

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

BORCUN İFASINDA BORÇLUNUN ROLÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hilal DAVER

KOCAELİ 2013

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

BORCUN İFASINDA BORÇLUNUN ROLÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN: Hilal DAVER

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Herdem BELEN

KOCAELİ 2013

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

BORCUN İFASINDA BORÇLUNUN ROLÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: Hilal DAVER

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 26.06.2013 - 10

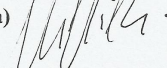
Jüri Başkanı: Doç. Dr. Herdem BELEN

(İmza)



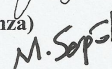
Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ

(İmza)



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL

(İmza)



KOCAELİ 2013

ÖZET

Günlük yaşamda en sık karşılaşılan hukuki ilişki, borç ilişkisidir. Borç ilişkisine kural, borç altına girenin alacaklıya ifada bulunmasıdır. Ancak uygulamada borçlu yerine üçüncü bir kişinin ifada bulunduğu durumlara da rastlanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 83 gereği borçlu borcunu bizzat ifaya mecbur değildir. Ancak özellikle iş görme borcu doğuran sözleşmelerde bizzat ifa kuralının getirildiği görülmektedir.

Çalışmamızda da borcun ifasında borçlunun üstlendiği rol ve bazı özel borç ilişkilerinin ifasında kişi unsuru incelenmiştir.

ABSTRACT

The relationship of debt which is the most frequently faced legal relationship in daily life. As a rule, the debtor performs his own debt, but sometimes a third person performs the debt instead of debtor. According to Article 83 of the Turkish Code of Obligations, the debtor does not have to perform his debt in person. However the third person doesn't perform the debtor's debt according to freelance contracts.

In this study, the role of debtor's and the third person's in perform analyzed.

ÖNSÖZ

Çalışmamızın başlığı “Borcun İfasında Borçlunun Rolü”dür. Çalışma konusunu seçme amacımız bugüne kadar borç ilişkilerinde edim ve alacaklı unsuruna oranla detaylı incelenmemiş olan borçlu unsurunu ele almak ve ifadaki konumunu değerlendirmektir.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle çalışma içinde sıklıkla geçen ve çalışmanın temelini oluşturan borç ve borç ilişkisi kavramları, kaynakları, kavramlar arasındaki farklar incelenmiştir. Ardından borç ilişkisinin unsurları olan alacaklı, borçlu ve edim kavramları kısaca açıklanmış, ikinci bölümde detaylı açıklanacak olan ifade borçlunun rolüne ilişkin temel bilgiler burada verilmiştir.

İkinci bölümde öncelikle ifa kavramı ve hukuki niteliği açıklanmış; ardından gereği gibi ifanın şartları belirtilmiştir. Devamında ifa sırasında borç ilişkisinin borçlu tarafında pasif süje olarak kimlerin yer alabileceği belirtilip edim türleri açısından özellik gösteren durumlar incelenilerek devam edilmiştir. Ardından borçlu dışında birinin ifasını anlatan üçüncü kişinin ifası ve sonuçları detaylı olarak incelenmiştir. Son olarak bazı özel borç ilişkilerinde üçüncü kişinin ifasının hüküm ve sonuçları ele alınarak çalışma tamamlanmıştır.

Beni bu konuda çalışmaya sevk eden, uzun ve yorucu tez yazma döneminde yazdıklarımı hiç geciktirmeden, her defasında büyük özen ve titizlikle okuyan, eleştiren ve çalışmalarımı yönlendiren, tezimde büyük emeği bulunan değerli hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Herdem BELEN’e sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca çalışmanın hazırlanması aşamasında değerli görüş ve katkılarıyla bana yol gösteren ve jürime katılan sayın Kürsü Hocalarım Yrd. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ ve Yrd. Doç.Dr. Mehmet Şengül’e; çalışmalarımı okuyup paylaştıkları değerli görüşleriyle daima destek olan, bu yorucu süreçte bana her zaman moral desteği veren saygıdeğer hocalarım Yrd. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ ve Dr. Duygu KOÇAK DİKER’e çok teşekkür ederim.

Son olarak her zaman olduğu gibi tezimi yazarken de benden sevgilerini ve yardımlarını esirgemeyen, bana sonsuz anlayış gösteren anneme ve babama bütün kalbimle teşekkür ederim.

BORCUN İFASINDA BORÇLUNUN ROLÜ

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
I. BORÇ İLİŞKİSİ (KAVRAM-NİSBİLİK-KAYNAKLAR)	2
A. GENEL OLARAK	2
B. BORÇ-BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI	2
C. BORÇ İLİŞKİSİNİN NİSBİLİĞİ	5
D. BORCUN KAYNAKLARI	7
1. Sözleşme	7
2. Haksız Fiil	10
3. Sebepsiz Zenginleşme	11
4. Kanun	12
E. BORÇ-BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARININ FARKLILIKLARI	14
1. Doğum Anı Açısından	14
2. Kapsam Açısından	15
3. Devredilme Açısından	15
4. Sona Erme Sebepleri Açısından	17
a. Borcu sona erdiren sebepler ve zamanaşımı	17
i. Yenileme	18
ii. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi	19
iii. İbra	20
iv. Takas	21
v. Zamanaşımı	22
b. Borç ilişkisini sona erdiren sebepler	23
i. İkale (bozma sözleşmesi)	23
ii. Fesih	24
iii. Dönme	25
iv. Geri alma	26
v. İptal	28
II. BORÇ İLİŞKİSİNİN UNSURLARI	28
A. TARAFLAR	29
1. Alacaklı	29
2. Borçlu	34
B. KONU (EDİM)	35
1. Genel Olarak Edim	35
2. Edimin Özellikleri	35
a. Hukuken korunan bir çıkar olmalı	35
b. İmkansız olmamalı	36
c. Belirli ya da belirlenebilir olmalı	37
3. Edim Türleri	38

a. Olumlu-olumsuz edim	38
b. Maddi-şahsi edim	39
İKİNCİ BÖLÜM	
I. EDİMİN YERİNE GETİRİLMESİ (İFA)	42
A. İFA KAVRAMI (GENEL OLARAK)	42
B. İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	44
1. Genel Sözleşme Görüşü	45
2. Maddi Fiil Görüşü	46
3. Sınırlı Sözleşme Görüşü	47
C. GEREĞİ GİBİ İFA	50
1. Konu Bakımından	50
a. Genel olarak	50
b. İfa yerine edim	52
c. İfa uğruna edim	54
2. Yer Bakımından	55
3. Zaman Bakımından	57
4. Kişi Bakımından	58
D. AHDE VEFA İLKESİ (SÖZE BAĞLILIK- PACTA SUND SERVANDA)	58
II. İFADA BORÇLUNUN ROLÜ	60
A. GENEL OLARAK	60
B. EDİM TÜRLERİ AÇISINDAN İFADA BORÇLUNUN ROLÜ	61
1. Maddi-Şahsi Edim Ayrımında İfada Borçlunun Rolü	61
2. Olumlu-Olumsuz Edim Ayrımında İfada Borçlunun Rolü	62
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASI	64
A. GENEL OLARAK	64
B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASININ ÖZELLİKLERİ (HÜKMÜ-ETKİSİ)	64
C. MÜTESELSİL BORÇLU ve KEFİLİN DURUMU	66
D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASINDA ALACAKLININ HUKUKİ DURUMU	67
E. HALEFİYET	70
1. Genel Olarak	70
2. Halefiyet Halleri	71
3. Halefiyetin Hükmü (Etkisi)	74
4. Halefiyetin Benzer Kurumlardan Farkları	75
IV. BAZI ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASI	76
A. GENEL OLARAK	76
B. ESER SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU	77
1. Genel Olarak Eser Sözleşmesi	77
2. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu ve Sorumluluğu	78
a. Bizzat ifa borcu	79
b. Kendi yönetimi altında yaptırma borcu	81
i. Eseri kendi yönetimi altında yaptırmanın anlamı	81
ii. Eseri kendi yönetimi altında yaptırmanın kapsamı	82
c. Eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlali ve sorumluluk	83
d. Yardımcı kişiler dolayısıyla sorumluluk	84
3. Yüklenicinin Bizzat İfa Borcunun İstisnaları ve Sorumluluğu	85
a. Eserin yapımının alt yüklenicilere devri	85

i. İşin niteliğinden doğan devir yetkisi	86
ii. İş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisi	86
b. Asıl yüklenicinin alt yükleniciler dolayısıyla sorumluluğu	87
c. Eser Sözleşmesinin Devri	87
C. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU	88
1. Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesi	88
2. Vekilin İş Özenle Yapma Borcu	90
a. Vekâlet sözleşmesinde özen kavramı	90
b. Vekilin özen borcunun hukuki niteliği	93
c. Vekilin özen borcunun kapsamı	93
d. Vekilin özen borcunu ihlalinin hüküm ve sonuçları	94
e. Vekâlet sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşması	95
3. Vekilin İş Bizzat Yapma Borcu ve İstisnaları	97
a. Genel olarak	97
b. Vekilin işi bizzat yapma borcunun istisnaları	98
i. Vekâlet verenin vekile işi başkasına yaptırmaması konusunda yetki vermesi	98
ii. Vekilin işi başkasına yaptırmaya durumun gereklerine göre mecbur olması	98
iii. Vekilin işi başkasına yaptırmaya teamül gereğince yetkili olması	99
c. Vekilin işi başkasına yaptırmasının çeşitleri	99
i. Alt vekâlet	100
ii. İkame vekâlet	100
d. Vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi başkasına yaptırmaması konusunda sorumluluğu	101
i. Vekilin yetkisi olmadan üçüncü kişiyi ataması	101
ii. Vekilin yetkisi içinde üçüncü kişiyi ataması	102
D. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU	102
1. Genel Olarak Hizmet Sözleşmesi	102
2. İşçinin İş Özenle Yapma Borcu	105
3. İşçinin Bizzat Çalışma Borcu	107
4. İşçinin Bizzat Çalışma Borcunun İstisnaları ve Sorumluluğu	107
SONUÇ	109
KAYNAKÇA	111

KISALTMALAR

AD. :	Adalet Dergisi
AK.:	Avukatlık Kanunu
Art.:	Artikel (madde)
Aufl.:	Auflage (bası, baskı)
AÜHFD.:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.:	Bakınız
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
Çev. :	Çeviren
E. :	Esas numarası
EBK:	818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
HD. :	Yargıtay Hukuk Dairesi
İsvBK.:	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.:	İcra İflas Kanunu
K. :	Karar
m.:	Madde
MK:	Medeni Kanun
N. :	Numara
RG.:	Resmi Gazete
s. :	Sayfa
T. :	Tarih
TBK.:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK. :	Türk Ticaret Kanunu
Yarg.:	Yargıtay
vb.:	ve benzeri
vd.:	ve devamı

GİRİŞ

Günlük yaşamda kişiler pek çok hukuki ilişki içine girer. En sık karşılaşılan hukuki ilişkilerden birisi, borç ilişkisidir. Borç ilişkisi taraflar arasında bağ kurar ve bu bağ borç ilişkisi ortadan kalkana kadar varlığını sürdürür. Borç ilişkileri içerdikleri asli ve yan borçlar ile yükümlerden oluşur. Her borç ifa edilmek amacıyla doğar. İfade kural borç altına girenin alacaklıya edimi ifa etmesidir. Ancak uygulamada borçlu yerine üçüncü bir kişinin ifade bulunduğu durumlara da rastlanmaktadır, çalışmamızın temelini de borcun ifasında borçlunun üstlendiği rol ve borçlu yerine üçüncü kişinin ifasının mümkün olup olamayacağı oluşturmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde borç ve borç ilişkisi kavramları ile bunlar arasındaki farklar, borç ilişkisinin unsurları ayrıntılarıyla incelenecektir. İkinci bölümde ise borçlu tarafından ve üçüncü kişi tarafından ifa incelenerek bazı özel borç ilişkilerinde- özellikle şahsi edimler içeren borç ilişkilerinde- borçlu dışında bir üçüncü kişinin ifasının mümkün olup olmadığı açıklanacaktır. Şahsi edimler içeren borç ilişkilerinden özellikle iş görme borcu doğuran eser, vekâlet ve hizmet sözleşmeleri ele alınacaktır.

BORCUN İFASINDA BORÇLUNUN ROLÜ

BİRİNCİ BÖLÜM

I. BORÇ İLİŞKİSİ (KAVRAM-NİSBİLİK-KAYNAKLAR)

A. GENEL OLARAK

Özel hukukun temelini oluşturan Medeni Hukukun alt dallarından Borçlar Hukuku, kişiler arasındaki borç ilişkilerini inceler. Hukuken eşit konumdaki kişilerin çıkar ilişkilerinden oluştuğu söylenebilecek borç ilişkileri, genel ve özel hükümler kısmı ayrımıyla Türk Borçlar Kanununda (TBK) düzenlenmiştir. Kanunun genel hükümlerinde, borç ilişkilerinin kaynakları, büyük bölümü hukuka uygun davranışlardan sözleşme göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İncelememizin temelinde yer alan borç ilişkisi de sözleşmedir.

Asıl söz sahibinin ilişkiyi kuranlar (tarafklar) olduğu sözleşmelerde, kanunun yaptığı çoğunlukla yedek hükümler getirmektir. Bu durum sözleşme özgürlüğü kapsamında, sözleşmenin içeriğini belirleme ilkesinin bir sonucudur. Uyuşmazlık durumunda çözüm üretme işlevini üstlenen TBK’de incelememiz açısından da önem taşıyan kavramlar tanımlanmamış; bu husus öğreti tarafından gerçekleştirilmiştir. Aşağıda öncelikle hem Türk Borçlar Kanununun hem çalışmamızın başlıca kavramlarının neyi ifade ettiğı incelenen daha sonra aralarındaki farka değinilecektir.

B. BORÇ-BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI

Günlük yaşamda sık karşılaşılan hukuki ilişkilerden birisi, sözleşmedir. Taraflar arasında hukuki bağ kuran sözleşmeler, çoğu zaman borçlandırıcı işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemlerde asıl olan söz vermedir. Borç- borç ilişkisi kavramları da anlamlarını, verilen söz(ler) temelinde bulur. Söz verme, teknik anlamda borçtur. Bu anlamda borç, bir kişiyi, diğerk kişiye, edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bağıdır¹.

¹ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 1976, s. 27–28; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop Atilla, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 5–6; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 s. 3–5 (Oğuzman/Öz, Cilt I olarak anılacaktır); Ataay, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 3. Bası, Der

Borç ilişkilerinden sözleşmeler, çoğu zaman tek tek sözlerin ya da vaadlerin toplamından oluşur. Borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan borçlara, asli borçlar denir². Diğer taraftan borç ilişkisi asli borçlar dışında yan borçları da kapsar³. Bunlar özellikle edimin borca uygun, tam ve gereği gibi ifasına yardımcı borçlardır⁴. Nihayet borç ilişkisi hak ve borçlar dışında bazı külfetleri de içerebilir. Borç ilişkisinden bazen bir yan borç olup olmadıkları tartışmalı bulunan özen borcu⁵ ve ayıptan sorumluluk⁶ gibi borçlar da doğar.

Borç ilişkisi, içerdiği tek tek borçlardan ayrı ve bağımsız bir yapı ve varlığa sahip, bu borçları doğuran kaynak olarak nitelendirilebilir⁷. Bu önermenin bir sonucu olarak, içerdiği borçlardan biri ifa edilse, bir yenilik doğuran hak kullanılıp sona erdirilse bile borç ilişkisi varlığını sürdürür. Aynı nedenle, borç ilişkisinin içeriği veya tarafları değişebilir. Bu anlamda borç ilişkisi bütün olarak başkası tarafından üstlenilebilir; bir sözleşme ilişkisinden doğan asli borçlar ifa edilse bile, borç ilişkisi, sözleşme sonrası yan borçlarla devam edebilir⁸.

Yayınları, İstanbul, 1981, s. 31–32; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2012, s. 33; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 21–22; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 5–14 (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş); Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 1–2.

² Bir borcun asli borç olması, borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının, dolayısıyla borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme olanağı bulunup bulunmadığının, ifa imkansızlığının sonuçlarının belirlenmesinde önemlidir (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 5). Borç ilişkisinin bir tarafında borçlu varken diğer tarafında alacaklı bulunmaktadır; bir tarafın borcu madalyonun öteki yüzünde diğer tarafın alacağını teşkil etmektedir (Eren, s. 23).

³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 5.

⁴ Eren, s. 22–23.

⁵ “Öğretide bazı yazarlar, özen borcu olarak adlandırılan özenle davranma yükümünü bir yan borç olarak belirtmektedir. Alman Hukukçularının bir kısmı ise bir borç ilişkisinde bir şeyi yapma, yapmama veya verme borçları dışında, genel olarak karşı tarafın zarar görmemesini sağlama şeklinde genel bir koruma yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir” (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 5).

⁶ Bazı borç ilişkileri açısından kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunan ayıptan sorumluluk bazı yazarlara göre bir yan borç (Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 303); bazı yazarlara göre ise asli borcun bir diğer açıdan ifadesidir (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 393).

⁷ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 27; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 8; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 3–4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 6; Eren, s. 23–24.

⁸ Eren, s. 23.

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan sözleşmelerde, hayatın olağan akışına uygun beklenti, verilen sözün tutulmasıdır. Böylece borç ilişkisi amacına ulaşarak sona erecektir. Teknik anlamıyla amaç, borç ilişkisinden doğan tüm edimlerin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi, böylece alacaklının çıkarının sağlanmasıdır. Borca aykırılık nedeniyle amaç gerçekleştirilemezse, borçluya tazminat yükümü yüklenerek alacaklının tatminine çalışılacaktır⁹.

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız borç, borç ilişkisi kavramları, öğretiyi dar ve geniş anlamda borç ilişkisi adlandırmasına, ayırımına götürmektedir. Alacaklının, borçludan talep etmeye yetkili olduğu bir tek alacağı, borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu bir tek borcu içeren hukuki ilişki, dar anlamda borç ilişkisi olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Diğer bir deyişle dar anlamda borç ilişkisi, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan bir tek alacak hakkını veya borcu içermektedir¹¹. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının, alıcıdan talep edeceği; alıcının da satıcıya ödemekle yükümlü olduğu satış parası bir borçtur, dar anlamda borç ilişkisini ifade eder (TBK m. 207/1, 232/1).

Geniş anlamda borç ilişkisi daha kapsamlıdır¹². Alacaklı ile borçlu arasında var olan hukuki durum ve ilişkinin bütününe ifade etmektedir. Taşınır satışı sözleşmesi örneğiyle, geniş anlamda borç ilişkisi hakkındaki açıklamalarımızı somutlaştıralım: Satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti devir borcu ile alıcının satış parası ödeme borcu asli borçlardır (TBK m. 210, 232/1). Bunların yanı sıra satıcının zapttan (m. 214 vd.) ve ayıptan (m. 219 vd.) sorumluluğu, satılanı saklama, koruma ve gönderme borcu, gerektiğinde taşıma masraflarını ödeme borcu (m. 211/1); alıcının satış parasını ödemede temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi ödeme borcu (m. 236), satılanı teslim alma borcu (m. 232/1), satıcının teslimden önce yaptığı zorunlu ve

⁹ Eren, s. 24.

¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 6; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 5; Ataay, s. 31–32; Reisoğlu, s. 31; Eren, s. 23; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 4; Kılıçoğlu, s. 1–2; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 14.

¹⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 4.

¹¹ Eren, s. 23.

¹² Eren, s. 23; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 4–5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 6.

yararlı masrafları ödeme borcu (m. 211/1) vardır. Taraflar arasındaki tüm bu borçların kaynağını oluşturan satış sözleşmesi, öğretideki diğer adlandırmayla geniş anlamda borç ilişkisidir.

Borç ilişkisinde tek bir borcun yer alması mümkünse de çoğu zaman birden çok borç yer alır¹³. Bir tek alacak ve edimden oluşan borç ilişkisi, ancak istisnai durumlarda söz konusudur. Örneğin haksız fiilden doğan tazminat alacağı, bir tek edimden oluşan borç ilişkisidir¹⁴. Borç ilişkisi ile borç arasındaki ayrım daha çok sözleşmeden doğan borçlarda ortaya çıkar¹⁵.

Dar ve geniş anlamda borç ilişkisi ayrımı tarihsel bir temele dayanmaktadır. Borç ilişkisi Roma Hukukunda dar anlamda, Alman Hukukunda ise geniş anlamda kullanılmaktadır¹⁶. İsviçre-Türk Borçlar Kanunları Roma Hukuku'nu temel almaktadır; ancak öğretide Alman Hukuku büyük oranda etkilidir¹⁷. Çalışmamızda kavram kargaşasının önlenmesi amacıyla dar anlamda borç ilişkisi yerine borç, geniş anlamda borç ilişkisi yerine de borç ilişkisi sözleri kullanılacaktır.

C. BORÇ İLİŞKİSİNİN NİSBİLİĞİ

Borçlar hukukunun konusu, borç ilişkileridir. Kural olarak borç ilişkilerinden doğan haklar ve borçlar, sadece borç ilişkisinin taraflarını bağlar (nisbilik ilkesi)¹⁸. Roma Hukukunda da borç ilişkileri, tarafları birbirine bağlayan hukuki zincir (iuris vinculum) olarak nitelendirilmektedir¹⁹. Bu kuvvetli zincirin dışında kalan; borç ilişkisine yabancı üçüncü kişiler, taraflar arasındaki bağdan etkilenmez²⁰.

¹³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 4.

¹⁴ Ataay, s. 32.

¹⁵ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 29.

¹⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 4.

¹⁷ Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 7. Örneğin yanlışlık, aldatma ve korkutmanın etkisini düzenleyen hükümlerde (TBK m. 30–39) geniş anlamda borç ilişkisi göz önünde tutulmuşken; borçların sona erme hallerine ilişkin hükümlerde (TBK m. 131–145) dar anlamda borç ilişkisi dikkate alınmıştır.

¹⁸ Eren, s. 20.

¹⁹ Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, İstanbul, 2008, s. 1.

²⁰ Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2010, s. 12.

Borç ilişkisinden doğan borç, kural olarak sadece o ilişkiye taraf olan borçluyu bağladığından, edimin yerine getirilmesi de münhasıran borçludan talep edilebilecektir²¹. Benzer şekilde borç ilişkisinde alacağı talep yetkisi, kural olarak alacaklıdadır²².

Borç ilişkisinin nisbiliği gereği, borç ilişkisinden doğan alacak hakları da aynı hakların ve kişilik haklarının aksine, ileri sürülebileceği çevre açısından nisbi haklardır²³. Alacak hakkı, sadece borçluya karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiler, taraflar arasındaki borç ilişkisi ile kural olarak borç altına girmezler veya bir hak kazanmazlar²⁴. Bu nedenle, alacak hakkı onlara karşı istisnai haller dışında ileri sürülemez²⁵. Üçüncü kişiler borç ilişkisi ile bağlı olmadıklarından, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden alacaklıya karşı sorumlu olmazlar²⁶.

Alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin üçüncü kişiler açısından hüküm doğurmaması ile kastedilen, borç konusu edimin, münhasıran alacaklı tarafından, yine münhasıran borçludan talep edilebilmesi şeklindeki temel kuraldır²⁷. Yoksa bir borç ilişkisinin hiçbir zaman üçüncü kişileri etkilemeyeceği ya da üçüncü kişilerin hiçbir şekilde borç ilişkisi üzerinde etkili olamayacakları söylenemez. Örneğin üçüncü kişi lehine sözleşme veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yapılabilir²⁸. Aynı şekilde borcun, borçlu tarafından bizzat ifasının zorunlu olmadığı hallerde, borç üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir. Çalışmamızın ikinci bölümünde bu durum ayrıntılarıyla incelenecektir²⁹.

Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi kural olmakla beraber istisnaları da vardır. Özel hükümlerden bir örnekle, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra

²¹ Eren, s. 21.

²² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 22.

²³ Eren, s. 51.

²⁴ Bilgin Yüce, Melek, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s. 25.

²⁵ İstisnai durumlara örnek olarak üçüncü kişi yararına sözleşmeyi (TBK m. 129) ve çalışma konumuzla doğrudan ilgili alacaklıya halef olmayı gösterebiliriz (TBK m. 127).

²⁶ Eren, s. 51.

²⁷ Eren, s. 52.

²⁸ Karabağ Bulut, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul, 2009, s. 5–8.

²⁹ “İkinci Bölüm, III. Üçüncü Kişinin İfası” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

kiralananın el değiştirmesi sonucu, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı düzenlenmiştir (TBK m. 310). Böylece, eski kanun hükmü doğrultusunda ifade edilen “satım kirayı bozar” ilkesi ortadan kaldırılmış, nisbilik ilkesine istisna getirilmiştir (EBK 254/1). Hükümle, kira sözleşmesinin tarafı olmayan yeni malik, kira sözleşmesi ile bağlı hale gelmektedir.

Çalışmamızın bu aşamasında borç ilişkisinin temel özelliklerinden nisbilik ilkesi incelendikten sonra borcun doğumuna yol açan kaynaklara da değinilmesi yararlı olacaktır.

