

## SEÇİMLİK BORÇLARIN İFASI

Asis. Dr. Özer SELİÇİ

### I — Giriş :

Borçlar kanunu seçimlik borçları, Borçların ifasına ayırdığı fasılda bir tek maddede (71 m.) düzenlemiştir. Bu maddede ayrıntılı hükümler konulmaktan kaçınılmış, kısaca seçimlik borç kavramı ve seçim hakkı sahibi belirtilmek istenmiştir. Diğer yabancı kanunlarla karşılaştırılacak olursa, bu kanunların seçimlik borçları oldukça ayrıntılı bir tarzda düzenledikleri görülür. Örnek olarak seçimlik borçlar için Fransız Medeni Kanunu (FMK) altı madde (1189 - 1196 m.), Alman Medeni Kanunu (BGB) dört paragraf (§§ 262 - 265), İtalyan Medeni Kanunu (İtMK) altı madde (1285 - 1291 m) ayırmıştır. Borçlar kanunumuzda seçimlik borçlar bu kadar kısa olarak düzenlenirken, kelimelerin gayet dikkatli olarak, kuru mu en iyi ifade edebilecek şekilde seçilmesi beklenirdi. Halbuki BK 71 m. kenar başlığı seçimlik borcu çok kötü tarzda, «birden ziyade şeylere taalluk eden borçlar» olarak tanımlamıştır. Bu ifade insanın zihninde borç konusunu birden çok edimin teşkil ettiği ve bunların hepsinin ifa edilmek gerektiği gibi yanlış bir kanı uyandırmaktadır. Bu bir tercüme hatasıdır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu gerek Fransızca, gerek Almanca metninde açıkça seçimlik borçlardan (obligations alternatives, Wahlobligationen) bahseder.

Seçimlik borçların kısaca tek maddede düzenlenişi ortaya tartışmalı meseleler çıkarmaktadır. Bu meseleler karşısında yazarlar çok zaman yabancı kanunların kabul ettikleri hükümlerden hareketle bir sonuca varmaya çalışmaktadırlar. Varılan sonuçların her zaman Borçlar kanununun prensiplerine uyduğu şüpheli kalmaktadır. Aşağıda seçimlik borç kavramı ortaya konulmaya ve bu borçların ifasında beliren meseleler ile çeşitli çözüm tarzları belirtilmeye çalışılacaktır.

## II — Seçimlik borç kavramı :

### 1 — Tarifi ve hukuki niteliği :

Seçimlik borç, birden çok edimlerin borç ilişkisi içinde yer aldığı ve fakat borçlunun, alacaklının veya üçüncü bir kişinin iradesiyle bu edimlerden tayin olunacak birinin ifası gerektiği hallerde bahis konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle birden çok edim borcun içindedirler, fakat içlerinden birinin ifası gerekmektedir: Plures res in obligatione, una in solutione.

Seçimlik borç ilişkisinin niteliği tartışılmalı bir konudur. Şarta bağlı borçlar teorisinin etkisi altında seçimlik borç ilişkisinde geciktirici ve bozucu askı durumu görülmüştür.

Geciktirici askı teorisinde seçimlik borç ilişkisinin başlangıçta hiçbir muhtevası yoktur. Ancak seçim hakkının kullanılması ile muhteva doldurulmakta, askı durumu sona ererek, bir tek edim üzerinde «temerküz» vukubulmakta ve bu edimde başlangıçtanberi borçlanılan edim addedilmektedir.

Bozucu askı teorisi ise tersine seçimlik borç ilişkisinde bütün edimlerin teker teker başlangıçtanberi borçlanıldığını ileri sürmektedir. Seçim hakkının kullanılmasıyla ifa edilecek edim seçilince, borçlanılan diğer bütün edimler sona erecek ve seçilen edim başlangıçtanberi borç konusunu teşkil eden edim olarak kabul edilecektir (1).

Geciktirici ve bozucu askı teorileri modern hukuk doktrinde reddedilmiştir. Bugün kabul edilen fikre göre seçimlik borç ilişkisinde alacaklının bir tek talep hakkı vardır ve ancak değişik seçimlik edimlerden yalnız birinin ifasını talep edebilir. Her bir edim ifa ile borcu sona erdirir niteliktedir. Edim yükümü alternatif tayin edilmiş bir muhtevaya sahip olmakta, bundan da alacaklı için alternatif muhtevalı bir talep hakkı doğmaktadır (2). Alacaklının ta-

(1) Bk. Pescatore, Die Wahlschuldverhaeltnisse, München 1905 s. 38; Fikirlerin tartışması için bk. Erler, Wahlschuld mit Wahlrecht des Glaebigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Glaebigers, Grote 1964 s. 15.

(2) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 8 Aufl. Berlin 1967 s. 134; Esser Schuldrecht, 2 Aufl., Karlsruhe 1960 s. 146; Soergel - Schmidt, BGB

lep hakkı önce «x veya y edimi» ne yönelmiştir. Fakat borcun sona ermesi için x ve y edimlerinden yalnız birinin ifası gerekir; ifa için şart alternatiflerden birinin ifa vasıtası olarak tespit edilmesidir. Tespit seçim hakkının kullanılmasıyla olacak, böylece edim yükümü belirli hale gelecektir.

Ancak herhalükârda borç ilişkisinin doğmuş olması gereklidir. Taraflar borç ilişkisinde bağlanmış olmalıdırlar. Borçlanılan edimin nisbi belirsizliği ve seçim hakkı tarafların bağlanma iradelerine dayanmaktadır (3). Örneğin ressam A'nın x ve y tablolarından birini B satın almak istemektedir; A, hangi tabloyu satacağı hakkında tereddüt etmektedir, fakat her ikisinde şimdiden alım - satım akdini kurmayı arzu etmektedirler. Akdin kurulması ile taraflar bağlanacak, borçlanılan edimin muhtevası x veya y tablosu olarak belirsiz olacak ve seçim hakkı borçlu ressam A ya tanınacaktır.

Yukardaki açıklamalarda edimin muhtevasındaki belirsizlikten bahsedilmiştir. İfa yeri, ifa zamanı veya ifa tarzına ilişkin diğer bir hususun belirsiz bırakılarak, tayin yetkisinin taraflardan birine tanınmasının borç ilişkisini seçimlik borç ilişkisi haline getireceği de savunulmaktadır (4). Bu fikir seçimlik borçlara geniş bir uygulama alanı tanımaktadır. Bir bisiklet satmayı yüklenen satıcıya, borcunu İstanbul veya Ankarada ifa edebilmesi hususunda tanınacak bir seçim hakkı, borcu seçimlik borç haline getirebilecektir. Halbuki BK. 71 m. açıkça edimlerin belirsizliğinden bahseder. Edimin ise ifa vasıtası olarak kabul edilmesi ve diğer ifa tarzlarından (ifa yeri, ifa zamanı, ifaya ilişkin diğer bir husus) ayrılması uygun gözükmemektedir. Böylece kanundaki edim değişiminin yalnız ifa vasıtasına atıf yaptığından, seçimlik borç ancak ifa vasıtasındaki belirsizlik halinde bahis konusu olabilecektir (5). Diğer hallerde borç basit bir borç olarak kalacak, fakat ifa yeri veya ifa zamanı hususunda bir seçim hakkı tanınmış olacaktır. Kanun basit borçta belirli bir hususta seçim hakkı tanınmasını yasaklamamış, hatta örneğin cins

Komm. Schuldrecht, Bd. 2, 10 Aufl. Mainz 1967 § 262 Anm. 1; Oser - Schö-  
nenberger, Komm. zum schweizerischen ZGB, Das Obligationenrecht, 2  
Aufl. Zürich 1929, Art. 72 Anm. 1; Erler s. 19.

(3) Esser s. 147.

(4) Oser - Schö-  
nenberger, Art. 72 Anm. 4; Nastelski. BGB-RGRK,  
Recht der Schuldverhältnisse, 11 Aufl. 1 Bd, 2 Teil Berlin 1960 § 262 Anm.  
2; Tekinay, Borçların ifası, ihlali, sona ermesi, İstanbul 1967, s. 49.

(5) Larenz s. 134; Esser, s. 147.

borçlarında — ki basit borçlardır — seçim hakkını belirterek bunu kabul eder görünmüştür.

