

İFANIN ALACAKLI YÜZÜNDEN İMKANSIZLAŞMASI

*Supervening Impossibility due to the Circumstances for which the
Obligee is Responsible*

Yard. Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU*

I- Giriş, II- Borçlar Kanunu'nun 95. Maddesinin Uygulama Alanı Bulması, III. Borçlar Kanunu'nun 117. Maddesinin Uygulama Alanı Bulması, IV. Kanun Boşluğu Bulduğu Yönündeki Hakim Görüş, V. Kanaatimiz, VI. Pratik Önemi, **VII- Sonuç**

ÖZET

Hukukumuzda ifa imkansızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlarda bu durumun sonuçlarının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu nedenle doktrinde bugün için hakim görüş, ifa imkansızlığından alacaklının sorumlu olduğu hallere ilişkin olarak kanunda bir boşluğun bulunduğunu kabul etmektedir. Oysa, Kanunumuzun 117. maddesinin 2. fıkrasında, bir borcun borçlunun kusuru bulunmaksızın imkansızlaşması halinde, karşılıklı borçların sona ereceğinin açıkça kabul edilmiş olması karşısında, Kanun'un ifadesine açıkça aykırı bir yorumla, karşı edim borcunun varlığının süreceğini kabul etmek isabetli bir tutum değildir. Bu nedenlerle alacaklının, borçlunun borcunun imkansızlaşmasına ve bu şekilde sözleşmenin amacına ulaşmasına engel olan davranışlarını akdin müspet ihlali olarak kabul etmek ve Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereğince alacaklının sorumlu olacağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İfa, imkansızlık, borcun sona ermesi, akdin müspet ihlali

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

The legal consequences of the supervening impossibility due to the circumstances caused by the obligee are not explicitly regulated under Turkish Law. Therefore, it is accepted by the dominant views in the jurisprudence that there is a legal gap regarding the supervening impossibility due to the circumstances for which obligee is responsible. However, accepting that the counter-performance shall still exist is a contradictory interpretation of the Article 117 paragraph 2 of the Code of Obligations where it is clearly stated that the mutual obligations is deemed to be discharged in case of a supervening impossibility due to the circumstances for which obligor is not responsible. Conclusively, the acts of the obligee which cause the obligations of the obligor to be impossible and therefore the purpose of the contract to be frustrated shall be accepted as the positive breach of contract and the obligee shall be responsible due to the article 96 of the Code of Obligation.

Keywords: Performance, impossibility, discharge of the contract, positive breach of contract

I- Giriş

Borçlar Kanunumuzda imkansızlık kurumunun oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkansızlık sözleşmenin geçersizliğine yol açan hallerden biri olarak Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık ifa imkansızlığı halinde, borçlunun ifa imkansızlığından sorumlu olup olmamasına göre Borçlar Kanunu'nun 96. veya 117. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Ancak tüm bu hükümlerin varlığına rağmen Kanunumuzda ifa imkansızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlarda bu durumun sonuçlarının ne olacağı konusunda Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak¹, açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir². İfanın alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle imkansızlaştığı hallerin sonuçlarına ilişkin olarak, hizmet sözleşmeleri ve istisna sözleşmeleri açısından özel düzenlemeler bulunmakta ise de, bu konuyu düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir³.

¹ Bkz. bölüm IV, 1.

² İfanın ne zaman alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle imkansızlaştığı konusunda da doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Akkanat, Halil**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996, s.38 vd.

³ **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, § 13 N.1.

Bu konuda Borçlar Kanunu'nun, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığını düzenleyen 117. maddesinin veya ifanın alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle yapılamadığı halleri düzenleyen 95. maddesinin uygulama alanı bulması düşünülebilir. Ancak doktrinde bugün için hakim görüş, her iki hükmün de söz konusu kurumun bünyesine uygun düşmediği ve uygulama alanı bulamayacağı yönündedir. Buna göre ifa imkansızlığından alacaklının sorumlu olduğu hallere ilişkin olarak kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle Borçlar Kanunu'nun 95. ve 117. maddelerinin uygulama alanı bulmasının mümkün olup olmadığı konusu, daha sonra ise doktrinde hakim olan kanun boşluğu görüşü ele alınacaktır. Son olarak ise bu konudaki görüşlerimize yer verilecektir⁴.

II- Borçlar Kanunu'nun 95. Maddesinin Uygulama Alanı Bulması

1. Borçlar Kanunu'nun 95. maddesi uyarınca, *“Verilecek şey ve yapılacak iş ne alacaklıya ne de alacaklıya müteallik şahsi diğer bir sebeple mümessiline arz edilemez veya borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının şahsında tereddüt olunursa borçlu alacaklı temerrüdü halinde olduğu gibi tevdi etmek veya akdi fesheylemek hakkını haizdir”*.

Görüldüğü üzere Borçlar Kanunu'nun 95. maddesi, borcun alacaklıya ait bir sebeple ifa edilemediği hallerde kıyasen alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulama alanı bulacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Bu gibi hallere örnek olarak borcun alacaklının ikametgahında tevdi edilmesi gerekip de, alacaklının ikametgahının bilinmemesi veya alacaklının, temyiz kudretinin ve yasal temsilcisinin bulunmaması nedeniyle ifayı kabul edememesi hali gösterilmektedir⁵.

