

BORCUN İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN ÖNCEDEN BİLDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Selin SERT**
*Ali Hulki CİHAN, LL.M.***

ÖZET:

Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi, borçlu tarafından vade tarihinden önce alacaklıya bildirimde bulunularak borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesidir. Kavramın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır. Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi kavramını ifa engeli olup olmadığı ve hukuki niteliği çalışma konusunun temelini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Borçlu, Alacaklı, Vade, Borcun İfa Edilmemesi.

ABSTRACT:

Be notified of the debt would be carried out by the borrower, the creditor before the due date would be carried out by a notification of the debt is reported. Concept No. 6098 there is no provision in the Turkish Code of Obligations. The execution of debt would be notified as to whether the concept impediment and the legal nature of the work is the basis of the subject.

Keywords: Debtors, Creditors, The Maturity of the Debt to be Carried Out.

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, karşılığını kavram yönünden Türk Borçlar Kanunu'nda bulmayan, ancak hemen bütün borç ilişkileri için uygulamadan söz konusu olan bir durumdur. Bu durumda sözleşme adaletini sağlama adına borç ilişkisinin çözülmesi esnasında doğru hükümlerin uygulanması, sözleşme adaleti bakımından kaçınılmaz bir zorunluluktur. Sözleşmedeki edimlerin ifası yönünden deyim yerindeyse “perşembenin gelişinin çarşambadan belli olduğu” durumlarda çözüm hem pratik fayda sağlamaya yönelik olmalı, hukuk kurallarının doğru yorumuna dayanmalı, hem de hakkaniyete uygun olmalıdır.

Bu esaslardan hareketle aşağıda iki bölümde konuyu inceleyeceğiz.

I. BORCUN İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN ÖNCEDEN BİLDİRİLMESİ KAVRAMI

A. Genel Çerçeve

Geçerli olarak kurulan ve sonuç doğurmaya yönelen her borç ilişkisinin ifa ile sona ermesi beklense de, bu ilişkinin her zaman ifa ya da ifa yerini tutan bir edimle son bulması mümkün olmamakta ya da mümkün olamamaktadır. Borç ilişkisinin bu şekilde ifa ya da ifa yerini tutan bir edimle son bulmaması bazen borçludan bazen alacaklıdan bazen de tamamen farklı bir nedenden kaynaklanmaktadır. İfanın gerçekleştirilmemesinin nedeni; borç ilişkisi¹ kurulduktan sonra ortaya çıkabileceği gibi borç ilişkisi kurulmadan önce de var olabilir. Tüm bu hallerde ifa ya hiç yapılmaz, ya hiç gerçekleşmez veya borç gereği gibi ifa edilemez. Edimin ifası sırasında ortaya çıkan umulmayan haller de ifanın gerçekleşmesini engelleyebilmektedir. Sözleşmenin ifasının değişen koşullar nedeniyle gerçekleştirilememesi de imkân dâhilinde olabilmektedir. Bu hallerin tamamı ifa engelleri², ifa arzaları³

¹ Borç ilişkisi doktrinde biri dar biri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Borç kavramıyla eş anlamda kullanılan dar anlamdaki borç ilişkisi, münferit bir alacağın sahibi ile bir edimde bulunmakla yükümlü borçluyu karşılıklı olarak birbirine bağlayan bir hukuki ilişkidir. Geniş anlamda borç ilişkisi ise alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tamamını ifade etmektedir. Bu ilişkiden çok sayıda edim yükümleri, yan yükümler ve koruma yükümleriyle, inşai haklar ve hukuki durumlar doğmaktadır”. Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.30.

² “İfa engeli yerine genellikle, sözleşmeye aykırılıktan söz edilir. Oysa borçlunun kendi elinde olmayan nedenlerle ifa imkânsızlığına veya aşırı ifa güçlüğüne düşmesinde ya da alacaklı temerrüdü halinde sözleşmeye aykırılık yoktur.”; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Genel Bölüm), İstanbul 2009, s. 130; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa In Contrehendo”, (Müspet İhlal), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul 1990, s.29.

³ Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 234.

veya ifa ihlalleri⁴ olarak ifade edilmektedir. İfa engelini; tarafların iradesi dışında olan ve akdin yapıldığı sırada öngörülmesi mümkün olmayan, borcun gereği gibi ifasını engelleyen her türlü olay olarak tanımlanabiliriz.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi; alacaklıyı borcun ifa edileceğine dair içinde bulunduğu beklentiden kurtaran bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Alacaklı da bu sayede vadeden önce borcun ifa edilmeyeceğini bilmekte ve ona göre hareket etmektedir. Alacaklıyı haklı beklentiden kurtaran bu bildirim vade tarihinden ne kadar önce yapıldığı da önemlidir. Alacaklı ne kadar erken borcun ifa edilmeyeceğini öğrenirse başvurabileceği imkânlar da bu ölçüde artacaktır.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi kavramı birden çok kavramla karıştırılabilecek nitelikte olduğu için öncelikle bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklanması gerekecektir.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi kavramı, işlevi bakımından alacaklıya sözleşmeden bir dönme imkânı verilip verilmemesi noktasında büyük önem arz eder. Çünkü ifanın gerçekleşmeyeceği önceden bildirilen alacaklının, ifa tarihine kadar ifa edileceği umuduyla sözleşmeyle bağlı olması, sözleşme adaletine aykırıdır ve bu alacaklıdan beklenemez. Aksi bir durum, alacaklının olayların çoğunda maddi anlamda zarar görmesine sebep olacak niteliktedir.

B. Kavram Sorunu

Borcun ifa edilmeyeceğini önceden bildirilmesi kavramı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmemiş bir kavramdır. TBK borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde başvurabileceği hukuki imkânları düzenlemiştir (m.112). Borçlunun ifa etmeyeceğini önceden açıkça bildirmesi durumunda alacaklının başvurabileceği bir hukuki imkânın varlığına ilişkin kanunumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle karşılıklı edimleri içeren borç ilişkilerinde taraflardan birinin borcunun vadesinin daha önceki bir tarih olması ve bu tarafın sözleşmeye uygun olarak borcunu ifa etmiş bulunmasına rağmen, diğer tarafın kendi borcunun vade tarihinden önce açıkça edimini ifa etmeyeceğini açıkladığı bir ihtimalde, edimini ifa etmiş taraf yönünden bir adaletsizlik mevcuttur.