Seçimlik borçlarda seçimlik edimler çeşitli şekilde tespit edilmiş olabilir: edimler ferden tayin edilmiş olabileceği gibi (şu masa veya şu koltuk), cins olarak belirtilmiş olabilir (6) (iki kilo portakal veya bir kilo muz gibi), veya bir kısmı ferden diğerleri cinsle tayin edilebilir (şu kamyon veya bir otomobil gibi). Edimler cinsle tayin edilmişse, edimlerin dahil olduğu cinslerden herbiri diğerinden, kendine özgü ayırıcı nitelikleriyle ayrılabilirdir.

Edimler yukardaki örnekler gibi bir şeye ilişkin olabilecekleri gibi bir faaliyete de ilişkin olabilirler (7). Edim bir yapmama borcu olarak da tespit olunabilir.

Seçimlik borç ilişkisi benzeri borç ilişkileriyle karşılaştırılarak daha açık ortaya konabilir.

## 2 — Benzeri borç ilişkilerinden seçimlik borçların ayrımı :

### a — Seçimlik borçlar ve cins borçları :

Cins borcunda edim cins ve miktar itibarile tespit olunur. Tespit olunan cins içinde borçlu orta kaliteden aşağı olmamak üzere herşeyle edimini yerine getirebilir. Aksi işin niteliğinden anlaşılma-  
dıkça, kanunen cins içinde seçim hakkı borçluya aittir. Görülüyor ki cins borçlarında muhteva seçimlik borçlarda olduğu gibi belirsizdir. Fakat bu borçlarda edim taraflarca ayırıcı nitelikleri ile bir bütün teşkil eden cins içinden seçilecektir. İfade düşünülen orta kaliteden aşağı olmamak şartile edimin, o cinse dahil herhangi bir şeyle yerine getirilebileceğidir.

Sınırlı cins borçlarla seçimlik borçların birbirinden ayrılması somut bir olayda, özellikle edimin seçileceği stok içinde az sayıda şey varsa çok güç olabilir. Bir at yetiştiricisinin elinde bulunan 5 attan birini A'nın satın almak istemesinde olduğu gibi. Bu gibi hal-  
lerde seçimlik borç mu yoksa sınırlı cins borcumu bahis konusu edildiği bir yorum meselesi olmaktadır. Tarafların iradesinden o stokta mevcut şeylerden herhangi birisinin ifa vasıtası olabileceğinin düşü-

(6) BGE 84 II 19.

(7) von Tuhr, Borçlar hukukunun umumi kısmı (terc. Edege) İstanbul 1952 s. 608; Oser-Schönenberger, Art. 72 Anm. 2.

nüldüğü, taraflarca önemli olan hususun, yerine getirilecek edimin o stoka dahil olmasının yeterli görüldüğü ve stoka dahil şeylerden herbiri birbirine eşit numune olarak kabul edildiği çıkarılabilirse, bir sınırlı cins borcu vardır. Buna karşılık taraflarca önemli olan stoka dahil olma değil de, stoku teşkil eden şeylerden herbirinde teker teker mevcut ayrı özel niteliklerin olduğu, tarafların stoka dahil şeylerin herbirini diğerinden ayrı değerinde bir edim konusu olarak gördüğü hallerde seçimlik borçtan bahsedilecektir (8).

Bu ayırımın önemi kendisini, borçlunun orta kaliteden daha aşağı kalitede bir şeyle edimini ifa edememesinde gösterir. Orta kaliteden daha aşağı kalitede bir edimi alacaklı reddedebilir. Halbuki seçimlik borç bahis konusu olduğu takdirde borçlu seçim konusu edimlerden herbirine (ferden tayin edilmek şartıyla orta kaliteden aşağı olsa dahi) borcunu ifa edebilir.

Seçim hakkının alacaklıda olduğu hallerde ayırmanın önemi yokmuş gibi görünürse de — zira alacaklı edim konularından istediğini talep edebilir (9) — özellikle borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlıkta önem kazanır. Çünkü seçimlik borç bahis konusu olduğu takdirde borçlunun kusuru ile imkânsız olan edim yerine geçen tazminat hususunda — hiç olmazsa hâkim görüş bakımından (10) — seçim hakkı devam edecek, cins borcu kabul edilirse böyle bir seçim imkânı olmayacaktır.

Stoku teşkil eden şeyler az sayıda olup, seçim hakkı da alacaklıya tanınmışsa, tarafların iradesinin sınırlı cins borcundan ziyade seçimlik borca yönelmiş olması ihtimali daha kuvvetlidir.

İki veya daha ziyade cins edim konusu olduğu hallerde, seçimlik borçla cins borcu birbirine bağlanmış durumdadır. Borçlu, edimini, seçilen cins içinden orta kaliteden daha aşağı olmayan bir şeyle yerine getirmekle yükümlüdür.

Aynı cinse dahil iki alt derece cins, edim konusu olarak tespit edilmiş ve bu alt cinslerden birini tayin hakkı tanınmışsa, bir seçimlik borç bahis konusu olabilir. İki alt cinsin ayrı ayrı edim konusu olarak tespit edilmeleri mümkündür ve her bir alt cins bu hal-

(8) Esser, s. 147; Soergel-Schmidt § 262 Anm. 3; Larenz, s. 135; Oser-Schönenberger, Art. 72 Anm. 3.

(9) Pescatore s. 147.

(10) Bk. s. 398.

de seçimlik borç ilişkisinde edim konuları için aranacak belirlilik niteliğini haizdir (11).

Bu hali tayin ve tahsis hakkının saklı olması kaydıyla yapılan satışla (Spezifikationskauf) karıştırmamak gerekir. Böyle bir satışta müşteri malın şekil, boyut, miktar veya diğer bazı niteliklerini tayin hakkını saklı tutmaktadır. Tayin, borcu, müşterinin belirttiği niteliklere sahip alt cinse hasreder. Tayin edilen cins içindeki mallardan birini seçip teslim hakkı borçluya tanınmıştır. İsviçre hukukunda bazı yazarlar, bu satışı, seçimlik borç ilişkisi olarak görmek eğilimindedirler (12). Ancak hukuki durum burada seçimlik borçlarında olduğundan farklıdır. Seçimlik borçlarda talep x veya y edimine yöneltilmişse de, gerek x gerekse y edimi belirlidir veya tayin edilebilir niteliktedir. Halbuki tayin ve tahsis hakkı saklı kalmak kaydıyla satışta önceden belirli birkaç edim arasından seçim bahis konusu olmayıp, tarafların anlaşması ile bir cins içinde edimin ne olacağını sonrada tayin hakkı müşterice saklı tutulmaktadır; seçimlik borç ilişkisinin özelliği ise tarafların edim konularını ayırıcı nitelikleri ile düşünmüş ve bunlardan birinin ifasının istenebileceğini bahis konusu etmiş olmalarıdır. Bu yüzden tayin ve tahsis hakkı saklı kalmak kaydıyla satış, edimin tayin yetkisinin müşteriye tanındığı bir cins borcu kabul edilebilir (13).

#### **b — Seçimlik borç ve alacaklı lehine alternatif haklar :**

Bazı hallerde tek bir borç ilişkisinden alacaklı lehine muhteva itibarile birbirinden farklı talep hakları veya yenilik doğuran haklar doğabilir. Genellikle borç ilişkisinde borçlunun akde aykırı davranışı sonucu kanunen alacaklı lehine bu tip haklar tanınmıştır. Örnek olarak BK 106, 202, 249 m. verilebilir. Lehine doğmuş bu haklar arasında alacaklı seçim yapmak imkânına sahiptir. Taraflar hukuki işlemlerde alacaklıya böyle haklar tanıyabilirler.

Alacaklı lehine alternatif hakların yarışması hali seçimlik borç ilişkisinden farklıdır.

Seçimlik borç ilişkisinde tek bir talep vardır, fakat talebin muhtevası belirsiz, alternatiftir, ve bu belirsizliği gidermek için seçim hakkı tanınmıştır. Alacaklı haklarının yarışması halinde ise bir

(11) BGH NJW 1960, 674; Larenz, s. 135.

(12) von Tuhr, terc. s. 73; Oser-Schönenberger, Art. 72 Anm. 4.

(13) Esser, s. 140; Larenz, s. 85; BGE 85 II 468.

borç ilişkisinde muhtevaları farklı, fakat belirli birden ziyade talep hakkı veya talep hakkı ile yenilik doğuran hak, alacaklı lehine doğmaktadır; alacaklı birden fazla talep hakkı veya yenilik doğuran hak veya talep hakları ile yenilik doğuran haklar arasından seçim yapacaktır (14).