2. Bununla birlikte ifanın imkansızlaşmış olduğu göz önüne alındığında, alacaklı temerrüdünün verme borçlarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Zira Borçlar Kanunu'nun 91 ve 92. maddeleri uyarınca, alacaklının bir verme borcunda temerrüde düşmesi halinde borçlunun elindeki imkanlar, şeyi tevdi etmek veya eşyayı satarak satış bedelini tevdi etmektir. Oysa ifanın imkansızlaşması durumunda ortada tevdi edilecek veya satılacak bir şey bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun, Borçlar Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca sözleşmeden dönme imkanını kullanması düşünülebilir. Her ne kadar söz konusu hüküm sadece yapma borçlarına ilişkin bir hüküm ise de, doktrinde bu hükmün tevdi ve

⁴ Esasen parça satımlarında edim hasarını alıcıya yükleyen Borçlar Kanunumuzun 183. maddesi hükmü göz önüne alındığında alım satım sözleşmeleri açısından bu konuda bir sorun bulunmamaktadır. Zira alıcı imkansızlıktan sorumlu olsun olmasın, satıcı bir yandan kendi borcundan kurtulurken diğer yandan da semeni talep etme hakkına sahip olmaktadır.

⁵ **Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s.291; **Akkanat**, s.17 vd. ve s.61 vd.; **Üçer, Mehmet**, Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007, s.234; **Koç, Nevzat**, İsviçre ve Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s.310 vd.

satış imkanının bulunmadığı hallerde kıyasen verme borçlarında da uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir⁶.

Kanaatimizce ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaştığı hallerde borçluya bir sözleşmeden dönme imkanı tanımak isabetli değildir. Zira Borçlar Kanunumuzun 94. maddesi sadece borçluya dilediği takdirde kullanabileceği bir olanak sunmaktadır. Bu durumda borçlunun bu imkanı kullanmaması halinde, imkansızlaşmış da olsa, borcunun devam edeceğinin kabul edilmesi gerekecektir ki, bunun Borçlar Kanunumuzun genel sistemi ile uyuşmadığı ortadadır. Nitekim doktrinde de hakim görüş, bir borcun ifasının alacaklı yüzünden imkansızlaşmasının ifanın alacaklı yüzünden ifa edilemediği hallerden farklı olduğu yönündedir⁷.

III. Borçlar Kanunu'nun 117. Maddesinin Uygulama Alanı Bulması

1. Borcun alacaklı yüzünden imkansızlaştığı hallerde, borçlunun ifa imkansızlığından sorumlu tutulamayacağı açıktır. Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin birinci fıkrası da, imkansızlıktan sorumlu olmayan borçlunun borcundan kurtulacağını açıkça ifade etmiştir. Ancak sorun borcundan kurtulan borçlunun karşı edimi talep etmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Zira Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, *“karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine tevdi edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur”*.

Bu hükmün esas olarak imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu tutulamayacak olduğu haller göz önüne alınarak yazılmış olduğu ifade edilmektedir. Zira ilk bakışta alacaklının bir yandan kendi kusuru ile karşı edimi imkansızlaştırıp, diğer yandan da kendi ediminden kurtulması hakkaniyete uygun gözükmemektedir. Bu nedenle doktrinde hakim görüş, ifanın imkansızlaşmasından alacaklının sorumlu olduğu durumlarda Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin uygulanamayacağını şeklindedir⁸. Bu görüşteki yazarlara göre, hukukumuzda konuya ilişkin olarak doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı için bir kanun boşluğu söz konusudur.

2. Buna karşılık İnan, sorunun çözümünde Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinden ayrılmak için bir sebep bulunmadığı görüşündedir⁹. Buna göre, imkansızlık alacaklının sorumlu olduğu bir sebepten kaynaklansa dahi, her iki tarafın da borcundan kurtulması gerekecektir. Ancak borçlu uğramış

⁶ Oğuzman/ Öz, s.290.

⁷ Oğuzman/ Öz, s.292; Akkanat, s.37.

⁸ Bkz. bölüm IV, 1.

⁹ İnan, Ali Naim, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1956, s.122.

olduğu zararının tazminini haksız fiil hükümleri çerçevesinde isteyebilecektir¹⁰.

Bu görüşün bir mahsuru olarak, bu gibi hallerde borçlunun tazminat isteyebilmesi için, haksız fiilin şartlarının gerçekleşmiş olduğunu ispat etmek zorunda olması gösterilebilir. Söz konusu görüşün kabul edilmesi halinde, tazminat almak isteyen borçlu, uğramış olduğu zararı ve karşı tarafın kusurunu ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak esasen hakim görüşün kabul edilmesi halinde de durum çok farklı değildir. Zira bu ihtimalde de, karşı edimi talep etmek isteyen borçlu, ifanın alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple imkansız hale geldiğini, yani olayların bir çoğunda alacaklının kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Ayrıca, edimin imkansız hale geldiği bir durumda zararın mevcut olduğunu ispatlamak da büyük bir güçlük teşkil etmeyecektir. Diğer bir ifade ile bu görüşün ispat açısından pratik bir mahsuru bulunmamaktadır.

Kanaatimizce yine de bu görüşe katılmaya olanak bulunmamaktadır. Zira yapma veya yapmama borçlarının söz konusu olduğu bir sözleşme ilişkisinde, edimin alacaklının sorumlu olduğu bir nedenle imkansızlaşmasının bir haksız fiil teşkil etmesi oldukça güç gözükmemektedir. Zira bu gibi hallerde çoğu zaman ortada bir mutlak hak ihlali mevcut olmayacaktır. Böyle olunca da, yapma veya yapmama borçlarında edimi imkansızlaşan borçlunun haksız fiil hükümleri uyarınca bir tazminat talep etmesi oldukça güç gözükmemektedir. Bu nedenle bu görüş sadece verme borçlarında ve teslim edilmesi lazım gelen şeyin fiilen zayı olduğu haller bakımından kabul edilebilir. Ancak bu gibi durumlarda da sadece malın piyasa değerinin tazmini söz konusu olacaktır. Edimi imkansızlaşan borçlunun, somut sözleşme ilişkisinden elde edeceği karın tazminini istemesi mümkün değildir. Ayrıca böyle bir tazminat talebi de haksız fiillere ilişkin zamanaşımına tabi olacaktır. Diğer bir ifade ile bu görüşün kabul edilmesi halinde, taraflar arasında önceden kurulmuş olan bir sözleşmenin varlığı hiç bir önem kazanmayacak, söz konusu mala üçüncü bir kişinin zarar vermesi ile alacaklının zarar vermesi arasında hiç bir fark kalmayacaktır. Şüphesiz bu durumun hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