Doktrinde borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunun “*Öncelenmiş borca aykırılık*” kavramı ile ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵. Bu kavramın esas alınmasında ise Viyana Satım Sözleşmesi⁶ (CISG) in esas

⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, 15. Bası, s.952.

⁵ Başak Başoğlu, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, (Borca Aykırılık), İÜHFİM, C.66, S.2, 2008, s. 288; Yeşim M Atamer, Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2005, s. 410, dn. 694.

alındığı bu sözleşmenin Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kanun teklifinin ekinde yer alan tercümede ise İngilizce metinde "*Anticipatory Breach*" olarak ifade edilen kavram "*Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık*" olarak ifade edilmiştir. Öne alınmış sözleşmeye aykırılık kavramının ise öncelenmiş borca aykırılıkların sadece sözleşmeden kaynaklanan borçlar açısından değil, tüm borca aykırılıklar bakımından değerlendirilmesi sebebiyle öncelenmiş borca aykırılık kavramının tercih edildiği belirtilmiştir. Buna karşılık, Viyana Satım Sözleşmesi sadece milletlerarası mal satımlarına ilişkin sözleşmeler açısından uygulama alanı bulacaktır⁷. Öncelenmiş borca aykırılık⁸ kavramının hem borçlu tarafından vadeden önce açıkça bildirilmesi hem de borçlunun borcunun vadeden önce ifa etmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumlarını kapsayacak şekilde kullanılacağı belirtilmiştir.

Doktrinde "*öncelenmiş borca aykırılık*" kavramından başka bu durumu ifade eden bir kavram kullanılmamıştır.

Kanımızca bazı yazarlarca öncelenmiş borca aykırılık olarak ifade edilen durum, sözleşmenin kurulması ile sözleşmeden doğan borcun muaccel hale gelmesi arasında kalan ara dönemi ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) milletlerarası taşınır mal satımlarına uygulanacak kuralları düzenleyen bir sözleşmedir. Yani milletlerarası unsurlu olmayan taşınır satışına bu sözleşmenin ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ayrıca Viyana Satım Sözleşmesi, ifa engellerini imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutmamış onun yerine genel bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsemiştir. Genel sözleşmeye aykırılık ise hem sözleşme öncesi hem de sözleşme sonrası için öngörülmüştür. Yani sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmesinin ihlal edilmesi ile sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin ihlal edilmesi arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir.

Türk hukuk sisteminde ise, sözleşmeye aykırılık sözleşme öncesi ayrı sözleşme sonrası için ayrı düzenlenmiş ve farklı sonuçlara tabi kılınmıştır. Sözleşmeye aykırılık sözleşme kurulmadan önce olursa sözleşme öncesi sorumluluktan bahsedilirken sözleşme kurulmasından sonra sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği durumlarda ise borçlunun kusurlu olup olmamasına göre ayırım yapılarak farklı yaptırımlar benimsenmiştir.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Selin Sert, Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 5 vd.

⁷ Başoğlu, s. 288.

⁸ Atamer, s. 410, dn. 694.

Viyana Satım Sözleşmesinin Türk hukukunda iç hukuk kuralı olarak kabul edilmesine rağmen sadece milletlerarası unsurlu taşınır satışlarına uygulanması ve Türk hukuk sisteminde genel bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsenmemiş olması sebebiyle tüm borca aykırılıkları kapsayacak genel bir kavram yerine, sözleşmenin kurulması fakat sözleşmeden doğan borcun vadeden önce ifa edilmeyeceğinin borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi kavramını ifade etmek üzere biz “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi” teriminin kullanılmasını daha uygun görüyoruz.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi ifadesi, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesine göre hem dil bakımından hem de vakıayı daha net olarak anlatması bakımından daha uygundur. Zira “öncelenmek” diye bir eylem Türkçe bakımından da pek uygun değildir.

C. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1. Temerrüt

Temerrüt⁹, Arapça kaynaklı bir sözcük olup, “inat” kökünden gelmektedir¹⁰. Temerrüt, doktrinde, direnime veya gecikme ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Temerrütte borcun zamanında ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi söz konusudur. Borcun geç ifa edilmesinden veya zamanında ifa edilmemesinden veya ifanın gerçekleşmesi için yapılması gereken hazırlık fiillerinin yapılmamasından sorumlu olan alacaklı ise, alacaklı temerrüdünden, ifanın zamanında gerçekleşmemesi veya geç gerçekleşmesi borçlunun davranışlarından kaynaklanıyorsa, borçlu temerrüdünden söz edilecektir.

⁹ “Temerrüt; bir vecibe ile bağlı yani muayyen bir anda muayyen bir şekilde harekete mecbur olan kimsenin o anda tayin edilen şekilde hareket etmemesinden doğan mesuliyet halini ifade etmektedir.”; Işık Nazikoğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, AÜHFİD, 1951, s.662; “Temerrüt, henüz ifası mümkün olan muaccel bir borcun borçlu tarafından gereken zamanda yerine getirilmemesidir”, Ahmet İşeri, “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, BATİDER, C. II, 1964, s.648; “Temerrüt, sözcük olarak dik başlılık, direnme anlamına gelmektedir. Hukuk açısından ise temerrüt taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın borcun gerçekleşmesine engel olan bir davranışta ve direnmede bulunmasıdır.”; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 1977, s. 140.