D. BORCUN KAYNAKLARI

Borç ilişkisinin kaynaklarıyla ifade edilmek istenen, bir borcun doğmasına sebep olan olgulardır³⁰. Borç kaynakları çeşitli açılardan gruplandırılır³¹. Türk Borçlar Kanunun genel hükümleri, hukuki işlem türlerinden sözleşme asıl alınarak getirilmiştir. Çalışmamızın konusu da sözleşmeden doğan borcun ifasında borçlunun rolüdür. Bu nedenle borç ilişkisinin kaynaklarına ilişkin açıklamalarımızda, borcun doğumunda iradenin rolü bakımından yapılan sınıflandırma üzerinde duracağız. Bu bağlamda borcun kaynaklarını dört ana başlık altında inceleyebiliriz.

1. Sözleşme

Hukuk biliminin başlıca uğraş alanı, insan davranışlarıdır. Bu bağlamda hukuk, en çok insan davranışlarına sonuç bağlar. Hukukun sonuç bağladığı insan davranışları, hukuki eylem adını alır. Hukuki eylem başlığı, kişinin hukuka uygun ve hukuka aykırı davranışlarını buluşturur. İkinin ortak noktası, kişinin davranışında bilincin, istencin oynadığı roldür. Hukuka aykırı davranışlarda, hukuk, bilinçli eylemlere yaptırım uygularken; uygun davranışlarda istenen sonucu bağlar³².

³⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 35.

³¹ Değişik gruplandırmalar için bkz. Eren, s. 108–109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 35 vd; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 89 vd; Kılıçoğlu, s. 13 vd; Oğuzman /Öz, s. Cilt I, 36 vd.

³² Hukuki olay kavramı, alt başlıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul, 2012, s. 177 vd.; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 2012,

Günlük yaşamda en çok karşılaşılan hukuka uygun insan davranışı, hukuki işlemlerdir. Hukukun, tarafların iradelerine arzu ettikleri sonucu bağlamasına hukuki işlem ve bundan doğan borçlara hukuki işlem denir³³. Hukuki işlemler, irade açıklamaları ile kurulur. Hukuki işlemler türlü açılardan sınıflamalara, ayrımlara bağlı kılınır. Konumuz açısından bizi ilgilendiren, gerekli irade beyanı adedi açısından yapılanıdır. Bu bağlamda tek taraflı hukuki işlemlerden doğan borçlar varsa da bu açıdan en önemli borç kaynağı iki taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler) dir³⁴. TBK m. 1'e göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur³⁵.

Borcun kaynağı olarak sözleşmeyi irdelerken, malvarlığı, malvarlığını etkileyen işlemler kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir. Bunun nedeni borcun malvarlığında ifade edilmesi, malvarlığında ifadenin temelinde de malvarlığını etkileyen işlemlerin bulunmasıdır. Yine işlemlerin malvarlığına etkisi, işlemlerin adını, içeriğini biçimlemektedir. Malvarlığının etkilenme şekli konumuz açısından, malvarlığında azalma oluşturan işlemler başlığını anıp, içeriğini kısaca irdeleme gereğini de getirmektedir. Çünkü sözleşmeler çoğunlukla borçlandırıcı işlemlerdir.

Sırasıyla açıklayalım: Malvarlığı, teorik soyutlamadır; kişinin para ile ölçülebilen haklarından ve borçlarından oluşur³⁶. Malvarlığı aktif, pasif değerlerle şekillenir; aktifte haklar, pasifte borçlar yer alır. Borcun kaynağı olarak sözleşmeler, malvarlığını etkileyen işlemlerdir. Sözleşmeler çoğunlukla borçlandırıcı işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemler, malvarlığının pasifini artırarak, işlemi yapan kişinin malvarlığını azaltırlar. Sözleşmelerle verilen sözlerin tutulması, ileride yapılacak başka bir işlemle olur. Çoğunlukla borçlandırıcı işlem den sonra, bu kez borçlunun, malvarlığını azaltan tasarruf işlemini

s. 187 vd; Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2012, s. 149 vd; Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2011, s. 291 vd.; Erman, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2010, s. 61 vd.

³³ Eren, s. 111 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 38.

³⁴ Eren, s. 152 vd.

³⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 45.

³⁶ Malvarlığı kavramı, malvarlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 145; Hatemi, s. 122; Dural/Sarı, s. 200; Erman, s. 70; Eren, 170; Reisoğlu, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 14 vd.

yapması gerekir. Tasarruf işlemi, verilen sözün tutulmasını içerir, “ifa” adını alır. İşlemin karşı tarafı açısından ise bu bir kazandırıcı işlemdir³⁷.

Kavramları biraz daha ayrıntılı irdelemek yarar sağlayacaktır: İşlemi yapan kişinin malvarlığının pasifini artıran³⁸ borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya karşı borçlandığı yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, ona maddi veya manevi bir yarar sağlamayı yüklenir. Borçlandırıcı işlemler, alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi kurarak, borç doğururlar. Borçlandırıcı işlemlerin oluşturdukları ilk ve en önemli hukuki sonuç budur³⁹.

Borçlandırıcı işlemler, malvarlığının aktifini veya oradaki herhangi bir hakkı doğrudan doğruya etkilemez; bir hakkı derhal başkasına devretme, sınırlama, değiştirme veya ortadan kaldırma sonucunu doğurmazlar. Başka deyişle borçlandırıcı işlemler, bir hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan doğruya değil sadece dolaylı etkide bulunurlar. Bu tür işlemler, yalnız borçlanılan edimin konusunu oluşturan hak açısından devir, sınırlama, değiştirme veya ortadan kalkma taahhüdünü (söz vermeyi) kapsar⁴⁰.

Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemler, tasarruf işlemleridir⁴¹. Başka bir deyişle tasarruf işlemi, işlemi yapan kişiye ait bir hakkın varlık veya içeriğini -çoğu olayda- bir başkası lehine doğrudan doğruya, kesin olarak değiştirir. Bu nedenle tasarruf işleminin konusu hak üzerinde işlemi yapanın tasarruf yetkisi bulunmalıdır. Tasarruf işlemi ile bu işlemi yapan şahsın malvarlığının aktif kısmı azalır. Eski durumun tekrar kurulması isteniyorsa tarafların yeniden bir tasarruf işlemi yapması gerekir. Tasarruf işleminin konusu, tasarrufa elverişli her türlü hak olabilir⁴². Tasarruf işlemleri, tek taraflı bir hukuki işlem olabileceği gibi sözleşme niteliğinde de

³⁷ Oğuzman/Barlas, s. 187; Hatemi, s. 154; Dural/Sarı, s. 203; Erman, s. 73; Eren, s. 181–186; Reisoğlu, s. 53.

³⁸ Reisoğlu, s. 53; Oğuzman/Barlas, s. 185; Hatemi, s. 154; Dural/Sarı, s. 200; Erman, s. 70; Eren, s. 171.

³⁹ Oğuzman/Barlas, s. 185.

⁴⁰ Eren, s. 182; Oğuzman/Barlas, s. 186.

⁴¹ Oğuzman/Barlas, s. 185; Hatemi, s. 156; Dural/Sarı, s. 202; Erman, s. 70; Eren, s. 173–179; Reisoğlu, s. 53.

⁴² Eren, s. 173.

olabilir. Örneğin mülkiyet hakkından feragat tek taraflı tasarruf işlemi iken alacağın devri (TBK m. 183 vd.) veya ibra (TBK m. 132) sözleşme niteliğinde tasarruf işlemleridir.

Çoğu kez borçlandırııcı işlemler olan sözleşmeler, rızai niteliktedir. Borçlandırııcı işlem-tasarruf işlemi ayırımına hizmet eden rızai sözleşmeler, modern hukuk düzenlerinin ilkesidir. Rızai sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması, sonuçlarını doğurması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir⁴³. Hukuk düzenimiz açısından da rızai sözleşme ilkesi geçerlidir. Özel hükümlerde düzenlenen satış, bağışlama, kira, kullanım ödöncü, tüketim ödöncü, hizmet, eser, vekâlet, kefalet sözleşmeleri hep rızai sözleşmelerdir.

2. Haksız Fiil

Sözleşmeden doğan borçlarda kaynak, kişinin iradesiyle verdiği söz başka deyişle hukuka uygun bir davranıştır. Haksız fiilden doğan borçlarda ise genel davranış kurallarına aykırılık; borcun kaynağını oluşturmaktadır. Kanun kişinin bir arada yaşamayla bağdaşmayan, kınanan, zarar doğuran davranışını haksız fiil olarak nitelendirmiş, borç kaynağı olarak belirlemiştir⁴⁴. Örneğin bir kimsenin kusurlu olarak bir başkasını yaralaması haksız fiildir. Çünkü yaralama fiili, failin kusuru ile işlediği hukuka aykırı bir fiildir ve bu fiilin sonucunda zarar oluşmuştur (MK m. 24, TBK m. 49). Failin neden olduğu bu zararı giderme borcu, haksız fiilden doğan borçtur.

Türk Borçlar Kanunu m. 49 hükmü, haksız fiil sorumluluğunu fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusurlu olmasına dayandırmıştır. Bu demektir ki

⁴³ Consensus yeterlidir; res gerekmez (Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 46, 183). Roma hukuku ilkesi ise real sözleşmeler esasıyla yürür. Real sözleşmelerde sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için tarafların birbirine uygun irade beyanları yeterli değildir (consensus yetmez). Bu unsura ayrıca tamamlayıcı bir unsurun yani maddi bir fiilin eklenmesi (res) de gerekir. Bu maddi fiil, şeyin teslimidir. Bu gereklilik, consensus yetmez + res formülüyle ifade edilir. Türk Hukukunda real sözleşmeler istisnai hallerde kabul edilmiştir. Örneğin TTK m. 768/1'e göre, eşya taşıma sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların irade beyanlarından başka ayrıca taşınacak şeyin taşıyıcıya teslimi de gerekir. Real sözleşmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, İstanbul, 2012, s. 182 vd.

⁴⁴ Oğuzman M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, (Oğuzman/Öz, Cilt II), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul, 2012, s. 1 vd.

ilke, kusur sorumluluğudur. Kusur Türk Borçlar Kanununda tanımlanmamıştır. Fakat doktrinde “hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememiş olmakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak” olarak tanımlanmaktadır⁴⁵.

İlke kusur sorumluluğu olmakla birlikte TBK’de, MK’de ve bazı özel kanunlarda kusur aranmayan sorumluluk halleri de düzenlenmektedir. Öğretide kusur aranmayan sorumluluk hallerine “objektif sorumluluk” veya “sebeep sorumluluğu” da denilmektedir⁴⁶. Bu hallerde haksız fiilden söz edilip edilemeyeceği tartışma konusudur. İlkenin kusur sorumluluğu olması, kusursuz sorumluluğu istisna kılar. Bu nedenle ancak kanunda belirtilen durumlarda kusursuz sorumluluktan söz edilebilecektir⁴⁷. TBK m. 66’da düzenlenen adam çalıştıranların (istihdam edenlerin) sorumluluğu, m. 67’de yer alan hayvan bulunduranın sorumluluğu, m. 69’daki yapı malikinin sorumluluğu kusur aranmayan sorumluluk hallerinin bazılarıdır.

3. Sebepsiz Zenginleşme

Borç ilişkisinin bir diğer kaynağı sebepsiz zenginleşmedir. Sebepsiz zenginleşme bir kişinin malvarlığının, başka bir kişinin malvarlığı aleyhine, geçerli bir hukuki sebep olmaksızın, bir edimin ifasıyla ya da başka bir yolla zenginleşmesidir⁴⁸.

Diğer kaynakların yanı sıra sebepsiz zenginleşme adıyla başka bir borç kaynağının kabul edilmesinin, kanunda ayrı hükümlerle düzenlenmesinin başlıca nedeni; bazı olayların çözümünde, hukuki işlem

⁴⁵ Eren, s. 569; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 53 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 492 vd.; Ayan, s. 205; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 439; Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 45.

⁴⁶ Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s. 7 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 3; Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk-Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Öğreti ve Yargıtay Kararları, Beta Basımevi, Ankara, 2003, s. 159.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 36. Kusursuz sorumluluk halleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 131–242.

⁴⁸ Eren, s. 801 vd; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 297 vd; Öz, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 298 (Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme olarak anılacaktır); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 729.

(özellikle sözleşmelerden) doğan borçların ve haksız fiil hükümlerinin yetersiz kalmasıdır⁴⁹. Öyle bazı durumlar vardır ki taraflardan birinin diğerine karşı ne sözleşmeden doğan bir alacak hakkını ne haksız fiile dayanan bir tazminat talebini ne de bir aynı hakkı ileri sürmesi mümkündür⁵⁰.

Örneğin şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz taşınmaz satışı sözleşmesi uyarınca karşı tarafa satış parası ödeyen kişinin durumu böyledir (TBK m. 237, TK m. 26, MK m. 706/1). Somut örnekte sözleşme kesin hükümsüz olduğundan, satış parasını ödeyen taraf sözleşme ilişkisine dayanamaz. Karşı tarafın kusuru yoksa haksız fiil hükümlerine de başvuramaz. Paranın mülkiyeti karışma sonucu karşı tarafın mülkiyetine geçtiğinden aynı bir hak ileri sürmesi de mümkün değildir (MK m. 776).

Benzer şekilde kendisine tamir için bırakılmamış bir saati tamir eden saatçi ya da sebepsiz olarak başkasının borcunu ödeyen kişi, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanacaktır. Bu kişiler geçerli bir sebebe dayanmaksızın başkalarına kazandırdıkları değerlerin iadesini talep ederken ne geçerli bir sözleşmenin varlığı ne de haksız fiilin unsurları aranacaktır. Sebepsiz zenginleşme, bağımsız bir borç kaynağı olarak kanunda düzenlenmiştir. Sebepsiz zenginleşmeye haksız zenginleşme de denilmektedir. Haksız sözü, hukuka aykırı bir fiilin varlığını değil geçerli bir hukuki sebebin bulunmadığını anlatır⁵¹.

4. Kanun

Kanundan doğan borç kavramı, Türk-İsviçre Hukukunda sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme dışındaki kaynakları anlatmak üzere kullanılır⁵². Kanun, bazı borç doğurucu olguları çok tipik oldukları, sık

⁴⁹ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 299; Öz, s. 6; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 298.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 299.

⁵¹ Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmenin ortak noktası ise her iki borç kaynağının da hukuki işleme değil, doğrudan doğruya kanuna dayanmasıdır. Kanun adını koyarak kurum yaratıp, kaynak belirlemektedir. Sebepsiz zenginleşme hukuki işlemle doğan borç olmamakla birlikte, bazı sebepsiz zenginleşmeler hukuki işlemle gerçekleşebilmektedir. Örneğin geçersiz bir temel ilişkiye dayanan soyut borç ikrarının TBK m. 18 uyarınca geçerli bir alacak hakkı doğurması sözleşmeyle gerçekleşen bir sebepsiz zenginleşmedir (Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 300).

⁵² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 73–76.

rastlandıkları için borcun kaynakları başlığı altında ayrı, özel olarak düzenlemiştir. Bunlar dışında kalan, kanun tarafından kendilerine borç doğurucu hüküm tanınan diğer olgular için kanundan doğan borçlar kavramı kullanılmaktadır⁵³. Aile hukukunda nafaka borcu böyledir (MK m. 364)⁵⁴.

Tekrar belirtmek gerekir ki hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri de dayanaklarını kanun hükümlerinde bulur. Kanundan doğan borç ilişkilerinin özelliği, kanunun öngördüğü bazı hallerin diğer üç gruptan hiçbirine girmemesidir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun özel kısmında düzenlenen vekâletsiz iş görme (TBK m. 526–531) böyledir⁵⁵. Bazı yazarlar bu borçlara “*diğer sebeplerden doğan borçlar*” demektedir⁵⁶. Bazı yazarlar ise kanundan doğan borçların bir kısmını hukuki işlemde doğan borçlara benzeterek “sözleşme benzeri kaynaklardan doğan borçlar”; diğer bir kısmını da haksız fiilden doğan borçlara benzeterek “haksız fiil benzeri kaynaklardan doğan borçlar” şeklinde adlandırmışlardır⁵⁷.

Özetle, borç ilişkilerinin doğumu açısından dört kaynak vardır; bunlardan ilk üçü Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 1-82. maddelerini içine alan ve “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlığını taşıyan birinci bölüm üç ayırımla düzenlenmiştir. Bunlar;

—Birinci Ayrım: Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri (TBK m.1–48)⁵⁸,

—İkinci Ayrım: Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri (TBK m. 49–76)⁵⁹,

—Üçüncü Ayrım: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri (TBK m. 77–82)dir.

⁵³ Eren, s. 108.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 36; Eren, s. 108.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 36.

⁵⁶ Saymen, Ferit/ Elbir, Halit, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1958, s. 64; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 8, s. 71.

⁵⁷ Eren, s. 109. “*Alman Hukukunda, fiili sözleşme ilişkileri sözleşme benzeri kaynaklara; kusursuz sorumluluk halleri haksız fiil benzeri kaynaklara örnek teşkil etmektedir*” (Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 37).

⁵⁸ Burada hukuki işlemlerin içinde en önemli borç kaynağı olan sözleşmelere ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, MK m. 5 gereği, bünyeleri elverdiği ölçüde diğer hukuki işlemlere de uygulanır.

⁵⁹ Bu kategorinin içinde kusura dayanmayan sorumluluk halleri de yer almaktadır.

Bunların dışında kalan borçlara ait genel bir düzenleme bulunmamaktadır; kanun kaynaklı borçlar, kanunların değişik maddelerinde yer almaktadır.

E. BORÇ-BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARININ FARKLILIKLARI

Borç ile borç ilişkisi kavramlarını açıkladıktan sonra kısaca aralarındaki farka değinmek kavramlar arasındaki ayrımı netleştirmede yarar sağlayacaktır. Kavramlar arasındaki farklar özellikle, doğum anları, kapsamaları, devir ve sona ermeleri yönünden kendini gösterir⁶⁰.

1. Doğum Anı Açısından

Borç, borç ilişkisiyle aynı anda doğabileceği gibi ondan sonra da doğabilir⁶¹. Sözleşmeler, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur (TBK m. 1/1). Kanun adlandırmasıyla sözleşme kurma yoluna çıkan irade açıklaması öneri ile buna uygunlukla sözleşmeyi kuran kabul, borç ilişkisinin doğumunu sonuçlandırır. Örneğin, TBK m. 299'daki tanıma göre "kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Kira sözleşmesinde borç ilişkisi, sözleşmenin kurulduğu anda doğar. Ancak asli borçlardan kira bedeli ödeme borcu daha sonra (TBK m. 314) doğar.

Öte yandan haksız fiillerde, borç ilişkisiyle borç aynı anda doğar. Haksız fiilin işlenmesiyle birlikte, failin fiilden kaynaklanan zararı giderim borcu ortaya çıkar⁶².

Bazı hallerde ise borç, borç ilişkisinin sona ermesi ile doğar⁶³. Örneğin kira sözleşmesinde kiracı, kiralanan şeyi, sözleşme sona erince geri vermekle yükümlüdür⁶⁴ (TBK m. 334, m. 372).

⁶⁰ Eren, s. 25.

⁶¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 4–5; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 28; İnan, s. 3; Ataay, s. 34.

⁶² Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 460; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 84.

⁶³ Eren, s. 25.

⁶⁴ İnan, s. 4–5.

2. Kapsam Açısından

Borç ilişkisi kural olarak birden çok alacak ve edimi kapsar. Oysa borç, her zaman bir tek alacak hakkı ile bir tek edim yükümünü içerir⁶⁵. Bu yüzden borç ilişkisi, içerdiği alacak hakkı ve edim yükümü yönünden borçtan daha geniştir. Ancak istisnaen borç ilişkisi tek bir alacak hakkı, dolayısıyla tek bir borçtan ibaret olabilir⁶⁶. Örneğin bağışlama sözü vermede (TBK m. 288), haksız fiilde durum böyledir (TBK m. 49 vdb). Anılan örneklerde sadece bağışlayanın (TBK m. 285/1), haksız fiil failinin borcu (edim yükümü), diğer tarafın da alacak hakkı bulunmaktadır⁶⁷.

Borç ilişkisi, asli haklar yanında yenilik doğuran haklar, defiler gibi ikincil nitelikte hakları da kapsayabileceğinden, içeriği borca göre daha geniştir⁶⁸.

3. Devredilme Açısından

Borç ilişkileri, doğumlarını sağlayan kaynak ile taraflarını da belirler. İlişki, kural olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur, onların hukuk sahasını etkiler. Taraflar dışındaki (üçüncü) kişiler ilişkiye yabancısıdır; işlemin onların hukuk sahalarına etkisi yoktur. Bu bağlamda sözleşmeden doğan borç ilişkileri, kimler arasında kurulmuşsa kural olarak onlar arasında devam eder, sona erer. Sözleşmelerin tarafları arasında hukuki bağ kurması ilkesi hem borç hem borç ilişkisi açısından değişebilmektedir⁶⁹. Yine borcun aktif süje alacaklı açısından ifadesiyle “alacak hakkı”nın sahibi değişebilmektedir.

Kural sözün, veren tarafından söz verilene karşı yerine getirilmesidir; fakat sözün tutulması aşamasında sözü veren ya da söz verilen kişide, dar ya da geniş kapsamda değişiklikler yaşanabilecektir. Böylelikle başkalarının hukuk sahası da kuruluşunda yer almadıkları hukuki ilişkiden etkilenebilecektir. Eski kanunda bu konudaki iki kurum, dar anlamda borcu etkileyen alacağın temliki ve borcu nakli idi (EBK m. 162 vd., 173 vd.).

⁶⁵ Eren, s. 25.

⁶⁶ Eren, s. 25.

⁶⁷ İnan, s. 4–5.

⁶⁸ İnan, s. 6.

⁶⁹ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 28; İnan, s. 3; Ataay, s. 34.

Alacağın temlikinde, tek bir alacak hakkı, tasarruf işlemi niteliğindeki devirle başka bir kişinin malvarlığının aktifine geçmekte idi. Borcun naklinde ise borçlunun pasifindeki tek bir borç, nakil işlemiyle üstlenen borçlunun malvarlığının pasifine geçmekte idi⁷⁰. Yeni kanunda bu kurumlar alacağın devri (TBK m. 183 vd.), borcun üstlenilmesi (TBK m. 195) ayırım adlarıyla düzenlenmiştir.

Yeni kanunda üçüncü kişinin hukuk sahasını etkileyen değişikliklere üç yeni kurum eklenmiştir. Bunlar borca katılma, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devridir. Borca katılmada, tek bir borç açısından borçlunun yanına yeni bir borçlu daha eklenmektedir (TBK m. 201).

Diğer iki kurumdan sözleşmenin devrinde, taraf sıfatının (borç ilişkisinin) bütünüyle sözleşme dışında birisine aktarılması (TBK m. 205); sözleşmeye katılmada ise borç ilişkisinin bütününe taraflardan birisinin yanında yer almak üzere dahilolma söz konusudur (TBK m. 206)⁷¹. Sözleşmenin devri, sözleşmeden doğan borçlara bağlı borçlu ve alacaklı sıfatlarını değiştirdiği gibi sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakları da değiştirdiği için borcun üstlenilmesinden ve alacağın devrinden farklıdır. Sözleşmeye katılma ise sözleşmenin devrinden farklı olarak mevcut taraflardan birinin sıfatına son vermeyip onunla birlikte sözleşmenin tarafı olmayı sonuçlandırmaktadır⁷².

Çalışmamızın kavramları açısından belirleme ile yeni Kanun, borç ilişkisinin devri ile borcun devrini (üstlenilmesini) farklı hükümlerde ele alarak farklı düzenlemelere bağlı kılmıştır.

⁷⁰ Çalışmamız, borç ve borç ilişkisi kavramları ekseninde biçimlenmektedir. Bu nedenle hem eski hem yeni kanunda düzenlenen malvarlığının ve işletmenin devrine değinilmemiştir.

⁷¹ TBK m. 205 ve m. 206'da borç ve borç ilişkisinin üstlenilmesi kavramı kullanılmaktadır, fakat doktrinde borç ilişkilerinde taraf değişikliklerine ilişkin konu başlıklarında devir sözcüğü kullanılmaktadır (Eren, s. 25; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 6). Üstlenilme ifadesi daha yerinde olmakla birlikte, konu ile ilgili eserlerde devir sözcüğü kullanıldığından çalışmamızda başlığı "Devir Yönünden" olarak belirttik.

⁷² Çabri, Sezer, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 106, Ekim, 2011, s. 3911-3932.