3. Bu görüş doktrinde de eleştirilmiştir. Buna göre, alacaklının sorumlu olduğu durumlar sadece onun kusurlu bulunduğu haller ile sınırlı değildir. Oysa İnan'ın görüşünün kabul edilmesi halinde, alacaklının ifanın imkansızlaşmasına kusurlu olmaksızın yol açtığı durumlarda borçlunun tazminat istemesi mümkün olamayacaktır¹¹.

¹⁰ Yazara göre, imkansızlaşan edimin yerini bir kaim değer alması halinde, alacaklı imkansızlaşan edimin yerine bu kaim değeri isteyebilecektir. **İnan**, s.122.

¹¹ **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117), İstanbul 1976, s.176; **Akkanat**, s.38.

IV. Kanun Boşluğu Bulunduğu Yönündeki Hakim Görüş

1. Bugün doktrinde hakim görüş¹², ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaştığı durumlarda bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmektedir¹³. Bu görüşteki yazarlara göre, alacaklının sorumlu olduğu bir nedenle borcun imkansızlaşması, her iki tarafın da sorumlu olmadığı bir hal neticesinde imkansızlaşmasından farklıdır. Kaldı ki, imkansızlığa yol açan alacaklının, kendi ediminden kurtulması hakkaniyete de aykırı olacaktır. Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi bu konuda tatmin edici bir çözüm getirmediğine göre kanunda gerçek olmayan bir boşluğun bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁴.

Bu görüş uyarınca söz konusu kanun boşluğunun Alman Medeni Kanunu'nun 326. maddesinin 2. bendinde¹⁵ yer alan hükme paralel bir şekilde doldurulması gerekmektedir. Alman Medeni Kanunu'nda yer alan söz konusu hüküm ile ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşması halinde borçlunun borcundan kurtulacağı, bununla birlikte karşılıklı sözleşmelerde karşı edimi talep edebileceği öngörülmüştür. Diğer bir ifade ile edimi imkansızlaşan borçlu kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulacak, ancak borçlunun ediminin imkansızlaşmasına yol açan alacaklının kendi edimini ifa etme yükümlülüğü devam edecektir. Borçlunun bu şekilde karşı edimi talep etme hakkına sahip olduğu durumlarda ise, borçlunun asli edimini yerine getirmekten kurtulmasından ötürü tasarruf ettiği şeyler veya iş gücünü başka şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği kazançlar ya da kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar, alacaklının karşı ediminden indirilecektir.

Söz konusu yazarlar bu çözüm tarzının Borçlar Kanunumuzun ruhuna da uygun olduğunu ifade etmektedirler. Zira bu yazarlara göre kira

¹² **Becker, Hermann**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941, Art. 119, N.8; **Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, I. Halbband: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Zürich 1929, Art. 119, N.24; **Gauch, Peter/ Schlupe, Walter R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich 1995, N.3321; **Wiegand, Wolfgang**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Honsell/ Vogt/ Wiegand), 4. Auflage, Basel 2007, Art.119, N.14; **Aeppli, Viktor**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung, Art.114-126 OR, 3. Auflage, Zürich 1991, Art.119, N.151; **Berger, Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, § 23, N.1610; **Dural**, s.169 vd.; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, cilt I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 1976, s.794; **Oğuzman/ Öz**, s. 292; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s.1252; **Serozan**, § 13 N.4; **Akkanat**, s. 142 vd.

¹³ İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. BGE 114 II 277; 116 II 514.

¹⁴ **Dural**, s.171; **Akkanat**, s.142, 143.

¹⁵ Her ne kadar Alman Medeni Kanunu sistemi 2002 reformu ile değişmiş ise de, Alman Medeni Kanunu'nun değişiklikten önceki halinde § 324/b. I'de yer alan düzenleme, Kanun'un yeni halinde de § 326/b. II'de aynen korunmuştur.

sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 252. maddesi, hizmet sözleşmesine ilişkin 325. maddesi ve eser sözleşmesine ilişkin 368. maddesinin 3. fıkrası ve 370. maddesi ilişkin oldukları sözleşmelerde benzer düzenlemeler içermektedirler¹⁶. Bu nedenle de Alman Hukuku'ndaki çözüm tarzı Borçlar Kanunumuzun ruhuna da uygun düşmektedir¹⁷. Hakimin yapması gereken Türk Medeni Kanunu'nun birinci fıkrası aracılığıyla söz konusu boşluğu bu şekilde doldurmaktır.

2. Yine bu görüşe göre, alacaklının borcun ifasını imkansız hale getirmesi, bir sözleşme ihlali olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle de alacaklıdan bir tazminat istemeye olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, borçlu karşı edimi elde etmekle esasen borç ilişkisine girmekle elde etmek istediği menfaate de kavuşmuş olacaktır. Bununla birlikte alacaklının borcun imkansızlaşmasına yol açan davranışının aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği durumlarda, borçlunun ifa menfaatinin ötesinde uğradığı bir zararı mevcut ise, bunun da tazminini haksız fiil hükümleri uyarınca isteyebilecektir¹⁸.