¹⁰ “Akitten doğan borçların yerine getirilmesi muayyen bir tarihe ve bazen de taraflardan birinin tayin edeceği bir zamana talik olunur ve bu tarihte borçlunun muaccel olan borcu yerine getirmemesi temerrüt olarak adlandırılmaktadır. Doktrinde ise temerrüt, borçlunun lazım gelen zamanda borcunu ifa etmemesi olarak tanımlanmaktadır.”; Atif Yonsel, “İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticeleri”, İBD, Y.1945, S.VII, s.394; “Temerrüt, bir borcun sözleşme şartlarına aykırı olarak yerine getirilmemesi ve ödemenin de hala mümkün olması hallerinde bahis konusu olmakta ve bu duruma düşen borçluya da mütemerrit borçlu adı verilmektedir.”; Turgut Önen, Borçlar Hukuku, Ankara 1995, s. 191.

Temerrüt¹¹ kavramı, TBK’da tanımlanmamıştır¹². Kanun, sadece alacaklının temerrüdü¹³ ile borçlunun temerrüdünü temerrüt için aranması gereken şartlar ile hüküm ve sonuçlar açısından incelemiştir (m.106 - m.117). Satış sözleşmesinde¹⁴ temerrüt ise, yine temerrüdün tanımı verilmeden satış sözleşmesi ile ilgili olarak borçlar hukuku özel kısmında belirtilmiştir (m.212). Alacaklı temerrüdü¹⁵, TBK’nın m.106 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenlemeler, öncelikle alacaklının temerrüdünün şartlarını; sonrasında ise, temerrüdün hüküm ve sonuçlarını içermektedir. Borçlunun temerrüdü¹⁶ ise; Borçlar Kanununun 117. maddesi hükmü ve devamında düzenlenmiştir. Bu hükümler de aynı alacaklının temerrüdü gibi öncelikle şartlar sonrasında hüküm ve sonuçlar şeklinde düzenlenmiş, temerrüt konusunda bu düzenleme şekliyle bir paralellik sağlanmaya çalışılmıştır.

¹¹ “Doktrindeki temerrüt tanımlarının yetersizliği karşısında temerrüdün şu şekilde tanımlanması uygundur: Temerrüt herhangi bir edim dolayısıyla kanun tarafından emredilen vaziyete mecbur olduğu anda riayet etmeyen, borçlunun mesuliyet halidir. Bu mesuliyet hali muhtelif mevzuata göre, farklı sebeplerden neşet edebilir, borçlunun kusuru ile husule gelen ödemezlik veya bilakis mücbir sebep dolayısıyla ödemezlik gibi. Bu mesuliyet hali, bir tek ve aynı mevzuatta edimin mahiyetine göre, kusur veya mücbir sebep gibi muhtelif sebeplerden doğabilir; bunun gibi bir tek ve aynı mevzuatta temerrüdün muayyen bir sebebi, muayyen neticeleri, diğer bir sebebi de farklı neticeler tevhit edilebilir”.; Henry Bovay, “Temerrüdün Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.4, 1946, s. 803-804.

¹² Temerrüt kavramı 818 Sayılı Borçlar Kanununda da tanımlanmamıştır.

¹³ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Üçer, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2006. s.7 vd.

¹⁴ “Satım sözleşmesinin türüne göre temerrüt uygulanması da farklılık göstermektedir. Satım sözleşmesi en bilinen şekliyle taşınır ve taşınmaz satımı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiş, numune üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, kapıdan satış, taksitle satış, kampanyalı satış, mesafeli satış, ard arda teslimli satım, müzayedeye satıştır.”; Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 65-98.

¹⁵ “Borçlar Kanununun m.90 hükmüne göre alacaklının temerrüdünden bahsedebilmek için, alacaklı edimi usulü gereğince kendisine sunulduğu halde haklı bir sebep olmaksızın onu reddederse veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından önceden yapılması gerekli işlemleri yapmaması olarak ifade edilmektedir”.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, s. 141; “Genel olarak, borçlunun ifa fiili alacaklının iştirakine lüzum gösterir. Alacaklı ise umumiyetle bunu yapmaya mecbur değildir, çünkü alacaklı herhangi bir hakta olduğu gibi bunu yapmakta da serbesttir. Bununla beraber borçlu da borcunu ifa ederek borcundan kurtulmak istemektedir. Alacaklı kendisine sunulan edayı kabul etmez ise kanun bunu alacaklı temerrüdü olarak tanımlamıştır.”; Von Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, s. 533; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 756.

¹⁶ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2000, s. 1-49; Işık Nazikoğlu, a.g.e., s.658-684; “Borçlu edayı yerine getirmek mükellefiyetini zamanında ifa etmediği takdirde temerrüt haline düşer. Borçlu temerrüdü için borcun ifa edilebilir olması ve borcun muaccel olması gerekmektedir”.; Von Andreas von Tuhr, s. 605; Kenan Tunçomağ, s. 903; Rona Serozan, (Genel Bölüm), s. 214; Hatemi- Gökyayla, s. 250; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 260.

TBK m.112 hükmünde borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemeden dolayı sorumlu olacağı açıkça düzenlemiştir. TBK, temerrüdün varlığını araştırırken kusuru bir unsur olarak kabul etmemiş, fakat borçluya kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek temerrüdünün neticelerinden kısmen veya tamamen kurtulma imkânı vermiştir. Kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen, özellikle tam iki tarafa sorumluluk yükleyen sözleşmelerde temerrüt sonucunda müsbet zararın¹⁷ tazmin edilebilmesi için, borçlunun kusurlu olarak temerrüde düşmesi gerekir. Kusur şartı, müsbet zararın tazmini bakımından temerrüdün unsurunu teşkil eder¹⁸. Borçluya atfedilen kusurun mutlaka borçlunun bir davranışına istinat etmek zorunda oluşu ise “borçlunun ifa ihlalini netice veren davranışını” ifa engelleri sisteminin merkezine oturtmaktadır¹⁹.

Temerrüt durumunda kusura ilişkin olarak özetle şunu söyleyebiliriz: Bize göre kusur temerrüdün unsurlarından biri değildir çünkü kusur karinesi çürütülmezse, kusur zaten var kabul edilir. Yani kusurun varlığının ispatlanması temerrüt bakımından şart değildir, kusursuzluğun ispatlanamaması halinde kusur yasal karine gereği zaten var kabul edilir.