4. Sona Erme Sebepleri Açısından

Borç ile borç ilişkisi, sona ermeleri yönünden de birbirinden farklıdır. TBK'nin, Üçüncü Bölüm, Birinci Ayırım'ında borcu sona erdiren sebepler, İkinci Ayırım'ında ise zamanaşımını düzenlenmiştir. TBK'ye göre borç; ifa, ibra, yenileme, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, kusursuz ifa imkânsızlığı gibi sebeplerle sona erebilir. Zamanaşımı ise borcu sona erdirmemekle birlikte alacaklının alacağını dava edebilirliğini etkiler. Borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürerek dava edilen alacağı yerine getirmekten daimi olarak kaçınabilir. Bu nedenle gerek TBK'de gerek konu ile ilgili kaynaklarda zamanaşımı, borcun sona erme sebeplerinden ayrı olarak irdelenmektedir. Çalışmamızda da borcu sona erdiren sebepler açıklandıktan sonra zamanaşımına değinilecektir. Borç ilişkisi ise ikale, taraflardan birinin ölmesi, ayırt etme gücünü kaybetmesi, iflas etmesi, öngörülen sürenin dolması, fesih, dönme, geri alma, iptal, bütün münferit borçların ifa edilmesi ile sona erer⁷³.

Borç ilişkisini doğuran çeşitli kaynaklar olduğunu belirtmiştik. Çalışmamız kapsamında borç ve borç ilişkisi kavramlarını sözleşme temelinde ele aldığımızdan, borç ilişkisinin sona erme sebeplerini de sözleşme başlığı altında açıklayacağız. Aşağıda önce borç ilişkisini sona erdiren sebeplere ve zamanaşımına daha sonra da borcu sona erdiren sebeplere kısaca değinilecektir.

a. Borcu sona erdiren sebepler ve zamanaşımı

Borcun sona ermesi bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün hukuken ortadan kalkmasını ifade eder. Böylece borçlu borçtan kurtulur, alacaklının da alacak hakkı kalmaz. Bu anlamda borcun sona ermesi borç ilişkisinin sona ermesinden farklıdır. Kanunda borcu sona erdiren sebepler sayılmıştır. Ancak borcu sona erdiren sebepler, yasada sayılanlarla sınırlı değildir. Başka bir ifade ile sona erme sebepleri kanunda örnekleyici (tadadi) olarak düzenlenmiştir⁷⁴.

⁷³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 569 vd.; Eren, s. 26; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 29; İnan, s. 6.

⁷⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 571.

Borç, sözleşme bazında söz vermeyi ifade ettiğinden borcun asli sona erme sebebi sözün tutulması anlamına gelen ifadır ve çalışma konumuz açısından detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple ifa çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Borcun sona ermesi ile birlikte alacağa bağlı (feri) haklar da sona erer (TBK m.131). Güvence altına aldıkları alacak sona erince kefalet ve rehlin de sona ermesi, bunların kurulmasındaki amacın da gereğidir. Borç sona erince düşen bağlı haklar kefalet ve rehinden ibaret değildir. Asıl borç sona erdikten sonra artık yeni faiz işlemeyeceği gibi kural olarak işlemiş faizleri de talep hakkı sona erer⁷⁵. Bu başlık altında yasada sayılan sona erme sebepleri hakkında kısa açıklamalar yapılacaktır.

i. Yenileme

Yenileme, yeni bir borç meydana getirerek önceki borcun sona erdirilmesidir (TBK m.132)⁷⁶. Kanun yenilemeyi borç için öngörmüştür; başka deyişle hedefi dar anlamda borç ilişkisidir. Yenileme borcun tarafları arasındaki bir sözleşme ile olur ve diğer sözleşmeler için aranan geçerlilik koşullarına bağlıdır⁷⁷. Yenileme ile alacaklı ve borçlu eski alacak ve borcu ortadan kaldırdıkları için her ikisi de fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Yenileme eski borcun alacaklısı açısından niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemi olduğundan alacaklının tasarruf yetkisi bulunmalıdır⁷⁸. Yenileme sözleşmesi bakımından önem taşıyan diğer bir unsur da yenileme niyetidir.

Borcun yenilenmesi için taraflar arasında mevcut ve geçerli bir borç var olmalıdır. Bu borç hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olabileceği gibi aile veya miras hukukundan da doğabilir. (Örneğin vasiyet veya nafaka alacağı gibi). Borçlunun yenileme sözleşmesi ile yeni bir edim yüklenmesi ve böylece yeni bir borcun doğması

⁷⁵ Eren, s. 1263; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 572–574.

⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 991; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 579; Eren, s. 1263; Koyuncuoğlu, Tennur, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 49 vd.

⁷⁷ Eren, s. 1264.

⁷⁸ Koyuncuoğlu, s. 75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 991; Eren, s. 1264; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 582.

gerekir. Bu yeni borç da geçerli olmalıdır; geçerli olmayan veya sona ermiş bir borçta yenileme olmaz, yeni borç doğmaz⁷⁹. Bunun yanı sıra yenileme eski borç ile yeni borcun hukuki sebeplerinin birbirinden farklı olması halinde mümkündür. Buna karşılık her iki borcun hukuki sebebi aynı ise ortada yenileme değil borç ikrarı vardır⁸⁰.

Yenileme ile önceki borç ve bu borca bağlı ferî haklar sona erer. Eski alacağa ait faizler saklı tutulmamışsa faiz alacağı da sona erer⁸¹. Yeni borç bağımsız bir varlık taşır. Önceki borca ait defiler yeni borç için ileri sürülemez⁸².

ii. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi

Bir diğer sona erme sebebi, borç ilişkisinin iki olan (alacaklı-borçlu) kişi unsurunun tek kişide toplanmasıyla gündeme gelir. Bir borcun alacaklı ve borçlusu sıfatlarının aynı kişide toplanması çeşitli sebeplerle gerçekleşebilir. Kanunun kısaca birleşme diye adlandırdığı alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcu sona erdirir. Borç sona erdiği için bağlı haklar da sona erer⁸³.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, kişinin aynı borcun hem alacaklısı hem borçlusu olması durumunda gündeme gelir. Örneğin A, B'ye 1.000 TL borçludur, B'nin ölümünde onun yegâne kanuni veya atanmış mirasçısı olmuştur (MK m. 599). A, bu borcun hem borçlusu hem alacaklısı olduğundan, borç sona erer.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi için alacak ve borcun aynı malvarlığına dahil olması gerekir. Alacak hakkı ve borç, bir kişinin malvarlığında değil de ilgili bulunduğu ayrı malvarlıklarında yer alırsa birleşme olmaz. Örneğin alacaklı A öldüğünde, geride borçlu B ile birlikte başka mirasçılar da kalırsa A'nın alacak hakkı elbirliği halinde bütün

⁷⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 575; Koyuncuoğlu, s. 75–76.

⁸⁰ Eren, s. 1265.

⁸¹ Eren, s. 1267; İnan, s. 498; Koyuncuoğlu, s. 99 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 996.

⁸² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 582; Eren, s. 1266.

⁸³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 584; Eren, s. 1267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 997; İnan, s. 514.

mirasçılara ait terekede yer alacağı (MK m. 640), B'nin malvarlığında alacak hakkı değil tereke üzerindeki hak gireceği için birleşme yoktur⁸⁴.

Birleşme sonradan ortadan kalkarsa kanun borcun varlığının süreceğini kabul etmektedir⁸⁵. Zira borcun sona ermesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, bu borcun hiç sona ermemiş duruma gelmesi demektir. Bu sonuç birleşmeye yol açan olgunun hükümsüzleşmesine bağlıdır. Aksi durumda birleşen sıfatlarının ayrılması mümkün değildir. Örneğin alacağı sonradan edinen borçlu bu suretle sona ermiş olan alacağı başkasına devredemez⁸⁶.

iii. İbra

Borcu sona erdiren bir diğer sebep ibradır. Borçluyu borçtan kurtarmak amacıyla, tarafların mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalarına ibra sözleşmesi denir⁸⁷. İbra sözleşmesi ile alacaklı malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu da ifada bulunmadan borçtan kurtulmakta, böylece borç sona ermektedir. Diğer deyişle ibra, alacaklının borçlu ile yaptığı sözleşmeyle alacağından vazgeçerek, borçluyu borçtan kurtarmasıdır. İbra sadece borcu sona erdiren bir sebeptir; borç ilişkisi, ibra ile sona erdirilemez⁸⁸.

İbra, sözleşmedir. Tarafları alacaklı ile borçludur. Bu bakımdan aynı haklardaki ve yenilik doğuran haklardaki tek taraflı feragatten farklıdır. Alacaklı tek taraflı irade açıklamasıyla alacaktan vazgeçemez. Alacaklının vazgeçme iradesi, borçlu tarafından kabul edilmelidir; aksi halde borç devam eder. Belirtmek gerekir ki borçlu, alacaklıyı ifayı kabule zorlayamayacaktır. İfayı kabul etmeyen alacaklıya karşı borçlunun yapabileceği şey, alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurmaktır⁸⁹.

⁸⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 586.

⁸⁵ Eren, s. 1268.

⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 998; Oğuzman/Öz, s. 588; Eren, s. 1269.

⁸⁷ Oğuzman/Öz, s. 574; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985; Eren, s. 1270; Turanboy, Kürşat N., İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 26 vd; İnan, s. 494.

⁸⁸ Eren, s. 1271; Oğuzman/Öz, s. 575.

⁸⁹ Alacaklı temerrüdü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 373 vd.

İbra, alacaklının alacak hakkına doğrudan doğruya etki ettiği, alacağını ortadan kaldırdığı veya azalttığı için bir tasarruf işlemidir⁹⁰. Bu nedenle alacaklının fiil ehliyetine sahip olması yetmez, sözleşmeye konu alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir.

Öte yandan ibra, alacaklının borçluya yaptığı bir kazandırmadır. Borçlunun pasifinin azalması ile malvarlığında çoğalma meydana gelmektedir. Bu kazandırmanın causa'sı çoğu zaman bağışlamadır⁹¹. İbranın, hukuki sebepten soyut olduğu; sebepteki sakatlığın ibrayı sakatlamayacağı, bir sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olacağı görüşü hâkimdir. İbra sözleşme olduğundan, bir kimsenin alacağının bulunmadığını kabullenmesinden veya alacağını talep etmeme taahhüdünden farklıdır⁹².

Eski Borçlar Kanununda, mehzaz kanunun aksine (İsvBK m. 115) ⁹³ ibra düzenlenmemiştir. Hukukumuzda borçluyla alacaklının ibra konusunda anlaşmalarına bir engel bulunmadığı kabul edilmekteydi⁹⁴. Kanunda hüküm bulunmaması, ibranın şekline dair tartışmaların çıkmasına neden olmuştur. TBK'de eksiklik giderilmiş, kurum İsviçre düzenlemesine paralel olarak düzenlemiştir⁹⁵. Artık şekil tartışmalarına yer yoktur, hükme göre (TBK m. 132) ibra şekle bağlı değildir.

iv. Takas

Borcu sona erdiren sebeplerden bir diğeri de takastır (TBK m. 139 vd.). Hükme göre karşılıklı olarak bir miktar parayı veya konuları itibariyle özdeş (aynı türden) malı birbirine borçlu olan taraflardan her biri, iki borç da muaccel ise borcunu alacağı ile takas edebilir⁹⁶. Bunun sonucunda her iki borç da az olanı oranında sona erer. Takas gereksiz ifa işlemlerini bertaraf eden, tarafların borcu açısından bir sona erme sebebi; alacağı bakımından

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 986; Oğuzman/Öz, s. 577; Turanboy, s. 55 vd.

⁹¹ İnan, s. 495; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1178; Eren, s. 1272; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 578.

⁹² Turanboy, s. 30–50; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 576–577.

⁹³ Eren, s. 1272.

⁹⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 574.

⁹⁵ Oğuzman/Öz, s. 575; Eren, s. 1273.

⁹⁶ Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 21; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 605; Eren, s. 1274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 1012, İnan, s. 502.

bir elde etme tarzıdır ve tarafları kendi borçlarının ifasına karşılık alacaklarını tahsil edememe tehlikesinden kurtarır⁹⁷.

Takas, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Takas ile borçlu hem kendi alacağını hem karşı tarafın alacağını sona erdirdiği; her iki alacak üzerinde tasarrufta bulunduğu için bu aynı zamanda bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle takas beyanında bulunan kişinin takas edilen alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Takas sözleşme olmadığından, geçerliliği karşı tarafın kabul ve onayına bağlı değildir. Kanundaki belirlemeyle takasın gerçekleşebilmesi için aranan koşullar, muaccel olma, karşılıklılık, özdeşliktir (TBK m. 139).

Karşılıklı borçları azı tutarında sona erdiren takas beyanı, geriye etkilidir. İki tarafın birbirinden alacakları, takas hakkının doğduğu (takas beyanında bulunma imkânının ortaya çıktığı) andan itibaren sona ermiş sayılır⁹⁸. Borcun sona ermesinin sonuçları da o tarihe göre belirlenir.

v. Zamanaşımı

Zamanın geçmesi hakları çeşitli şekillerde etkiler. Bazen zamanın geçmesi bir kimsenin aynı hak kazanmasını sağlar ki buna kazandırıcı zamanaşımı denir⁹⁹.

Bazen zamanın geçmesi bir hakkın sona ermesine yol açar. Bunun iki farklı şekilde gerçekleştiği görülür. Bunlardan ilkinde hak, bir süreye bağlı olarak mevcuttur; sürenin bitiminde sona erer. Zamanın geçmesinin hakkın sona ermesine yol açması, hak sahibinin o süre içinde hakkını kullanmamış veya daha geniş ifade ile yapması gerekeni yapmamış olmasından (hareketsiz kalmasından) ileri gelir. Bu durumda, hak düşürücü süreden söz edilir. Kural olarak yenilik doğuran haklar hak düşürücü süreye bağlıdır¹⁰⁰.

Bazen de zamanın geçmesi, tanınan süre içinde alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden, borçluya ifadan süresiz

⁹⁷ Aral, s. 22; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 606; İnan, s. 502.

⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1015; Aral, s. 197.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 620.

¹⁰⁰ Oğuzman/Barlas, s. 180.

kaçınma hakkı verir. İşte bu halde zamanaşımı söz konusudur¹⁰¹. Zamanaşımı, borcu sona erdiren hallerden biri değildir; fakat alacaklının alacağını talep yetkisini kaldırdığından TBK’de borcu sona erdiren sebeplerden sonra düzenlenmiştir.

Hâkim hak düşürücü süreyi resen dikkate aldığı (sürenin geçtiği vakiasını göz önünde tuttuğu) halde zamanaşımı süresini kendiliğinden dikkate alamaz (zamanaşımını ileri sürmek haktır, sahibince kullanılmalıdır TBK m. 161).

Zamanaşımı süresinin işleminin durması veya kesilmesi mümkündür. Durma (TBK m. 153) ve kesilme sebepleri (TBK m. 154) kanunda düzenlenmektedir. Borç ilişkisi değil borç ilişkisinden doğan borçlar (alacaklar) zamanaşımına bağlıdır (TBK m. 146). Bu demektir ki sözleşme zamanaşımına uğramaz, sözleşmeden doğan tek tek borçlar zamanaşımına uğrar¹⁰².

b. Borç ilişkisini sona erdiren sebepler

Borcu sona erdiren sebepler sadece bir edimi yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırırken borç ilişkisini sona erdiren sebepler taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırır. Aşağıda borç ilişkisini ortadan kaldıran sebepler belirtilip kısaca açıklamaları yapılacaktır.

i. İkale (bozma sözleşmesi)

Borçlar Hukukumuza hâkim irade özgürlüğü ilkesi, sözleşmelerin sona erdirilmesi noktasında da geçerlidir. Buna göre, sözleşme ilişkisi tarafların anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılabilir. Tarafların aralarındaki (doğmuş, geçerli, devam eden) ilişkiyi ortadan kaldırmak, sona erdirmek amacıyla yaptıkları bu sözleşmeye ikale sözleşmesi (bozma sözleşmesi-

¹⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 620; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 1032; Eren, s. 1281; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1233; Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 5 vd.

¹⁰² Oğuzman/Öz, s. 581; Eren, s. 1282; Erdem, s. 14.

contrarius actus) denir¹⁰³. İ kale sözleşmesi ile taraflar daha önce yaptıkları bir sözleşmeden doğan alacak ve borçlarından karşılıklı olarak vazgeçmekte; alacaklı ve borçlu sıfat ve durumlarına¹⁰⁴, bütünüyle borç ilişkisine son vermektedirler.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen ikale, bir sözleşme olduğundan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir; bu beyanlar açık veya örtülü olabilir; sözleşmeler için aranan geçerlilik koşullarını taşımalıdır¹⁰⁵.

İ kale sözleşmesi malvarlığına etki açısından tasarruf işlemidir. İ kale ile sözleşmeden doğan haklar ve borçlar doğrudan etkilenmekte; ortadan kalkmaktadır¹⁰⁶. Dolayısıyla ikale sözleşmesinin geçerliliği, tarafların ortadan kaldırdıkları haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmalarını gerektirir. Ayrıca ikale sözleşme niteliğinde bir tasarruf işlemi olduğundan tarafların fiil ehliyeti de bulunmalıdır¹⁰⁷.

İ kale sözleşmesi kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Taraflar ikale ile ortadan kaldırılan sözleşmeden önceki durumun yeniden kurulmasını amaçlarlar¹⁰⁸. Bu ilke ani ifalı borç ilişkileri açısından geçerlidir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, borçlar ifa edilmeye başlandıktan sonra yapılan ikale sözleşmesinin hüküm ve sonuçları geleceğe etkilidir¹⁰⁹.

ii. Fesih

Borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden fesih, sürekli borç doğuran sözleşme ilişkilerinde geçerli teknik bir kavramdır¹¹⁰. Fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve bozucu yenilik doğuran beyanla kullanılır. Bu bağlamda

¹⁰³ Günay, Cevdet İlhan, İ kale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, 2009, s. 5 vd, Erişim Adresi: <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf>, Erişim Tarihi: 27.05.2013; Eren, s. 1258; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 984; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1156.

¹⁰⁴ Eren, s. 1258.

¹⁰⁵ Sözleşmelerin geçerliliği için aranan şartlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 204 vd; Hatemi, s. 159 vd; Serozan, s. 344 vd.

¹⁰⁶ Günay, s. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 984.

¹⁰⁷ Eren, s.1258.

¹⁰⁸ Günay, s. 6.

¹⁰⁹ Eren, s. 1258.

¹¹⁰ Eren, s. 1259; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1158; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 965; Serozan, Dönme, s. 121.

yenilik doğuran hakların özellikleri fesih açısından da geçerlidir. Örneğin hüküm ve sonuçlarını karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı andan başlayarak doğurur. Bu hak, ikale sözleşmesinin aksine, hak sahibinin tek taraflı, varması gereken irade beyanı ile kullanılır, koşula bağlanamaz, kullandıktan sonra geri alınamaz, her zaman ileriye etkili sonuçlar doğurur¹¹¹. Bir başka deyişle fesih, sözleşmeyi geleceğe etkili olarak (ex nunc) sona erdirir¹¹².

Fesih hakkı ya tarafların anlaşmasından (sözleşmeden) ya da kanundan doğar¹¹³. Taraflar sözleşme yaparken, ileride sözleşmeyi feshetme hakkını saklı tutabilirler (iradi fesih) veya hak kanunda düzenlenir (kanuni fesih)¹¹⁴. Kanundan doğan fesih hakkı için kira ve hizmet sözleşmeleri örnek verilebilecektir (TBK m. 331; m. 431). Sözleşmeden doğan fesih hakkı, irade özgürlüğünün kullanımı örneği oluşturur.

iii. Dönme

Dönme de borç ilişkisini sona erdirmeyi hedefleyen kurumlardandır. Sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran sebeplerdendir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre dönme de fesih gibi bozucu yenilik doğuran bir haktır; sahibinin varması gerekli, tek taraflı irade beyanıyla kullanılır¹¹⁵. Sonuçlarını karşı tarafın hâkimiyet alanına varmasıyla kendiliğinden doğurur.

Dönme de iradi ve kanuni dönme olarak ikiye ayrılır. En önemli kanuni dönme örnekleri, sözleşmeler için genel hükümlerde yer almaktadır. Örnekler, bir yandan da borcun ifasının kural olduğunu (ahde vefa ilkesinin geçerliliğini) vurgulamaktadır. Dönme, istisnadır. Dönme, ayrıntılı düzenlemesiyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınmaktadır (TBK m. 123-125). Kanun koyucu, korunmaya değer benzer çıkarlar belirlemesiyle, üç hükümde daha dönme hakkı tanımıştır. Bunlardan ikisi yapma borçlarında alacaklı temerrüdünde

¹¹¹ Eren, s. 1260.

¹¹² Eren, s.1260; Serozan, Dönme, s. 122; Tunçomağ, Borçlar Genel s. 1160.

¹¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1160.

¹¹⁴ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 121.

¹¹⁵ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1164.

(TBK m. 110), diğer ifa engellerinde (TBK m. 111) borçluya tanınmıştır. Bir diğeri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa güçsüzlüğünde tanınan dönme hakkıdır (TBK m. 98)¹¹⁶.

Öğretide dönmenin hukuki ilişkiye etkisi tartışmalıdır. Bir görüşe göre dönme kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur (klasik görüş)¹¹⁷. Kısmen ifa edilen sürekli borç ilişkilerinde ise ileriye etkili sonuçlar doğurur. Bunun nedeni bu tür ilişkilerde ifa edilen kısımların tasfiyesinin mümkün olmamasıdır.

Bir başka görüşe göre ise dönme sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz¹¹⁸.

iv. Geri alma

Sözleşme ilişkisini sona erdiren sebeplerden bir diğeri geri almadır. Kural olarak aralarındaki hukuki ilişkiyi koparma çıkarı ağır basan tarafın koşulsuz, nedensiz, bedelsiz kullanabileceği bir yetkidir¹¹⁹.

Fesih sürekli borç doğuran sözleşme ilişkilerini sona erdirirken, dönme ani edimli karşılıklı sözleşme ilişkilerini ortadan kaldırır. Geri alma ise Serozan tarafından bu iki yenilik doğurucu hakkı da adeta tamamlayan fakat

¹¹⁶ Çabri, Sezer, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlı Sonuçlar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 414 vd.

¹¹⁷ Klasik görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 547, 571. Tunçomağ, Borçlar Genel, s.1172; Eren, s. 957; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985. Örneğin bir yıl süre ile kurulmuş kira sözleşmesinden iki aylık ifadan sonra dönülmesi durumunda, kiralayanın ifa ettiği iki aylık edimin tasfiyesi ve iadesi mümkün olmaz.

¹¹⁸ Yeni dönme görüşü için bkz. İnan, s. 414 vd. Dönme öncelikle henüz ifa edilmemiş olan edimleri sona erdirir. Buradaki sona erme geçmişe değil geleceğe etkilidir. Dönmenin doğurduğu ikinci sonuç kendisini daha önce ifa edilen edimlerde gösterir. Özellikle maddi edimlerde, edim yükümünü ifa eden, borçlandığı şeyi teslim eden kimse bunun kendisine geri verilmesini isteme hakkı kazanır. Edimi alan kimsenin aynı sözleşme ilişkisi içinde geri verme borcu doğar. Buradaki geri verme borcu sözleşme ilişkisinden doğar bu nedenle söz konusu borç akdi nitelikte bir borçtur. Dönme beyanı ile sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin içeriği değişir. Dönmenin doğurduğu birinci sonuca hak sahibini borçtan kurtarma etkisi ikinci sonuca ise teslim alınan edim konusu şeyi geri verme etkisi denir. Geri verme borcu sözleşmenin tarafları arasında bir tasfiye ilişkisi kurar ve taraflar daha önce aldıkları şeyleri birbirlerine geri verme borcu altına girerler. Dönme sözleşmeye bağlı ilişkiyi ve borcu sona erdirmez sadece içeriğini değiştirir. Yeni dönme görüşüne göre dönme ifa edilen edimin iadesi yönünden niteliği itibarıyla değiştirici yenilik doğuran bir hak olup hak sahibinin karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılır.

¹¹⁹ Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.123.

işlerlik alanı farklı bir yedek yenilik doğuran hak olarak tanımlanmaktadır¹²⁰. Sungurbey, geri almayı fesih ve dönme kavramlarını çatısı altına alan bir üst kavram olarak karşılamaktadır¹²¹. Kocayusufpaşaoğlu'na göre ise geri alma, ya tek yanlı bir hukuksal işlemi ileriye etkili (ex nunc) sona erdirmek ya da bir irade bildiriminin hukuksal sonuçlarını doğurmasını engellemek (bir hukuksal durumu bozmak) amacını güden bozucu yenilik doğuran bir hukuksal işlemdir¹²².

Geri alma çok yönlü bir bozucu yenilik doğurucu hak niteliğindedir. Yerine göre bir tek tarafa borç yükleyen sözleşmeyi geriye etkili (ex tunc) olarak ortadan kaldırabilir (örneğin TBK m. 295–296) ya da bir sözleşmeden doğan edimi yerine getirme yükümüne son verebilir (örneğin TBK m. 512, 545)¹²³.