Alacaklı lehine alternatif hakkın kullanılmasında seçimlik borçlardaki seçim hakkının kullanılmasından farklıdır. Alacaklı lehine hakların yarışmasında a ve b hakları doğmuş olup, alacaklı b talebinde bulunmuşsa, borç talebe uygun olarak ifa edilinceye kadar fikrini değiştirerek a talebini ileri sürmesine bir engel yoktur (15). Alacaklı lehine, talep hakkı ile yenilik doğuran bir hak yarışıp ta, alacaklı yenilik doğuran hakkı kullanırsa, prensip olarak yönelmesi gerekli irade beyanının karşı tarafa ulaşmasından sonra dönme imkânına sahip değildir. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasında hak sona erecek ve borç ilişkisinin tümü değişecektir; eski talep hakları düşecek yerlerine yeni talepler doğacaktır (16). Örnek olarak BK. 106 m./ 2 f. göre dönme hakkını kullanan alacaklı, sonradan bundan vazgeçerek ifa etmeme tazminatı talep yetkisine sahip değildir İfa etmeme tazminatını talep hakkı dönme ile ortadan kalkmıştır; alacaklı sözleşmeden dönüncede olumsuz zararını tazmin talebi doğmaktadır. Seçimlik borç ilişkisinde ise seçim hakkının kullanılmasında, başlangıçtanberi mevcut talep ortadan kalkmayıp, yalnız bu talebin muhtevası değişmekte, belirli hale gelmektedir.

### c — Seçimlik borçlar ve yedek edim yetkisi (Facultas alternativa) :

Yedek edim yetkisi, borçlunun veya alacaklının, borçlanılan esas edim yerine geçmek veya karşılık teşkil etmek üzere, diğer bir edimi (yedek edim) teklif veya talep etmek yetkisidir (17). Yedek edim yetkisinin bahis konusu olduğu borç ilişkilerinin seçimlik borç-

(14) Staudinger's Komm. zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, I Teil, 9 Aufl., Berlin 1930, Vorb. zu §§ 262 - 265 Nr. 3; Erler s. 63; Soergel - Schmidt, § 262 Arm. 2; Nastelski, BGB - RGRK § 262 Anm. 6; Esser, s. 147.

(15) İstisnaen kanun veya sözleşmenin gayesi itibarile doğruluk ve dürüstlük kurallarının buna engel olduğu haller saklıdır. Bk. Erler s. 61.

(16) Esser, s. 358.

(17) von Tuhr s. 73; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 5; Esser s. 149; Larenz s. 137.

lara nazaran özelliği bir tek esas edimin borcun muhtevasında yer almasıdır. Yedek edim in obligatione (borç içinde) değil, in solutione (ifada) olarak kabul edilmiştir. Yedek edim borcun içinde yer almamakta, fakat yanında bir ifa imkânı (facultas solutionis) olarak gözükmektedir.

Genellikle borçlunun yedek edim yetkisine sahip olduğu borç ilişkileriyle, bu yetkinin alacaklıya tanındığı borç ilişkileri ayrı ayrı ele alınmakta, birbirinden farklı iki müessese olarak bahis konusu edilmektedir (18).

Yedek edim yetkisinin borçluda olduğu borç ilişkilerinde belirli bir tek esas edim borçlanılmıştır; fakat borçluya esasında borçlanmadığı (borcun dışında bulunan) bir yedek edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkânı tanınmıştır. Alacaklının talebi ancak esas edime yönelmiştir. Edimin borç ilişkisini etkilediği bütün hallerde (örnek olarak imkânsızlık) borç sona erinceye kadar, durum ancak borçlanılan esas edim açısından tayin edilmek gerekir. Borçlunun sorumluluğunun tespitinde aslolan esas edimdir. Alacaklının yedek edimi talep hakkı yoktur. Esas edim imkânsızlaşmış olsa dahi alacaklı yedek edimi talep edemez (19). İmkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse, BK 117 m. gereğince borcundan kurtulur. Yedek edim imkânsızlaşmışsa, bunun alacaklının esas edimi talep hakkına hiç bir etkisi yoktur.

Borçlu yedek edimi yerine getirmeye yetkilidir; fakat mecbur değildir. Alacaklı borçlunun yedek edimi yerine getirerek borcundan kurtulmak istediğinde bunu kabule mecburdur. Borçlu borcunu borçlandığı edimden başka bir edimle ifa etmektedir. Bu halde alacaklının rızasının aranmadığı bir «ifa yerini tutan eda» (datio in solutum) dan bahsedilebilir (20). Fakat borçlu öte yandan borcuna uygun davranmaktadır. Zira borçlunun yedek edimle borcundan kurtulma yetkisi, borcun muhtevasında yer almaktadır. — Yedek edimin borç ilişkisinin kurulmasında etkisi olmamasına rağmen. — Bu yüzden borçlunun yedek edimi yerine getirirken borca uygun

(18) Larenz s. 137; Esser s. 149; Karşı fikir için bk. Erler s. 42 vd.

(19) Larenz s. 137.

(20) Erler s. 34; Palandt - Danckelmann BGB Komm. 27 Aufl. München 1967, § 364 Anm. 1.



davrandığını ve ifa yerine edanın değil, borcun normal ifasınının bahis konusu kabul etmek gerekir (21).

Yedek edim yetkisinin kullanılması ancak yedek edimin yerine fiilen getirilmesile olur. Yoksa borçlu tek taraflı iradesile kullanabileceği bir yenilik doğuran hakka sahip değildir. Borçlu yedek edimi yerine getireceğini beyan etmiş olsa bile, genede esas edim borçlanılan olmakta devam eder ve borç ilişkisinde bir değişiklik olmaz (22). Alacaklı bu beyandan sonrada ancak esas edimi talep edebilir ve beyana rağmen borçlunun esas edimi yerine getirmesine engel yoktur. Borçlu borcundan yedek edimi fiilen yerine getirmekle kurtulur. Fakat borçlunun yedek edimi yerine getireceğine dair olan beyanında yedek edim yetkisinden vazgeçtiği anlamı çıkartılabılır (23). Yedek edim yetkisinin alacaklıyada tanınabileceği genellikle kabul edilmektedir (24). Bu tip borç ilişkisinde de belirli bir edimi olan basit bir borç ilişkisi bahis konusudur. Borç ilişkisinin içinde alacaklıya tanınan yedek edim yetkisi yenilik doğuran bir hak niteliğinde görülmektedir. Alacaklı borçlanılan esas edim yerine yedek edimi talep edince, tek taraflı irade beyanı ile başlangıçta borçlanılan esas edimi yedek edimle ikame etmekte, borç ilişkisine yeni bir muhteva vermektedir (25).

(21) Soergel - Siebert § 364 Anm. 1; Kretschmar, Die Erfüllung, Leipzig 1906 s. 136; RG 51, 73.

(22) von Tuhr s. 78; Larenz s. 137; karşı fikir Erler s. 42 vd. borçlunun yedek edim yetkisini de bir yenilik doğuran hak olarak kabul eder. Bu sonuca varmak için farklı bir tarif vermektedir: Yedek edim yetkisinin bahis konusu borç ilişkisinde bir tek belirli talep hakkı olup, yoksa icabında esas edime yönelen talep yerine geçmek üzere bununla yarışan bir yedek edim talebi yoktur; ancak belirli talep hakkının muhtevası değiştirilebilir. Değişikliği sağlamak üzere borçluya bir yenilik doğuran hak tanınmıştır. Bu da yedek edim yetkisidir. Tunçomağ Borçlar Hukuku dersleri, I cilt genel hükümler İstanbul 1965 s. 52 borçlunun ifa teklifinden dönemeceğini kabul etmektedir.

(23) Larenz s. 137.

(24) von Tuhr s. 78; Larenz s. 137; Esser s. 149; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 7; Soergel - Siebert § 262 Anm. 5; Erler s. 42; BGE JdT 1937, 397.

(25) Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht, Marburg 1906 s. 22, Erler s. 38 den naklen; Larenz s. 137; Esser s. 149; von Tuhr s. 78 alacaklının yedek edim yetkisinin de yenilik doğuran bir hak olmadığını kabul etmektedir; böylece yedek edimi talep eden alacaklı, borçlu yedek edimi yerine getirmekten kaçındığı takdirde ancak

Alacaklının yedek edim yetkisini kullanması borcun ifa edilebilir olmasının bir şartı değildir; borç ilişkisinde başlangıçtanberi borçlanılan tek bir belirli edim vardır; borçlu, alacaklı yedek edim yetkisini kullanmadığı müddetçe, borçlandığı esas edimle borcunu ifa edebilir. Alacaklı yedek edim yetkisini kullanmadan esas edim imkânsızlaşmışsa, borçlu borcundan kurtulur ve alacaklının yedek edim yetkisi de sona erer. Alacaklı yedek edim yetkisini kullandıktan sonra borç ilişkisi, muhtevası yedek edim olan basit bir borç ilişkisi haline gelir.