Temerrüdün gerçekleşmesi için borcun vade tarihinin gelmesi ve vade tarihinde borcun ifa edilmemiş olması gerekmektedir. Yani temerrüt için borcun muaccel hale gelmesi şarttır. Oysa borçlunun borcun vadesinden önce ifa edilmeyeceğini alacaklıya bildirmesi durumunda borç henüz muaccel hale gelmemiştir. Sözleşme ilişkisi kurulmuş ancak vade tarihi gelmediğinden borç muaccel hale gelmemiştir.

Borçlu temerrüdünün şartlarından birisi de -kesin vadeli işlemler hariç- borçlunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşmesidir. Borçlar Kanunu m. 117 hükmünde bu durum muaccel borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği şeklinde ifade edilmiştir. Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesinde alacaklının bir karşı edim borcu söz konusu değilse borçlunun ifa etmesi gereken borç muaccel hale gelmediği için alacaklının borçluya ihtar çekmesi ve temerrüde düşürmesi durumu da söz konusu olmayacaktır.

¹⁷ “Türk Hukuk Sisteminde hâkim olan görüşe göre; müsbet zararın tazmini talebinin kusur şartına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Borçlunun müsbet zararın tazmininden kusursuz da olsa sorumlu tutulması akdi sorumluluk ilkeleri ile bağdaşmaz”.; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.35.

¹⁸ Ayşe Havutçu, a.g.e., s.23.

¹⁹ Sinan Okur, “Türk Borçlar Kanununda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, E-Akademi- Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aykık İnternet Dergisi, Mart 2013, S. 131, www.e-akademi.org.

2. İmkânsızlık

İmkânsızlık;²⁰ edimin içeriği değişmeksizin, borçlunun etkinliği ile edimin aynen gerçekleştirilmesinin sürekli mümkün olmaması²¹ veya borçlanılan edimin, borçlu veya herhangi bir kimse tarafından kesin olarak yerine getirilememesi olarak tanımlanmıştır. İmkânsızlığın genel olarak, ifa edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelen edim şeklinde tanımlanması da mümkündür.

Kanımızca, imkânsızlık kavramı, borçlanma işleminden doğan borç ilişkisinde edimin borçlu veya alacaklı dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilememesi olarak ifade edilebilecektir.

Hukuk sistemimizde, ifa engelleri alanında kabul edilen temel yasal kavram; imkânsızlıktır. TBK m.136. hükmünde²²; “borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer” hükümlerine yer vermiş ancak imkânsızlığın tanımını yapmamıştır. Ayrıca Kanunun m.137 hükmü ile de kısmi ifa imkânsızlığı özel olarak düzenlemiştir. İfa imkânsızlığı halinde borçlunun ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmayacağı hususu, Kanunun hem m.112 hükmünde hem de m.136 hükmünde düzenlenmiştir. Kanunun m. 136 hükmü borçlunun sorumlu olmadığı ve borcun doğumundan sonra ortaya çıkan imkânsızlığı düzenlemiştir. Borçluya yüklenemeyen haller nedeniyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olacaktır. Bu nedenle de edimin ifası talep edilemez. İmkânsızlaşan edimin yerini tutan herhangi bir ikame değer varsa borç sona ermemekte aksine imkânsızlaşan edimin yerini bu ikame edim almaktadır. Madde metninde imkânsızlık halinde bu durumun sözleşmenin karşı tarafına bildirilmesi gerekip gerekmediği hususu düzenlenmemiştir. Bu hüküm-

²⁰ “İmkânsızlık, konusuna göre fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir. Fiili imkânsızlıkla ilgili en önemli kararlardan birisi, 1861 tarihli Caldwell & Taylor kararıdır. Newington da bulunan bir konser salonu ve salona bağlı olan Surrey bahçeleri dört gece için kiralanmış, ancak daha sonra konser salonu bir yangın sonucu kullanılamaz hale gelmiştir. Taraflar arasında kira sözleşmesinde herhangi bir şekilde kiralanılan yerlerin kullanılamaz hale gelmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığından kira parasının ödenmediği gerekçesiyle dava açmıştır. Ancak mahkeme burada sözleşmenin örtülü bir şart içerdiğini kabul ederek bu şarta göre sözleşmenin devamı için edimin imkânsızlaşmaması gerektiğini belirtmiş ve davalının sözleşme ile bağlı olmayacağına hükmetmiştir. Hukuki imkânsızlıkla ilgili en önemli karar ise; Fibrosa Spolka Akcyjna Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. kararıdır. Buna göre İkinci Dünya savaşı sırasında Polonya'nın Almanya tarafından işgal edilmesi ve düşmanla ticaret yapılmasının yasaklanması üzerine Polonyalı alıcılara makine satımına ilişkin borç imkansızlaşmıştır”; Başak Başoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, (Aynen İfa), İstanbul 2012, s.48.

²¹ Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.215

²² 818 Sayılı Borçlar Kanunumuz, imkânsızlık konusunu çok dağınık bir şekilde düzenlemiştir. Sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçersizliğine yol açan hallerden biri olarak Kanunun m.20 hükmünde düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 20. maddesi hükmü; “bir akdin mevzuu gayri mümkün olursa” sözleşmenin batıl olacağına düzenlemiştir ancak imkânsızlığa ilişkin herhangi bir tanıma yer vermemiştir.

lerin varlığına rağmen Kanunumuzda ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlarda bu durumun sonuçlarının ne olacağına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İfanın alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle imkânsızlaştığı hallerin sonuçlarına ilişkin olarak, hizmet sözleşmeleri ve istisna sözleşmeleri açısından özel düzenlemeler bulunmakta ise de bu durumu düzenleyen genel hüküm yoktur²³.

3. Sözleşme Görüşmelerinden (Culpa in Contrahendo) Doğan Sorumluluk

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun temelinde dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Sözleşme bir anda kurulup ortaya çıkan bir hukuki işlemi değil aksine belirli bir süreci kapsayan bir süreci gerektiren hukuki işlemi ifade etmektedir. Sözleşme ilişkisi kurulmadan önce sözleşme için görüşen taraflar arasında müzakereler ve bu müzakerelere bağlı olarak güven ilişkisi kurulmaya başlayacaktır. Sözleşme görüşmelerinin başlaması taraflar arasında bir hukuki ilişki meydana getirir ve bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir²⁴.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk; sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarındaki dürüstlük kuralı gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur²⁵.