Geri alma ile dönme ve fesih arasındaki farklar, bu yenilik doğuran hakların işlevlerinden kaynaklanır¹²⁴. Fesih ve dönmenin temel işlevi tam iki taraflı bir sözleşmede her iki tarafın çatışan aynı önemdeki çıkarlarını dengelemek ve tarafları beklenmedik ifa engellerinin doğması halinde sözleşme ile bağlılıktan kurtarmaktır¹²⁵. Buna karşılık geri alma baştan itibaren daha ayrıcalıklı bir durumda olan tarafa, muhatabının çıkarından ağır basan kendi önemli çıkarı söz konusu olduğunda aralarındaki hukuki ilişkiyi koparma ayrıcalığı sağlamaktadır¹²⁶. Başka deyişle dönme veya fesih hakkı, her iki taraf yararına tanınırken geri alma genellikle, ilişkinin sadece özel bir korumaya tabi olan tek tarafına tanınır¹²⁷. Dönme veya fesih haklarının kullanılması ihtar, ihbar gibi bazı ön sürelerle bağlanmışken, geri alma hakkı kayıtsız-koşulsuz (şarta bağlı olmaksızın), hiç beklenmeksizin kullanılabilir. Örneğin TBK m. 297/1 uyarınca *“bağışlayan, geri alma sebebini öğrendiği*

¹²⁰ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.123.

¹²¹ Sungurbey, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, Cilt 2, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 140.

¹²² Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1978, s. 2.

¹²³ Serozan, s. 124.

¹²⁴ Oğuzman/Öz, s.550.

¹²⁵ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 124.

¹²⁶ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 125.

¹²⁷ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.125.

günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilir ”. Bağışlayanın geri alma hakkını kullanması herhangi bir ihbar veya ihtarla bağlanmamıştır.

v. İptal

Hükümsüzlük yaptırımlarından iptal, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. İptal tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır¹²⁸. İptal edilebilir sözleşme de kesin hükümsüz bir sözleşme gibi kurulmuş, doğmuştur. Kesin hükümsüz sözleşmeden farklı olarak kurulduğu andan, başlangıçtan itibaren geçerlidir, hüküm ve sonuçlarını doğurur. İptal hakkı sahibi isterse böyle bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir¹²⁹. İptal edilebilir sözleşme, bozucu koşula bağlı olarak geçerlidir¹³⁰.

Bozucu yenilik doğuran iptal beyanı, işlemi baştan itibaren kesin hükümsüz kılar. Bu nedenle iptal hakkı koşula bağlı kullanılamayacağı gibi kullandıktan sonra bundan geri de dönülemez¹³¹. İptal, etkileri yönünden sadece taraflar arasında hüküm ifade eder. Nisbilik ilkesi ile paralel olarak sözleşmenin tarafı olmayan kimseler menfaatleri olsa bile iptal hakkını kullanamazlar. İptalin ileri sürülmesi, kesin hükümsüzlüğün aksine zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlıdır. Kanun koyucunun öngördüğü süre içerisinde iptal hakkı kullanılmazsa bir daha ileri sürülemez. İptali sadece iptal hakkı sahibi olan kişi ileri sürebilir, hâkim tarafından resen dikkate alınamaz¹³². İrade bozukluğu (yanılma, aldatma, korkutma) hallerinde, iradesi sakatlanan kişiye tanınan iptal hakkı, önemli örneklerdendir (TBK m. 39/1).

II. BORÇ İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

İnceleme konumuz açısından borcun kaynağı sözleşme idi. Konu başlığı itibariyle, sözleşmeyle kurulan borç ilişkisinin unsurlarının açıklanması yarar sağlayacaktır. Borcun konusu edimin adı, taraflar açısından

¹²⁸ Dural/Sarı, s. 179–184.

¹²⁹ Oğuzman/Öz, s. 551.

¹³⁰ Oğuzman/Öz, s. 551.

¹³¹ Oğuzman/Öz, s. 124–125; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 180; Eren, s. 409.

¹³² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 126.

bakıldığında değişmektedir. Söz veren kişi için borç, sözün tutulacağı, kendisine söz verilen kişi için alacaktır. Devamla sözü tutacak kişinin adı borçlu, kendisine söz verilen kişinin adı alacaklıdır. Edim, borçlu, alacaklı borç ilişkisinin üç unsurunu oluşturmaktadır¹³³. Aşağıda borç ilişkisinin üç temel unsuru ile ilgili açıklamalar yapılacaktır.

A. TARAFLAR

1. Alacaklı

Borç ilişkisinin üç unsurundan ikisi ilişkinin süjelerini, teknik kavramla taraflarını belirler. Unsurların ve taraf unsurlarının birincisi, aktif süje alacaklıdır. Alacaklı, malvarlığının aktifinde, borç ilişkisinden doğan alacak hakkının yer aldığı, borç konusunun ifasını talep yetkisine sahip olan kişidir¹³⁴.

Alacaklılık hak sahipliğiyle ifade edilince, bazı medeni hukuk temel kavramları anımsanmalıdır. İlk anımsanacak olanlar kişi ve hak ehliyetidir. Kişi kavramı anımsanmalıdır. Çünkü hukuk düzeninde hak sahibi olmak için kişi olmak gerekir. Hak ehliyeti kavramı anımsanmalıdır. Çünkü kişiliği takiben hak ehliyeti başlar. O halde alacaklı kişi olma niteliğini kazanmış varlıklardır. Kişilik gerçek kişilerde tam ve sağ doğum (MK m. 28), tüzel kişilerde ise kurulma ile başlar (MK m. 47); buna göre gerçek ve tüzel kişiler bu andan itibaren borç ilişkisinin alacaklı tarafı olabilirler (MK m. 8, 28/2)¹³⁵.

Bir borç ilişkisinde alacaklı taraf olabilme (hak ehliyeti) ile borç ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli işlemleri bizzat yapabilmeyi (fiil ehliyeti) birbirinden ayırt etmek gerekir. Gerçek kişilerle açıklamaları sürdürüelim. Hak sahibi olmak için doğmak yeterlidir. Başka deyişle borç ilişkisinin alacaklı tarafı olabilmek için kişiliğin başlamış olması yeterlidir. Örneğin yeni doğmuş

¹³³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 127; Eren, s. 411.

¹³⁴ Eren, s. 934; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 282; Kılıçoğlu, s. 578.

¹³⁵ Kişiliğin başlangıcı ve hak ehliyeti kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 12, 79; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 10, 240 (Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, Kişiler Hukuku olarak anılacaktır); Serozan, s. 381, 443; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 15,229.

bir çocuğa yapılan bağışlama geçerlidir. Ana rahmine düştükten sonra ölen babasının mirasçısı olur (MK m. 599, 28/II). Öte yandan işlemleri yapabilmek için kişinin fiil ehliyeti bulunmalıdır (MK m. 9). Kişi fiil ehliyeti için aranan koşulları taşımalıdır. Tam ehliyet koşullarıyla belirtelim: Ancak ergin, temyiz kudretine sahip, kısıtlanmamış kişi geçerli sözleşme yapıp, borç ilişkisi kurabilir (MK m. 10 vd). Aksiyle belirtecek olursak, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (MK m. 14)¹³⁶.

Borç ilişkisinin unsurları, sözleşmenin kurulduğu zamana gidilerek saptanacaktır. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte de nisbilik ilkesi gündeme gelecektir. İlişkinin kurulmasıyla belirlenen unsurlar, çoğu durumda sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamanda ifa eylemiyle unsurların bir daha anımsanmasını gerektirmektedir. Konumuzla bağ kuralım; sözleşme kurulduğunda, alacaklı alacak hakkını kazanır. İfa aşamasında şu soru gündeme gelir: Acaba borcun ifa edileceği kişi malvarlığının aktifinde alacak hakkı bulunan, talep hakkına da sahip alacaklı mıdır? Soruyu değiştirelim acaba borç, alacaklı dışında birisine ifa edilebilecek midir?

Bu sorunun yanıtlanacağı yer, ifa başlığıdır. İnceleme konumuz, borcun ifasında borçlunun rolü başlığıyla belirlenmiş olmakla, süje unsurlarından borçlunun ifadaki rolü ikinci bölümde ayrıntılı olarak irdelenecektir. Alacaklı ile ilgili açıklamalar ise borç ilişkisinin unsurları başlığı altında verilecektir.

Bu kısa açıklama sonrası, alacaklı ile borcun ifa edeceği kişi bilgilerinin birleştirilmesine gelince: Borç, kural olarak alacaklıya veya alacaklının yetkili kıldığı kişiye ifa edilmelidir¹³⁷. Böylelikle geçerli ifa söz konusu olur. Borç sona erer; borçlu, borcundan kurtulur (TBK m. 131). İstisnaen alacaklının rızası aranmaksızın, borç üçüncü kişiye ifa edilebilecektir; hatta bazen ifanın

¹³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 51 vd; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.18 vd; Dural/Öğüz, s. 49 vd; Serozan, s. 391 vd.

¹³⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 282. Uyuşmazlık çıkabilecek durumları, bunların çözümünü sunan kanun yapma tekniğinde; borcun alacaklıya ifa edilmesi gerektiği kuralı da doğal olarak getirilmemiştir. Borcun ifa edileceği kişilere ilişkin bir hüküm de, diğer ifa engelleri düzenlemeleridir (TBK m. 111).

(yetkili kılması bir yana çoğu kez ona rağmen) alacaklıdan başkasına yapılması zorunludur (MK m. 198).

Borcun alacaklıya ifa edileceği kuralı, alacaklının ifaya katılması gerekmeyen borçlarda sorunsuz geçerlidir. Öte yandan alacaklının ifaya katılması gereken durumlarda, ilkeye rağmen, borcun kime ifa edileceği sorunu gündeme gelecektir. Edim türlerine göre kısaca açıklayalım:

Bütün borçların ifasına mutlaka alacaklının katılması gerekmez. Bazı borçlar alacaklının herhangi bir fiiline ihtiyaç bulunmaksızın ifa edilirler¹³⁸. Yapma borçlarında durum böyledir. Bazı yapma borçlarında da aynı durum söz konusu olabilir. Sözleşme gereği, komşunun manzarasını açmak için kendi bahçesindeki ağaçları kesme borcu böyledir.

Buna karşılık verme borçlarında ve yapma borçlarının çoğunda borcun ifa edilebilmesi, alacaklının ifaya olanak sağlaması veya ifaya katılması ile mümkündür. Örneğin B'nin, A'nın evinde tamirat yapma borcunu ifa edebilmesi için A'nın, B'ye eve girmesi konusunda izin vermesi, diğer deyişle ifa için olanak sağlaması gerekir.

Öte yandan alacaklının ifaya katılacağı durumların bir kısmında katılma, hukuki işlem yapma şeklinde olabilir. Örneğin taşınır mülkiyetini devir borcunda, borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için alacaklı ile mülkiyetin geçmesi konusunda anlaşması gerekir¹³⁹. Alacaklı, malı, malik sıfatıyla teslim almaktan kaçınırsa, borçlu borcunu ifa edemez; ancak alacaklı temerrüdü hükümlerinden yararlanarak borcundan kurtulabilir (TBK m. 106 vd.)¹⁴⁰. Bazen alacaklının malı, malik sıfatıyla teslim alması da borcun ifa edilmiş sayılmasına yetmez. Örneğin devamıyla, alacaklı ile borçlunun, mülkiyet devrinin borcun ifası olduğu konusunda da anlaşması gerekir¹⁴¹. Kural olarak borca konu malı teslim almanın, borcun ifası olduğu kabul edilir. Alacaklı malı teslim alırken aksini belirtmişse, borçlu ifa amacıyla hareket etmiş olsa bile

¹³⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 282.

¹³⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 47; Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/ Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2011, s. 89.

¹⁴⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 373 vd.

¹⁴¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 269 vd.

borç ifa edilmiş olmaz. Örneğin A'ya taşınırını satan B, satış sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek üzere, malı A'ya teslim ederken (TBK m. 207/1, 209/1, 210, MK m. 763/1) A, malı bağış olarak kabul ettiğini açıklarsa, satış sözleşmesinden doğan borç ifa edilmiş olmaz¹⁴². Satış sözleşmesinden doğan borç ifa edilirken, alıcı ile satıcının, teslimin mülkiyetin devri amacıyla olduğu konusunda da anlaşması gerekir (tasarruf işlemi sırasında, aynı sözleşme yapılmalıdır¹⁴³).

Alacaklı ile borçlunun anlaşmasını gerektiren bir başka nokta, taraflar arasında aynı konuda birden çok borç bulunması durumunda gündeme gelir. Burada ifanın hangi borca ait olduğu belirlenmelidir. Borçlar Kanunu bu durumun en çok rastlanacağı para borçları için ayrıca hükümler koymuştur (TBK m.101–102)¹⁴⁴.

Alacaklının ifaya katılması gerekip gerekmemesi, ehliyetle ilgili soruları da beraberinde getirebilir. İfanın gerçekleşmesi için alacaklının katılmasına gerek bulunmayan durumlarda, alacaklının ehliyeti önem taşımaz. Buna karşılık alacaklının da ifa oluşturacak hukuki işleme katılması gerekiyorsa, alacaklının fiil ehliyetine sahip olması ifanın geçerliliğini etkiler (MK m. 9). Alacaklı tam ehliyetsiz ise yapılan ifa kesin hükümsüzdür (MK m. 14, 15). Alacaklı, ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlı ise (sınırlı ehliyetsiz) yasal temsilcisi izin veya icazet vermedikçe, kendisine yapılan ifa da hükümsüzdür (MK m. 343/1, 448)¹⁴⁵. Borçlunun ifa sırasında alacaklının ehliyetsizliğini bilmemesi sonucu değiştirmez. Borçlu, yeni bir ifada bulunmak zorundadır. Borçlu, alacaklının yasal temsilcisine, hükümsüz ifa ile sağlanan şeyi ifa olarak kabul etmesini önerebilir (MK m. 451'e kıyasen). Eğer ifa konusu bir

¹⁴² Yukarıda verilen örnekte, daha sonra A borcun ifasını talep ederse B, A' da bulunan malı ifa olarak önerebilir. Şayet malın mülkiyeti A' ya geçmişse -özellikle borcun konusu bir miktar para ise- B, A' ya verdiği fakat ifa oluşturmayan para dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeye dayanan alacağı ile A' ya olan borcunu takas edebilir (TBK m. 139). Burada tasarruf işlemi de sakat olduğu için teslimle mülkiyet geçmemiş sayılsa bile para, teslimden teşhis imkânı kaybolan paralar MK m. 776/2 uyarınca mülkiyet alana geçer ve sebepsiz zenginleşme oluşturur (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 283).

¹⁴³ Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 50; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 738.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 379 vd.

¹⁴⁵ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 31 vd.

miktar para ise borçlu sebepsiz zenginleşmeye dayanan alacağı ile borcunu takas edebilir (BK m. 139, 143)¹⁴⁶.

Buraya kadarki açıklamalar, nisbilik ilkesinin sonuçlarından biri olarak borcun alacaklıya ifa edilmesi kuralına ilişkindir. Bazen alacaklıdan başkasına da geçerli ifa yapılabilir. Bu istisnai durumlarda kural, alacaklının rızasının varlığıdır. Kanunun öngördüğü bazı durumlarda istisnaen, alacaklının rızasına bakılmaksızın borçlu, borcu alacaklıdan başka birine ifa olanağına sahiptir¹⁴⁷.

Alacaklının, borçluyu üçüncü kişiye ifa konusunda yetkili kılması çeşitli şekillerde olabilir. Alacaklı ifaya kendi yerine katılması ve özellikle verilecek şeyi ifa olarak kabul etmesi konusunda üçüncü kişiye temsil yetkisi vermişse, temsilciye yapılan ifa geçerlidir¹⁴⁸. Alacaklı, ifanın temsilcisine yapılmasını istemiş buna rağmen borçlu ne alacaklı ne de temsilciye ifada bulunmuşsa, ifadan kaçınmanın sonuçlarına katlanır¹⁴⁹.

Temsilci ile alacaklı arasındaki iç ilişki, temsilciye yapılan ifanın geçerliliği açısından önem taşımaz; meğerki üçüncü kişinin temsil yetkisi alacağı tahsil konusunu kapsasın¹⁵⁰. Temsil yetkisinin kapsamı ise yetki veren beyanın yorumu ile belirlenir (TBK m. 41/1).

Alacaklının havale yapması¹⁵¹ (TBK m. 555); borçluyu muhatap tutarak üçüncü kişi lehine poliçe veya çek keşide etmesi durumlarında da borçlu üçüncü kişiye ifa ile borcundan kurtulma olanağına sahiptir¹⁵².

¹⁴⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 284.

¹⁴⁷ Hatta bazen ifanın alacaklıdan başkasına yapılmasının borçlu için zorunlu olduğunu yukarıda belirtmiştik (MK m. 198).

¹⁴⁸ Fakat borçlu ifayı alacaklının temsilcisine yapmaya mecbur değildir; isterse ifayı alacaklıya yapabilir.

¹⁴⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 285.

¹⁵⁰ Temsilcinin tahsil yetkisi yoksa yetkisiz temsil hükümleri uygulanır ve sadece alacaklının onayı ile yapılan ifa geçerli olur (bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 255 vd.).

¹⁵¹ Çift yetki veren işlem havale hakkında bilgi için bkz. Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 478 vd.; Kocaman, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara, 2001, s. 31 vd; Kocaman, Arif B., Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Erişim Tarihi: 27.05.2013, Erişim Adresi: <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2816/3635.pdf>

Alacaklının rızası aranmaksızın ifanın alacaklıdan başkasına yapılabilmesi örneklerinden birisi alacaklı temerrüdündedir; borçlu ifa konusunu hâkimin belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurtulabilir (TBK m.107)¹⁵³. Bu olanak alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği hallerde de tanınmıştır. Aynı şekilde alacaklı, borçluyu icra yoluyla takip ediyorsa borçlu, borcunu icra dairesine de ödeyebilir (İcra İflas Kanunu m.12).

Alacak başkasına devredildikten sonra ifanın yeni alacaklıya yapılması gerekirse de bu devirden haberdar olmayan borçlu önceki alacaklıya ifada bulunmakla borçtan kurtulur (TBK m. 185)¹⁵⁴. Burada yetkisi bulunmayan kişiye yapılan ifa ile borçtan kurtulma olanağı tanınmaktadır.

Borçlunun alacaklıdan başkasına ifada bulunma zorunluluğuna gelince: Alacaklı ile borçlu arasında üçüncü kişi lehine sözleşme yapılmışsa borçlu borcu üçüncü kişiye ifa etmek zorundadır (TBK m. 129). Bu örnekte alacaklının rızası ile borçlunun üçüncü kişiye ifa zorunluluğu doğmuştur. Bu zorunluluk bazen kanundan doğar. Örneğin MK m. 198 gereği hâkim, kocanın borçlularına ödemeyi kadına yapmalarını emredebilir. Bu doğrultuda borçlular ancak kadına yapılacak ifa ile borçtan kurtulabilir. Hüküm, kanun gereği ifanın alacaklıdan başkasına yapılması zorunluluğuna örnektir.

2. Borçlu

Borç ilişkisinin süje unsurlarının ikincisi borçludur. Borçlu, malvarlığının pasifinde borç ilişkisinden doğan borcun yer aldığı sözleşme tarafıdır. Başka deyişle borç ilişkisinin pasif süjesidir. Kural borcun borçlu tarafından yerine getirilmesi; ifa edilmesidir. İfa aşamasında borçlu bazen yerini üçüncü kişilere de bırakabilmektedir. Başka deyişle ifa, borç ilişkisine yabancı bir üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Borç ilişkisinin pasif süjesi borçlu, çalışmamızın temel kavramını oluşturmaktadır. Aşağıda kavram ayrıntılı irdelenecektir.

¹⁵² Ticaret Hukukunun alanına giren konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 48 vd; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 215 vd, 321 vd.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 382 vd.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 288.

Borçlunun eyleminin veya işleminin ifa oluşturabilmesi için ifa amacıyla davranmış olmasının gerekip gerekmediği, ifanın niteliğinin belirlenmesine bağlanan tartışmalı bir konudur¹⁵⁵. Aşağıda ifanın hukuki niteliği incelenirken ele alınacaktır.

B. KONU (EDİM)

1. Genel Olarak Edim

Borç ilişkisinin temel unsurlarından üçüncüsü kişi dışı unsur, edimdir. Edim, pasif süje borçlunun aktif süje alacaklıya karşı bulunmakla yükümlü olduğu davranıştır. Bu anlamda borcun konusu, içeriğidir¹⁵⁶. Başka deyişle edim, borç ilişkisinde alacaklının talep edebileceği, borçlunun da alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu davranıştır¹⁵⁷. Borçlunun davranış yükümlülüğü, Roma Hukukundan günümüze varan ayırımla verme (dare), yapma (facere) ya da yapmama (non facere) şeklinde ortaya çıkar¹⁵⁸.

Borçlunun, edim ile alacaklıya sağladığı yarar, maddi ya da manevi nitelikte; bir mal sağlama veya emek sarfı şeklinde olabilir¹⁵⁹. Örneğin borçlunun, alacaklıya bir keman konseri vermesi manevi nitelikte yarar iken satılan bir taşınır malın teslimi maddi nitelik taşır¹⁶⁰. Ancak sadece iyilik yapmaya yönelik davranışlar borçlanılan edimi oluşturmaz¹⁶¹.

2. Edimin Özellikleri

a. Hukuken korunan bir çıkar olmalı

Edim, borç ilişkisinden doğan bir alacağın konusudur ve alacaklıya hukuken korunan bir çıkar sağlar¹⁶². Bu çıkar çoğu zaman ekonomik bir değer taşırsa da salt manevi bir değeri olması da mümkündür¹⁶³. Bir

¹⁵⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt I, s. 269.

¹⁵⁶ Eren, s. 89.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 6; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 58 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 36; İnan, s. 18; Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I, İstanbul 1995, s. 59.

¹⁵⁸ Umur, s. 54, 71.

¹⁵⁹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 10.

¹⁶⁰ Eren, s. 89.

¹⁶¹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 11.

¹⁶² Eren, s. 92.

¹⁶³ Eren, s. 92.

kimsenin, gürültü yapmama konusunda komşusuna taahhütte bulunması, manevi çıkar sağlayan bir edim olarak nitelendirilebilir¹⁶⁴. Edimin hukuken korunabilmesi için alacaklıya makul bir yarar sağlaması, dürüstlük kuralına uygun olması gerekir¹⁶⁵ (MK m. 2/2).

b. İmkansız olmamalı

Karşılıklı bir sözleşme ilişkisi içine giren tarafların nihai amacı, sözleşmenin tam ve eksiksiz olarak ifa edilmesidir. Sözleşmenin karşılıklı ifa ile sona ermesi beklenirken bazen taraflar bu amaçlarına çeşitli nedenlerle ulaşamazlar. İfa engelleri olarak adlandırılacak bu nedenlerden biri de imkansızlıktır¹⁶⁶. İmkansızlık hem edim yükümlülüklerinin doğumunu hem bu yükümlülüklerin ifasını olumsuz yönde etkileyebilir¹⁶⁷. Sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan imkansızlık TBK. m. 27'de, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık TBK. m. 112 ve m. 136'da düzenlenmiştir. Ancak anılan bu maddelerde imkânsızlık kavramı, tanımlanmamıştır.

İmkansızlık, edimin içeriği değişmeksizin borçlunun etkinliği ile aynen gerçekleştirilmesinin olanak dışı bulunmasıdır¹⁶⁸. Başka deyişle ifa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen edim imkansızdır¹⁶⁹. İmkansızlık türlü ayrımlar altında incelenmektedir. Bu konudaki ilk ayırım, sözleşmenin kurulduğu anda edimin imkansız olup olmamasına göre yapılmaktadır. Borçlunun edimi sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulduğu anda imkansız ise başlangıçtaki imkansızlıktan, edimin sözleşmenin kurulduğu anda mümkün, fakat sonradan imkansız hale gelmesi halinde sonraki imkansızlıktan söz edilebilir¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 8; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 59–60; Eren, s. 92.

¹⁶⁵ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 60.

¹⁶⁶ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 vd.; Oğuzman/Öz, s. 407; Eren, s. 99; İnan, s. 503.

¹⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 408; Eren, s.100.

¹⁶⁸ Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat, Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı:3, Yıl: 2008, Erişim Tarihi: 12.05.2013; Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-topuz-canbolat.pdf>, s. 675.

¹⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 906 vd; Oğuzman/Öz, s. 410.

¹⁷⁰ Eren, s. 102.

Başka açıdan yapılan bir ayrıma göre imkansızlık, objektif ve sübjektif imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılır: Borçlanılan edim sadece borçlu değil hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa objektif imkansızlık vardır. Edim sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyor; borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa, sübjektif imkansızlık vardır¹⁷¹.

Başlangıçtaki objektif imkansızlık borcun doğumuna engel olur (TBK. m. 27). Bu nedenle geçerli borç ilişkisinin kurulabilmesi için edim imkansız olmamalıdır. Sonraki objektif imkansızlık halinde, borçlu imkansızlıktan sorumlu değilse öğretideki baskın görüşe göre tarafların borçları sona erer ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir. Borçlu imkansızlıktan sorumlu ise alacaklının zararını tazminle yükümlü olur (TBK m. 112)¹⁷².