V. Kanaatimiz

1. Kanaatimizce, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu ve bu kanun boşluğunun Alman Medeni Kanunu'nun 326. maddesine uygun olarak doldurulması gerektiği yönündeki görüş, kanunumuzun sistemine uygun düşmemektedir. Kanunumuzun 117. maddesinin 2. fıkrasında, bir borcun borçlunun kusuru bulunmaksızın imkansızlaşması halinde, karşılıklı borçların sona ereceğinin açıkça kabul edilmiş olması karşısında, Kanun'un ifadesine açıkça aykırı bir yorumla, karşı edim borcunun varlığının süreceğini kabul etmek kanaatimizce isabetli bir tutum değildir. “*Tatmin edici görülmeyen bir hükmü değiştirmek hakimin değil, kanun koyucunun görevidir*”¹⁹. Bu gibi durumlarda 117. maddenin uygulanmayacağını benimsemek, daraltıcı bir yorum yapmanın ötesinde kanun hükmünü yok saymak anlamına gelecektir. Nitekim doktrinde de 117. madde hükmünün tatmin edici bir çözüm sunmaması nedeniyle, burada gerçek olmayan bir kanun boşluğunun bulunduğu ifade edilmektedir. Oysa kanaatimizce öncelikle yapılması gereken, sorunlara kanunumuzun sistemi içerisinde bir çözüm aramaktır. Kanun'un ifadesinin tatmin edici bulunmadığı her

¹⁶ **Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, N.64.29; **Wiegand**, Art.119, N.14; **Serozan**, § 13 N.4; **Oğuzman/ Öz**, s.292 dipnot 420; **Dural**, s.170, 171; **Akkanat**, s.37.

¹⁷ Serozan ise Alman Hukuku'ndaki çözüm tarzına, yukarıda sayılan hükümlerden kıyas yapmak suretiyle ulaşılabileceği görüşündedir. **Serozan**, § 13 N.5. Yazara göre bu konuda aynı zamanda şarta bağlı borçlara ilişkin Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi hükmünden de yararlanılabilir. Aynı doğrultuda **Schwenzer**, N.64.29.

¹⁸ **Dural**, s.173; **Akkanat**, s.146.

¹⁹ **Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul 2006, s.82.

durumda gerçek olmayan bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmek oldukça tehlikeli bir tutumdur.

Kaldı ki, böyle bir yorum yapmaya ve kanun boşluğunu bizim hukuk sistemimizin tamamen dışında bir hükümlerle, Alman Medeni Kanunu'nun 324. maddesi uyarınca doldurmaya da ihtiyaç bulunmamaktadır. Kanaatimizce, kanunumuzun sistematiğine ve hakkaniyete en uygun olan çözüm tarzı, karşılıklı sözleşmelerde her iki tarafın borcunun da sona erdiğini, ancak edimin imkansızlaşmasına yol açan alacaklının, akdin müspet ihlali nedeniyle borçlunun zararını Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca tazmin etmesi gerektiğini kabul etmektir²⁰. Zira bu durumda alacaklı sözleşmenin amacına ulaşmasına engel olacak davranışlardan kaçınmak yönündeki yükümlülüklerine aykırı davranmak suretiyle sözleşmeyi ihlal etmiştir.

Nitekim Dural'a göre de, alacaklı borç ilişkisine girdikten sonra, belirli bir tutum göstermek zorundadır. Diğer bir ifade ile alacaklı dürüstlük kuralı gereğince, borçlunun edimini engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Alacaklı bu yükümlülüğünü ihlal eder ve bunun sonucunda edim imkansızlaşırsa, sorumlu olacaktır²¹. Doktrinde ayrıca, sözleşmeye taraf olan kimselerin sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek nitelikteki davranışlardan kaçınmaları gerektiği, aksi halde bu tür davranışların akdin müspet ihlali olarak kabul edileceği ifade edilmiştir²². Bu nedenlerle alacaklının, borçlunun borcunun imkansızlaşmasına ve bu şekilde sözleşmenin amacına ulaşmasına engel olan davranışlarını akdin müspet ihlali olarak kabul etmek ve bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereğince alacaklının sorumlu olacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir²³.

2. Esasen borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı halinde de karşılıklı borçların sona ereceğini savunan yazarlar²⁴ açısından, bu görüşün kabul edilmesi zorunludur. Zira söz konusu yazarlara göre, borçlunun kusuru ister bulunsun ister bulunmasın, ifası imkansızlaşan edim sona erecektir. Aynı şekilde borcundan kurtulan borçlu da karşı edimi talep etme hakkını kaybedecektir. Bu iki hal arasındaki tek farklılık kusurlu olan borçlunun

²⁰ **Giger, Marcel**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Nern, Stuttgart, Wien 1992, s.103 vd. Bucher de, konuyu detaylı olarak ele almamakla birlikte, Alman Hukukundakine benzer bir kuralın Borçlar Kanunu'nda yer almaması sebebiyle, burada edimi imkansızlaşan borçlunun ancak akdin müspet ihlali sebebiyle bir tazminat isteyebileceğini açıkça ifade etmiştir. **Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, s.299.

²¹ **Dural**, s.172. Ancak Dural, bu ifadelerine rağmen, burada bir akdin müspet ihlali bulunduğu sonucuna ulaşmamış, hakim görüşüne katılmıştır.

²² **İnal, Tamer**, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004, s.113, 114.

²³ Serozan'a göre, sözleşmenin müspet ihlali, imkansızlık ve temerrüt dışındaki tüm sözleşmeye aykırılıkları kapsayan bir terimdir. **Serozan**, § 18 N.1.