Kanımızca borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunda sözleşme öncesi görüşme sorumluluğu yani culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için henüz ortada bir sözleşme ilişkisinin olmaması gerekmektedir. Borçlunun alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini vadeden önce bildirmesi durumunda ise kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi vardır. Sözleşme geçerli olarak kurulmuş ancak borçlu vadeden önceki bir tarihte borcunu ifa etmeyeceğini açıkça alacaklıya bildirmektedir.

4. Sözleşmenin Müsbet İhlali

Alman hukukunda 2002 yılı başında yürürlüğe giren borçlar hukuku düzenlemesine kadar, İsviçre B.K m.98/B.K. m.112 den farklı olarak BGB'de gereği

²³ Murat İnceoğlu, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFD, Y.2008, C.57, S. 4, s. 238.

²⁴ Kemal Oğuzman-Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012, s. 428; Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.248; Süleyman Yalman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s. 37-38; Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 12-13; Nomer, s. 295-296.

²⁵ Yalman, s. 38; İlhan Ulsan, “Culpa İn Contrahendo Üzerine”, Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 287; Rona Serozan, “Culpa İn Contrahendo ve Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yüklülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, S.3, s. 110, Gezder, s. 12-15.

gibi ifa etmeme kavramına ifa engelleri arasında yer verilmediği ve ifa engeli olarak sadece imkânsızlık ve temerrüt kavramları kabul edildiği için gereği gibi ifa etmeme halleri konusunda kanunda bir boşluk oluşmuş ve bu boşluk akdin müsbet ihlali kavramı ile doldurulmuştur²⁶. Sözleşmenin müsbet ihlali²⁷ kavramından ne anlaşıldığı da doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüş uyarınca sözleşmenin müsbet ihlali; sözleşmenin amacını tehlikeye sokan ve tarafların sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisini temelden çökmesine neden olacak bir sözleşmeye aykırılıktır²⁸. Bu görüşe göre, sözü edilen davranış yükümü, borçlunun kendi rızasıyla ifayı gerçekleştirme ve alacaklının ifadan doğacak menfaatini tehlikeye sokmama yükümü olup, bunun ihlali halinde mağdur taraf süre vermeksizin sözleşmeden dönme ve kusurlu taraftan tazminat talep etme hakkına sahiptir²⁹.

Ancak sözleşmenin müsbet ihlali kavramı, kaynağını Alman hukukunda bulur. Sözleşmenin müsbet ihlalinin anlamı ve kapsamı konusunda biz de bu görüşe katılmaktayız. Buna göre sözleşmenin müsbet ihlali kavramının kaynağı; BGB'nin yürürlüğe girmesinden bir süre sonra (2002 değişikliğinden önceki dönemde) 1.1.1900 yılında *Hermann Staub* avukatlık yaşamında karşılaştığı bazı önemli sorunların çözümüne yarayacak çarelerin ve kurumların BGB'de düzenlenmediğini ileri sürmesine dayanır³⁰. *Staub*'a göre, kanunda düzenlenen temerrüt ve imkânsızlık durumlarında yerine getirilmesi taahhüt edilen edimin gerçekleşmemesi söz konusudur³¹. Yani; yapılması gereken yapılmamaktadır. Buna karşılık bir kimsenin yapmaması gerekeni yaparak; yani olumlu bir hareketle borcuna aykırı davranması halinde³², söz konusu zamanda BGB'de temerrüt ve imkânsızlık gibi bu duruma has uygulanabilecek bir kurum ve hüküm

²⁶ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961, s.400-402; Hatemi- Gökyayla, s. 245.

²⁷ Sözleşmenin olumlu ihlali, aslında gereği gibi ifa etmeme hallerinden biridir ve esasında ifa engelleri alanında kavram karışıklığına yol açabilecek niteliktedir. Ancak, borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi halinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlerden biri de sözleşmenin olumlu ihlali görüşüdür. Biz de bu yüzden, gereği gibi ifa etmeme kavramı yerine sözleşmenin olumlu ihlali kavramını kullanmaktayız. Yoksa gereği gibi ifa etmeme, sözleşmenin olumlu ihlalini de kapsar.

²⁸ Serozan, (Genel Bölüm), s. 247.

²⁹ Serozan, (Genel Bölüm), s. 247.

³⁰ Aral, s. 77 dn. 47'de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

³¹ Aral, s.77 dn.47'de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

³² Staub bu durumlara örnek olarak; *bir kimsenin kendisine satılan lambaları Fransa'ya satmayı taahhüt etmiş olmasına rağmen satması, bir tüccar patlayıcı madde içeriği olan aydınlatma malzemesini, patlayıcı özelliğini anlatmadan başka bir tüccara satması ve satın alan tüccarın dükkanında patlama sonucu büyük zarar meydana gelmesi* hallerinden bahsetmiştir; Aral, s.77 dn.50'de anılan Staub/Müller s. 5, 6; Staub/Schmidt s. 93, 94.

bulunmamakta idi³³. Şu halde sözleşmenin olumlu ihlali; borçlunun edimini ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme gibi durumların dışında kalan, ancak buna rağmen sözleşmenin ihlali sayılan durumlardır³⁴. Yani; burada sözleşmeye aykırılık teşkil eden olgu, deyim yerindeyse “hareketsizlik değil, hareketlilik”.

