliyat yapmamayı taahhüt eden bir doktordan, o gün hayatı kurtarılması gereken bir hastayı ameliyat etmemesi beklenemez (36).

34) Ulrich, not 33 de anılan yer.

35) Yapmama borçlarında söz konusu olan sadece objektif imkânsızlıktır. Zira, yapmama borçları, şahsa sıkı surette bağlı edimlerden olduğu için, subjektif imkânsızlığın kıstası olan, edimin başkası tarafından yerine getirilebilmesi kuralını burada uygulamaya imkân yoktur.

36) Ulrich, s. 197-198; Staudinger, Bem. § 241 Bem. 51.

İkinci halde ise, birinci halden farklı olarak, imkânsızlık bir yapmama zorunluğuna dayanmayıp, borca uygun hareket etme imkânının ortadan kalmasına bağlıdır. Burada, borcun, yer, zaman ve konu unsurları o şekilde değişikliğe uğramış veya ortadan kalkmıştır ki, artık yapmama, borcun gayesini elde etmeye yaramaz. Örneğin, bir derneğin Şubat ayında yapılacak genel kurul toplantısına gelmeyi taahhüt eden borçlu, toplantının yapılmaması halinde yine toplantıya gelmeyebilir. Ne var ki, artık bu gelmeme borcun ifası ile ilgili olmayıp, tamamen önemsizdir. Artık borcun gayesinin elde edilmesindeki imkânsızlık, ifayı da imkânsız hale getirmiştir (37).

2 — Yapmama borçlarında sadece imkânsızlığı kabul eden görüş

Yapmama borçlarında imkânsızlık yanında temerrüden de söz konusu olabilip olmayacağı problemine gelecek olursak; doktrinde bazı yazarlar, bu tür borçlarda daima imkânsızlığın olacağını, buna karşılık temerrüdün söz konusu olamayacağını kabul ederler (83). Bu yazarlara göre, ifanın sonradan da yapılabilmesinin temerrüdün esas şartı olduğu göz önünde tutulursa, bu meseleye kendiliğinden cevap verilmiş olur. Çünkü, borç bir defa ihlal edilince, artık onun, her hangi bir şekilde ihlal edilmemiş hale sokulmasına imkân yoktur, yani artık borcun ileride ifa edilebilmesi imkânı ortadan kalkmıştır (39). Yapmama borcu ya ifa edilir veya ihlal edilir üçüncü bir imkân yoktur. Belirli bir zaman içinde yapılmaması gereken bir şey yapılmış ise, daha sonraki yapmama, evvelki borcun ifası olmayıp, iktisadî ve hukukî yönden bir *alium praestare*'dir (40).

Yapmama borcunda sadece imkânsızlığın olabileceğini savunan yazarlara göre, imkânsızlık, borcun zaman içindeki ayırımına göre, ya tam ya da kısmî olur.

37) Ulrich, s. 199. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Borç, ifası imkânsızlaştığı için sona ermeyip, aksine alacaklının menfaati ortadan kalktığı için, borçlunun elinde akitte kararlaştırılan tutumu yerine getirme imkânına sahip olmasına rağmen, borç sona erer. Daha iyi bir ifade ile, ifa imkânsızlaşmamış, fakat borcun gayesinin elde edilmesi imkânsızlaşmıştır.

38) Voser, *Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht*, Aarau, 1915, s. 6; Lehmann, s. 73; Ulrich, s. 209; kural olarak Geschnitzer, *Schuldrecht, allgemeiner Teil*, Wien - Newyork, 1965, s. 28; Hedemann, s. 116; Oğuzman, *Borçlar Hukuku dersleri*, İstanbul 1968, s. 87.

39) Ulrich, s. 202, 208; Geschnitzer, s. 29; Voser, s. 6.

40) Lehmann, s. 73.

Bir defaya mahsus yapmama borçlarında imkânsızlık tamdır. Zira borca aykırı hareket o borcun tamamını imkânsız hale getirir.

Ard arda yapmama borçlarında ise, vadesi gelen bir edimin yerine getirilmemesi sadece o edim için imkânsızlık yaratır, borcun geri kalan kısmına hiç bir etki yapmaz. Yâni bu halde kısmi imkânsızlık söz konusu olacak ve borç ilişkisinin ifası, sadece vadesi gelip de ifa edilemiyen kısım yönünden imkânsızlaşacak, geri kalan kısmın ifası ise mümkün olacaktır.