²⁴ **Oğuzman/ Öz**, s.311 vd.; **Öz, M. Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.156, dipnot 12.

alacaklıya tazminat ödemek zorunda olmasında kendini göstermektedir. Sonuç olarak bu görüş, borçlunun gerek sorumlu olduğu imkansızlık halinde, gerekse de imkansızlıktan sorumlu olmadığı hallerde, karşılıklı her iki borcun da sona ereceğini savunmaktadır. Bunun doğal sonucu da, imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu hallerde de yine her iki borcun sona ermesi, buna karşılık imkansızlıktan sorumlu olan alacaklının borçluya tazminat ödemesidir. Bu nedenle, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında dahi edimlerin karşılıklı sona ereceğini savunan Oğuzman/Öz'ün, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı hallerinde hakim görüşe katılması, bir çelişki teşkil etmektedir.

3. Ayrıca doktrinde ileri sürüldüğü üzere, Borçlar Kanunumuzun bazı sözleşme tipleri açısından getirdiği düzenlemelerin, Alman Medeni Kanunu'nun getirdiği sisteme uygun olduğunu söylemeye de olanak bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin 368. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, *“Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dâhil olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır”*. Görüldüğü üzere bu hükümde edimi imkansızlaşan borçluya, karşı edimi talep etme olanağı tanınmamış, tam tersine borçlunun uğradığı zararının tazminini isteyebileceği ifade edilmiştir. Zira söz konusu hüküm ile sözleşmede kararlaştırılmış olan ücretin tamamının değil, o zamana kadar yapılmış olan işin kıymetinin ve borçlunun bunun dışındaki zararlarının tazmin edileceği vurgulanmıştır.

Aynı şekilde 370. maddenin *“Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dâhil olmayan masrafını alır. Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeğe hakkı olur”* ifadesini de bu şekilde anlamak gerekmektedir. Nitekim doktrinde de bu hükmün hakim görüşün kabul ettiği çözüm tarzının tam tersine bir sonuca ulaştığı ve savunmakta olduğumuz görüşü destekler nitelikte olduğu haklı olarak ifade edilmiştir²⁵.

Buna karşılık kira sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 252. maddesinde esasen bir ifa imkansızlığı hali öngörülmüş değildir. Her ne kadar söz konusu hükümde, *“Kiracı, kendi kusurundan yahut şahsında hâdis olan mücbir bir sebepten dolayı kiralananı kullanmadığı yahut mahdut surette kullandığı takdirde kiralayan, kiralananı akit dairesinde kullanmağa hazır bulundurmuş oldukça; kiracı, kiranın tamamını vermekle mükellef*

²⁵ Giger, s.109.

olur. Bu takdirde kiralayan, sarfiyattan tasarruf eylediği miktarı ve kiralananın diğer suretle kullanılmasından elde ettiği menfaatleri kiraya mahsup etmeğe mecburdur” ifadesine yer verilmiş ise de, esasen “kiralayan, kiralananı akit dairesinde kullanmağa hazır bulundurmuş” olmakla borcunu sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmiş durumdadır. Kiralayanın kira sözleşmesinden doğan borcu, söz konusu eşyanın kiracı tarafından kullanılmasını sağlamak değil, kullanıma hazır bulundurmaktır. Bu durumda 252. maddede öngörülen durumda, kiralayan kendi borcunu yerine getirmiştir ve bir ifa imkansızlığından da söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de kiralayanın karşı edimi talep etmesi de doğaldır.

Bu konuda hakim görüşe dayanak teşkil edebilecek olan tek hüküm Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçi burada da bir ifa imkansızlığı halinin değil, alacaklı temerrüdünün düzenlenmiş olduğunu savunmak, hükmün “İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse” şeklindeki ifadesinden de yola çıkarak mümkündür. Ancak ifade etmek gerekir ki, doktrinde buradaki alacaklı temerrüdünün bir ifa imkansızlığına yol açtığını savunan bir görüş de bulunmaktadır²⁶. Zira zamanın geçmesi ile birlikte o zaman dilimi için borçlunun hizmeti yerine getirmesine artık olanak kalmamıştır.

Kanaatimizce burada yine de bir ifa imkansızlığından ziyade alacaklı temerrüdünün özel olarak düzenlenmiş bir halinin bulunduğunu kabul etmek daha isabetlidir²⁷. Zira işçinin söz konusu ücret alacağını elde edebilmesi için zamanın geçmesi ve edimin ifa edilemez hale gelmesi yeterli değildir. Aynı zamanda Borçlar Kanunu'nun 90. maddesinde öngörülmüş olan şartların da gerçekleşmesi, özellikle de ifanın sözleşmeye uygun bir şekilde teklif edilmiş olması gerekir. Kanun koyucunun 325. maddede temerrütten bahsetmiş olması bir yanlışlık değil, bilinçli bir tercihtir. Bu nedenle de 325. madde hükmünün diğer ifa imkansızlığı hallerinden ayrıldığı ve en azından şartları açısından alacaklı temerrüdüne yaklaştığı ortadadır. Kaldı ki, söz konusu hükmün hizmet sözleşmelerine özgü olduğu ve hizmet sözleşmeleri açısından işçiyi koruma amacının da ön plana çıkabildiği gözden uzak tutulmamalıdır.

4. Böylece kanaatimizce, alacaklının sorumlu olduğu bir sebeple ifanın imkansız hale gelmesi durumunda, karşılıklı olarak her iki borç da sona erecektir. Ancak borçlu, alacaklının akdin müspet ihlali teşkil eden davranışı sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini isteyecektir. Bu konuda borçlunun imkansızlık yüzünden uğradığı bütün zararların göz önünde tutulması gerekmektedir.

²⁶ Serozan, § 13 N.4.

²⁷ Yavuz, Cevdet/ Özen, Burak/ Acar, Faruk, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, s.469; Koç, s.136, 137.