Sözleşmenin müsbet ihlali³⁵, sınırı ve kapsamı itibarıyla imkânsızlık ve temerrüde göre daha zor anlaşılır bir kavramdır. Sözleşmenin müsbet ihlalinin sınır ve kapsamının daha zor anlaşılır olmasının sebebi, imkânsızlık ve temerrüt kabul edilmeyen tüm ifa engelleri ya da ifa arzularının bu kavram içinde yer bulabilmesinden kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda akdin müsbet ihlali terimi, ayıp ve zapt halleri dışında kalan yan borç ihlallerinde ve gereği gibi ifa etmemenin alt bölümü olarak kullanılmaktadır³⁶. Ayıp ve zapt konularında kanunda özel düzenleme olduğu için yan borç ihlallerinde bu özel düzenlemelerin uygulanması gerekecektir. Kanunda özel bir düzenlemeye tabi tutulmayan ve M.K. m.2 temel ilkesine dayanan yan borçlar ve nesnenin kendisi ayıplı olmasa bile, satılan nesne hakkında bilgi verme, nasıl kullanılacağını gösterme, satılan ilacın ne gibi tepkilere yol açabileceğini belirtme gibi tüketici mevzuatında ele alınmış yan borçların ihlal edilerek ifanın yapılması durumunda akdin müsbet ihlali söz konusu olacaktır.

Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi durumunda ise yan borcun ifa edilmemesi gibi bir durum söz konusu değildir. İfa edilmeyen borç yan edim borcu değil asıl borçtur. Gereği gibi ifa edilmemenin alt türü olarak düşündüğümüz zaman ise çözüm daha kolaydır. İfa edilen bir edim olmadığı için gereği gibi ifa edilmeme durumunun söz konusu olması mümkün değildir.

II. HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU UYGULANACAK HÜKÜMLER VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi, esasen Türk Borçlar Kanunu içinde yer alan ve düzenlenen bir kavram değildir. Belirttiğimiz üzere bu kavram ne sözleşme görüşmelerinde ne de vade tarihinde ortaya çıkar. Çün-

³³ Aral, s.77 dn.47’de anılan Staub/Müller s. 5; Staub/Schmidt s. 93.

³⁴ Aral, s. 77 vd.; H. Tamer İnal, “*Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*” 3. Baskı, Ankara, 2013; s. 210.

³⁵ “Sözleşmenin müsbet ihlali deyimini yanıltıcıdır. Çünkü ihlal sadece müsbet bir davranışla gerçekleşmez; aynı zamanda menfi bir tutumla bilgi vermemekle veya uyarılmamakla da gerçekleşebilir. Ayrıca “sözleşmenin” müsbet ihlali terimi de yanıltıcıdır. Çünkü müsbet ihlal sözleşme dışı borç ilişkilerinde de söz konusu olabilecektir.”, Rona Serozan, (Genel Bölüm), s.243.

³⁶ Hatemi- Gökyayla, s. 245-246.

kü sözleşme görüşmeleri sözleşmenin kuruluşundan önceki bir zaman dilimidir. İfa tarihinde ise, zaten şartları oluşmuşsa temerrüt durumu söz konusu olacaktır. O halde borcun ifa edilmeyeceğinin borçlu tarafından vadeden önce bildirilmesi, sözleşmenin kurulduğu andan ifa tarihinden önceki bir süreçte gerçekleşebilecek bir durumdur. Buradaki problem genel olarak “ifa etmeme” merkezli olup, spesifik olarak da ifanın gerçekleşmeyeceğinin vadeden önce bildirilmesi etrafında toplanmıştır. Çözüme kavuşturulması gereken nokta ise, alacaklının, borcun ifa edilmeyeceğini önceden öğrendiği durumlarda; yani borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirildiği durumlarda, sözleşmeyle bağının hangi hüküm ve esaslara göre kesileceğinin tayin ve tespittir.

B. Hukuki Niteliği Hakkında Doktrindeki Görüşler

1. İmkânsızlık Görüşü

Bu görüş öncelikle imkânsızlığı, baskın görüşten farklı bir şekilde tanımlamaktadır. Yukarıda imkânsızlıkla ilgili açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz üzere baskın görüş uyarınca, (ifada) imkânsızlığa borçlu merkez noktası alınarak bir tanım getirilir. Buna göre, borçlu edimi gerçekleştirebilecek durumda ise, alacaklı bunu sağlamayacak olsa bile; yani “cebri icra yoluyla edimi elde edemeyeceği durumlarda dahi” bu durum imkânsızlık sayılmaz³⁷. Başka bir deyişle baskın görüş imkânsızlığı alacaklının edimi borçludan alabilip alamamasına göre değil, borçlunun edimi ifa edebilip edememesine göre niteler. Yine yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere bir diğer görüş uyarınca ise, imkânsızlık bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesidir³⁸. İşte alacaklının edimi cebri icra yoluyla elde edemediği durumları imkânsızlık sayan bu görüş, borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini, iş görme edimleri yönünden imkânsızlık saymaktadır. İmkânsızlığa ilişkin olarak baskın görüş ve azınlık görüşü arasındaki pratik farklılık iş görme edimleri yönünden ortaya çıkar³⁹. Bu görüş uyarınca iş görme edimi borçlusu, edimi ifa etmeyeceğini önceden alacaklıya bildirir ise, hukukumuzda iş görme edimlerinin ifası cebri icra yoluyla istenemeyeceğinden, burada imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır⁴⁰. Çünkü edim cebri icra yoluyla istenememektedir⁴¹. Yani bu

³⁷ Selahattin Sulhi Tekinay./Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu./Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 907.vd; Mustafa Dural, “*Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*” İstanbul, 1976, s. 80; Feyzioğlu, s. 175; Serozan, (Genel Bölüm), s. 166 vd; 246 vd.

³⁸ Oğuzman/Öz., s. 389; Kemal Oğuzman, “*Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi*” İstanbul, 1955, s. 15 vd.; Turgut Öz, “*İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*”, İstanbul, 1989, s. 158.

³⁹ Oğuzman/Öz., s. 389.