Böylece seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borçlarla yedek edim yetkisinin alacaklıya tanındığı borç ilişkileri özellik'te kuruluşta iki bakımdan farklıdırlar: Seçimlik borçta muhteva başlangıçta belirsiz olup borcun ifa edilebilir olması seçim hakkının kullanılmasına bağlı olduğu halde, yedek edim yetkisi tanınan borç ilişkisinde muhteva başlangıçta belirlidir; zira tek edim borçlanılmıştır ve borcun ifası yedek edim yetkisinin kullanılmasına bağlı değildir.

Yedek edim yetkisini Borçlar Kanunu birçok maddelerinde tanımıştır. Örnek olarak BK 83 m. göre ecnebi parası ile bir meblağ borçlu bulunan kimse, bunu memleket parası ile ödeyebilir. BK 158 m./3 f. gereğince bir cayma tazminatı kararlaştırılmışsa, taraflardan herbiri, akitten cayabilir; şu şartlaki cayma tazminatı veren kararlaştırılmış cayma tazminatından vazgeçsin veya diğer taraf akitten caymak isterse iki mislini iade etsin (26). Cezai şart kararlaştırılmışsa, borçlunun akdi ifa etmemesi veya noksan ifa etmesi halinde, alacaklı akdin yerine getirilmesini veya cezanın ödenmesini talep edebilir (27). Medeni Kanunda da örnekler bulmak mümkündür: MK 506 m. ye göre vasiyet alacaklısına yedek edim yetkisi tanınmıştır. Kıymetinden kaybetmeksizin bölünemeyen bir mal vasiyet edilipte tenkise tabi ise, vasiyet alacaklısı ya malı iade ile tasarruf nisabının fazlasını ister veya tenkise tabi kıymeti öder (28). MK 309 m. gereğince mirasçı miras bırakanın nesebi sahîh olmayan çocuğuna

---

esas edimi talep edebilecektir; Federal mahkeme (JdT 1937, 397) alacaklıya tanınan yedek edim yetkisini yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmiştir.

(26) von Tuhr s. 834.

(27) ATF JdT 1937, 397; karşı fikir için bk. Erler s. 73.

(28) Bk. Y2HD 19.1.1954 E. 6534/K. 296, Saymen - Elbir - Erman, Türk içtihadlar külliyyatı, İstanbul 1954 c. 9 karar No. 57.

nafaka vermek yerine, çocuğun mirasçı olması halinde isteyebileceği şeyi verebilir. Yedek edim yetkisini taraflar sözleşme ilede kararlaştırmış olabilirler. Bu halde seçimlik borç mu, yoksa yedek edim yetkisi tanınmış bir borç ilişkisi mi bahis konusu edildiğini tespit güçtür. Tarafların iradesini yorumla meseleyi çözümlenmek gerekir. Ancak şüphe halinde aslolan seçimlik borç olmalıdır; Federal mahkeme bir kararında (29), bir para borcu bahis konusu olupta, borçlu onun yerine geçmek üzere bir şey vererek kurtulmaya yetkili kılınmışsa, bir seçimlik borç değil, fakat bir yedek edim yetkisi kabul etmiştir; seçim borçlanılmış edimlerden birini tespiti değil, borçlanılmış tek edimin sona erme tarzına ilişkin idi. Kararlaştırılan yedek edim yetkisi genellikle ödemede kolaylık sağlamak gayesi güttüğünden ekseriya borçluya tanınır.

#### **d — Seçimlik borçlar ve şarta bağlı borçlar :**

Ayırında esas tutulması gereken şart geciktirici şarttır. Geciktirici şart borçlunun yükümlendiği borcun doğumunu sağlayan belirsiz bir olaydır (30). Şarta bağlı borçlarda belirsizlik bir şeyin borçlanılmış olup olmadığı sorunu ile ilgilidir. Şart gerçekleşmedikçe alacaklı ifayı talep edemez. Halbuki seçimlik borçlarda, borçlunun yükümü başlangıçtanberi doğmuştur. Bu hususta belirsizlik yoktur. Belirsizlik yalnız talebin muhtevasına ilişkindir.

#### **III — Seçimlik borcun ifası bakımından özelliği :**

Seçimlik borçlarda ifa herşeyden önce belirli olmayan edimlerden birinin borcun konusu olarak tayinine bağlıdır. Edimin tayini seçim hakkı sahibi tarafından yapılacaktır. Seçimlik borcun ifası bakımından özelliği seçime ilişkin türlü sorunlarda kendini gösterir. Bu sorunlar üç ana konu etrafında tetkik edilebilir: önce tayin için seçim hakkının kullanılması gerekir. Fakat seçim hakkı kullanılmazsa durum ne olacaktır? Bu konular tetkik edildikten sonra, seçim hakkının ne zaman sona ereceğini belirtmek gerekir.

(29) ATF JdT 1924, 453.

(30) Oser - Schönerberger, Vorb. zu Art. 151 - 157 Anm. 11.

## 1 — Seçim hakkının kullanılması :

### a — Seçimin hukuki niteliği :

Borçlar kanunumuz seçim hakkının hukuki niteliğini açıkça belirtmemiştir. Modern hukuk doktrini seçim hakkını, dayanağını seçimlik borç ilişkisinde bulan yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmektedir (31). Seçim hakkı, hak sahibinin tek taraflı iradesiyle borcun alternatif muhtevasını, basit, belirli tek edimli bir muhteva haline getirmesini sağlamaktadır. Seçim hakkı bu yüzden değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul edilmelidir. Yenilik doğuran bir işlem olması itibarile, seçimden dönülemez. Zira yenilik doğuran işlemler karşı taraf için kesin bir nitelik taşımalarıdır (32). Hak kullanılmakla sona ermiştir. Seçimden dönme imkânından maksad seçim hakkının kullanılmasıyla meydana gelen durumun eski hale getirilebilmesidir. Diğer tarafa beyanın ulaşması ile otomatikman hüküm ve sonuçlar doğmuş, borç artık basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olup yeniden seçimlik borç haline getirilemez (33).

Seçim hakkı tek taraflı, yöneltilmesi gerekli, şekle bağlı olmayan ve şarta bağlanamayan bir irade beyanı ile kullanılır. İrade emarelerinden dahi (factum concludens) seçim hakkının kullanıldığı çıkartılabilir. Örnek olarak belirli bir edimin teklifi veya kabulü, borçlunun veya alacaklının seçim niyetile hareket ettikleri halde seçim hakkının kullanılması anlamındadır (34).

Seçim hakkının tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanı ile kullanılması modern hukuk sistemlerinin kabul ettikleri çözümdür. Müsterek hukukun çözüm tarzı başkaydı. Müsterek hukukta seçi-

(31) von Tuhr s. 74; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 8; L'huillier, La notion du droit formateur en droit suisse privé, Genève 1947 s. 219; Larenz s. 135; Esser s. 148; Tekinay s. 50; Oğuzman, Borçlar Hukuku dersleri, İstanbul 1968 s. 27.

(32) von Tuhr s. 144; L'Huillers, 220.

(33) Geri almada ise henüz tamamlanmamış yöneltilmesi gerekli bir irade beyanının hüküm doğurmasına engel olunmaktadır. Bk. Oğuzman, Hizmet «İş» akdinin feshi (tez), İstanbul 1955 s. 134.