İfade etmek gerekir ki, karşı edimin bir miktar para olduğu durumlarda, bu zarar çoğu zaman söz konusu bedel ile aynı olacaktır. Ancak borçlunun asli edimini yerine getirmekten kurtulmasından ötürü tasarruf ettiği şeyler veya iş gücünü başka şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği kazançlar varsa, bu durum borçlunun zararının da daha az olduğu anlamına gelecektir. Borçlunun kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar bakımından ise müterafik kusuru düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi devreye girecektir²⁸. Hatta bu durumda borçlunun sadece kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar bakımından değil, aynı zamanda kusurlu olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar bakımından da bir indirime gidilmesi gerekecektir. Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunumuz mevcut sistemi, bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmeye ve Alman Hukukundaki bir çözümü kıyasen uygulamaya gerek kalmaksızın benzer bir sonuca ulaşmaya müsaittir.

5. Doktrinde İnan'ın görüşüne karşı getirilen, alacaklının sorumlu olduğu hallerin sadece onun kusurlu bulunduğu durumlar ile sınırlı olmadığı yönündeki eleştirinin²⁹ bu görüş açısından da ileri sürülmesi düşünülebilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, alacaklının hangi hallerde ifa imkansızlığından sorumlu tutulması gerektiği özellikle Alman doktrininde oldukça tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüşün bulunduğunu söylemek mümkündür. Bir görüş akdi sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunurken, diğer bir görüş alacaklının kendi riziko alanına giren tüm imkansızlık hallerinden sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir³⁰. Kanaatimizce Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin ikinci fıkrası göz önüne alındığında Türk Hukuku açısından ikinci görüşün kabul edilmesi oldukça güçtür. Kaldı ki, bu görüşün kabul edilmesi bizi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara da ulaştıracaktır. Zira 117. maddenin ikinci fıkrası, imkansızlığın borçlunun etki alanında gerçekleşmiş olup olmadığını dikkate almamış, bu konuda borçlunun 96. vd. maddeleri uyarınca sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığını gözetmiştir. Bu durumda sorumsuzluk anlaşması ya da ifa yardımcısının eylemlerinden sorumluluk gibi bir kusursuz sorumluluk hali mevcut olmadığı sürece, borçlu ancak kusurunun varlığı halinde sorumlu olacaktır. Şüphesiz alacaklının sorumluluğunu tespit hususunda da aynı sistemin benimsenmesi zorunludur. Buna göre, alacaklıyı akdi sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabildiğimiz hallerde alacaklının da tazminat ödemesi gerekecektir.

Kaldı ki, savunmakta olduğumuz bu görüş İnan'ın haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına yönelik görüşünden farklı olarak, tazminat

²⁸ Giger, s.108.

²⁹ Bkz. bölüm III, 3.

³⁰ Tartışma için bkz. Akkanat, s.38 vd.

ödenmesi için bir mutlak hak ihlalinin ortaya çıkmasına da ihtiyaç duymamaktadır. Doktrinde, ifa imkansızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlara ilişkin olarak vapurun kalkış saatini kaçıran yolcu ya da seans saatinde sinemada yerini almayan seyirci örnekleri verilmektedir³¹. Bu örneklerde bir ifa imkansızlığının söz konusu olduğunu kabul edecek olursak³², yolcu veya seyircinin haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyeceken, savunmakta olduğumuz görüş çerçevesinde bu kimseleri sorumlu tutmak mümkün olabilecektir. Bu durumlarda gemi şirketinin ya da sinema sahibinin zararı gemi ya da sinema bileti bedeli ile aynıdır.

Sinemanın ya da geminin tam dolu olup olmaması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira alacaklının, gemide ya da sinemada zamanında bulunması durumunda, söz konusu gemi şirketi ya da sinema sahibi, bilet bedelini alacaklıdan tahsil edebilecekti. Oysa ifa imkansızlığı nedeniyle karşılıklı olarak borçlar sona ereceği için, bu kimseler artık sinema ya da taşıma bedelini tahsil edemeyecek ya da hali hazırda tahsil etmişler ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade etmek zorunda kalacaklardır. Bu durumda da gemi şirketinin veya sinema sahibinin yoksun kalınan bir karı bulunmaktadır ve bunun tazmini gerekecektir.

6. Bu görüşe karşı ileri sürülebilecek en önemli eleştiri, Borçlar Kanunumuzun genel prensiplerinden biri olan, aynen ifa mümkün olduğu sürece, aynen ifaya hükmedilmesi gerektiği yönündeki ilkedен sapmasıdır. Ancak hukukumuzda bu ilkenin mutlak bir uygulama alanına sahip olmadığı ve özellikle imkansızlık hallerinde bu ilkedен sapılabildiği bilinen bir gerçektir.

7. Bu konuda ele alınması gereken bir diğer husus, hakim görüş tarafından Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin uygulanmasına karşılık ileri sürülen, imkansızlığa yol açan alacaklının kendi ediminden kurtulmasının hakkaniyete uygun olmadığı yönündeki değerlendirmelerdir. Kanaatimizce kusurlu olan alacaklının bu gibi hallerde bir tazminat ödemek zorunda kalacağı düşünüldüğü zaman bu görüşte isabet bulunmamaktadır. Unutulmamalıdır ki, bir kimsenin kendi edimini imkansızlaştırması halinde dahi, artık edimini yerine getirmesi mümkün olamayacağı için, yükümlülüğü sadece bir tazminat ödemekten ibaret olacaktır. Kaldı ki, alacaklının aynen tazmine mahkum edilmesi ve borçlunun bu şekilde karşı edim menfaatine kavuşmasının sağlanması da her zaman için mümkündür³³.

³¹ Oğuzman/ Öz, s.292 Akkanat, s.40.