Başlangıçtaki sübjektif imkansızlıkta, objektif imkansızlığın aksine borç doğar. Baskın görüş sonraki sübjektif imkansızlık halinde borçlunun borcu ifa etmemeden sorumlu olacağı kabul etmektedir¹⁷³.

c. Belirli ya da belirlenebilir olmalı

Borç ilişkisinin üç unsurundan birisi olan edim, sözleşme yapılırken belirli bir açıklıkla ortaya konulmalıdır. Bu anlamda edim, borcun doğumu sırasında belirli veya hiç olmazsa ifa anında yer, zaman ve konu bakımından objektif olarak belirlenebilir olmalıdır¹⁷⁴. Sözleşmenin kurucu unsurlarından birisi olan edimin belirli veya belirlenebilir olmaması hükümsüzlüğün en ağır hali yokluğu gündeme getirir. Kurucu unsuru olmayan sözleşme ve dolayısıyla borç hukuk sahasına çıkmaz; doğmaz; yoktur¹⁷⁵.

¹⁷¹ Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 80 vd.

¹⁷² Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16, s. 199; Oğuzman/Öz, s. 414 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 910.

¹⁷³ Dural, İmkânsızlık, s. 91.

¹⁷⁴ Eren, s. 94.

¹⁷⁵ Eren, s. 93; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 60.

3. Edim Türleri

Her borç ilişkisinin bir ya da birden fazla edimi içerdiğini belirtmiştik. Borcun konusunu teşkil eden edimler konularına, sürelerine, bölünebilir olup olmamalarına, doğurdukları sonuçların türüne göre çeşitli ayrımlara bağlı tutulabilirler¹⁷⁶.

Edimler bir şey verme, bir işi yapma veya yapmama davranışlarını içerir ve içerdikleri davranışın konusuna göre olumlu-olumsuz edim ve maddi-şahsi edim başlıkları altında incelenebilir¹⁷⁷.

Edim türünün belirlenmesi, borcu ifa edecek kişilerin kimler olabileceğini de gösterir. Çalışmamız açısından edimin konusuna göre yapılan ayırım, özellikle maddi-şahsi edim ayrımının önemi büyüktür. Borçlunun fikri veya bedeni gücüyle yerine getirdiği (şahsi) edim ile malvarlığından bir şey vermek suretiyle yerine getirdiği (maddi) edim arasındaki fark ikinci bölümde ifade borçlunun rolü ve onun yerine ifade bulunabilecek kişiler incelenirken detaylı anlatılacaktır. Bu nedenle aşağıda olumlu-olumsuz edim açıklandıktan sonra maddi-şahsi edim kavramlarına genel hatlarıyla değinilecek, ayrıntılı bilgi ikinci bölümde verilecektir.

a. Olumlu-olumsuz edim

Öğretide, verme ve yapma edimleri olumlu davranışlar içerdiğinden aynı başlık altında incelenmiştir¹⁷⁸. Olumsuz edimler olan yapmama edimleri ise kaçınma ve katlanma edimleri alt başlığıyla, olumlu edimlerden ayrıdır¹⁷⁹.

Olumlu edimde borçlu, bir eylemde bulunmak, bir şeyi vermek ya da yapmakla yükümlüdür¹⁸⁰. Satıcının, sattığı şeyi alıcıya teslimi ve mülkiyetini devretmesi verme edimine; terzinin bir elbise dikmesi yapma edimine örnek

¹⁷⁶ Eren, s. 89–105.

¹⁷⁷ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 63.

¹⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 9; Oğuzman/Öz, s. 9, Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 63; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 37–38; Eren, s. 97–99.

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 7; Eren, s. 95.

¹⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 9.

gösterilebilir. İki taraflı hukuki işlemler sözleşmelerin konusunu, çoğu zaman olumlu edimler oluşturur.

Olumsuz edimin konusu genel olarak, borçlunun bir şey yapmamasıdır. Borçlu, hukuken yapmaya yetkili olduğu bir davranıştan kaçınmayı veya başka bir kişinin davranışına katlanmayı vaat eder¹⁸¹. Olumsuz edim, sözleşmeden ya da kanundan doğabilir; kaçınma ve katlanma edimleri olarak ikiye ayrılır¹⁸².

Kaçınma edimlerinde borçlu, hukuken yapabileceği bir eylemi veya işlemi yapmamayı taahhüt eder¹⁸³. Bu tür edimler daha çok, ekonomik faaliyetin sınırlandırılması sonucunu doğurur. Örneğin rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin belirli türde kişilerle ticari faaliyete girmeme taahhüdü, bir yapmama edimidir¹⁸⁴.

Katlanma edimlerinde ise borçlu, hukuken önlemeye yetkili olmasına rağmen, başkaları tarafından hukuki hâkimiyet alanına yapılacak bir davranışa katlanmayı, ona karşı koymamayı taahhüt eder¹⁸⁵. Örneğin kira sözleşmesiyle kiraya veren, kiracının, kiralananı kullanmasına katlanma borcu altına girer.

b. Maddi-şahsi edim

Edimler, bir hizmetin yapılması veya bir şeyin verilmesine göre şahsi edim-maddi edim olarak ikiye ayrılır. Bu ayrım, borcun üçüncü işi tarafından ifa edilebilirliğini belirlemede önem taşıdığından ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Maddi edimlerin konusu kural olarak maddi bir mal, bir şeydir¹⁸⁶. Borçlu, maddi edimi malvarlığından bir şey vermek suretiyle yerine getirir¹⁸⁷.

¹⁸¹ Oğuzman/Öz, s.7; Eren, s. 96–97.

¹⁸² Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 65.

¹⁸³ Eren, s. 95.

¹⁸⁴ Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 9; Oğuzman/ Öz, s. 7; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 65; Eren, s. 96; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, c. II, (Çeviren: Cevat Edege), İstanbul, 1953, s. 45–47.

¹⁸⁵ Eren, s. 96.

¹⁸⁶ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 64.

¹⁸⁷ Eren, s. 99.

Bunun yanı sıra maddi edimin konusu bir hak da olabilir¹⁸⁸. Örneğin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devrinde de, kira sözleşmesinde kiralananın kiracıya tesliminde de maddi edim söz konusudur.

Aşağıda açıklayacağımız kişiye sıkı sıkıya bağlı şahsi edimler, borçlu tarafından yerine getirilmek zorundayken maddi edim, üçüncü bir kişi tarafından da ifa edilebilir; çünkü maddi edimlerde borçlunun kişiliği önemli değildir. Maddi edimde borçlu, malvarlığının durumuna bakılmaksızın borçlandığı edimin tamamını ifa etmekle yükümlüdür¹⁸⁹.

Maddi edimler, şahsi edimlerden farklı olarak, külli halefiyet neticesi mirasçılara geçer (MK m. 599)¹⁹⁰. Diğer taraftan sadece maddi edimler borçlunun iflası halinde iflas masasına girer¹⁹¹.

Şahsi edim, borçlunun bedeni ve/veya fikri bir emek harcayarak yerine getirdiği edimdir¹⁹². Şahsi edime “iş görme edimi” de denilebilir; çünkü iş görme borcu doğuran sözleşmelerde, sözleşmenin niteliğini belirleyen karakteristik edimler kural olarak şahsidir¹⁹³. Örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin ya da eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu şahsi bir edim oluşturur; işçi veya yüklenici, fikri veya bedeni emek sarf etmekle yükümlüdür.

Şahsi edimler, “*borçlunun kişiliğine bağlı şahsi edim*” ve “*borçlunun kişiliğine bağlı olmayan şahsi edim*” şeklinde ikiye ayrılabilir¹⁹⁴. Borçlunun kişiliğine bağlı şahsi edim, kural olarak bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir¹⁹⁵. Çünkü burada borçlunun fiziksel ya da zihinsel özellik ve yetenekleri veya güvenilirliği önemlidir, sözleşmenin yapılmasında bunlar göz önünde bulundurulmuştur. Bu tür şahsi edimlere, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler de denir¹⁹⁶. Bu adlandırma, kullanılma yetkisi açısından hak sınıflandırmasındaki kişiye sıkı sıkıya bağlı (münhasıran kişiye bağlı) hakları

¹⁸⁸ Eren, s. 99.

¹⁸⁹ Çünkü maddi edimler kural olarak borçlunun malvarlığı ile sınırlı değildir.

¹⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 39

¹⁹¹ Eren, s. 99.

¹⁹² Eren, s. 98–99.

¹⁹³ Eren, s. 97.

¹⁹⁴ Eren, s. 98.

¹⁹⁵ Eren, s. 98.

¹⁹⁶ Eren, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 38.

anımsatır¹⁹⁷. Örneğin bir ameliyatı mutlaka belirli bir doktor yapacak veya bir konseri belirli bir müzisyen verecektir.

Borçlunun, kişiliğine bağlı olmayan şahsi edimleri ise bizzat yerine getirmesi şart değildir. Özellikle borçlunun şahsi beceri ve üslubunun “*olmazsa olmaz*” denilemediği borç ilişkilerinde durum böyledir. Örneğin bir elbisenin sadece boyunun kısaltılması söz konusu ise bu işin borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmasından söz edilemez ve aynı işi bir başka terzi de aynı nitelikte yapabilir.

Şahsi edimde borç, borçlunun fikri ve bedeni güç ve yeteneği ile sınırlıdır. Borçlunun fikri ve bedeni gücünü aşan, sağlığını veya hayatını tehlikeye sokacak olan bir edimin ifası istenemez¹⁹⁸. Diğer bir deyişle şahsi edimlerin, borçlunun kişiliğine tecavüz oluşturmayacak nitelik ve derecede, ahlâka ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekir¹⁹⁹. Bu sınırları aşan edim geçersiz olduğundan (MK m. 2, 23; TBK m. 26, 27), borcunu yerine getirmeyen borçludan tazminat da istenemez.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde borçlu, edimini bizzat yerine getiremeyecek bir duruma düşerse imkansızlık nedeniyle borç sona erer²⁰⁰.

Borçlunun kişisel özelliklerinin göz önünde tutulduğu şahsi edimlerde, külli halefiyet söz konusu olmaz. Başka deyişle borç, borçlunun ölümü ile mirasçılara geçmez²⁰¹. Örneğin ünlü bir heykeltıraş, heykeli yapamadan ölmüşse durum böyledir.

¹⁹⁷ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011, s.161.

¹⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 38; Eren, s. 99.

¹⁹⁹ Eren, s. 98.

²⁰⁰ Burada kusurlu ve kusursuz ifa imkânsızlığı ayırımına dikkat edilmelidir. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı söz konusu ise TBK m. 112 genel hükmüne başvurulurken, borçlu imkânsızlıktan sorumlu değilse TBK m. 136 hükmüne göre sorumluluktan kurtulur. İfa imkânsızlığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 407 vd.

²⁰¹ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 64; Eren, s. 99.

İKİNCİ BÖLÜM

I. EDİMİN YERİNE GETİRİLMESİ (İFA)

A. İFA KAVRAMI (GENEL OLARAK)

Çalışmamızın ilk bölümünde sözleşmelerin çoğunlukla borçlandırıci işlemler olduğunu; borçlandırıci işlemde söz verildiğini, verilen sözlerin tutulmasının ise ileriki bir zamanda gerçekleşeceğini belirtmiştik. Sözleşmede verilen sözün tutulması, borcun yerine getirilmesi, teknik anlamıyla ifa, bazen tasarruf işlemiyle yapılacaktır. Borçlandırıci işlemde pasifini artırarak malvarlığını azaltan borçlu, ifanın tasarruf işlemiyle gerçekleşmesi durumunda, bu kez malvarlığının aktifini doğrudan etkileyen tasarruf işlemiyle malvarlığını azaltacaktır. Çalışmamızın bu aşamasında “ifa” kavramını irdedeceğiz.

Borçlar Kanununda ifa kavramı tanımlanmamıştır. İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde (gereği gibi) yerine getirilmesi; alacaklının çıkarına kavuşmasıyla borcun sona erdirilmesidir²⁰². Her borç ilişkisi, ifa edilme amacıyla kurulur²⁰³. Başka deyişle ifa, borcun temel ve doğal amacıdır.

İfa bir yandan alacaklıyı edime kavuşturmakta, diğer yandan da borçluyu yükümlülükten kurtarmakta, borcu sona erdirmektedir. Roma Hukukunda da ifa, taraflar arasındaki hukuki zincirin çözülmesi anlamına gelen *solutio* kavramı ile ifade edilmektedir²⁰⁴.

İfa, herhangi bir kaynaktan doğan borcun, borçlu ya da üçüncü kişinin borca uygun edimleriyle (davranışlarıyla) yerine getirilmesidir. Bu bağlamda, olumlu veya olumsuz, belirli bir eylemde bulunma borçlanılabilecek bir edim

²⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 758; Eren, s. 906; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 264; Kılıçoğlu, s. 518; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 6–7; Reisoğlu, s. 290; İnan, s. 437; Tunçomağ, s. 663; Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 3.

²⁰³ İfası talep ve dava edilemeyen (ifası istenemeyen) borçlar da vardır; bunlara eksik borçlar denilmektedir. Kumar ve bahis borçları, eksik borçlara örnektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, s. 30–35; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 19; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 27; von Tuhr, s. 33–39.

²⁰⁴ Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 200; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 7.

ise bu eylemi borca uygun biçimde yerine getirme de ifadır²⁰⁵. Bu demektir ki alacaklıya borçlanılan edim, borçlunun veya üçüncü kişinin davranışlarıyla yerine getirilmelidir²⁰⁶. Alacaklının edime kavuşması borçlu veya üçüncü kişinin bir davranışı olmaksızın, tesadüfen ve kendiliğinden gerçekleşirse, bu teknik anlamda ifa değildir²⁰⁷. Örneğin kesilmesi gereken ağacın fırtına nedeniyle devrilmesi halinde, borç sona ermiştir; ancak ifa edilmemiştir. Burada artık ifa imkânsızlığı vardır.

İfadan, borçlanılan edimin niteliğine göre, bazen edim fiilinin yerine getirilmesi bazen de edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılır²⁰⁸. Edim fiili, borçlunun borcu yerine getirme aşamasındaki davranışları; edimin içerdiği fiildir. Edim sonucu ise edimin yerine getirilmesi ile ortaya çıkan sonuçtur. Örneğin bir vekâlet sözleşmesinde avukat, yürüttüğü davada gereken dikkat ve özeni göstermişse, davayı kazanamasa bile iş görme edimi fiilini yerine getirmiş, ifa gerçekleşmiştir²⁰⁹. Genellikle yapma edimlerinde, edim fiili önem taşır. Verme edimlerinde ise edim sonucu önemlidir. Örneğin bir mesafe satışında, satıcının malı göndermesiyle yani edim fiiliyle değil, malın alıcının zilyetlik ve mülkiyetine geçmesi; başka deyişle edim sonucuyla ifa gerçekleşmiş olur²¹⁰.

İfa kural olarak borç ilişkisini değil, borç ilişkisinden doğan borcu sona erdirir²¹¹. Özellikle sürekli veya dönemli borç ilişkilerinde ifa ile borç ilişkisi değil, tek bir borç ortadan kalkar. Örneğin kira sözleşmesinde, kiracının her ay kiraya verene kira bedelini ödemesi, o aya ait tek bir kira bedeli ödeme borcunu sona erdirir. Buna karşılık tek bir borç ve alacaktan oluşan ani edimli borç ilişkilerinde, borcun ifası hem borcu hem borç ilişkisini sona erdirir. Söz gelimi bir bağışlama taahhüdünün ifasında hem borç hem borç ilişkisi ortadan kalkar (TBK m. 285/1).

²⁰⁵ Reisoğlu, s. 291; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 759; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 7.

²⁰⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 265; Reisoğlu, s. 288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 759; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 22; Eren, s. 906.

²⁰⁷ Aslında burada ifanın imkânsızlaşması vardır (Eren, s. 907).

²⁰⁸ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 11 vd.

²⁰⁹ Eren, s. 907.

²¹⁰ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 13.

²¹¹ Eren, s. 907.

İfa, borcu sona erdiren, alacak hakkını ortadan kaldıran olay olduğundan, hukuki niteliği itibariyle defi değil itirazdır²¹². Dolayısıyla davada taraflar ifayı ileri sürmese bile hâkim re'sen dikkate almak zorundadır.

B. İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borcu sona erdiren davranış, teknik kavramla ifa konusu irdelenirken, alt başlıklardaki açıklamalarda, pek çok noktada göz önünde tutulması gerektiği üzere, hukuki niteliğin belirlenmesi önem taşımaktadır. İfa, sözleşmede verilen sözü tutulması olduğuna göre, açıklamalara sözleşmeyle başlamak gerekmektedir.

Sözleşmeler hukuki işlemlerdir; belirli hukuki sonuca yönelik irade açıklamalarını gerektirir (TBK m. 1). İfa da hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme ise aslolan irade açıklamalarıdır. Şayet ifa, iradenin açıklanması değil de meydana getirilen maddi bir değişiklikten ibaretse, hukuki niteliği maddi fiil olacak ve irade açıklaması önem taşımayacaktır²¹³. Bu farklılık, ifanın borcu sona erdirebilmesi için aranan unsurlarda değişiklik yaratacaktır.

İfanın gerçekleşmesi için borçlunun ya da onun yerine ifada bulunan üçüncü kişinin, ifa iradesine sahip olması gerekip gerekmediği, hatta bunun da ötesinde, alacaklının katılımıyla oluşacak özel bir ifa anlaşmasının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bu konuda başlıca üç görüş bulunmaktadır. Görüşler, ifada iradenin rol oynayıp oynamadığı noktasında farklılaşmaktadır.

Çalışmamızın bu aşamasında ifanın hukuki niteliğini açıklayan görüşleri nispeten ayrıntılı incelemek yarar sağlayacaktır. İfanın hukuki niteliğinin tespit edilmesi iledir ki borçlu ya da bir üçüncü kişinin fiil ya da işleminin ifa oluşturup oluşturmayacağı ve borçluyu borcundan kurtarıp kurtarmayacağı belirlenebilecektir.

²¹² Eren, s. 908.

²¹³ Eren, s. 908; Reisoğlu, s. 290; İnceoğlu, M. Murat, İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 54; Yıl: 2005; s. 149–150; Erişim Adresi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/271/2444.pdf>; Erişim Tarihi: 08.05.2013.

1. Genel Sözleşme Görüşü

Görüş uyarınca ifa, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmedir²¹⁴. İfa sözleşmesi, borçlunun, alacaklıya borçlandığı edimin ifasını teklif etmesi, alacaklının da bu teklifi kabul etmesiyle kurulur²¹⁵. Geçerli, hüküm doğuran bir ifa için borçlu ile alacaklı arasında, edimin ifa amacıyla gerçekleştirilmesi konusunda açık, hiç değilse örtülü bir anlaşma olmalıdır²¹⁶.

İfanın bir sözleşme olmasının doğal sonucu, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla doğmasıdır (TBK m. 1). Karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının borçlandırıcı işlem aşamasını oluşturduğunu belirtmiştik²¹⁷. İfanın gerçekleşmesi ise sözün tutulması, söz verilen edimin fiilen yerine getirilmesiyle olur. Bu bağlamda genel sözleşme görüşüne göre ifanın gerçekleşmesi, bir yandan tarafların borcun ortadan kaldırılmasına ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına, diğer yandan edimin fiilen yerine getirilmesine bağlıdır²¹⁸.

İfanın hukuki niteliği sözleşme olunca, buna fiil de eklenince, ifanın tarafların malvarlığına etkisi noktasında da kısa bir açıklama yapmak gerekir. Şöyle ki borçlandırıcı işlem ile yüklenilen borcun yerine getirilmesi, teknik kavramla ifa kimi zaman tasarruf işlemiyle yapılır. Borçlu açısından irdeleme ile malvarlığını azaltan tasarruf işlemi aktif doğrudan etkileyip, aktifteki hakkı başkasına devreder, sınırlar, külfet yükler, değiştirir ya da sona erdirir²¹⁹. Tasarruf işleminde, işlemi yapanın tasarruf yetkisi olmalıdır. Öte yandan ifanın sözleşme niteliği fiil ehliyetini de gündeme getirecektir. Sözleşme taraflarının fiil ehliyeti bulunmalıdır²²⁰. Alacaklı ve borçlu veya ikisinden biri

²¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 759; Feyzioğlu, s. 5; Tunçomağ, s. 665; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 16–17; Eren, s. 908–909; İnceoğlu, s.150.

²¹⁵ İnceoğlu, s. 150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 759.

²¹⁶ Tunçomağ, s. 665.

²¹⁷ BİRİNCİ BÖLÜM, I. D. BORCUN KAYNAKLARI, 1. Sözleşme başlığında detaylı olarak incelenmiştir.

²¹⁸ Tunçomağ, s. 666.

²¹⁹ Belen, Herdem/Ercan Çitaklayım, Cannur, Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2012, s. 207; Oğuzman/Barlas, s. 185; Hatemi, s. 156; Dural/Sarı, s. 202; Erman, s. 70; Eren, s. 173–179; Reisoğlu, s. 53.

²²⁰ Eren, s. 909; Feyzioğlu, s. 6.

sınırlı ehliyetsiz ise ifa sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin izin veya icazetine bağlıdır²²¹.

İfanın hukuki niteliği itibariyle sözleşme olduğuna ilişkin bu görüş, bugün değerini kaybetmiştir.

2. Maddi Fiil Görüşü

İfanın, alacaklının çıkarına kavuşması ve borçlunun borçtan kurtulması sonucunu doğuran hukuki bir fiil, maddi bir olay olduğunu savunan bu görüş uyarınca, borçlunun davranışları ile verilen söze uygun bir sonuç meydana getirmesi; edimin borca uygun olması, ifayı oluşturur²²². İfanın sonuçları, edimin yerine getirilmesinin objektif, maddi sonuçlarıdır²²³. İfanın borç ilişkisinde amaçlanan sonucu fiilen doğurması yeterlidir²²⁴.

Maddi fiil görüşü, genel sözleşme görüşünün tam tersini savunmaktadır²²⁵. İfa hukuki bir işlem ve özellikle bir sözleşme olmadığından, alacaklı ile borçlunun borcu sona erdirmeye (ifaya) yönelik irade açıklamalarına, ifa sebebi üzerinde anlaşmalarına gerek yoktur²²⁶. Alacaklı ile borçlunun fiil ehliyetine, tasarruf yetkisine sahip olması da gerekmez²²⁷. Ancak bazen borçlunun edim sonucunu gerçekleştirmesi, hukuki bir işlem (özellikle bir sözleşme) yapılmasına bağlı olabilir. Bu durumda borçlu ile alacaklının fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Örneğin alacağın temlikinde (devrinde) durum böyledir. Bu durumda bile yapılan hukuki işlem veya sözleşme, edim fiilinin bir parçasıdır; bağımsız bir ifa sözleşmesi değildir²²⁸.

Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, ifanın geçerli olması için borçlunun belli bir borcun ifası amacına ve iradesine sahip olması,

²²¹ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama aşağıda hakim görüş olan sınırlı sözleşme görüşünde yapılmıştır.

²²² Tunçomağ, s. 666; İncoğlu, s. 152.

²²³ Feyzioğlu, s. 7–8; Eren, s. 909.

²²⁴ Eren, s. 909; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 17.

²²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 760.

²²⁶ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 18.

²²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 760.

²²⁸ İncoğlu, s. 152; Eren, s. 909; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 761.

borçlanılan edimi ifa sebebiyle yerine getirmesi gerekir. Buna karşılık tarafların ifa sebebi üzerinde anlaşmaları şart değildir²²⁹.

3. Sınırlı Sözleşme Görüşü

Türk-İsviçre Hukukunda hakim sınırlı sözleşme görüşüne göre, ifanın sadece maddi bir fiil veya hukuki bir işlem ile yapılması arasında bir ayrım yapmak gerekir²³⁰. İfa çoğu zaman yapma veya yapmama gibi maddi bir fiilden ibarettir²³¹. Örneğin bir hizmet sözleşmesinde, hizmet edimi yapma fiilinden, bir rekabet etmeme sözleşmesinde rekabet yasağı ise yapmama fiilinden oluşur. Buna karşılık bazı borçlarda ifa ancak hukuki işlem yapılması veya bir tasarruf işlemi ile gerçekleştirilebilir; bu durumda ifa, hukuki bir işlemdir²³². Örneğin taşınır bir malın mülkiyetinin devrinde aynı sözleşmenin yapılması, ifanın bir hukuki işlemden oluştuğunu gösterir²³³. İfanın maddi bir fiille ya da hukuki bir işlemle yapılması ifada aranan unsurlarda farklılık yaratır. İfa sırasında fiil ehliyetinin, tasarruf yetkisinin aranıp aranmayacağı ifanın hukuki niteliği doğrultusunda belirlenir²³⁴.