⁴⁰ Oğuzman/Öz., s. 389.

görüş uyarınca, iş görme edimi değil de örneğin bir mülkiyeti devir ya da kullandırma sözleşmesi (verme edimi) söz konusu olduğunda, verme edimi cebri icra yoluyla istenebileceğinden, borçlunun verme edimini ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi halinde edim imkânsız sayılamaz. Çünkü bu edim cebri icra konusu olabilir. İş görme edimlerinin hukukumuzda cebri icra konusu olamayacağı görüşüne ise katılmıyoruz ve aksini düşünüyoruz. Şöyle ki:

İş görme edimleri, yapma borcunun konusudurlar. Hukukumuzda bir kimse cebri icra yoluyla bir yapma borcunun yerine getirilmesi hususunda zorlanabilir, yeter ki yapma borcunun zamanında ifa edilmemiş olması imkânsızlığa yol açmamış olsun⁴². Bilindiği üzere takip hukuku bakımından, bir yapma borcu ilamsız takibe konu olmaz⁴³. Ancak, yapma borcu ilamlı takibe konu olabilir⁴⁴. Buna göre, yapma borcu içeren bir borç ilişkisinde, alacaklı taraf açtığı ifa davasının kabul edilmesi sonucu aldığı “bir şeyin yapılması hakkındaki ilamı” İİK m. 30 uyarınca ilamlı icraya koyarak işin yapılmasını cebri icra yoluyla sağlayabilir⁴⁵. Dolayısıyla hukukumuzda bir kimse bir işi yapmaya zorlanabilir ancak bu ilamlı icra yoluyla gerçekleşebilir. Kaldı ki, bir yapma veya yapmama borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı için borcun bizzat borçlu tarafından ifası şart değilse, TBK m. 113 uyarınca açacağı davada, masrafi borçluya ait olmak üzere, işin kendisi veya bir başkası tarafından görülmesi için izin talep edebilir.

Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini vadeden önce bildirmesi üzerine imkânsızlık hükümlerini uygulamayı düşünür olursak, bir çelişki durumu da ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle borçlunun iradesine göre değişkenlik gösterebilecek bir durum söz konusu olur. Örneğin, borçlu edimi ifa etmeyeceğini belirtmesine rağmen, her nasılsa ifa tarihinde borcu ifa ederse, bu görüş uyarınca imkânsız kabul edilen edimin, ifa edilmesi gibi çelişkili bir netice ortaya çıkar. Yine; borçlu alacaklıya iş görme edimini ifa etmeyeceğini ifa tarihinden önce belirtmesine rağmen bu sefer ifa tarihinden sonra bir şekilde iş görme edimini ifa edecek olsa ve alacaklı bu geç kalınmış ifayı kabul etse, bu durumda gerekli şartların oluşması halinde temerrüt hükümleri de uygulanacaktır. Yani, bir süre önce imkânsız sayılan edim, daha sonra temerrüde konu olacaktır. Bu da söz konusu olamaz, çünkü temerrüt hükümleri ancak ifası mümkün ve muaccel bir borç için uygulanır. Yani; imkânsızlık varsa temerrüt olamaz. Dolayısıyla bu durum, eşyanın tabiatına aykırıdır

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 389.

⁴² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 921.

⁴³ İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, “İcra Hukuku Esasları”, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010, s. 138: İlamsız takibin konusu para ya da teminat talebi olmalıdır.

⁴⁴ Postacıoğlu, Altay, s. 821.

⁴⁵ Postacıoğlu, Altay s. 821.

Bu görüşün yol açtığı bir başka çelişki ise, iş görme edimi içeren sözleşmeler bakımından borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini imkânsızlık sayan bu görüşün zıt anlamından da, iş görme edimi dışındaki diğer edimler yönünden borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi imkânsızlık sayılmayacaktır. Bu da başka bir çelişkidir.

Ayrıca ifa imkânsızlığı görüşü, alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanımaması ve özellikle de verme borçlarında alacaklının vadeyi beklemek durumunda kalması yönünden de isabetli değildir⁴⁶.

Tüm bu çelişkilerden dolayı biz borçlunun edimi ifa etmeyeceğini önceden bildirmesini, ifa imkânsızlığı kabul eden görüşe katılamıyoruz.

2. Sözleşmenin Müsbet İhlali Görüşü

Türk hukukunda doktrindeki baskın görüş; borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesinin hukuki niteliğinin sözleşmenin müsbet ihlali olduğudur⁴⁷.

Borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi durumunda borç henüz muaccel olmadığından, bu durumu sözleşmenin olumlu ihlali ya da kötü ifa⁴⁸ olarak nitelemek isabetli değildir⁴⁹.

3. Borçlu Temerrüdü Görüşü

Bu görüş uyarınca, borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi durumunda, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır⁵⁰. Ancak burada da, aslında henüz temerrüde düşülmediğinden, temerrüt hükümlerini nasıl uygulanabileceği eleştiri konusu yapılmıştır⁵¹. Ancak, daha önce bahsettiğimiz gibi, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, alacaklının ifanın gerçekleşmeyeceğine vâkıf olmasına neden olan bir durumdur ve bu durumda alacaklıyı sözleşmeyle vade tarihine kadar bağlı tutmak hakkaniyete ve sözleşme adaletine ters düşer.

4. Eser Sözleşmesindeki Dönme İmkânının Kıyasen Uygulanmasını Savunan Görüş

Bu görüş uyarınca, eser sözleşmelerinde yüklenicinin işi vadeye yetiştiremeyeceğinin açık olduğu hallerde, iş sahibine tanınan TBK m. 473'teki dönme

⁴⁶ Başoğlu, (Borca Aykırılık), s. 295.

⁴⁷ Halil Arslanlı, "Ticari Bey", 1. Cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, 4. Bası, İstanbul, 1955, s. 555; Tandoğan, s. 401.

⁴⁸ Hatta kötü ifa ya da gereği gibi ifa etmeme hiç denememesinin bir başka sebebi de; burada bir ifa teşebbüsünün dahi olmadığıdır; Eren, s. 952-953.

⁴⁹ Oğuzman/ Öz, s. 414.

⁵⁰ Eren, s. 953.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s. 414.

imkânının, kıyas yoluyla tüm sözleşmelere dolayısıyla da borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi hallerine de uygulanabileceği savunulur⁵².