(34) Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 8; von Tuhr s. 74; Erler s. 20; Larenz s. 135.

min hukuki niteliği alacaklı ve borçlu bakımından ayrı ayrı tetkik edilmiştir. Alacaklının seçim beyanı tek taraflı bağlayıcı bir irade beyanı olarak kabul edilmekte, halbuki borçlunun seçim beyanı alacaklının kabulüne bağlı bir irade beyanı olarak düşünülmemekte idi. Borçluya «*ius variandi*», (kabule kadar bağlı olmadığından dönme imkânı) tanınmıştı (35). Modern kanunlarda bu prensipten ayrılınmış, ilk defa BGB gerek alacaklı gerek borçlu için seçimin diğer tarafa yöneltilecek bir beyan ile gerçekleşeceğini kabul etmiştir (BGB § 263). Daha yeni kanunlardan İtalyan Medenî Kanunu da aynı prensibe yer vermiştir (36). İsviçre - Türk hukukunda kanunda açık bir hüküm olmamakla beraber seçimin yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile gerçekleşeceği kabul edilmektedir (37). Von Tuhr (38) seçimin tek taraflı hukuki işlem olarak kabulüne gerekçe olarak, bu çözüm tarzının kararlarda açıklık sağlayacağını ve seçimi Borçlar kanunundaki diğer tek taraflı işlemlerle ahenkli hale koyacağını belirtmektedir. Esasen taraflardan birine ifa edilecek edimi tayin hakkını verdikten sonra, yapılan seçimi diğer tarafın kabulüne bağlı tutmak, yani kendiliğinden tek taraflı olarak bunu yapamayacağını kabul etmek bağdaştırılmazdı.

Seçim beyanı yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı olduğundan çoğunlukla kabul edilen fikre göre varma ile hüküm doğuracaktır (39). Varmadan maksad beyanın, karşı tarafın iktidar sahasına yani normal olarak heran öğrenebileceği sahaya girmesidir. Karşı tarafın bunu öğrenip öğrenmediği araştırılmaz. Beyan varıncaya kadar tamamlanmadığından BK 9 m. kıyasen geri alınabileceği kabul edilmelidir. Geri alma beyanı, seçim beyanından önce veya aynı zamanda karşı tarafa varır veya daha sonra varmakla beraber,

---

(35) von Tuhr s. 74.

(36) ItMK 1286 m./2 f.: Seçim, edimlerden birinin ifası veya seçimin diğer tarafa beyanı veya seçimi üçüncü kişi yapıyorsa her iki tarafa beyanı ile dönülemez hale gelir.

(37) von Tuhr s. 74; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 8; Saymen - Elbir, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958 s. 606; Tunçomağ, Borçlar Hukuku dersleri, I cilt Genel Hükümler, İstanbul 1965 s. 53; Oğuzman, Borçlar Hukuku dersleri s. 27.

(38) von Tuhr s. 74.

(39) von Tuhr s. 168; Oser-Schönenberger Vorb. zu Art. 3-10 Anm. 19; Tunçomağ s. 82.

karşı taraf geri alma beyanını daha önce öğrenirse, hüküm ifade eder (40). Bu halde hak sahibi yeni bir seçim yapabilir.

Seçim hakkı şahsa bağlı haklardan değildir. Bu yüzden mirasçılara ve cüzi haleflere geçer (41). Devredilebilme bakımından seçim hakkı bağımsız devredilebilen bir yenilik doğuran hak değildir. Seçim hakkı borç ilişkisinin tümüyle birlikte devredilebileceği gibi, bu hak alacaklılık ve borçluluk sıfatına bağlı olmadığından, seçimlik borç ilişkisinden doğan alacakla birlikte devredilebilir (42). Bunun dışında bağımsız olarak seçim hakkını devretmek mümkün olmayacaktır.

### b — Hak sahibi :

Her seçimlik borcun esası edimlerden birinin borçlu tarafından ifasıdır. Bunun doğal sonucu da borçlunun kendisine uygun olan edimi seçip borcunu ifa etmesidir. Borç ilişkisi bu hakkın başka birisi tarafından kullanılması halinde ağırlaşabilir (43). Bu yüzden de borçludan başka birine verilecek seçim hakkı açıkça kararlaştırılmış olmalı veya hiç olmazsa işin niteliğinden anlaşılabilmelidir. Bu sonuç genellikle kabul edilmiştir. Borçlar Kanunu 71. maddede işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluya ait olduğunu kabul etmiştir (44). Seçim hakkı anlaşma ile alacaklıya veya üçüncü bir kişiye tanınabilir. İşin niteliğinden yani sözleşme hükümlerinin veya olayların yorumu ile seçim hakkının alacaklıya veya üçüncü bir kişiye tanındığı da anlaşılabilir. Buna örnek olarak lokantada tabldot isteyen müşterinin seçim hakkına sahip olması gösterilebilir (45). İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede her iki tara-

(40) Yönetilmesi gerekli irade beyanlarının varma ile hüküm ifade edecekleri fikri itirazlarda karşılaşmıştır. Bu fikre göre işlemin niteliği ve menfaat ilişkisi gözönünde tutularak, işlemde beyan sahibi korunmak istenmişse yönetilme, karşı taraf korunmak isteniyorsa varma ve hatta öğrenme yeterlidir. Bk. Oğuzman tez s. 130.

(41) Tunçomağ, s. 54.

(42) Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechtes, «Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt» tarafından çıkarılan özel bası, s. 26; Esser s. 75; Erler s. 20.

(43) Pescatore s. 46.

(44) BGB § 262; FMK 1190 m.; ItMK 1286 m. aynı çözümü kabul etmiştir.

(45) Saymen - Elbir s. 607 Not 51; Oğuzman, Borçlar Hukuku dersleri, s. 27.

fın borçları da seçimlik ise seçim hakkının kime ait olduğunu sözleşme ile kararlaştırmak mümkündür. Sözleşmede hüküm yoksa, sözleşmenin yapılması sırasındaki iradelerin yorumu ile bir sonuca varmaya çalışılır (46). Fakat bir sonuca varılamıyorsa kabul edilen çözüm, taraflardan herbirinin kendi alacağını, diğerine seçim imkânı kalacak şekilde ileri sürmesidir (47).

Seçim hakkını kullanırken hak sahibi karşı tarafın menfaatlerini gözetmeye mecbur değildir.

### c — Seçim hakkının kullanılmasının sonuçları :

Hak sahibi seçimi yapıp, iradesini beyan edince, beyanın karşı tarafa varması ile borç ilişkisinin bütün sonuçları bir tek konu (seçilen edim) üzerinde toplanır. Böylece seçimlik borç basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur. Seçimden dönülemediğine göre bu diğer edimlerden vazgeçildiği anlamına gelir. Seçim yapıldıktan sonra hak sahibinin ölümü halinde mirasçılar bu seçimle bağlıdır.

Bozucu askı teorisine göre hak sahibi seçim hakkını kullanınca, seçilen edimden başka diğer edimler ortadan kalkacaktır. Geciktirici askı teorisinde ise seçim hakkının kullanılması ile borcun konusu doğmuş olmaktadır. Bugün kabul edilen belirsiz edim teorisinde ise seçim hakkının kullanılması ile belirsiz olan borç konusu belirli hale gelmektedir.

### 2 — Seçim hakkının kullanılmaması :

Bu başlık altında iki husus tetkik edilecektir. Birinci halde seçim hakkı sahibi bu hakka sahip olduğunu bilmediği için hakkını kullanmadan edimini yerine getirmiş veya edimi kabul etmiştir. İkinci bir ihtimalde ise seçim hakkı sahibi, hak sahibi olduğunu bile bile bunu kullanmamaktadır.

(46) Oser - Schönerberger Art. 72 Anm. 7.

(47) von Tuhr s. 73; Oser - Schönerberger Art. 72 Anm. 7.

**A — Kusursuz kullanmama :****a — Seçim hakkına borçlu sahipse :**

Borçlu hataen kendisini adi bir borcun borçlusu sayarak bir şey ödemişse, edimini borç olmayan şeyin tediyesi hükümlerine dayanarak haksız iktisap kurallarına göre geri isteyebilir. Borçlunun hatası, hakkını sona erdirerek durumunu ağırlaştırmamalıdır; borçlu seçim hakkını kullanmadan edim belirsiz idi ve seçimle ödediği şeyi borcun konusu olmaktan çıkarabilecekti. Fakat seçim hakkının varlığını öğrendikten sonra seçimi verdiği şey lehine kullanabilir (48).

**b — Seçim hakkına alacaklı sahipse :**

Alacaklı kendini adi bir borcun alacaklısı zannederek hataen bir edimi talep etmişse, hata hükümlerine dayanarak irade beyanını iptal edebilir ve seçim hakkını diğer edim lehine kullanabilir. Borçlunun yerine getirdiği edimi kayıtsız kabul etmişse, seçim hakkını zımnen kullandığı anlaşılabilir. Bu haldede alacaklıyı hata hükümlerinden faydalandırarak, kabul ettiği edimi iade ile seçim hakkını diğer edim lehine kullanabilmesine imkân vermek gerekir (49).