İfa maddi bir fiil ile yapılıyorsa, borçlunun ifa amacı taşıması gerekmez. İfa amacına ilişkin açıklamada, kazandırma ve kazandırmada hukuki sebep kavramı anımsanmalıdır. İfa, alacaklıya sağladığı malvarlıksal çıkar bağlamında kazandırıcı işlemdir. Kazandırıcı işlemlerin hukuken geçerli bir sebebi bulunmalıdır. Sözün tutulması şeklindeki ifa davranışında, hukuki sebep, ifadadır (causa solvendi)²³⁵. Taraflar ifa sebebi üzerinde açık ya da örtülü olarak anlaşabilirler. Yapmama borçları açısından önemli olan, bir davranışta bulunmama sözünün tutulmasıdır. Borçlunun davranışının iradi olup olmadığını, ifa kastıyla hareket edip etmediğini araştırmaya gerek yoktur. Örneğin rekabet etmeme borcunu üstlenen borçlu, borcunu tamamen

²²⁹ von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Band, Dritte Auflage, Schulthess, Zürich 1974, s. 5.

²³⁰ Eren, s. 910–911; Tunçomağ, s. 664; Reisoğlu, s. 290; von Tuhr/ Escher, s. 5.

²³¹ von Tuhr/ Escher, s. 8; Reisoğlu, s. 290–291.

²³² Eren, s. 911.

²³³ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 18.

²³⁴ İnceoğlu, s. 154; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 664; Reisoğlu, s. 290.

²³⁵ Eren, s. 912.

unutsa hatta ayırt etme gücüne sahip olmasa bile rekabet etmediği sürece, borcunu ifa etmiş kabul edilecektir²³⁶.

İfanın maddi fiilden ibaret olması durumunda, geçerli ifa için tarafların ehliyet durumları da önem taşımamaktadır²³⁷. Örneğin borçlu küçük bile olsa, borcu usulüne uygun olarak yerine getirmişse ifa gerçekleşmiştir²³⁸. Benzer şekilde borcun maddi bir fiil ile ifasında, ifanın gerçekleşmesi için alacaklının kabul iradesi ile hareket etmesine gerek yoktur²³⁹. Alacaklının, borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirdiğini bilip anlaması yeterlidir²⁴⁰. Maddi fiillerden oluşan ifada borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması da gerekmez²⁴¹.

İfa maddi bir fiil değil hukuki bir işlemle, özellikle bir sözleşme ile yapılıyorsa ifa kastı (amacı), fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisi yönünden durum farklıdır²⁴². Borçlanılan edimin ifası bir hukuki işlemle yapılıyorsa, borçlunun ifa kastıyla hareket etmesi gerekir²⁴³. Buna karşılık, burada da alacaklının edimi ifa amacıyla kabul ettiğini (kabul iradesini) açık olarak belirtmesi gerekmez²⁴⁴. Örneğin alacaklının, borçlunun edimini ifa ettiğini bilmesi kabul iradesinin varlığı için yeterlidir. Özellikle ifa edilen edim, borcun içeriğine uygunsa alacaklının dürüstlük kuralı uyarınca, borçlunun ifa kastını tahmin etmesi gerekir²⁴⁵. Örneğin borçlunun, alacaklının banka hesabına ödemede bulunması durumunda alacaklı, dürüstlük kuralına göre borçlunun bu ödemeyi ifa amacıyla yapmış olduğunu tahmin etmelidir. Şüphe halinde bir edim veya kazandırmanın ifa amacıyla yapılmış olduğu kabul edilmelidir²⁴⁶.

²³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 760.

²³⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 19.

²³⁸ Aynı şekilde alacaklının da fiil ehliyetine sahip olması zorunlu değildir.

²³⁹ von Tuhr/Escher, s. 6–8.

²⁴⁰ Tunçomağ, s. 664.

²⁴¹ Eren, s. 912; İncoğlu, s. 154.

²⁴² Eren, s. 912.

²⁴³ İncoğlu, s. 156.

²⁴⁴ Eren, s. 913.

²⁴⁵ İncoğlu, s. 157.

²⁴⁶ “Ancak borçlu edimi ifa amacıyla yerine getirmesine rağmen alacaklı dürüstlük kuralına göre mazur görülebilir bir ihmal ile bunu tespit edemiyorsa, ifa hüküm ve sonuç doğurmaz” (Eren, s. 913).

Fiil ehliyetine gelince: İfanın hukuki işlem niteliği taşıdığı durumlarda kural, borçlu ve alacaklının fiil ehliyetine sahip olmasıdır²⁴⁷. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı borçlunun, ifa için yaptığı bir tasarruf işleminin geçerliliği yasal temsilcisinin izin veya icazetine bağlıdır. Borçlu fiil ehliyetine sahip değilse veya yasal temsilcisi işleme izin ya da icazet vermemişse tasarruf işlemi geçersizdir; ifa sonuç doğurmaz; borç sona ermez²⁴⁸. Borçlunun fiil ehliyetinin bulunmadığına ilişkin karşı tarafın iyiniyeti de bu eksikliği gideremez²⁴⁹.

İfanın bir tasarruf işlemiyle yapılması durumunda, alacaklı da sözleşmenin tarafı olduğundan, alacaklı açısından da fiil ehliyeti aranır. Örneğin, borçlanılan edimin ifası alacağın devri ile yapılacaksa, devir işleminin geçerliliği, devir sözleşmesinin karşı tarafındaki alacaklının da fiil ehliyetine sahip olmasına bağlıdır²⁵⁰.

Borçlanılan edimin ifası amacıyla (sebebiyle) yapılan her kazandırıcı işlem, bir tasarruf işlemi olduğundan, borçlu fiil ehliyeti yanında tasarruf yetkisine de sahip olmalıdır²⁵¹. Örneğin ifa amacıyla mülkiyet veya alacak hakkının devrinde durum böyledir.

Kısacası sınırlı sözleşme görüşünü savunan yazarlara göre ifa, varsayılan bir iradeyle, borçlanılan edimin yerine getirilip alacaklının çıkarına kavuşması ve bazen de -özel olarak sonuca bağlı borçlarda- edim sonucunun gerçekleştirilmesinden ibarettir²⁵². Genellikle ifa için ek olarak ifa anlaşmasına gerek yoktur. Tereddüde yol açabilecek istisnai durumlarda tarafların ifa iradesine ve yerine getirilen edimin ifa olduğuna ilişkin anlaşmalarına gerek duyulabilir²⁵³. Örneğin ayırt etme gücünü kaldırarak

²⁴⁷ Eren, s. 913.

²⁴⁸ Eren, s. 914.

²⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 60.

²⁵⁰ von Tuhr/Escher, s. 5; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 192; Reisoğlu, s. 290. Taşınır mülkiyetinin naklinde durum tartışmalıdır. Bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2012, s. 167- 168; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 307 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Türk Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul 1989, s. 463; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 530 vd.

²⁵¹ Tunçomağ, s. 665.

²⁵² von Tuhr/Escher, s. 8.

²⁵³ Eren, s. 913; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 19.

ölçüde sarhoş ustanın, ev sahibinin haberi dahi olmadan evi borca uygun şekilde boyaması ya da telefon tamircisinin, müşterisinin telefonunu kendisinin sanarak onarması halinde ifa gerçekleşmiştir. Benzer şekilde borçlunun, alacaklının banka hesabına hiçbir açıklama yapmaksızın borçlu olduğu parayı yatırması durumunda da ifa söz konusudur. Şüphe uyandıran durumlarda, özellikle üçüncü kişi borçlu yerine ifada bulunuyorsa, ifa iradesi açıkça ortaya konulmalıdır. Edimi yerine getiren kişi iradesini yeterli açıklıkla dile getirmezse bunun sonuçlarına katlanır. Örneğin üçüncü kişi, edimi, borçlunun borcunu ifa amacıyla yerine getirdiğini açıklamazsa, borç sona ermez²⁵⁴.

C. GEREĞİ GİBİ İFA

Borcun tam ve doğru şekilde ifasına “gereği gibi ifa” denir²⁵⁵. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin taraflarına, yer ve zamanına, miktar ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir biçimde yerine getirilmesidir. Bu unsurlara uygun olmayan ifa, gereği gibi yapılmamıştır. Bu takdirde tıpkı kanundaki ayırım adında olduğu gibi (Birinci Kısım: Genel Hükümler, İkinci Bölüm: Borç İlişkisinin Hükümleri, İkinci Ayırım: Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları) borcun ifa edilmemesi söz konusu olur²⁵⁶.

1. Konu Bakımından

a. Genel olarak

İfanın konusu, borçlanılan edimdir. Diğer bir deyişle ifanın edime uygun olması kuralı gereği, borçlu neyi borçlanmışsa onu bütün olarak ifa etmek zorundadır²⁵⁷. Kısmi ifa istisnadır. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir (TBK m. 84/1). Taraflar aralarındaki sözleşmede kısmi ifanın yapılabileceğini kararlaştırabilirler ya da bir kanun hükmü kısmi ifaya izin verebilir²⁵⁸. Edim bölünmeye elverişli (bölünebilir) ise kısmi ifa söz konusu olabilir. Niteliğinde ve değerinde değişme olmaksızın parçalara ayrılabilen

²⁵⁴ Eren, s. 913.

²⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 760; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 265 vd.; Eren, s. 914 vd; Reisoğlu, s. 293 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 244-245;

²⁵⁶ Reisoğlu, s. 294.

²⁵⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 289; Eren, s. 914–915.

²⁵⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 294.

edim, bölünebilir edimdir²⁵⁹. Bölünmeye elverişli olmayan (bölünemeyen) edimde kısmi ifa olmaz. Örneğin yüz kilo buğdayın kısmi ifası mümkünken bir otomobilin kısmi ifası mümkün değildir.

Edimden başka bir şeyin ifası borçludan istenemez; alacaklı da edimden başka bir şeyi kabule zorlanamaz²⁶⁰. İfası istenen veya önerilen şeyin daha az veya çok değerinde olması hukuki durumu değiştirmez²⁶¹. Örneğin A ile B arasında yapılan satış sözleşmesi uyarınca A, bilgisayarının mülkiyetini B'ye devretme borcu altına girmişse, teslim edeceği şey bilgisayardır (TBK m. 207/I, 209/I). A, B'ye daha değerli de olsa bilgisayar yerine cep telefonu vererek borçtan kurtulamaz, B de bilgisayar yerine cep telefonunu kabule zorlanamaz.

İfanın edime uygun olması kuralı, taraflardan birinin edimden başka şeyi ifa konusu yapmasına engeldir. Buna karşılık, taraflar anlaşarak borçlanılan edimden başka bir şeyle ifayı kabul edebilirler²⁶². Böyle bir anlaşma yokken, edimden başka bir şey ifa olarak verilmişse yabancı edim anlamındaki "aliud" asıldır²⁶³. Aliud, hiç ifa etmemenin bir türüdür; buna ilişkin sonuçlar uygulanır (TBK m. 112)²⁶⁴. Aliud ile ayıplı ifa arasındaki ayrımı dikkat edilmelidir²⁶⁵. Aliud üzerine alacaklı, ifa hiç gerçekleşmediğinden duruma göre borçlu temerrüdü veya imkânsızlık hükümlerine başvurabilir²⁶⁶. Bir örnek vererek aliud kavramını somutlaştıralım: A, B'den meşhur ressam X'in imzasını taşıyan bir tabloyu 25.000 TL'ye satın almıştır. Teslim sırasında B, A'ya gerçek tabloyu değil kopyasını vermiştir. Sözleşmede devri kararlaştırılan tablo gerçek tablodur; bir parça borcu vardır. Kopya tablonun verilmesi borcun ifası değildir; B, borcunu hiç ifa etmemiştir. Buna aliud denir.

²⁵⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 295–296.

²⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 761.

²⁶¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 290; von Tuhr/Escher, s. 8.

²⁶² Tunçomağ, s. 718.

²⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 762; Eren, s. 917; Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine, Kevork Acemoğlu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 9, Cilt: 6, Yıl: 1972, s. 20–21; Erişim Adresi: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/2803/2396>.

²⁶⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 290.

²⁶⁵ Aliud ifa ile ayıplı ifanın farkları hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 424 vd.

²⁶⁶ Acemoğlu, s. 21.

Aliud ifa hakkında üç görüş vardır. İlki hem parça borcunda hem nevi (cins) borcunda aliud ifanın mümkün olduğunu savunur²⁶⁷. İkinci görüşe göre sadece nevi (cins) borcunda aliud ifa olur, parça borçlarında ayıp hükümlerine başvurulur²⁶⁸. Son görüş aliud ifa kavramını tamamen reddetmekte, her halde ayıp hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir²⁶⁹. Örneğimizde, katıldığımız birinci görüşe göre borç hiç ifa edilmemiştir (TBK m. 112); ifa zamanına uyulmadığı üzere borçlu temerrüdü hükümlerine gidilecektir (TBK m. 117 vd). Ayıplı ifanın özelliği, alıcının maldan tamamen veya gerektiği gibi faydalanamamasına neden olan bir eksikliğin olması veya malın satıcının vaat ettiği vasıfları taşımamasıdır (TBK m. 219). Burada vasıflarda eksiklik yoktur; tamamen farklı (başka) bir ürün teslim edilmektedir; ayıp hükümlerine gitmek yerine aliudun varlığını kabul edip temerrüde başvurmak doğrudur.

Belirtmek gerekir ki aliud oluşturan edim iktisap edilmişse sebepsiz zenginleşme, iktisap edilmemişse haksız zilyetlik hükümlerine göre geri verilecektir²⁷⁰. İkinci görüşe göre ise olayda tablo parça borcu olduğu için ayıp hükümlerine başvurulacaktır. Üçüncü görüş uyarınca da aliud kavramı reddedildiğinden ayıplı ifa hükümlerinin uygulanması gerekir.

Taraflar, borçlanılan edimden başka bir şeyle ifanın gerçekleşmesi konusunda anlaşılırsa “ifa yerine edim” ve “ifa uğruna edim” kavramları gündeme gelir. Aşağıda kısaca ifa yerine edim, ifa uğruna edim kavramlarına değinilecektir.

b. İfa yerine edim

Alacaklı kararlaştırılan edimden başka bir şeyi kabul etmek zorunda değildir. Bununla birlikte borçlu, edimden başka bir şeyi ifa yerine önerir, alacaklı da kabul ederse ifa gerçekleşmiş olur; borç sona erer²⁷¹. İfa yerine

²⁶⁷ Acemoğlu, s. 22.

²⁶⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 291. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, Baki İlkay, İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 839 vd.

²⁶⁹ Engin, s. 840.

²⁷⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 291; Tunçomağ, s. 718.

²⁷¹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 92–93.

edimde, verilen şeyin asıl edimden farklı değerde olması, borçlu veya alacaklıya bir değer farkını isteme olanağı tanımaz²⁷².

Özellikle para borçlarının ifasında, ifa yerine edim olarak borçlu alacaklıya, başkasından olan alacağını temlik edebilir. Bu takdirde ifa yerine temlikten söz edilir²⁷³. Örneğin B, A'ya olan 100.000 TL'lik borcunun ifası olarak Ü'den olan alacağını A'ya devretmeyi teklif eder, A da bu teklifi kabul ederse B'nin Ü'deki alacağı A'ya devredilince B, A'ya olan borcundan kurtulur.

Taraflar ifadan önce borcun konusunu değiştirmişlerse ifa yerine edim değil; borç ilişkisini değiştiren bir sözleşme vardır²⁷⁴. Bu durumda kararlaştırılan yeni edim borcun konusunu oluşturacağından, bunun ifası edimden başka şeyle ifa değildir. Uyuşmazlık halinde her somut olayda borcun konusunun mu değiştirildiği yoksa ifa yerine edimin mi kabul edildiği güven teorisine göre yorumlanır²⁷⁵. Önem taşıyan yön, anlaşmanın ifa sırasında yapılmış olup olmadığıdır. Belirtelim ki şekle bağlı sözleşmelerde borcun konusunun değiştirilmesi aynı şekle uyularak yapılmadıkça geçersiz iken ifa yerine edim böyle bir koşula bağlı değildir²⁷⁶.

Borç ilişkisinde edim belirlenirken borçluya başka bir edimle ifa yetkisi tanınmışsa, bu takdirde de ifa yerine edim değil, edimi değiştirme yetkisi (facultas alternativa) var demektir²⁷⁷. Edimi değiştirme yetkisi, seçimlik borç ile karıştırılmamalıdır (TBK m. 87)²⁷⁸.

²⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 764.

²⁷³ Engin, s. 855.

²⁷⁴ Reisoğlu, s. 297.

²⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 763, Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 292.

²⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 764.

²⁷⁷ Eren, s. 917.

²⁷⁸ "Edimi değiştirme yetkisi (seçimlik yetki, yedek edim yetkisi), borçlunun veya alacaklının, borçlanılan asıl edimin yerine geçmek veya ona karşılık oluşturmak üzere diğer bir edimi ifa veya talep etme yetkisidir. Seçimlik borçtan farklı bir kavramdır. Seçimlik yetkide borcun konusu, hukuki ilişki doğduğu andan itibaren belirlidir, tek asli edimi içerir. Fakat borcun yedek edimle değiştirilerek ifa edilmesi de olasıdır (Örnek için bkz. para borçları, BK m. 99/II). Seçimlik borçta ise sözleşme kurulduğunda, iki ya da daha çok asli edim borcun konusunu oluşturur. Seçim hakkı sahibi edimlerden dilediğini seçip, devamla seçilen edim ifa edildiğinde borç sona erecektir. Seçimlik yetkide, borcun konusu da ifanın konusu da tek asli edim olarak belirlidir. Oysa seçimlik borçta, borcun konusu iki ya da daha fazla edimken, ifanın konusu -çoğu zaman- bunların içinden seçilecek birisidir. Seçimlik borç ve seçimlik

c. İfa uğruna edim

İfa uğruna edimde hukuki durum, ifa yerine edimden farklıdır. İfa uğruna edimde borçlu, alacaklıya paraya çevirip alacağını elde etmesi amacıyla edimden başka bir şey verir²⁷⁹. Şeyin verilmesi ile borç sona ermez; verilen şey paraya çevrildikten ve alacak tahsil edildikten sonra borç son bulur²⁸⁰. Elde edilen para, alacağın tamamını karşılamazsa alacağın karşılandığı oranda borç ifa edilmiş olur. Borçlu aradaki farkı ödemek zorundadır. Paraya çevirme sonucu elde edilen miktar alacaktan fazla ise, alacaklı bu farkı borçluya geri vermekle yükümlüdür²⁸¹.

Öğretideki baskın görüşe göre, taraflar arasındaki anlaşmanın ifa yerine edim mi yoksa ifa uğruna edim mi olduğu konusunda duraksama halinde, sözleşmenin ifa uğruna edim niteliğinde olduğu kabul edilmelidir²⁸². Bir başka görüş ise ifa edilecek borç para borcu değilse, ifa yerine edimin varlığını kabul etmenin doğru olacağını savunmaktadır²⁸³. Buna göre, örneğin X marka otomobili teslim borcu altında olan B, A'ya Y marka otomobil teslim eder ve A da bunu kabul ederse, tarafların Y marka otomobilin paraya çevrilmesini amaçladıklarını düşünmek yerinde değildir. Aksine, açıklık bulunmadıkça tarafların böyle bir durumda ifa yerine edim (datio in solutum) amacı taşıdıklarını kabul etmek durumun özelliğine daha uygundur²⁸⁴.

Görüldüğü gibi ifa yerine edim ve ifa uğruna edim birbirinden tamamen farklı kavramlardır. İfa yerine edimde borç derhal sona erdiği halde, ifa uğruna edimde borcun sona ermesi, verilen şeyin paraya çevrilmesi sonucu alacaklının elde ettiği para ile alacağının karşılandığı oranda gerçekleşir. İfa

yetki, hakkın veya yetkinin kullanılmasının niteliği bakımından da birbirinden ayrılır. Seçimlik borçta seçim hakkının kullanılması, yenilik doğuran irade açıklamasıdır. Seçimlik yetkide yetkinin kullanımı ise yedek edimin fiilen yerine getirilmesi şeklinde olur. Diğer bir deyişle seçimlik yetkide borçlu, tek taraflı irade açıklamasıyla kullanabileceği bir yenilik doğuran hakka sahip değildir" (Şengül, Mehmet, Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı: 3-4, Yıl: 2011; Erişim Adresi: <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011-2.9.pdf>; Erişim Tarihi: 12.04.1013).

²⁷⁹ Eren, s. 918; Tunçomağ, s. 719.

²⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 765.

²⁸¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 292.

²⁸² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 293.

²⁸³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 293.

²⁸⁴ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 95-98.

yerine edim, asıl edimden daha düşük değerde olsa bile alacaklı değer farkını borçludan isteyemez veya ifa yerine edimin değeri asıl edimden fazla ise borçlu aradaki farkın iadesini talep edemez.

2. Yer Bakımından

Gereği gibi ifada göz önüne alınacak bir diğer unsur ifa yeridir. Borçlunun borcunu nerede ifa edeceği, diğer bir deyişle ifa yeri sorunu uygulamada çeşitli açılardan önem taşır.

Edimin niteliği gereği ifa yalnız belirli bir yerde mümkünse, borç ancak orada ifa edilebilecektir. Örneğin belli bir arsa üzerinde inşaat yapma borcu, sadece o arsanın bulunduğu yerde ifa edilebilir²⁸⁵. Böyle bir zorunluluk yoksa ifa yeriyle ilgili taraflar arasında (açık ya da örtülü) anlaşma olup olmadığına veya ifa yerinin kanun tarafından belirlenip belirlenmediğine bakılacaktır.

İfa yeri tarafların anlaşması veya bir kanun hükmü ile belirlenmiş değilse, TBK m. 89'daki yedek hukuk kurallarına göre tespit edilecektir. Hükme göre, para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmelidir (TBK m. 89/b.1). Öğretide para borçları götürülecek borç olarak da anılmaktadır²⁸⁶. Nitekim borçlunun, alacaklının yerleşim yerinde veya ifa yeri olarak belirlenen yerde teslim edeceği (ya da hasar ve masrafı kendisine ait olarak nakledileceği) şeyler, götürülecek borçlardır²⁸⁷.

Borç belirli bir şeyin verilmesine ilişkinse (parça borcu), bu şey sözleşme kurulduğu sırada nerede bulunuyorsa orada teslim edilmelidir (TBK m. 890/b. 2)²⁸⁸. Bunlardan başka her borç, doğumu sırasında borçlunun yerleşim yeri nerede ise orada ifa edilmelidir (TBK m. 89/b. 3)²⁸⁹. Öğretide

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 342.

²⁸⁶ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 44–48.

²⁸⁷ Eren, s. 945; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 809–810.

²⁸⁸ Öğretide, tarafların şeyin borçlunun yerleşim yerinden başka bir yerde bulunduğunu bilmeleri koşuluyla bu esasın uygulanacağı kabul edilmektedir (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 343; Eren, s. 945; Serozan, İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 44).

²⁸⁹ Öğretide, taraflar arasındaki anlaşma ya da işin niteliği başka bir çözümü gerektirmedikçe, yan edim yükümlülüklerinin ifasında ve yedek edimi seçme yetkisi bulunan durumlarda yedek edimin ifasında, ifa yerinin asıl edimin ifa yeri olması gerektiği kabul edilmektedir (Serozan, İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 43; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 344; Eren, s. 941).

borçlunun yerleşim yerinde veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlara aranılacak borçlar da denilmektedir²⁹⁰.

Öğretide bir de gönderilecek borç kavramı kullanılmaktadır²⁹¹. Bunlar ifa yeri bakımından aranılacak borçlar gibidir. Malın bulunduğu yer veya borçlunun yerleşim yeri ifa yeridir. Ancak gönderilecek borçlarda borçlu edimi alacaklı için ayırmakla yetinemez²⁹². Borçlu sözleşme konusu şeyi alacaklıya yollama yan edim yükümünü de üstlenmiştir²⁹³. Kendisi malı götürmek zorunda olmasa bile taşıyıcı aracılığıyla alacaklıya iletmek zorundadır²⁹⁴. Satım sözleşmesiyle ilgili özel düzenleme uyarınca, hasar ve yarar satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer (TBK m. 208/3). Borçlu masrafı ve hasarı alacaklıya ait olmak üzere malı alacaklının göstereceği yere göndermekle yükümlüdür²⁹⁵ (TBK m. 211). Borçlunun borcu, sözleşme konusu şeyi -kendi adamlarıyla göndermiyorsa- taşıyıcıya teslim etmesiyle (örneğin kargo firmasına vermesiyle) sona erer; zira göndermekle kast edilen alıcıya varma değildir. Diğer bir deyişle gönderilecek borçlarda götürülecek borçlardan farklı olarak borçlu malı göndermekle ifa fiilini tamamlamış olur²⁹⁶.

Borçlu, edimini ifa yerinde alacaklıya sunmakla yükümlüdür²⁹⁷. İfa yerinde borca uygun olarak sunulan edimi reddeden alacaklı, temerrüde düşer²⁹⁸. Buna karşılık alacaklı, ifa yerinden başka bir yerde kendisine sunulan edimi kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı edimi reddederse borçlu, borcun ifa edilmemesinin hukuki sonuçlarına katlanır (TBK m. 112 vd.)²⁹⁹.

²⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 808; Tunçomağ, s. 682; Eren, s. 945; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 344.

²⁹¹ Tunçomağ, s. 684.