³² Kanaatimizce bu gibi hallerde bir ifa imkansızlığının bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır. Kalkış saatinde gemi kalkmış ve film zamanında başlamış ise, burada borçlunun üzerine düşenleri yaptığı ve bu nedenle ifanın gereği gibi yerine getirilmiş olduğunu ileri sürmek mümkündür. Yapılan ifadan alacaklının yararlanamamış olması, kanımızca ifanın imkansız hale geldiği anlamına gelmemelidir. Bu durumda da kendi edimini gereği gibi yerine getirmiş olan borçlunun, karşı edimi talep etmesi de doğaldır.

³³ Giger, s.104, 105.

8. İfanın hem alacaklının hem de borçlunun sorumlu olduğu bir sebep dolayısıyla imkansızlaşması halinde, artık Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinin uygulama alanı bulması gerekir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca müterafik kusur nedeniyle ödenecek tazminatta bir indirime gidilecektir³⁴.

Dural ise, bu konuda kimin kusurunun daha ağır olduğuna bakmak gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, karşılaştırma sonucunda borçlunun sorumluluğunun daha ağır olduğu anlaşılırsa, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uygulanacak ve borçlu tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Buna karşılık alacaklının sorumluluğunun daha ağır olduğu tespit edilirse, alacaklının, edimi imkansızlaştırmış olduğu kabul edilecektir. Öte yandan tarafların imkansızlığa etkilerinin eşit olduğu bir kurguda ise, bunların kusurları birbiri ile takas edilecek ve her iki tarafın da sorumlu olmadığı bir durum meydana gelecektir. Bu ihtimalde Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi uygulama alanı bulacak ve her iki taraf da karşılıklı olarak borçlarından kurtulacaktır³⁵.

Kanaatimizce tarafların kusur derecelerini bu şekilde bir karşılaştırmaya tabi tutmanın pratik güçlüğü bir tarafa, alacaklının kusuru illiyet bağıni kesecek derecede yoğun olmadığı sürece, hukukumuzda borçlunun kendi kusurundan sorumlu olması prensibi geçerlidir. Bu gerek borca aykırılıklar alanında, gerekse de haksız fiiller alanında böyledir. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 117. maddesinde de borçluya isnat olunamayan hallerden bahsedilmektedir. Böylece borçlunun kusurlu davranışı ile ifa imkansızlığı arasında uygun illiyet bağı kurulabildiği sürece borçlunun bundan sorumlu olması gerekecektir.

Bunun yanı sıra yazarın tarafların kusurunun "takas" edileceği yönündeki yaklaşımına da katılmaya olanak bulunmamaktadır. Tarafların kusurlarının takas edilmesi hukukumuza tamamen yabancı olup, bu görüşün Borçlar Kanunumuzun 44. maddesinin varlığı karşısında kabul edilmesi mümkün değildir. Bilindiği üzere karşılıklı kusur konusu Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hüküm Borçlar Kanunu'nun 98. maddesinin 2. fıkrasının atfi ile borca aykırılık hallerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Kanaatimizce bu konuda da bu düzenlemeden ayrılmak için hiçbir neden mevcut değildir.

Giger ise, imkansızlıktan her iki tarafın sorumlu olduğu hallerde de karşılıklı borçların Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca sona ereceği, bu nedenle her iki tarafın birbirinden tazminat isteyebileceği, bu tazminatların hesaplanmasında müterafik kusur nedeniyle

³⁴ **Gauch/ Schluep**, N.3322; **Schwenzer**, N.64.30; **Wiegand**, Art.97, N.24 ve Art.119, N.14; **Serozan**, § 13 N.6 ve 12.

³⁵ **Dural**, s.176, 177.

indirime gidilmesi gerektiği, ancak karşılıklı bu tazminat alacaklarının takas edileceğini savunmaktadır.

Kanaatimce, Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1 fıkrasının "*borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa*" şeklindeki açık ifadesi karşısında borçlunun sorumlu olduğu bir ihtimalde bu hükmün uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

VI. Pratik Önemi

1. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ifa imkansızlığından alacaklının sorumlu olduğu haller, borçlunun sorumlu olduğu hallere nazaran daha nadir karşımıza çıkmaktadır. Zira ifanın yapılabilmesi çoğu zaman borçlunun davranışlarına bağlıdır. Bunun dışında da ifa imkansızlığının en çok karşımıza çıkacağı alanlardan biri olan alım satım sözleşmelerinde hasara ilişkin hükümlerin varlığı, konunun önemini azaltmaktadır. Ayrıca istisna sözleşmeleri açısından da Borçlar Kanunu'nun 368. ve 370. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Bunun yanı sıra, yukarıda da ele aldığımız üzere, doktrinde savunulan hakim görüş ile savunmakta olduğumuz görüş bir çok durumda benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Tüm bu nedenlerle konunun aslında salt teorik bir öneme sahip olduğu düşünülebilir. Oysa bu iki görüşün sonuçları açısından ayrıldığı önemli bazı noktalar bulunmaktadır.