**B — Kusurlu kullanmama :****a — Seçim hakkına borçlu sahipse :**

Seçimlik borcun özelliği borcun ifa edilebilir hale gelmesinin seçim hakkının kullanılmasına bağlı olmasıdır. Borçlu, borcunu ifa edebilmek için seçim hakkını kullanmak mecburiyetindedir (50). Ancak bu yüküm borçlunun, borçlandığı edim fiili, yani ifa sonucunu sağlamak için kendisi tarafından yapılması gerekli bütün tedbirler arasında yer alarak bağımsız olmayan bir yüküm teşkil etmektedir.

(48) Nastelski RGR Komm. § 263 Anm. 5; Larenz s. 135; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 8; Karşı fikir için bk. Becker Art. 72 Anm. 11.

(49) Larenz s. 136.

(50) Krş. Pescatore s. 170 vd.



Böylece açıkça bir bağımsız yüküm olarak tanınmış olmadıkça, seçim hakkı, bağımsız bir ifa davası konusu olamaz. Kanun seçim hakkının ne zaman kullanılmak gerektiğini belirtmemiştir. Bu hale göre borçlu en geç ifaya kadar seçim hakkını kullanmalıdır. Seçim hakkını açıkça kullanmadan bir edimi yerine getiren borçlunun, bu hareketinden, zimnen seçim hakkını bu edim lehine kullandığı anlaşılır. Seçim hakkı kullanılmadan ifa zamanı geçirilirse, sonuç borçlunun temerrüde düşmesi olacaktır. BK 101 m. vd. temerrüt hükümleri uygulanabilecek, özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde BK 106 - 108 m. göre alacaklı kendine tanınan imkânlardan faydalanabilecektir.

Kanunda düzenlenmeyen husus borçlu temerrüdünün, borçlunun seçim hakkı üzerindeki etkisinin ne olacağıdır. Getirilen çözüm tarzları birbirinden farklıdır.

Bir fikre göre (51) alacaklının talep ve davasının muhtevası edimlerden birini seçmek imkânını borçluya verecek şekilde olmalıdır. Zira alacaklı, edimlerden yalnız birini talep ve dava ederse, borçlu diğerini seçerek bu edimden kurtulmak imkânına sahip olduğuna göre, kendisinden borçlandığı şeyden fazlası istenmiş olacaktır (52). Dava sonucu verilecek hükümde, borçlu alternatif şekilde ifaya mahkûm edilmek gerekir. Fakat alternatif tarzda hüküm verildikten sonra borçlu, seçim hakkını kullanmamakta devam ederse durum ne olacaktır? BGB nin çözüm tarzı (BGB § 264), alacaklının cebri icrayı edimlerden biri için talep edebileceği, fakat alacaklının bu edimi kısmen veya tamamen elde etmesine kadar borçlunun diğer edimi vererek borcundan kurtulabileceği tarzındadır. von Tuhr (53) bu hükmün İsviçre Borçlar hukuku sahasında da geçerli olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Oser - Schönenberger (54) bu fikre karşı, ancak belli bir edim hakkında cebri icra mümkün olabileceğinden, alternatif tarzda verilen hükmün cebri icraya konu teşkil edemeyeceğini belirtmektedirler. Bu yazarlara göre alacaklı yeni bir dava hakkına sahiptir.

(51) von Tuhr s. 75; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 10; Tunçomağ s. 54.

(52) von Tuhr s. 75.

(53) von Tuhr s. 75; Aynı fikre Tunçomağ s. 54 ve Tekinay s. 52 katılmışlardır.

(54) Oser-Schönenberger, Art. 72 Anm. 10.

Davada, alacaklı, borçluya bir süre, seçim hakkını kullanmasını, kullanmadığı takdirde bu hakkın kendisine veya yargıca geçmesini ve aynı zamanda tazminat ödenmesini talep edecektir (55). Bu sonucun Türk hukuku bakımından kabulü şüphelidir. Seçim hakkı açıkça borçluya tanındıktan sonra bunun alacaklıya veya yargıca geçmesini sağlayacak bir hüküm olmak gerekirdi.

Problem karşısında ileri sürülmüş bir fikirde (56) BK 85 m./2 f. yı kıyasen uygulamaktır. Bu hükme göre borçlunun alacaklıya karşı birden fazla borcu olupta, bir ödemede bulunursa, ödemeye hangi borca mahsuben yaptığını bildirir. Bildirmezse, derhal itiraz etmedikçe, ödeme, alacaklının makbuzda bildireceği borca mahsup edilmiş farz olunur. Hüküm kıyasen uygulanınca, borçlunun hangi borç hakkında ödemede bulunduğu dair seçim hakkı alacaklıya geçtiğine göre seçimlik borçlarda da borçlu seçim hakkını kullanmıyorsa, seçim hakkı alacaklıya geçer. Fakat borçlu buna derhal itiraz edebilir. Bu itiraz karşısında kalan alacaklı birinci fikirdeki gibi, alternatif şekilde bir dava açacaktır. Hüküm alternatif olacak, borçlu seçim hakkını kullanmamakta direnirse BGB deki çözüm tarzı kabul edilecektir (57). Ancak BK 85 m./ 2 f. nin seçimlik borçlarda kıyasen uygulanması şüpheli görünmektedir. Zira borçlu hangi borç için ödemede bulunduğunu bildirmese de, seçim hakkı alacaklıya geçmiş olmaz. Alacaklı sadece makbuzda mahsup hakkındaki fikrini bildirir. Fakat bu bildirme üzerine tek taraflı olarak kararı vermek hakkı gene borçludur. İtiraz etmezse, bu, makbuzda gösterilen borcu mahsuben ödemede bulunduğu dair bir irade beyanıdır (58). Seçim hakkı alacaklıya geçmeyince hükmün kıyasen uygulanması bahis konusu olmaz.

Son bir fikir, borçlu seçim hakkını kullanmadığı takdirde alacaklıya bir tazminat davası hakkı tanımak olabilir (59). Gerçekten borçlu seçim hakkını kullanmadıkça, alacaklı alternatif edimlerden hiçbirini (ne x edimini ne de y edimini) elde edememektedir. Alacak-

(55) Bu sonuç ItMK da kısmen kabul edilmiştir. ItMK 1287 m.; Borçlu birden fazla edimi alternatif olarak ifaya mahkûm edilipte, yargıcın tayin ettiği süre içinde bunlardan hiçbirini ifa etmezse, seçim alacaklıya aittir.

(56) Saymen - Elbir, s. 607.

(57) Saymen - Elbir s. 607.

(58) Oser - Schönerberger Art. 86 Anm. 6.

(59) Krş. Becker Art. 72 Anm. 9.

lıya, borçlunun seçim hakkını kullanmasını temin için dava hakkı da tanınmamıştır (60). Alacaklının ifayı cebri icra yoluyla elde etmesi mümkün olmayan hallerde ifa imkânsızlığı fikri kabul edilirse (61) alacaklı seçim hakkını kullanmayan borçludan ancak tazminat talep edebilir. Bu çözüm kanuna en uygun olanı gibi gözükmektedir.

### b — Seçim hakkına alacaklı sahipse :

Genellikle kabul edilen fikre göre borçlu edimleri borca uygun şekilde birisini seçmek üzere arz edip alacaklı seçim hakkını kullanmazsa, alacaklı temerrüdüne düşer (62). Zira seçim hakkının kullanılması, ifa için gerekli işlemlerden biridir; borcun ifa edilebilmesi için alacaklının bu tarzda iştiraki şarttır. Uygulanacak hükümler alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerdir. İfa bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, borçlu BK 94 m. ye göre sözleşmeyi feshedebilir. Edimler, bir şeyin teslimi borcu iseler uygulanabilecek maddeler BK 91 m. vd. dir. Bu maddeler hükümleri, borçluya o şeyi tevdi ederek borcundan kurtulma imkânı vermektedirler. Seçimlik borçlarda bu kural uygulanırsa borçlu bütün edimleri tevdi etmelidir. Bir tek edimi tevdi ederse borçtan kurtulamaz; edimlerden hiçbiri, alacaklı seçimi yapmadıkça BK 91 m. anlamında borçlanılmış şey kavramına girmez. Fakat borçludan da bütün edimleri tevdi etmesi istenemez. Alacaklının ifa için gerekli bir hazırlık işlemini yapmaması yüzünden borçlunun durumu ağırlaşmamalıdır. Bu halde bir fikre göre BK 94 m. kıyasen uygulanarak borçlunun sözleşmeyi feshetmesine imkân vermek gereklidir (63). Zira deniyor, BK 94 m. nin amacı borçlunun tevdi suretile kurtulamayacağı borçlarda, borçluya sözleşmeyi feshetme imkânı vermektir. Maddenin açık ifadesine bağlı kalındığı takdirde bu sonucun kabul edilemeyeceği fikrinden

(60) Taraflar seçimin yapılmasını borçluya bağımsız bir borç olarak yüklemiş olsalar dahi, tanınabilecek bir dava hakkının pratik önemi olmayacaktır. Seçimin yapılması için verilecek bir hükme dayanarak (irade beyanında bulunmaya dair hüküm), borçlunun cebri icra yoluyla tazyikine imkân yoktur. Bu halde de ancak imkânsızlıktan dolayı tazminat davası hakkı tanınabilir.