Devamlı yapmama borçlarında ise, eğer zaman sadece borç ilişkisinin başlangıç ve sona erme anlarını göstermekte ise (41), borcun bir veya birkaç defa ihlâli sadece bir kısmî imkânsızlık yaratır. Buna karşılık zaman borcun esaslı bir unsuru haline gelmiş ise o zaman borç bir defa ihlâl edilse dahi tam imkânsızlaşmış olacaktır (42).

Fikrimce —aşağıda yapılacak açıklamalar saklı kalmak üzere— zamanın borç ilişkisinin sadece başlama ve sona erme anlarını gösterdiği devamlı yapmama borçlarında bir veya birkaç defalık ihlâlin her zaman sadece kısmî imkânsızlık yaratacağından bahse imkân yoktur. Bunu iki yönden sınırlamak doğru olur. Eğer yapmama borcu hukuken bölünemiyen bir borç ise, o zaman bir defalık ihlâl borcu kısmen değil fakat tamamen imkânsız hale getirir. Aynı şekilde bir defalık ihlâl, borç ilişkisinin temelindeki güven ilişkisinin sarsılması sebebiyle, onun tamamını etkilemekte ise, borcun yine bütünü imkânsız hale gelecektir (43).

3 — Yapmama borçlarında temerrüdün de mümkün olabileceğini kabul eden görüş

Bu fikri savunan yazarlar da, temerrüdün esas unsurunun, edimin sonradan ifa edilebilir olmasından hareket ederek, kendi fikirlerini kabul ettirmek istemektedirler. Bu yazarlara göre, bütün yapmama borçlarının yerine getirilmemesi halinde, imkânsızlık olduğundan

41) Krş., yukarıda II, b.

42) Ulrich, s. 204-205; Staudinger, § 241, Bem. 51; Voser, s. 6;

43) Sön hal için, bkz., Staudinger, § 241, Bem. 51; RGR-Komm, § 241, Bem. 7; krş. RG 70, 441.

bahsetmek doğru değildir .Bu borçlarda temerrüdün de olabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Yapmama borçlarında da —tıpkı müsbet edimli borçlarda olduğu gibi— kıstas, edimin sonradan ifa edilebilme imkânının bulunup bulunmamasıdır. Diğer bir deyişle, eğer geç ifa edilme halinde, borcun gayesi yine elde ediliyor, ifa bir aliud olarak değil de, söz konusu borcun gerçek ifası olarak gözükiyorsa, temerrüt söz konusu olacak; buna karşılık, ifa borcun gayesinin elde edilmesine yaramıyan iktisadî ve hukukî yönden, bir aliud olarak gözükmekte ise, imkânsızlık var olacaktır. Burada hangisinin var olduğunu anlamak için, her olayın ayrı ayrı incelenmesi gerekir (44). Örneğin, açık arttırmada pey sürmemeyi taahhüt eden borçlu, borcunu yerine getirmeyecek olursa, imkânsızlık vardır. Onun, artık başka bir açık arttırmada pey sürmemesi, borç ilişkisinin gayesinin elde edilmesine yaramadığı için, söz konusu borcun ifası olmayıp, iktisadî ve hukukî yönden bir aliud olacaktır. Buna karşılık, komşusu bir yazarın yazmakta olduğu bir kitabı tamamlayabilmesi için, 1 ve 15 Şubat arasında gürültü etmemeyi taahhüt eden bir demircinin, 1 Şubatta borcunu ifa etmemesi bir imkânsızlık yaratmaz. Çünkü, o, 2 Şubattan itibaren gürültü yapmamakla da, yine borcun gayesinin elde edilmesine imkân verecektir. Yanî bu halde imkânsızlıktan bahsetmeyip, temerrüdü kabul etmek gerekir.

Fikrimce, ikinci görüşün kabulü ile şu kıstastan hareket etmek yerinde olacaktır : Eğer yapmama borcu, geniş anlamda kesin vadeli bir işlem (mutlak kesin vadeli bir işlem) ise, daima bir imkânsızlık söz konusu olacaktır. Zira bu gibi işlemlerde zaman, borcun esaslı bir unsurudur ve bu sebeple borç, ancak o zaman içinde ifa edilirse aktin gayesine hizmet eder. Bu zamanın dışında kalan bir ifa ise, gerçek ifa değildir. Kısaca, ifa zamanı geçince, edim imkânsızlaşır (45).