²⁹² Serozan, İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 46–47.

²⁹³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 345.

²⁹⁴ Eren, s. 946.

²⁹⁵ Serozan, İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 47.

²⁹⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 345.

²⁹⁷ Eren, s. 938; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 807.

²⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 809.

²⁹⁹ Tunçomağ, s. 684.

3. Zaman Bakımından

İfa zamanının anlamı türölüdür. Bazen ifa zamanı, bir borcun ifasının mümkün olabileceği yegâne zaman parçasını ifade eder. Borçlunun ister kusuru bulunsun ister bulunmasın söz konusu zaman kaçırıldığında borcun ifası imkânsızlaşır³⁰⁰.

Bazen de ifa zamanı, tarafların ifa için kesin olarak kararlaştırdıkları zamanı belirtir; bu durumda kesin vade vardır³⁰¹. Belirlenen zaman geçtikten sonra ifa mümkünse de, taraflar ifanın mutlaka kararlaştırılan zamanda yapılmasında anlaşmışlardır. Kesin vadenin önemi borçlunun temerrüdünde borçluya uygun süre (mehil) tanınmaksızın kanunun tanıdığı yetkilerin kullanılabilmesinde görülür³⁰² (TBK m. 124–125).

Borçlar Kanunu kuralı açısından ifa zamanı, alacaklı yönünden ifanın istenebileceği, borçlu yönünden edimin sunulabileceği zamanı ifade eder³⁰³. Alacaklı edimin ifasını hangi andan itibaren isteyebiliyorsa, alacak o andan itibaren muacceldir.

Kural olarak borç doğar doğmaz muaccel olur; borcun ne zaman ifa edileceği belirlenmişse vadeye bağlı borç söz konusudur (TBK m. 90)³⁰⁴. Borç vadeye kadar müecceldir; vadeli bir borcun ifası, vadesi gelene kadar istenemez³⁰⁵.

Genellikle alacağın muaccel olduğu, borcun ifasının istenebildiği, borçlunun ifaya zorlanabildiği zaman ile ifanın alacaklıya sunulabileceği zaman aynıdır³⁰⁶. Bazen alacak muaccel olmadan önce de borcun ifası mümkündür; erken ifa adını alır³⁰⁷. Vadeye bağlı borçta, alacaklı vadeden önce ifayı talep edemezse de kural olarak borçlu, vadeden önce (erken) ifa yetkisine sahiptir (TBK m. 96). Başka deyişle borçlunun vadeden önce borcu

³⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 802–807.

³⁰¹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 54.

³⁰² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 332.

³⁰³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 330–332.

³⁰⁴ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 55.

³⁰⁵ Eren, s. 946–948.

³⁰⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 332; Serozan, İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 56.

³⁰⁷ Tunçomağ, s. 691.

ifa edebilmesi asıldır. Bu kabulün temelinde, vadenin çoğunlukla borçlunun lehine olması yatar. Ne var ki taraflar aksini kararlaştırarak borçlunun vadeden önce ifa yetkisini ortadan kaldırabilirler.

İfanın zamanının gelmesine alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdü, zamanaşımının başlaması gibi önemli sonuçlar bağlanmaktadır³⁰⁸. Ayrıca alacaklı muacceliyetten sonra alacağını dava edebilir³⁰⁹.

4. Kişi Bakımından

Sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilecek haklar borçlar doğurması anlamı taşıyan nisbilik ilkesi anımsatmasıyla, kişi unsurunun önemi belirlenebilecektir. Bu bağlamda gereği gibi ifade aslında en önemli unsur “kişi” unsurudur. Borç ilişkisinin kuruluşundaki kişi unsurları (süjeler), sözleşmenin taraflarını oluşturan alacaklı ve borçlu, ifade da karşımıza çıkmaktadır. Gereği gibi ifade sözü verenin, sözü verdiği kişiye, verdiği şekilde tutması beklenecektir. Sözü veren kişi yerine bir başkasının sözü tutması her zaman gereği gibi ifayı gerçekleştiremeyecektir. Borcun kim veya kimler tarafından ifasının gereği gibi ifa oluşturacağı aşağıda ayrıntılarıyla incelenecektir.

D. AHDE VEFA İLKESİ (SÖZE BAĞLILIK- PACTA SUND SERVANDA)

Sözleşme tarafları, sözleşmeyi ve dolayısıyla yüklendikleri borçları özgür iradeleri ile belirlemektedirler. Bu özgürlük karşısında sözleşme taraflarından beklenen, verdikleri söze uygun davranmaları, yüklendikleri borcu yerine getirmeleridir. Bu aynı zamanda, sözleşme hukukunun Roma Hukukundan günümüze gelen, verilen sözlerin tutulması esasına dayanan temel ilkelerinden, ahde vefadır (pacta sunt servanda, söze bağlılık); sözleşmenin bağlayıcı gücünü oluşturmaktadır³¹⁰.

³⁰⁸ Eren, s. 948; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 61.

³⁰⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 332–333.

³¹⁰ Gürsoy, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 7.

Borçlar Hukukunda irade özgürlüğünün kural, alanı düzenleyen hükümlerin yedek nitelikli olduğunu belirtmiştik. Yedek nitelikli hukuk kuralları ancak sözleşme tarafları bir konuda söz söylememişlerse devreye girerek ilgili konuda uygulanacak kuralları düzenler. O halde taraflar anlaşarak bir konuda söz söylemişlerse, bu söz taraflar arasında kanundan farksızdır³¹¹. Başka deyişle, tarafların özgür iradeleri, onlar bakımından kanun sayılır. Bu husus Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde açıkça düzenlenmiştir³¹². Buna göre, "Kanunen geçerli bir biçimde yapılmış sözleşmeler, onu yapanlar hakkında kanun hükmündedir" ³¹³.

Hukuki güvenlik, ticari ve günlük hayatın devamlılığı, verilen söze bağlı kalmayı gerektirmektedir, zira bir cümle ile verilen sözler ekonomik ve ticari hayatın temelini oluşturmaktadır. Ahde vefa ilkesi bu açıdan dürüstlük kuralı ile de örtüşmektedir³¹⁴.

İfayı etkileyen unsurlarla bağ kurarak ilkeyi analiz: Söze sadakat ilkesinin gereği; söz verilen edimin (konu unsuru, nitelik, nicelik), söz verilen yerde (ifa yeri), söz verilen zamanda (ifa zamanı), sözü veren kişi tarafından (kişi unsuru, borçlu), söz verilen kişiye (kişi unsuru, alacaklı) ifasıyla yerine gelir. Böylelikle gereği gibi ifa gerçekleşir.

O halde ahde vefa ilkesi, çalışma konumuz açısından da önem taşımaktadır. Kişi unsurunu konu başlığımızla birleştirelim; sözün tutulması, sözü veren kişinin tutmasıyla da yakından ilgilidir. Borçlu yerine üçüncü kişinin verilen sözü tutması, borcu ifa etmesi, gereği gibi ifayı oluşturmayacaktır. Bu tür bir davranış, ahde vefa ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı olabilir. Bu durumda ahde vefa ilkesi yumuşatılarak uygulanmalıdır³¹⁵. İlkenin yumuşatılmasının bir boyutunu da

³¹¹ Tezcan, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 6–7.

³¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

³¹³ Tezcan, s. 8.

³¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

³¹⁵ Bu amaçla clausula rebus sic stantibus ilkesine; başka deyişle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesine başvurulmaktadır (Tezcan, s. 19).

üçüncü kişinin ifası oluşturabilecektir. Borçlu dışında bir kişinin ifasının ahde vefa ilkesine aykırı olup olmadığı aşağıda ayrıntıları ile incelenecektir.

II. İFADA BORÇLUNUN ROLÜ

A. GENEL OLARAK

Hayatın olağan akışına uygun olan, verilen sözü, söz veren kişinin tutması, konumuz açısından borcun, borçlu tarafından ifa edilmesidir. Nitekim gereği gibi ifa da böyle sağlanacaktır. Ne var ki borçlar hukuku, irade özgürlüğünün temel ilke olduğu bir alandır. Bu bağlamda akla hemen, borcun borçlu dışında biri tarafından ifa edilip edilemeyeceği sorusu gelecektir. Öyle ya alanı düzenleyen yasadaki hükümler, büyük oranda yedek niteliktedir ve borçlunun yerine getirmesi gereken edimler de çeşitlidir³¹⁶.

İfada kişi unsurunu düzenleyen hükümde, borcun, borçlu dışında biri tarafından ifa edilip edilemeyeceği sorusunun yanıtı (TKB m. 83 ile) verilmiş; madde başlığında, madde metninden daha çarpıcı bir ifade ile ilke açıklanmıştır³¹⁷ *I. Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması*. Tek fıkralık hükme gelince: *“Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”*

Diğer pek çok hüküm gibi yedek nitelikte kural getirilmektedir; maddeye göre, taraflar borcun kim/kimler tarafından ifa edilebileceğini aralarında kararlaştırmışlarsa bu anlaşmaya uyulur. Taraflar bu hususu kararlaştırmamışsa o zaman ilke devreye girer. Kural, borcun borçlu dışındaki kişilerce de ifa edilebilmesidir³¹⁸. O halde TBK m. 83’e göre şahsen ifa istisnadır³¹⁹.

Hükme göre borcun bizzat borçlu tarafından ifasında, alacaklının çıkarı varsa, borçlunun şahsen ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklının çıkarını

³¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 766–767; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 22.

³¹⁷ Benzer ifade için bkz. Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 60.

³¹⁸ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 22; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 265; Eren, s. 924.

³¹⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 265.

tespit edebilmek için edim türüne gitmek, dahası buna odaklanmak kaçınılmazdır. Bu da edim türleri ayrımındaki maddi-şahsi edim; olumlu-olumsuz edim nitelemesini akla getirecektir.

Borcun konusunu oluşturan edimin türünü tespit etmek zaman zaman zor olabilmektedir. Dikkat edilmesi gereken, sözleşmenin hukuki karakterini ortaya koyan asli edimlerin maddi ya da şahsi; olumlu ya da olumsuz olmasıdır³²⁰.

Günümüzde pek çok sözleşmede taraflardan birinin borcu para ödemedir. Bu demektir ki para karakteristik edim değildir. Para karşılığında yerine getirilecek edim, sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen karakteristik edimdir³²¹. Aşağıda edim türlerine göre borçlunun şahsen ifa zorunluluğu bulunup bulunmadığı, başka deyişle üçüncü kişinin borcu ifa edip edemeyeceği ayrıntılı ele alınacaktır.

B. EDİM TÜRLERİ AÇISINDAN İFADA BORÇLUNUN ROLÜ

1. Maddi-Şahsi Edim Ayrımında İfada Borçlunun Rolü

Hız temelli çağımız yaşam ilişkilerinde, günlük yaşamı sürdürmek için yapılan sözleşmelerin büyük kısmında, borçlanılan edimler maddidir³²². Maddi edimlerin, malvarlığından bir şey vermek suretiyle yerine getirildiğini belirtmiştik³²³. Bu tür edimlerde alacaklı için önem taşıyan, edime kavuşmaktır. Edime kavuşturanın pek önemi yoktur. Başka deyişle, “*ifanın gayri şahsiliği ilkesi*” esastır³²⁴.

Şahsi edimler açısından ise durum değişmektedir. Şahsi edimlerin özelliğini kısaca yineleyerek açıklamalarımızı sürdürelim: Borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının çıkarının bulunabileceği edimler, genel olarak şahsi edimlerdir. Şahsi edimlerde, edimin yerine getirilmesinde borçlunun kişisel özellikleri, yetenekleri, güvenilirliği ve becerileri ağırlık

³²⁰ Eren, s. 101; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 33.

³²¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 266; Eren, s. 101.

³²² Eren, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 35.

³²³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 266; Tunçomağ, s. 48; Eren, s. 106. BİRİNCİ BÖLÜM, II. B. KONU (EDİM) 3. Edim Türleri b. Maddi-şahsi edim başlığı altında ayrıntılı açıklanmıştır.

³²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 767; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 266; Feyzioğlu, s. 84 vd., Eren, s. 925; Tunçomağ, s. 725.

taşımaktadır³²⁵. Öyle ki borçlunun değişmesi, edimin içeriğinin değişmesine neden olur (si duo faciunt idem, non est idem: iki kimse aynı şeyi yaparlarsa aynı şey değildir)³²⁶. Ne var ki şahsi edimlerin borçlunun kişiliğine bağlılığı, hepsinde aynı yoğunlukta değildir³²⁷. Kimi şahsi edimler ikame kişiler veya ifa yardımcıları tarafından da yerine getirilebilirken, kimileri borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır.

Şahsi edimlerin kişiye sıkı sıkıya bağlılığını gündeme getiren objektif ya da sübjektif ölçütler olabilir. Buna göre bazen borçlunun edim ortaya çıkarmadaki yetkinliği, bazen de kişisel özellikleri önem taşır. Örneğin bir tablonun ünlü bir ressama yaptırılmasında kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim vardır. Çünkü edim, borçlunun kişiliğinin yansıması olarak ortaya çıkacaktır. Keza bir davanın, o alanda çok başarılı bir avukat tarafından yürütülmesinin istenmesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim vardır ve burada, borçlunun kişiliği objektif ölçüte göre önem taşımaktadır.

Bazen de borçlunun kişiliği alacaklı için sübjektif nedenlerle önem taşıyabilir. Bir kimsenin o alanda başarılı olmadığını bile bile, sırf aradaki yakınlık ve güven dolayısıyla birisiyle sözleşme yapması da edimin şahsi niteliğini ortaya koyar. Söz gelimi avukat A ile yakın arkadaş olan B, bir davasının takibi için avukata vekalet vermeyi düşünmektedir. A, çevresinde başarısız, hatta güvenilmez bir avukat olarak tanınmaktadır. B, başkaları bakımından ne kadar güvenilmez olursa olsun, kendisine asla yanlış davranışta bulunmayan A'yla vekalet sözleşmesi yapabilecektir. Kuşkusuz bu durum objektif ölçütlerden bağımsız tamamen sübjektif ölçütle edimi şahsi kılar.

2. Olumlu-Olumsuz Edim Ayrımında İfade Borçlunun Rolü

Olumlu edimlerin, verme ve yapma edimleri olduğunu belirtmiştik³²⁸. Verme edimleri genel olarak maddi edimler içerdiğinden, borçlu dışında bir

³²⁵ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 23; Eren, s. 926.

³²⁶ von Tuhr, s. 45–47; Tunçomağ, s. 49.

³²⁷ Eren, s. 926; Aydıncık, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları - Nama İfa (Özellikle TBK m.113/ I Kapsamında), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 13–20.

³²⁸ BİRİNCİ BÖLÜM, II. B. KONU (EDİM) 3. Edim Türleri a. Olumlu-olumsuz edim başlığı altında incelenmiştir.

üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilirler³²⁹. Verme edimlerinden özellikle para edimlerinde üçüncü kişinin ifası sıkça karşımıza çıkabilecektir. Örneğin bir satış sözleşmesinde, satış bedelini ödeme borcunu alıcının veya bir üçüncü kişinin yerine getirmesi satıcı açısından fark yaratmaz.

Yapma borçlarında, borçlunun bilgi, deneyim ve kişiliği önemli rol oynadığından kural olarak, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati vardır; bunlar aynı zamanda şahsi edimler içerirler³³⁰. Türk Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesinde (TBK m. 395), eser sözleşmesinde (TBK m. 471/3) ve vekalet sözleşmesinde (TBK m. 506) borçlu tarafından ifa zorunluluğu kuralı getirmiştir.

Yapma borçlarında da bazen borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmayabilir³³¹. Borçlunun şahsının önem taşımadığı yapma borçları böyledir. TBK m. 471/3'te, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, yüklenicinin üstlendiği şeyi başkasına da yaptırabileceği hüküm altına alınmıştır. Borçlunun böyle bir yapma borcunun ifasını yardımcı kişiye bırakması mümkün olabilir³³². Bu konuda da yine borç ilişkisinin niteliğine bakılacaktır³³³. Örneğin elbise dikme borcu yüklenen terzi, kendi yerine başkasını geçiremez; fakat ölçü alma, teyelleme gibi konularda çırak kullanabilir. Edimin niteliği, yardımcı kişi kullanılmasına uygundur. Buna karşılık terzi sözleşmede, diyeceği elbisenin her işini bizzat yapmayı taahhüt etmişse yardımcı da kullanamaz. İfa yardımcısı kullanılıp kullanılamayacağı, her borç ilişkisinde ayrı ayrı incelenmelidir. Borçlu ister borcun ifasını üçüncü kişiye bıraksın isterse kendi yaptığı ifada üçüncü kişiyi yardımcı olarak kullansın, borcun gereği gibi ifasından sorumludur (TBK m. 116)³³⁴.

³²⁹ Gautschi, G., Berner Commentar, Band VI, Das Obligationenrecht, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 2. Auflage Bern 1960, Art. 398, N. 40; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 267.

³³⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 267.

³³¹ Eren, s. 105–106.

³³² Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 23–24; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 266.

³³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 769.

³³⁴ İfa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğa ilişkin bilgi için bkz. von Tuhr, s. 47–49; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 483 vd.

Yapmama eylemleri kural olarak birinin yerine gerçekleştirilememekle birlikte, kaçınma ve katlanma borçları arasında fark olduğunu belirtmek gerekir. Sınırlı aynı haklarda eşyaya bağlı irtifak örneğinde, katlanma yükümlüsü, şeyin malikidir ve değişebilir³³⁵. Öte yandan kaçınmada çıkar, sözü verenin kaçınılacak davranışlarda bulunmamasındadır. Bu da başkasına aktarılamaz³³⁶.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASI

A. GENEL OLARAK

Bireysellik bencilliğin karıştırıldığı, her koyun kendi bacağından asılır sözünün yaygın bakışı anlattığı yeni zaman ilişkilerinde, üçüncü kişinin ifası sözü ilk bakışta anlaşılabilir gelecektir. Anlam taşıyacağı yerde de hiç kimsenin, nedensiz olarak bir başkasının borcunu ifa etmeyeceği vakasıyla karşılaşılacaktır. Çalışmamızın bu kısmında, borç ilişkisinde üçüncü kişi kavramı, üçüncü kişinin ifasının nedeni, hükmü ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASININ ÖZELLİKLERİ (HÜKMÜ-ETKİSİ)

Üçüncü kişi, borç ilişkisinde taraflar dışında kalan; borç ilişkisine yabancı olan kişiyi anlatmaktadır³³⁷. Hiç kimsenin nedensiz olarak bir başkasının borcunu ifa etmeyeceği düşüncesine uygun olarak, üçüncü kişinin ifasının temel nedeni yine kendi çıkarı olacaktır. Buna göre üçüncü kişi çoğu zaman, borçluya karşı giriştiği bir taahhüt sonucu onun borcunu alacaklıya ifa edecek; böylece kendi taahhüdünü yerine getirmiş olacaktır³³⁸. Üçüncü kişinin taahhüdü; vekalet veya hizmet sözleşmesine, borçtan kurtarma vaadine ya da başka bir hukuki ilişkiye dayanabilir³³⁹.

Üçüncü kişi, şahsen ilgisi dolayısıyla, borçluya karşı bir taahhüdü olmasa da alacaklıya ifade bulunabilecektir³⁴⁰. Müteselsil borçlulardan birinin

³³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 770; Eren, s. 103; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 7.

³³⁶ Eren, s. 103; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 7.

³³⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 24.

³³⁸ Eren, s. 928; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 25.

³³⁹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 25.

³⁴⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 268–269; Eren, s. 928; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 25.

ya da kefilin borcu ifa etmesinde durum böyledir³⁴¹. Bu olasılıklar dışında üçüncü kişinin, ifası ya borçluyu borçtan kurtararak bağışta bulunma amacına dayanır ya da vekâletsiz iş görme oluşturur³⁴².

Tıpkı borçlunun ifasında olduğu gibi, hukuki işlem niteliğindeki ifa eylemlerinde, borçlunun edimini yerine getiren üçüncü kişinin de ifa kastıyla hareket etmesi gerekir³⁴³. Bu kastın varlığı, bir edimi yerine getiren kişinin yanılıp kendisini borçlu zannederek mi, alacaklıya bir bağışlamada bulunmak için mi yoksa başkasının borcunu ifa için mi bu davranışta bulunduğunu ayırma olanağı tanır³⁴⁴.

Üçüncü kişinin ifası, borçlunun bilgi ve onayı içinde olabileceği gibi borçlunun bilgi ve onayı bulunmaksızın da gerçekleşebilir. İlk olasılıkta bir sorun yoktur. İkinci olasılıkta çeşitli sorunlar doğabilecektir.

Alacaklı, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında özel bir çıkarı varsa üçüncü kişinin ifasına karşı çıkabilir³⁴⁵. Borçlusu dışında (borç ilişkisine yabancı) bir kişiyi, borcu ifa eden olarak karşında görmek istemediğinden ifayı reddedemez³⁴⁶. Borçlunun borcundan kurtulmaya ilişkin çıkarı, alacaklının borçlunun yerinde başkasını görmeme şeklindeki çıkarına (isteğine) üstündür.

Öte yandan borçlu da değişik nedenlerle üçüncü kişinin ifasına karşı çıkabilir³⁴⁷. Örneğin borçlu başkası tarafından borcundan kurtarılmayı, onurunu zedeleyen bir durum olarak görebilir ya da borcu ifa ettikten sonra kendisine halefiyet aracılığıyla dönebilecek birini karşısında görmek istemiyor olabilir³⁴⁸. Ancak borçlunun bu tür kişisel kaygılarla üçüncü kişinin ifasına

³⁴¹ Müteselsil borçlu ve kefilin durumunun özelliği, bir sonraki başlıkta açıklanacaktır.

³⁴² Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 25; Oğuzman/Öz, s. 276.

³⁴³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 273.

³⁴⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 273; Eren, s. 930; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 26.

³⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 769; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27.

³⁴⁶ Eren, s. 929; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27.

³⁴⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 25; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 269; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 769.

³⁴⁸ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 769, Eren, s. 930.

karşı çıkmasına izin verilmez. Karşılıklı çıkarlar düşünüldüğünde, alacaklının edime kavuşmadaki çıkarı üstün tutulacaktır³⁴⁹. Üçüncü kişinin ifası ile borçluya isteği dışında bir karşılıksız kazandırmanın dayatıldığı da söylenemez. Üçüncü kişi bağışlama ya da ibra amacı taşıyor olsa da hem bağışlama hem ibra karşı tarafın kabulünü başka deyişle karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarını gerektiren sözleşmeler olarak düzenlenmiştir³⁵⁰. Ayrıca üçüncü kişi halefiyet yoluyla; halefiyet söz konusu değilse sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeye dayanarak borçluya başvurabilecektir³⁵¹.

C. MÜTESELSİL BORÇLU ve KEFİLİN DURUMU

Üçüncü kişiler, taraf dışında kalan kişiler olarak belirlenebileceği gibi, borç ilişkisinin tarafı olmayan kişiler olarak da belirlenebilecektir³⁵². Bu bağlamda kefil veya müteselsil borçlunun, borç ilişkisine yabancı üçüncü kişiler olup olmadığı sorusu akla gelecektir. Sorunun yanıtını verme öncesi, kısaca müteselsil borçlu ve kefil kavramlarını açıklamak yarar sağlayacaktır.

Kefil, kefalet sözleşmesiyle asıl borçlunun borcunu ifa edememesi riskini üstlenir³⁵³. Kefalet sözleşmesi, kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında yapılır; bu kişiler arasında hukuki ilişki doğar³⁵⁴. Kefilin, kefalet sözleşmesi ile asıl borcun alacaklısına karşı taahhüt ettiği edimin konusu paradır; yoksa asıl borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim değildir³⁵⁵. Oysa üçüncü kişinin ifası denildiğinde akla borç ilişkisine yabancı bir kişinin, borçlunun edimini yerine getirmesi gelecektir. Dolayısıyla kefilin ifasına tam anlamıyla üçüncü kişinin ifası demek mümkün değildir. Üçüncü kişinin ifasına benzeyen

³⁴⁹ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27.

³⁵⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 276.

³⁵¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 276. Bu konu ile ilgili bkz. Yargıtay 11. HD. 31.03.1983, 1378/1589. Erişim adresi: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; Erişim Tarihi: 05.05.2013.

³⁵² Eren, s. 926.

³⁵³ Gümüş, M. Alper, 6098 sayılı YENİ Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 2, (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), 2012, s. 283 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 600 vd.; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 417-418.

³⁵⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 693-694.

³⁵⁵ Tandoğan, s. 699.

yönü, halefiyetin doğmasını sağlamasıdır. Ayrıca alacaklı, kefilin ifasını kabul etmezse kefalet sona erer³⁵⁶.

Müteselsil borçlulukta ise durum kefaletten farklıdır. Müteselsil borçta, alacaklı, birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebilir ve borcun tamamı ifa edilene kadar tüm borçlular sorumludur³⁵⁷. Müteselsil borcun hukuki niteliğini açıklayan iki görüş vardır. Bir görüşe göre müteselsil borç, birden çok borçlusu bulunan tek bir borçtan ibarettir. Bu görüş “borcun konusunda birlik, hukuki bağlarda çokluk” ilkesine dayanmaktadır³⁵⁸.