(61) Oğuzman, tez, s. 143.

(62) von Tuhr s. 75; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 11; Becker Art. 72 Anm. 8.

(63) von Tuhr s. 75; Becker Art. 72 Anm. 8; Tunçomağ s. 55.

hareketle bazı yazarlar, borçluya, alacaklıyı, seçim hakkını kullanması için dava edilebilmesi imkânını tanımaktadırlar (64). Ancak bu sonuca varabilmek için, alacaklının seçim hakkını kullanması kendisine bir yüküm olarak yüklenip yüklenmediğine bakmak gerekir. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı alacaklıda ise, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edim alacaklının iştirakini gerektirir. Seçim sırf bir hak olarak tanınırsa, alacaklı bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir (65). Bu halde alacaklıya karşı, onu seçime zorlamak için borçlunun bir dava hakkı olmasa gerektir. Fakat seçim alacaklıya aynı zamanda bir borç olarak da yükletilmiş olabilir. Bu takdirde alacaklı seçimi yapmaya zorlanabilir. Zamanında seçimin yapılmaması alacaklıyı borçlu temerrüdüne düşürür. Borçlu seçimin gecikmesinden uğradığı zararların tazminini isteyebilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde BK 106 m. gereğince sözleşmeden dönme imkânına sahiptir. Borçluya, alacaklıyı seçim beyanına zorlamak için bir ifa davası hakkı da tanınmalıdır. Hüküm irade beyanına mahkûmiyet (seçim beyanında bulunma) şeklinde olacak ve alacaklı İc. If. K. 343 m. ye göre zorlanabilecektir. Ancak alacaklı zorlamaya rağmen seçimi yapmamakta direniyorsa, hükmün cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi imkânı yoktur (66). Fakat borçluyu da. borcunu ifa edebilmesi için süresiz olarak, alacaklının seçimi yapmasını beklemekle mecbur tutmamak gerekir. Alacaklı, borçlandığı seçimi «ifa süresinde» yapmalıdır. İfa süresi her sözleşmede, sözleşmenin niteliği, özel muhtevası ve gayesine göre tespit edilebilir (67). İfa süresi ifanın mümkün olabileceği süreyi gösterir ve bu süre geçtikten sonra ifa imkânsız hale gelir. İfa süresinde seçimi yapmayan alacaklı seçimi yapma borcunu imkânsızlaştırır. Seçim beyanında bulunma imkânı ortadan kalkıncada, esas borçlunun alternatif edimlerden birini yerine getirerek borcundan kurtulma imkânı ortadan kalkacak ve borçlunun borcu bakımından ifa imkânsızlığı kabul edilmek gerekecektir. Borçlu bu yüzden uğradığı zararları alacaklıya tazmin ettirebilir.

Alacaklı seçim hakkını kullanmıyorsa, bu hakkın borçluya geçmesi görüşü basit ve pratik olması dolayısıyla de lege ferenda çözüm

(64) Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 11.

(65) von Tuhr s. 569.

(66) Oğuzman, tez. s. 143.

(67) Larenz s. 239.

olarak gözükmektedir (68). Federal mahkeme pozitif hukuk bakımından da bu görüştedir (69).

### c — Seçim hakkına üçüncü bir kişi sahipse :

Seçim hakkı üçüncü bir kişinin serbest arzusuna bırakılabilir. Yani bu kişi seçimi yapıp yapmamakta tamamen serbest olabilir. Bu halde boş ilişkisi şarta bağlı bir borç niteliğindedir ve şarta dair hükümlerin uygulanması gerekir (70). Fakat seçim üçüncü kişinin takdirine de bırakılabilir. Yani seçim üçüncü kişinin birkaç edim arasından takdirine göre, birini seçmesine ilişkin olabilir. Genellikle kabul edilen fikre göre üçüncü kişi seçim hakkını kullanmazsa, onun yerine yargıcın karar vermesi talep edilebilmelidir (71).

### 3 — Seçim hakkının sona ermesi: (Seçimlik borçlarda ifa imkânsızlığı) (72).

Borçlar kanunu seçimlik borçlarda ifa imkânsızlığına dair özel hükümler getirmemiştir. Halbuki diğer hukuk nizamları bu konuyu etraflıca düzenlemişlerdir (73). Türk hukukunda çözüm genel hükümlerden çıkarılmak gerekir. İmkânsızlık seçim hakkı kullanıldıktan sonra meydana gelmişse, seçimlik borç adi bir borç haline geldiğinden, basit borç ilişkilerine ilişkin hükümler uygulanır. Seçim yapılmadan önce edimlerden birinin veya hepsinin imkânsız hale gelmesine uygulanacak kuralları iki kısımda tetkik etmek mümkün-

(68) Saymen - Elbir s. 608; Tekinay s. 52; BGB § 264: Borçlu alacaklının seçimi yapması için uygun bir süre tayin eder. Bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmamışsa seçim hakkı borçluya geçer. ItMK 1287 m. aynı çözümü kabul etmiştir.

(69) BGE 42 II 225.

(70) Oser - Schönerberger Art. 72 Anm. 12; Saymen - Elbir s. 608; Tunçomağ s. 55.

(71) Oser-Schönerberger Art. 72 Anm. 12; ItMK 1287 m./3 f.: Seçim hakkı bir üçüncü kişide olupta, tayin edilen sürede seçimi yapmazsa, seçimi yargıç yapabilir.

(72) Edimlerden biri sözleşmenin kurulmasından itibaren imkânsızsa borç baştanberi adi bir borçtur. Ancak istisnaen, imkânsız olan edim olmadıkça sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılabilirse sözleşme BK 20 m./2 f. göre batıldır. von Tuhr s. 76; Becker Art. 72 Anm. 13; Oser-Schönerberger Art. 72 Anm. 14.

(73) BGB § 265; FMK 1193 - 1194 m.; ItMK 1288 - 1290 m.

dür.: İmkânsızlık ya borçlunun kusuru olmadan veya bir kusuru neticesinde meydana gelmiştir.

### A — Kusursuz imkânsızlık :

Uygulanması gereken prensip «temerküz» prensibidir. Belirli olmayan iki edim var olup ta, biri borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşmışsa, diğer edim borcun konusu kalır. Zira borçlanılmış olarak kalan şey sadece diğer edimdir (74). Ancak edimler ikiden fazla olup biri borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerden imkânsızlaşmışsa, seçim hakkı geri kalanlar için devam eder. Edimlerin hepsi borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşmışsa borçlu borcundan kurtulur.

Edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkânsızlaşmışsa, uygulanacak hüküm kanunda gösterilmemiştir. Çözümüne genel hükümlerden ulaşılmak istenirse uygulanması gerekli hüküm BK. 117 m. dir. Edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkânsızlaşmışsa, bu edim borç ilişkisinden çıkmıştır ve artık borcun konusu değildir. Fakat diğer edimin ifası imkansız değildir. Borç ilişkisi bu edim üzerinde taplanacak ve seçim hakkı sona erecektir: Borçlu geri kalan edimi yerine getirecek, fakat alacaklıdan da zararının tazminini talep edebilecektir. Bu çözüm kanunun uygulanmasından elde edilmekle beraber, tatminkâr değildir. Zira alacaklının bizzat kendisinin sorumlu olduğu bir davranışı dolayısıyla borçlunun hukuki durumu kötüleşmiş olmaktadır (75). Bu yüzden de yazarların çoğunluğu, kanuni dayanağı olmamakla beraber, BGB § 265/2 deki çözümü., İsviçre ve Türk hukukunda da aynen uygulayarak, edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkânsızlaştığı takdirde, borçlunun imkânsızlaşan edimi borcun konusu olarak gösterebileceğini ve BK 117 m. gereğince borçtan kurtulabileceğini kabul etmektedirler (76).