Bunun dışında kalan hallerde ise, temerrüdün olabileceğini kabul etmek bize daha doğru gözükmektedir. Zira bu hallerde, edimin

44) Staudinger, § 241, Bem. 52; Schmid, Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzuges für die Verzugsregeln bei Miete und Pacht, Bern 1956, s. 4-5; Becker, Art. 102 N. 26; Tunçomağ, s. 522.

45) Seliçi, Kesin Vâdeli İşlemler, MHAD, yeni seri, yıl 1, No. 3 den ayrı bası, s. 4.

borç ilişkisi ile güdülen gayeye hizmet etmesi için, zaman esaslı bir unsur değildir ve bu yüzden geç ifa, borcun gayesinin elde edilmesine yine hizmet ettiği için, bir aliud değil de gerçek bir ifa kabul edilmelidir (46), meğer ki, sonradan ifa mümkün olabilmekle beraber, bir defalık ihlâl güven ilişkisini sarsmış olsun.

V — AYNEN İFANIN DÂVA YOLUYLA İSTENEBİLMESİ

Burada üzerinde duracağımız şey, akitten doğan bağımsız ve bileşik yapmama borçlarında ifa dâvasının açılabilip açılmayacağıdır. Bu mesele, ikinci derecede kalan yapmama borçlarında ortaya çıkmaz, çünkü, bu borçlar bağımsız olmadıkları için, tek başlarına bir dâva konusu olamazlar (bkz. yukarıda, III, 1, c).

Akitten doğan yapmama borçlarında ifa dâvasının açılabilip açılmayacağına dair kanunda bir hüküm bulunmamakla beraber; yapmama borçlarında da, müspet edimli borçlarda olduğu gibi, aynen ifa dâvasının açılabileceği genel olarak doktrinde kabul edilmektedir (47). Tabii konunun imkânsızlaşmamış (48) ve korunmaya lâyık bir menfaatin bulunması şartıyla (49).

Bu fikre katılmak bize de doğru gözükmektedir. Kanunda bir hükmün bulunmaması, dâva hakkının tanınmasına engel değildir. Zira, kanun, bir hak ve mükellefiyet yüklediği bütün hallerde —kanunda aksine açık bir hüküm yok ise (örneğin, tabii borçlar)—, aynı zamanda bunun yerine getirilmesini temin edecek dâva yolu ile

46) Buna karşılık, yapmama borçlarında alacaklının temerrüdü söz konusu, olamaz. Zira yapmama borçları, alacaklının ifaya iştirakini gerektiren borçlardan değildir.

47) Örneğin, krs. Ulrich, 169, 171; Palandt, § 241, Bem. 4; Geschnitzer, s. 30; RGR-Komm, § 241, Bem. 2; Oğuzman, s. 105; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 407; Feyzioglu, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1969, c. II, s. 141; Staudinger, § 241, Bem. 66; Becker, Art. 93, N. 14; v. Tuhr, s. 488; Naef, 93; BGE 56 II 50; RG 133, 151.

48) Yapmama borçlarında imkânsızlığı kabul eden yazarların, aynı zamanda ifa dâvasını kabul etmeleri bir çelişmeyi ifade etmez. Zira, imkânsızlaşma, ihlâl edilen borç yönünden olurken, ifa dâvasının açılabilmesi imkânı, borcun ilerideki ihlallerini önlemek içindir. Yâni, daha imkânsız hale gelmemiş, olan borç içindir.

49) Haklı menfaatten ne anlaşılması gerektiği için bkz.; MDR, 1960, 134, BGH, 28, 114 vd.

talep hakkı da tanınmıştır. Bu yüzden, yapmama borçlarında da aynen ifanın temin edilebilmesi için, ifa dâvasını açma imkânının verilmesi gereklidir (50).

Diğer taraftan menfaatler durumu da bu dâvanın tanınmasını haklı göstermektedir. Zira, alacaklıya, aynen ifayı talep hakkını değil de, borcun ihlâl edilmesini bekleyip, sadece tazminat isteme hakkının tanınması, onun menfaatlerine aykırı olacaktır. Alacaklı için önemli olan, kendisine bir tazminat verilmesi olmayıp, borcun aynen ifa edilmesidir (51).