2. Bunlardan ilki ve en önemlisi alacaklının ödemesi gereken miktara ilişkindir. Bir örnekten yola çıkacak olursak, bir avukatlık sözleşmesinde, avukatın müvekkilin zamanında vekaletname çıkarmaması nedeniyle davaya girememesi halinde, alacaklının sorumlu olduğu bir ifa imkansızlığının bulunduğu açıktır. Bu durumda doktrinde savunulmakta olan hakim görüş, avukatın davaya girememesine rağmen, avukatlık ücretini isteyebileceğini, ancak bu ücretten avukatın edimini yerine getirmekten kurtulmasından ötürü tasarruf ettiği şeylerin veya iş gücünü başka şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği kazançların ya da kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançların indirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce bu hesabın yapılabilmesi oldukça zordur. Zira bir avukatın edimini yerine getirmemekten ötürü ne oranda tasarruf ettiğinin ya da iş gücünü başka şekilde kullanmasından ötürü ne gibi kazançlar elde etmiş olduğunun belirlenmesi çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Bu örnekte ispat edilmesi gereken husus, avukatın sırf söz konusu davaya bakmadığı için başka bir davayı almış olduğudur. Bunun da ispatı pratik olarak hemen hemen mümkün değildir. Öte yandan, bir avukatın kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançların, örneğin başka bir davayı sırf kötü niyetli olarak almaktan imtina ettiğinin ispat edilmesine de imkan bulunmamaktadır. Zira avukatlar açısından önüne gelen her davayı almak yükümlülüğü bulunmayıp, bir avukatın bir davaya bakmayı reddetmesinin

çok farklı sebepleri olabilir. Bu durumda söz konusu örnekte avukat davaya girmemiş ve hiç bir emek sarf etmemiş olmasına rağmen avukatlık ücretinin tamamına kavuşmuş olmaktadır. Bunun da hakkaniyete ne kadar uygun olduğu tartışmaya açıktır.

Buna karşılık savunmakta olduğumuz görüş uyarınca, edimi imkansızlaşan borçlu, karşı edimin tamamını değil, sadece uğramış olduğu zararının tazminini isteyebilecektir. Burada avukatın zararı yoksun kalmış olduğu kardan ibarettir. Bu hususun objektif olarak belirlenmesi ise çok daha kolaylıkla mümkündür. Bir avukatın ortalama yıllık kazancı ve bir yılda bakmakta olduğu ortalama dava sayısı bellidir. Bu durumda da söz konusu avukatın bu davaya bakamaması nedeniyle yoksun kalmış olduğu karın objektif olarak hesaplanabilmesi de mümkün olmaktadır³⁶.

3. Bu iki görüş arasındaki bir diğer farklılık ise, hakim görüş uyarınca, borçlunun sadece kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançların karşı edimden indirilmesi gerekecek iken, savunmakta olduğumuz görüş bakımından, müterafik kusuru düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca, borçlunun kusurlu olarak elde etmeyi ihmal ettiği tüm kazançlar bakımından böyle bir indirimle gidilmesi gerekecektir³⁷.

VII- Sonuç

Görüldüğü üzere, bu iki görüş arasındaki fark, özellikle iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır³⁸. Doktrinde savunulmakta olan hakim görüş, teorik olarak zorlama ve hukuk sistemimizin dışında çözümler üretmesinin yanı sıra, özellikle iş görme sözleşmeleri bakımından ispat açısından oldukça güç ve bu nedenle de zaman zaman hakkaniyete aykırı düşen sonuçlara ulaşmaktadır.

Hiç şüphesiz, konunun açık bir hükümle düzenlenmesi en isabetli yöntem olacaktır. Ancak mevcut Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da konuya ilişkin bir düzenlemenin yapılmadığı

³⁶ Kuşkusuz her davanın büyüklüğü aynı değildir. Bu durumda da bir avukatın yoksun kaldığı karın da davadan davaya farklılık göstereceği bir eleştiri olarak getirilebilir. Ancak kanaatimizce yine de, karşılaştırılan avukatlık ücretine göre bir oranlamaya gitmek ve yoksun kalan karı objektif bir şekilde hesaplamak olasıdır.

³⁷ Bir diğer farklılık ise zamanaşımının başlangıç anına ilişkindir. Her ne kadar her iki görüş açısından da kural olarak 10 yıllık zamanaşımı uygulama alanı bulacak ise de, hakim görüş uyarınca, zamanaşımı süresi karşı edimin muaccel olduğu anda işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık, savunmakta olduğumuz görüş bakımından süre alacaklının imkansızlığa yol açan davranışından itibaren işleyecektir. Zira sözleşme ihlali bu anda gerçekleşmiş ve tazminat borcu doğmuştur.

³⁸ Bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen, eser sözleşmesi açısından Borçlar Kanunu'nun 368. ve 370. maddelerinin varlığı gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak yukarıda da ortaya koymuş olduğumuz gibi, her iki hükümde de ücretin istenebileceği değil, edimi imkansızlaşan borçlunun, yani müteahhidin uğramış olduğu zararlarının tazminini talep edebileceği öngörülmüştür. Bkz. bölüm V, 3.

görülmektedir³⁹. Bu durumda konu açıkça özel bir hükümlerle düzenlenene kadar, bu konudaki sorunların Kanunumuzun sisteminden ayrılmaksızın çözümlenmesinde yarar bulunmaktadır.

³⁹ Bu durumun eleştirisi için bkz. **Baçoğlu, Başak**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s.152 dipnot 576.

KAYNAKÇA

- Aeppli, Viktor**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung, Art.114-126 OR, 3. Auflage, Zürich 1991.
- Akkanat, Halil**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996.
- Baçoğlu, Başak**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- Becker, Hermann**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941.
- Berger, Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. 117), İstanbul 1976.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- Gauch, Peter/ Schluop, Walter R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich 1995.
- Giger, Marcel**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Nern, Stuttgart, Wien 1992.
- İnal, Tamer**, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004.
- İnan, Ali Naim**, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1956.
- Koç, Nevzat**, İsviçre ve Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992.

- Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 14. Bası, İstanbul 2008.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009.
- Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, I. Halbband: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Zürich 1929.
- Öz, M. Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006.
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, cilt I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 1976.
- Üçer, Mehmet**, Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007.
- Wiegand, Wolfgang**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (Honsell/ Vogt/ Wiegand), 4. Auflage, Basel 2007.
- Yavuz, Cevdet/ Özen, Burak/ Acar, Faruk**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007.