(74) von Tuhr s. 76; Becker Art. 72 Anm. 15; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 15; Tekinay s. 53; Bu sonucun menfaatler dengesine uygun olmadığı, çözüm tarzının, seçim hakkının sona ermeyip devam etmesi şeklinde olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bk. Heck, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 s. 39.

(75) Becker Art. 72 Anm. 15.

(76) von Tuhr s. 77; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 15; Becker Art. 72 Anm. 15; Saymen - Elbir s. 609; Tunçomağ s. 55; Tekinay s. 53; BGB § 265/2: edim, seçim hakkını haiz olmayan tarafın sorumlu olduğu bir sebepten imkânsızlaşmışsa temerküz meydana gelmez.

Edimlerin hepsi alacaklının kusuru ile imkânsızlaşmışsa, borç sona erer, fakat borçlu uğradığı zararı tazmin ettirebilir.

Seçim hakkı alacaklıda olup ta, edim alacaklının kusuru ile imkânsızlaşmışsa, o edim borç konusu olmaktan çıkacaktır. Borç ilişkisi diğer edim üzerinde toplanır. Alacaklının seçim hakkı da sona erer (77). Fakat borçluda zararını tazmin ettirecektir. Edimlerden her ikisi de alacaklının kusuru ile imkânsızlaşmışsa, borç sona erer; borçlu uğradığı zararı tazmin ettirebilir.

### **B — Kusurlu imkânsızlık :**

İlk bakışta kusurlu imkânsızlığın seçim hakkının sona ermesi başlığı altında incelenmesi yersiz bulunabilir. Fakat meselenin tetkik yerinin burası olup olmaması, kusurlu imkânsızlık hallerini düzenleyen BK 96 m. den anlaşılacak anlama göre değişecektir. Gerçekten bu madde iki şekilde yorumlanmıştır: Hâkim fikir kusurlu imkânsızlık halinde borcun sona ermeyip yerine tazminatın geçtiğini kabul etmektedir (78). Karşı fikir ise imkânsızlıktan borçlu ister sorumlu olsun ister olmasın borcun sona ereceğini, BK 117 ve 96 maddelerde yalnız sonuçların düzenlendiğini ve imkânsızlıktan borçlu sorumlu ise (kusurlu imkânsızlık), alacaklının borcun ifasını elde edememesinden dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebileceğini savunmaktadır (79).

Bu fikirlerden birini veya diğerini kabul etmek konumuz bakımından şu özelliğe sahiptir: Hâkim fikir kabul edilirse imkânsızlaşan edimin yerine tazminat geçecek ve seçim hakkı sona ermeyecektir. Halbuki ikinci fikir savunulursa imkânsızlaşan edim bakımından borç sona ereceğinden aynı zamanda seçim hakkı da sona erecektir. Azınlıkta kalan ikinci fikir birçok problemin çözümlenmesinde daha uygun sonuçlara götürdüğünden üstün gözükmektedir. Bu yüzden de, kusurlu imkânsızlık, seçim hakkının sona ermesi başlığı altında incelenmiştir. Fakat hâkim fikirde ihmal edilmeyerek

(77) Becker Art. 72 Anm. 15.

(78) von Tuhr s. 90; Oser-Schönenberger, Vorb. zu Art. 97-109 Anm. 2.

(79) Oğuzman, tez, s. 144 not 46; Borçlar Hukuku dersleri s. 92 vd.; Nastelski RGR-BGB Komm. § 325 Anm. 6.

bu fikir karşısında, seçimlik borçlarda kusurlu imkânsızlığın çözüm tarzı da incelenmeye çalışılmıştır.

**a — Seçim hakkı borçluda ise :**

Hâkim görüşüne göre, edimlerden biri borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmışsa, bu edimin yerine tazminat geçecektir (80). Seçim hakkı sona ermeyecek borçlu tazminatı veya diğer edimi vererek borcundan kurtulabilecektir. Ancak kusursuz imkânsızlık halinde borçlunun seçim hakkının sona ermesi, kusurlu imkânsızlık halinde ise sona ermemesi gibi borçluyu, kusurlu imkânsızlık halinde daha uygun bir duruma getiren sistem ortaya çıkacaktır. Hâkim fikri kabul eden bazı yazarlarda, kendileriyle çelişmezlik halinde de olsa, edimlerden birinin borçlunun kusuru ile imkânsızlaşması halinde borcun diğer edim üzerinde toplanacağını belirtmişlerdir (81). Fakat bu edim dahi sonradan borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşır, borçlu borcundan kurtulmayacak, birinci edim kusuru ile imkânsızlaştığından dolayı sorumlu tutulabilecektir. Zira alacaklı borçlunun kusuru yüzünden hiç bir edimi elde edememektedir (82). Halbuki eğer birinci edim bakımından seçim hakkı sona erip borç basit bir borç haline gelmişse, borçluda edimin kusursuz imkânsızlaşması ile borcundan kurtulması gerekirdi. Gene hâkim fikirde edimlerden her ikisi de borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmışsa, her birinin yerini tazminat alacağından, borçlu, birini tazmin ederek borcundan kurtulabilmelidir.

Kusurlu imkânsızlığın borcu sona erdirdiği kabul edilirse, imkânsızlaşan edim borcun muhtevassından çıkar. Ve borçlanılmış olarak diğer edim kalır. İmkânsız edim borçlanılmış olmaktan çıkınca, seçim hakkı da ortadan kalkar. Borçlu ancak bu edimi yerine getirerek borcundan kurtulabilir. Bütün edimler borçlunun kusuru ile im-

(80) Becker Art. 72 Anm. 14.

(81) von Tuhr s. 77; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 15; Tunçomağ s. 56; Öyle görülüyor ki yazarlar BGB § 265 in çözümünü olduğu gibi aktarmaktadırlar. Bu paragrafa göre edimlerden biri başlangıçtanberi imkânsızsa veya daha sonra imkânsız hale gelmişse, borç ilişkisi diğer edim üzerinde toplanır. Temerküz, edimin seçim hakkına sahip olmayan tarafa yüklenebilecek bir sebeple imkânsızlaşması halinde meydana gelmez, FMK 1193 m./1 f. ve ItMK 1289 m. çözümleri aynıdır.

(82) von Tuhr s. 77.



kânsızlaşmışsa borç ve seçim hakkı da sona erer. Fakat borçlu edimini yerine getirmediğinden dolayı alacaklının zararlarını tazmin ile yükümlüdür.

**b — Seçim hakkı alacaklıda ise :**

Hâkim fikre göre, edimlerden biri borçlunun kusuru ile imkânsız hale gelmişse, bunun yerini tazminat alacak, alacaklı seçim hakkını kaybetmeyeceğinden tazminatla diğer edim arasında seçim hakkını kullanabilecektir (83). Edimlerin hepsi borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmışsa, yerlerine tazminat geçeceğinden, alacaklı birinin tazmini talep edebilir.

İkinci fikirde ise, edimlerden biri borçlunun kusuru ile imkânsızlaşır, borç bu edim bakımından sona erer. Alacaklının seçim hakkı da ortadan kalkar. Borç ilişkisi böylece diğer edim üzerinde toplanır. Fakat alacaklı kendisine bu edimin verilmiş olmasından (yani seçim hakkını kullanmamış olmasından) bir zarara uğramışsa, bunu da tazmin ettirebilecektir. Edimlerin hepsi imkânsızlaşmışsa, borç sona erer, fakat ifayı elde edememesinden dolayı uğradığı zararları alacaklı tazmin ettirebilir.

**c — Seçim hakkı üçüncü bir kişide ise :**

Borçlunun kusuru ile edimlerden biri imkânsızlaşmışsa hâkim fikirde bunun yerini tazminat alacaktır. Bu halde üçüncü kişi seçim hakkını tazminat veya diğer edim lehine kullanabilecektir. Her iki edimde borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmışsa, üçüncü kişi iki tazminat alacağı arasında tercih yapabilir.

Halbuki ikinci fikirde bir edim bakımından borcun sona ermesiyle seçim hakkı da sona erecektir. Borç ilişkisi diğer edim üzerinde toplanacaktır. Edimlerin hepsi borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmışsa, borç sona erecek, fakat alacaklı ifayı elde edememesinden dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir.

---

(83) von Tuhr s. 77; Oser-Schönenberger Art. 72 Anm. 16; Becker Art. 72 Anm. 14; Tunçomağ s. 56; Tekinay s. 53.