BK. 97/11 deki, yapmama borcuna aykırı surette hareket etme halinde, borçlunun tazminat ödeyeceğini belirten hüküm, Türk Hukukunda ifanın istenmesine engel bir hüküm değildir. Çünkü, BK. 97/11 yapmama borçlarında tazminatı özel olarak düzenleyen bir hüküm olmaktan ileri gidemez (52). Daha iyi bir deyişle, BK. 97/11 borcun imkânsızlaşması halinde uygulanır; yoksa ifa dâvasının açılmasını engelleyen bir hüküm değildir.

Kaldı ki, verme borçları için de, kanunda genel bir hüküm bulunmamakla beraber, aynen ifanın talep edilebileceği kabul edilmiştir. Aynı şeyin yapmama borçları için de kabul edilmesine bir engel yoktur.

Bunun yanında İİK. 30 daki hüküm de aynen ifanın istenebileceğini göstermektedir İİK. 30 açıkça yapmama borçlarında «ilâm» dan bahsetmek suretiyle, bu borçlarda ifa dâvasının açılabileceğini belirtmiş olmaktadır. Bu da göstermektedir ki, İİK. da, yapmama borçlarının aynen ifasındaki alacaklının menfaatini, sadece tazminat istemekten daha üstün tutmuş ve aynen ifayı temin edebilmek için hapis cezasını dahi öngörmüştür (İİK. 343).

Ancak hemen belirtelim ki, borçlu bütün bunlara rağmen borcunu ifa etmeyecek olursa, borcunu yerine getirmesi için cebri icraya imkân yoktur. İİK. 343 ün öngördüğü hapis cezası, sadece bir zorlama imkânı verir yoksa gerçek anlamıyla bir cebri icra yolu

50) RG. 48, 114 vd.

51) Postacioğlu, İcra Hukuku esasları, İstanbul 1967, No. 582.

52) Oğuzman, s. 82.

değildir (53). Daha iyi bir deyişle, borçlu kendisi aleyhine açılan eda dâvasında elde edilen ilâma ve hapisle tazyike rağmen, borcunu yerine getirmeyecek olursa, onun borcunu yerine getirmesi için gerçek anlamda bir cebri icra yolu yoktur (54). Bu durumda da BK. 97 uygulanacak ve tazminatın ne olacağı buna göre tesbit edilecektir.

Şu halde, muaccel olan bir yapmama borcunun bulunduğu her halde, hukuk düzenin, ifanın mümkün olması ve bir menfaatin de bulunması şartıyla ifa dâvasını tanıdığını kabul etmek yerinde olacaktır (55).

Aynen ifanın talep edilebilmesi yönünden vardığımız sonuçları şu noktalarda toplayabiliriz :

1 — Kanunda açık bir hükmün bulunmamasına rağmen bir yandan alacaklının menfaati icabı, diğer yandan da İİK. 30 daki hükümden yararlanarak, tıpkı müsbet edimlerde olduğu gibi, ifa dâvasının açılmasını kabul edilmelidir.

2 — İfa dâvası, edimin imkânsızlaşmadığı veya imkânsızlaşmama rağmen, tamamen güven ilişkisini etkilemediği her halde açılabilir.

3. BK. 97/11 Türk Hukukunda ifa dâvasını açmaya engel değildir. Bu hüküm sadece, ifa etmeme halinde, tazminatın ne olacağını düzenleyen özel bir hükümdür.

4 — Ancak dâva açabilme ve borçluyu, İİK. 30 ve 343 e göre hapisle tazyik etme imkânını bulunmasına rağmen, gerçek anlamda bir cebri icra söz konusu değildir. Borçlu, bu tazyik imkânlarına rağmen ifada bulunmaz ise, ancak tazminat istenebilir.

53) Oğuzman, s. 106.

54) Becker, Art. 98 N. 14 ve Feyzioğlu, s. 141 deki, alacaklının, borcu kendi hesabına yerine getirmesi için izin verilebileceğinden bahseden fikirlerine iştirak etmeye imkân yoktur. Zira, yapmama borçlarının, bünyeleri icabı, borçludan başkası tarafından ifa edilmelerine imkân yoktur. Örneğin, bir açık arttırmaya iştirak etmeme veya piyano çalmama yahut da rekabette bulunmama gibi borçların, borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, alacaklı tarafından ifasına izin verilip, onun tarafından yapılmasına imkân görmemekteyiz.

55) Naef, s. 93.