Bu görüş, her ne kadar ilk bakışta isabetli gibi görünse de, kanunun eser sözleşmesi yönünden öngördüğü özel bir imkânın, tüm sözleşmelere hasredilmesinin savunulması isabetli değildir. Eser sözleşmesinin taraflara dağıttığı hak ve borç dengesi, sözleşmenin kendi bünyesine uygun olarak kanunda öngörül-müş bu özel dönme imkânı, genele hasredilerek uygulama alanının genişletilmesi bize göre doğru bir yöntem değildir. Bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesindeki ifa olgusunun, farklı bir sözleşme tipiyle; örneğin bir kullan-dırma ya da mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerdeki ifa olgusu ile aynen örtüşmesi beklenemez. Bundan öte, bu özel dönme imkânı için vadeye yetişme-yeyeceğinin açık olduğu hallerde mümkündür. Oysa borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi, bu durumla birebir örtüşen bir durum değildir.

C. Hukuki Niteliği Konusunda Bizim Görüşümüz, Kıyasen Uygulanması Gereken Hükümler ve Sonuçları

Kanaatimizce, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi yukarıda sayılan hukuki kurumlardan hiçbirine, hukuki nitelik bakımından tam anlamıyla oturmamaktadır. Bu durumun bir borca aykırılık teşkil ettiği açık olmakla beraber, Türk Borçlar Kanununun içindeki ifa engellerinden hiçbirinin içine girme-mektedir. Kanunda bir düzenleme yapılarak bu durum, kanunun genel hükümlerinin içinde bir ifa engeli olarak eklenebilir, ancak eklenmemesi de büyük bir boşluk teşkil etmemektedir.

Mevcut kanunda bu durum bir ifa engeli olarak düzenlenmediğine göre, kanundaki ifa engellerinden birinin içine, hukuki nitelik olarak değil ama “hükümlerinin kıyasen uygulanması” bakımından oturtulması gerekir. Bu durumda borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını savunan görüş⁵³ isabetlidir.

Bu görüşe getirilen eleştiri, daha önce bahsettiğimiz üzere henüz temerrüde düşülmemiş olduğundan, temerrüt hükümlerinin nasıl uygulanacağıdır⁵⁴. Ancak, temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması ile temerrüde düşülüp düşülmediği farklı olgular ve vakıalardır. Dolayısıyla, örneğin eser sözleşmesindeki özel dönme imkânının uygulanmasını savunan görüşe karşı “burada bir eser sözleşmesi yoktur” savı ile eser sözleşmesindeki özel dönme imkânının “kıyasen” uygulanabilmesi, nasıl birbirinden farklı olgularsa, burada da durum böyledir. Ancak iki durumun birbirinden farkı, temerrüdün bir genel hüküm olarak tüm borç ilişkilerinde söz konusu olabileceği ile eser sözleşmesindeki özel hükmün

⁵² Atamer, s. 409, dn. 687.

⁵³ Eren, s.953.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 414

yalnızca eser sözleşmeleri için söz konusu olduğudur. Eser sözleşmesindeki özel dönme imkânı, kıyas yoluyla ancak iş görme sözleşmeleri için uygulanabilmelidir.

Sonuç olarak; sözleşmeyi alacaklı bakımından çözücü kurumlar ve dönme imkânı, bünyesine uygun düştüğü ölçüde borçlu temerrüdü hükümlerindeki esaslara göre uygulanmalıdır.

SONUÇ

- Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi ifadesi, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesine göre hem dil bakımından hem de vakıayı daha net olarak anlatması bakımından daha uygundur. Zira “öncelenmek” diye bir eylem Türkçe bakımından pek de uygun değildir.
- Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi bir ifa engeldir ancak, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ifa engellerinin hiçbirine tam olarak uymamaktadır. Bundan dolayı hukuki niteliği hakkında bir tespit yapılmamalıdır. Ancak bu ifa engeline kıyasen uygulanabilecek ve özellikle de alacaklıya ifa edilmeyeceği borçlu tarafından önceden bildirilen sözleşmeden dönebilme ve varsa zararını tazmin edebilme yolu açan hükümlerin doğru tespiti gerekir. Bize göre bu hükümler, borçlu temerrüdü hükümleridir.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2000.
- ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ARSLANLI, Halil “*Ticari Bey*”, 1. Cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Âdemi İfa, 4. Bası, İstanbul, 1955.
- ATAMER Yeşim M, Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2005.
- BAŞOĞLU, Başak, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, (Borca Aykırılık), İÜHFM, C.66, S.2, 2008.
- BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, (Aynen İfa), İstanbul 2012.
- BOVAY, Henry, “Temerrüdün Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.12, S.4, 1946.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, 15. Bası.
- DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 1977.
- GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- HAVUTÇU, Ayşe Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- HATEMİ, Hüseyin – GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.
- İNAL, H. Tamer, “*Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*”, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- İNCEOĞLU, Murat, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFD, Y.2008, C.57, S. 4.
- İşeri, Ahmet, “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, BATIDER, C.II, 1964.
- NAZIKOĞLU, Işık, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, AÜHFD, 1951.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal - ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, Kemal “*Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi*” İstanbul, 1955

- OKUR, Sinan “Türk Borçlar Kanununda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, E-Akademi- Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart 2013, S. 131, www.e-akademi.org.
- ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1995
- ÖZ, Turgut “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, İstanbul, 1989.
- POSTACIOĞLU, İlhan- ALTAY, Sümer, “İcra Hukuku Esasları” Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010.
- SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Genel Bölüm), İstanbul 2009.
- SEROZAN, Rona, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa In Contrehendo”, (Müspet İhlal), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul 1990.
- SEROZAN, Rona, “Culpa İn Contrahendo ve Akdin Müspet ihlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kavramlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968.
- SERT, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi-AKMAN, Sermet- BURCUOĞLU, Haluk-ALTOP, Atilla; “Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- ULUSAN, İlhan, “Culpa İn Contrahendo Üzerine”, Prof.Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- ÜÇER, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2006.
- von TUHR, von Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983.
- YALMAN, Süleyman Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006.
- YÖNSEL, Atif, “İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukuki Neticele-ri”, İBD, Y.1945, S.VII.
- ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.