Öğretide baskın, Kanunda da kabul edilen görüş ise borcun çokluğu görüşüdür. Buna göre, müteselsil borçlulukta alacaklının hakkı, birden çok borçluya karşı tek bir alacaktan ibaret olmayıp, borçluların her birine karşı ayrı ayrı yönelen, birden çok alacaktan oluşur³⁵⁹. Alacaklı, borçluların her birinden borcun tamamının ifasını isteyebilir ve her bir borç ilişkisi birbirinden bağımsızdır. Birden çok borç olsa da bunlardan birinin ifası ile -ifası oranında- diğerlerinin borcu da sona erer³⁶⁰. Konumuzla bağ kurarak şunu söyleyebiliriz: Müteselsil borçlunun ifasına, tam anlamıyla üçüncü kişinin ifası demek doğru değildir.

Özetle, müteselsil borçlu, kendisi de aynı edimin borçlusudur; kendi edimini ifa etmekte; yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Kefil ise kendi bağımsız borcunu ifa etmekte; bununla borçlunun sorumluluğunun gereğini yerine getirmektedir. Asıl borcun konusunun para olması da bu sonucu değiştirmemektedir.

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASINDA ALACAKLININ HUKUKİ DURUMU

Yukarıdaki açıklamalarla, üçüncü kişinin ifasının geçerli olabileceğini saptadık. Bu demektir ki alacaklı, üçüncü kişinin gereği gibi ifasını kabul etmek zorundadır. Üçüncü kişinin ifası ile borç sona erecektir. Üçüncü kişinin

³⁵⁶ Gümü, s. 285.

³⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altı, s. 285; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 439.

³⁵⁸ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 439–440.

³⁵⁹ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 1034.

³⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altı, s. 286; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 453.

yer, zaman konu unsurlar bakımından usulüne uygun ifa önerisini kabul etmeyen alacaklı, borçlunun ifasını kabul etmemiş gibi olur³⁶¹. Kabul etmemede haklı bir nedeni bulunmadığı takdirde, borçluya karşı alacaklı temerrüdüne düşer³⁶².

Alacaklı temerrüdünü kısaca anımsayalım (TBK m. 106–111): Borçlunun, edimini gereği gibi yerine getirebilmesi genellikle alacaklının ifayı kabul etmesine veya ifa fiiline katılmasına bağlıdır³⁶³. Alacaklının sunulan edimi kabul etmesi veya borçlanılan edimin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yapması, ifanın koşuludur. Alacaklı, kendisine gereği gibi sunulan ifayı kabulden veya tam ve doğru ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınırsa, borçlu ifada bulunamaz³⁶⁴.

Alacaklı temerrüdünde de ifanın tamamlanıp sonuçlandırılmasında gecikme söz konusudur. Özellik, gecikmeye borçlunun değil alacaklının sebep olmasındadır. Yedek nitelikteki alacaklı temerrüdü hükümleri, borçlandığı edimi ifaya hazır ve istekli borçluyu, alacaklıya karşı korumaya yönelmiştir³⁶⁵.

Konumuz bağlamında, alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi için öncelikle borcun üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilir olması gerekir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı şahsi edimler üçüncü kişi tarafından ifa edilemeyeceğinden üçüncü kişinin ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşmez³⁶⁶. Üçüncü kişi, borçlanılan edimi ifa amacıyla, borç ilişkisine uygun ve gereği gibi sunmuş, böylelikle ifaya hazır ve istekli olduğunu göstermiş bulunmalıdır.

³⁶¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27–28. Alacaklı temerrüdünde, ifada bulunmak isteyen üçüncü kişinin, borçluya ait hakları kendiliğinden kullanabileceği de öğretide savunulmaktadır, (bkz. Eren, s. 929).

³⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 373 vd; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 142 vd.; Reisoğlu, s. 334.

³⁶³ Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 756. Oğuzman/Öz'e göre, alacaklı temerrüdü ancak ifanın alacaklı tarafından kabulünün mümkün ve zorunlu olduğu hallerde söz konusu olur. İfanın kabulünün zorunlu olması ifanın alacaklının katılmasıyla tamamlanması anlamına gelir. Alacaklının katılması gerekmeyen edimleri, borçlu tek başına ifa edebilir. Bu borçlarda alacaklının temerrüdü de söz konusu olmaz (Cilt I, s. 373).

³⁶⁴ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 142; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 374.

³⁶⁵ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 142; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 374.

³⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 838.

Üçüncü kişinin ifasındaki özelliklerle bağ kurmada, alacaklı temerrüdü koşullarını kısaca anmakta yarar bulunmaktadır: Alacaklı temerrüdünden söz edebilmek için borçlunun ifa teklifini kural olarak fiilen yapması gerekir³⁶⁷. Buna göre ifanın gerçekleşmesi için borçlu tarafından yapılması gereken her şey yapılmalı, alacaklıya sadece ifayı kabul kalmalıdır³⁶⁸. Bazı istisnai hallerde ifanın sözle sunulması da yeterlidir³⁶⁹. İfanın sözle sunulması borçlu, yetkili temsilcisi veya halefiyet hakkına sahip üçüncü kişi tarafından yapılabilir. Halefiyet hakkına sahip olmayan üçüncü kişi ifayı sözle sunamaz³⁷⁰.

Alacaklı temerrüdünün koşullarından birisi, alacaklının ifayı kabulden kaçınmasını haklı gösterecek objektif neden bulunmamasıdır³⁷¹. Borçlunun rızası varsa, üçüncü kişinin gereği gibi ifasının reddedilmesi şüphesiz alacaklı temerrüdüne yol açar. Öte yandan borçlunun rıza göstermemesi dolayısıyla, üçüncü kişinin ifasını reddeden alacaklının, temerrüde düşmeyeceği öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir³⁷². Böylece Alman Medeni Kanunundaki esas benimsenmiş olmaktadır³⁷³. Borçlunun rıza göstermemesinin haklı nedene dayanması veya dayanmaması konusunda ise bir ayrıma gidilmemiştir.

Bu konuda bir noktaya dikkat edilmelidir. Üçüncü kişinin, borcun ifasında doğrudan doğruya menfaatinin mevcut olması veya kendisinin de müteselsil borçlu ya da kefil sıfatıyla borçtan sorumlu olması durumunda ifayı reddeden alacaklı açısından olumsuz sonuçlar doğabilir³⁷⁴. Örneğin ifayı kabul etmeyen alacaklı, ifa teklifinde bulunan müteselsil borçluya karşı alacaklı temerrüdüne düşer; borcu ifa etmek isteyen kefil kefaletten kurtulur, taşınmazını başkasının borcu için rehnetmiş olan malik alacaklı temerrüdüne

³⁶⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 143.

³⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 839; Reisoğlu, s. 335.

³⁶⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 375.

³⁷⁰ Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979, s. 50.

³⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 841 vd.; Tunçomağ, s. 762; İnan, s. 462; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 377; Reisoğlu, s. 336.

³⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 769; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 27; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275.

³⁷³ Alman Medeni Kanunu (BGB § 267), üçüncü kişinin ifasının borçlunun rızasına bağlı olmadığını ifade etmiştir (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275).

³⁷⁴ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 28; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275.

ilişkin tevdi hükmünden yararlanır³⁷⁵. Buna karşılık üçüncü kişi, borçluya bağışta bulunmak amacıyla veya vekâletsiz işgörmeye borcu ifa etmek istediğinde borçlu karşı çıkarsa, alacaklı ifayı kabul etmeyebilir; alacaklı temerrüdüne de düşmez³⁷⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki, borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkmış, buna rağmen alacaklı ifayı kabul etmişse alacaklıya yapılan ifa borçluyu borçtan kurtarır³⁷⁷. Bu sonuç kimseye rızası dışında bağışlamada bulunulamayacağı kuralı ile çelişmez³⁷⁸. Çünkü bu davranışıyla borçlunun borcunu sona erdiren üçüncü kişi, borçluyla arasında bunu gerektiren bir hukuki ilişki yoksa, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz iş görmeden doğan bir alacak hakkı kazanır³⁷⁹. Borçlu da eski borcundan kurtulmakla birlikte bu borç altına girmiş olur. Eğer borcun ifası, borçlunun çıkarına uygunsa ve mevcut bir yasaklamasına da aykırı değilse, vekâletsiz iş görme hükümleri; aksi takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır³⁸⁰. Eğer halefiyet şartları gerçekleşmişse vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine gitmeye gerek kalmaz³⁸¹.

E. HALEFİYET

1. Genel Olarak

Kural, üçüncü kişinin ifasının borcu sona erdirmesidir³⁸². Fakat kanunun öngördüğü bazı durumlarda üçüncü kişinin ifası, alacaklıyı tatmin etse de borcu sona erdirmez³⁸³. Bu hallerde borçlunun sorumluluğu devam eder; alacak hakkı ise kanun gereği borcu ifa eden üçüncü kişiye geçer³⁸⁴. Alacak hakkının ifa eden üçüncü kişiye geçmesine halefiyet denilmektedir³⁸⁵.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 375; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme s. 149.

³⁷⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 274.

³⁷⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275.

³⁷⁸ Eren, s. 930; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 269.

³⁷⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 274; Eren, s. 930.

³⁸⁰ Eren, s. 930.

³⁸¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275.

³⁸² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 275; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 24.

³⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 208; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 3; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 28.

³⁸⁴ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 93.

³⁸⁵ Eren, s. 931; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 3; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 28; Feyzioğlu, s. 92; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 277.

Diğer bir deyişle halefiyet, üçüncü kişinin, borçlunun edimini alacaklıya ifa ederek, alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun yerine geçmesi, borç ilişkisinden doğan asli ve ferî haklarına halef olmasıdır³⁸⁶. Serozan'ın deyimiyle *“halefiyet hukuki bir büyü; sözleşmesiz, otomatik bir alacak devridir. Özdeşliğini ve sürekliliğini koruyan hukuki ilişkide sadece hukuki özne değişir ve üçüncü kişi hukuki bir büyüyle alacaklının derisinin altına girer”*³⁸⁷.

2. Halefiyet Halleri

Üçüncü kişinin borçlu yerine ifada bulunduğu her olayda, alacaklıyla arasında halefiyet ilişkisi doğmaz. Halefiyet ilişkisi istisnai bir durumdur; ya borçlunun tek taraflı irade açıklamasına ya da kanun hükmüne dayanır³⁸⁸. O halde halefiyet, akdi (sözleşmesel) ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Borçlar Hukuku'nda sadece kanuni halefiyet hali tanımlanmıştır. TBK m. 127'ye göre:

“Alacaklıya ifada bulunan kişi aşağıdaki hallerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:

- 1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet hakkı veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde.*
- 2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.*

Diğer halefiyet hallerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

Hükümde borçtan bizzat sorumlu olmadığı halde, borcu ödeyen üçüncü kişiye iki durumda halefiyet tanınmaktadır:

³⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 208–209; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 3; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 277; Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 10. Bu özellikleri nedeniyle halefiyet istisnai bir nitelik taşır.

³⁸⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 28.

³⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 210; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 278; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 5.

Birincisi, üçüncü kişinin borcu ödeyerek bu borç için rehin vermesi ve üzerinde aynı hakkı bulunan bir malı rehinden kurtarması halidir³⁸⁹. Burada üçüncü kişi borçtan şahsen sorumlu değildir. Ancak borç ödenmezse üzerinde aynı hak sahibi olduğu rehin konusu malın satılıp paraya çevrilmesine engel olmak için borcu ödemek istemesinde kendisinin çıkarı vardır. Borcu ödeyen kişinin rehinden kurtardığı mal üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olması koşul değildir; başka bir aynı hakkı -örneğin bir intifa veya rehin hakkı sahibi olması- da halefiyeti sağlamak için yeterlidir³⁹⁰.

Hükümde rehin konusu hakkında açıklık yoktur. Öğretide bendin rehinden kurtarılan malın hem taşınır hem taşınmaz olması durumunda uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır³⁹¹. Baskın görüş halefiyet hükmünün rehinden kurtarılan malın taşınmaz olması halinde de uygulanabileceği yönündedir³⁹². Görüş uyarınca hüküm, aynı hak sahibinin borcu ödemesinin sonucunu düzenlemektedir, rehin konusunun taşınır-taşınmaz olması noktasında fark gözetilmemiştir.

Azınlıktaki aksi görüş ise rehinden kurtarılan mal taşınmaz ise MK m. 884'ün uygulanacağını kabul eder³⁹³. Görüş uyarınca anılan hükümle borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikine, borcu ödeme konusunda kanun tarafından bir hak tanınmıştır, fakat mülkiyet dışında bir aynı hakka sahip olanlara veya taşınırlarda aynı hak sahibi olanlara böyle bir hak tanınmamıştır. Dolayısıyla TBK m. 127 gereği rehinden kurtarılan mal taşınmaz olamaz.

Kanımızca MK m. 884 hükmü, sadece rehinli taşınmazın malikine malını rehinden kurtarma olanağını tanıyan özel hükümdür. Genel nitelikteki TBK m. 127'de düzenlenen hakta sınırlama yapma amacı gütmemektedir.

³⁸⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, rehinden yararlanan alacaklının malı icra yolu ile sattırarak alacağını elde etmesi halinde de bu malı rehnemiş üçüncü kişinin TBK m. 127'deki halefiyetten yararlanacağını kabul etmiştir (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 279, dipnot 53'ten naklen).

³⁹⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 279; Eren, s. 933.

³⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 210; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 280.

³⁹² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 280; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 210.

³⁹³ von Tuhr/Escher, § 59, III, I, s. 29, §92, III, s. 327 (Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 280, dipnot 56'dan naklen).

Genel hükmün koruma alanı daha geniştir, sınırlı ayni hak sahipleri halefiyet olanağı dışında tutulmamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 127’de halefiyetin tanındığı ikinci durum, üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağının, borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi halidir. Burada halefiyet borçlunun irade açıklamasına dayanmakla birlikte, niteliği itibarıyla kanuni halefiyettir³⁹⁴. Hükme göre, alacaklı ile borcu ödeyen üçüncü kişinin anlaşmaları yetmez; ayrıca borçlunun alacaklıya beyanda bulunması gerekir. Bu beyan şekle tabi değildir; bir davranışla da yapılabilir³⁹⁵. Borçlu bu beyanı üçüncü kişinin ifasından önce veya en geç ifa sırasında yapmış olmalıdır; aksi halde üçüncü kişinin ifasıyla borç sona erer. Bundan sonra yapılacak beyan, sona ermiş alacağı canlandırıp üçüncü kişiye geçmesini sağlayamaz³⁹⁶.

Halefiyet kurumu TBK m. 127’de düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunda başkaca hükümlerde örneğin müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa etmesinde (m. 85), bölünemeyen borcun birden çok borçlulardan biri tarafından ifasında (m. 168/1), asıl borcun kefil tarafından ifasında (m. 596) da halefiyetten söz edilmektedir. Hükümlerle kanun koyucu, borcu ödeyen müteselsil borçlunun diğerlerine veya bölünemeyen borcu ifa edenin diğer borçlulara, kefilin de asıl borçluya rücu hakkını teminat altına almayı amaçlamış, bu kişilerin alacaklıya halef olmasını kabul etmiştir³⁹⁷. Bu durumlarda aslında teknik anlamda halefiyet yoktur. Yollama uyarınca halefiyet hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Nitekim yukarıda müteselsil borçlunun, kefilin üçüncü kişi olmadığını, dolayısıyla ifalarının üçüncü kişinin ifası hükümlerini doğurmayacağını belirtmiştir³⁹⁸.

³⁹⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 280; Kılıçoğlu, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 210; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 29; Eren, s. 932.

³⁹⁵ Eren, s. 932; Kılıçoğlu, s. 64.

³⁹⁶ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 64; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altóp s. 211; Eren, s. 934.

³⁹⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 278; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 212. Ayrıca burada halefiyetten söz edilerek, ifa edilen alacağa ait teminatların, müteselsil borçlu veya kefilin rücu hakkı için de teminat oluşturması amaçlanmıştır, (Eren, s. 934).

³⁹⁸ İKİNCİ BÖLÜM, III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASI, C. MÜTESELSİL BORÇLU ve KEFİLİN DURUMU başlığı altında ayrıntılarıyla incelenmiştir.

3. Halefîyetin Hükümü (Etkisi)

Halefîyette, üçüncü kişinin ifa ettiği asıl alacak, alacağa bağlı (ferî) haklar ve alacaklının şahsına bağlı olmayan öncelik hakları kanun gereği üçüncü kişiye geçer³⁹⁹. Alacakla birlikte geçen bağlı haklar çerçevesinde alacağı teminat altına alan haklar ve alacağa bağlı yenilik doğuran haklar yer alır. Öncelik hakları ise alacağa ait ayrıcalıklardır (İc.İf. K. m. 206)⁴⁰⁰. Borçlu da önceki alacaklıya karşı ileri sürebileceği defileri yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir⁴⁰¹.

Halefîyet hallerinden ilkinde, eski kanunda açıklık olmadığından, başkasının borcu için malını rehmeden üçüncü kişinin, malı rehinden kurtarmak amacıyla borcu ödemesi durumunda, borç için kurulmuş kefaletten yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıydı. Bazı yazarlar kefaletin sona ereceğini kabul etmekteydi⁴⁰². Bazıları ise kefalet rehinden sonra verilmişse, malını rehinden kurtaran üçüncü kişinin kefaletten yararlanamayacağını fakat kefalet önce verilmişse malını rehinden kurtaran üçüncü kişinin kefaletten yararlanabileceğini kabul etmekteydi⁴⁰³. Mehaz Kanunda 1942 yılında yürürlüğe giren değişiklikle, yararlanmanın yalnız rehinden önce kurulan kefalette söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır (İsviçre Borçlar Kanunu m. 507/4)⁴⁰⁴. Yeni Borçlar Kanunumuz da konuyu düzenlemiş, tartışmayı sona erdirmiştir. Madde 596/4 uyarınca: “... borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir.”

Halefîyet, üçüncü kişi alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde meydana gelir. Alacaklının kabulüyle kısmi ifada bulunan üçüncü kişi, alacağın ifa ettiği

³⁹⁹ Kılıçoğlu, Halefîyet, s. 32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 215; Eren, s. 931.

⁴⁰⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 281; Eren, s. 931.

⁴⁰¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 281.

⁴⁰² Kılıçoğlu, Halefîyet, s. 108; Bilge, Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı: 1–4, Cilt: 11, Yıl: 1954, s. 288. Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-1954-cilt-11-sayi-1-4/>; Erişim Tarihi: 12.05.2013.

⁴⁰³ von Tuhr, s. 488–491; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 281; Eren, s. 934; Reisoğlu, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 266-267.

⁴⁰⁴ Kılıçoğlu, Halefîyet, s.108–110.

kısmını devralacak; bağlı haklar da kendisine bu oranda geçecektir⁴⁰⁵. Bu durumda, “*eski alacaklı zararına halefiyet olmaz*” ilkesi uyarınca, eski alacaklının yeni alacaklı üçüncü kişiye karşı önceliği korunacaktır⁴⁰⁶.

Halefiyet, üçüncü kişiye, borçluya karşı vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir rücu hakkına dayanmaktan daha avantajlı bir durum sağlar⁴⁰⁷. Halefiyete dayanan üçüncü kişi, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme koşullarını ispat zorunda değildir; sadece alacaklıya borcu ödediğini ve halefiyet hali bulunduğunu ispat etmekle yetinecektir⁴⁰⁸.

4. Halefiyetin Benzer Kurumlardan Farkları

Alacaklının yerine alacak hakkına sahip olma anlamındaki halefiyet ile MK m. 599’da düzenlenen, bir malvarlığının hak ve borçları ile geçişini ifade eden külli halefiyet birbirinden farklıdır. TBK m. 127’deki halefiyette geniş anlamda borç ilişkisinden doğan alacak hakkı üçüncü kişiye geçer, fakat borç ilişkisi tarafları arasında devam eder⁴⁰⁹. Örneğin satış sözleşmesinden doğan satıcının satış bedeli alacağının halefiyet yolu ile bir üçüncü kişiye geçmesi halinde de satıcı satım ilişkisinin tarafı olarak kalır, satılanı teslim ve mülkiyeti nakil borcu ona aittir.

Kanunda öngörülen halefiyet halleri dışında, üçüncü kişinin alacaklının yerini alıp, alacak hakkını elde etmesi, alacağın temliki (devri) ile mümkündür⁴¹⁰. Alacağın devri, üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan yazılı sözleşme ile alacağı üçüncü kişiye geçirir (TBK m. 184/1). Böylece alacak, alacaklı ile üçüncü kişinin anlaşması sonucu üçüncü kişiye geçer. Oysa halefiyette, alacaklı ile üçüncü kişinin anlaşmalarına gerek yoktur. Onlar üçüncü kişinin ifasının halefiyet sonucunu doğuracağını düşünmüş olmasa,

⁴⁰⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 281.

⁴⁰⁶ Kılıçoğlu, s. 94–96; Bilge, Halefiyet, s. 288.

⁴⁰⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme, s. 25.

⁴⁰⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 281.

⁴⁰⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 277. Diğer deyişle bu anlamda halefiyet, dar anlamda borç ilişkisinin alacaklı tarafını değiştirir. Bu borcun kaynaklandığı geniş anlamda borç ilişkisinin (örnek olarak sözleşmenin) taraflarını değiştirmez. (Buna karşılık miras hukukundaki külli halefiyet ölümle sona ermeyen sözleşmeler bakımından sözleşme ilişkisinin taraflarını değiştirir.)

⁴¹⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 277; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 20.

hatta bu sonucu bilmese de alacak kanunen üçüncü kişiye geçer⁴¹¹. Nitekim üçüncü kişinin halefiyet yoluyla alacağa sahip olması ile alacağın devri yoluyla alacağı edinmesinin sonuçları da farklıdır⁴¹².

IV. BAZI ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASI

A. GENEL OLARAK

Borç ilişkisinde kişi unsuru hakkında genel düzenlemenin TBK m. 83'te yapıldığını, kanun koyucunun bu hükümde borcun bizzat borçlu tarafından ifasını bir kural değil, istisna olarak düzenlediğini belirtmişti⁴¹³. Borcun üçüncü kişilerce de ifa edilebileceği kuralının (TBK m. 83) istisnaları bazı özel borç ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu, borcun herkes (hem borçlu hem borçlu dışındaki kişileri anlatmada herkes sözü kullanılabilecektir) tarafından ifa edilebileceği konusundaki genel kurala, şahsi edimler içeren borç ilişkilerinde; özellikle iş görme borcu doğuran sözleşmelerde istisnalar koymuştur. İş görme sözleşmelerinde, taraflardan birinin edimini -karakteristik edimi- bir insan faaliyeti, bir iş görme teşkil etmektedir⁴¹⁴. Borçlunun kişiliğine göre niteliği değişen bir borç ve taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisi söz konusudur⁴¹⁵. Bu yüzden iş görme sözleşmeleri, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu, diğer deyişle bizzat ifa kuralının getirildiği sözleşmelerdir⁴¹⁶.

Çalışmamızın bu aşamasında, iş görme borcu doğuran sözleşmelerden eser, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin ifasında kişi unsuru

⁴¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 242.

⁴¹² Konumuz dışında kaldığı için daha fazla değinilmeyecek olan alacağın devri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 30 vd.

⁴¹³ İKİNCİ BÖLÜM, II. İFADA BORÇLUNUN ROLÜ, A. GENEL OLARAK başlığı altında detaylı olarak incelenmiştir.

⁴¹⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt I/1 (Tandoğan, Cilt I/1 olarak anılacaktır), Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 4; Yavuz/Acar/Özen, s. 7; Aydıncık, s. 14–15.

⁴¹⁵ von Tuhr (Edege), s. 514; Kılıçoğlu, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1975-32-01-04/AUHF-1975-32-01-04-Kilicoglu.pdf>, Erişim Tarihi: 08.05.2013.

⁴¹⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 7

inceleneyecektir. Açıklamalarımızda eser, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde, yüklenicinin, vekilin, işçinin işi kendisinin yapma yükümlülüğü kuralını “bizzat yapma” olarak adlandıracağız. Vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 506’nın üst başlığında “Şahsen İfa” kavramı yer alırken, eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 471’de benzer bir kavram kullanılmamış sadece madde metninde “doğrudan doğruya kendisi yapmak” sözleri kullanılmıştır. Hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 395’in madde başlığında da “bizzat çalışma borcu” sözleri bulunmaktadır. Eser, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde karakteristik edim alacaklıları iş sahibinin, vekalet verenin, işverenin ortak çıkarı ve ilke, borcu borçlunun yerine getirmesiyle gerçekleşecektir. Bu saptama uyarınca, anılan maddelerde aynı ifadelerin kullanılması hem kavram yaratma hem kavram birliği oluşturmada yerinde olurdu.

B. ESER SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU

1. Genel Olarak Eser Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 470’e göre, “ *Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

Hükümden anlaşılacağı üzere eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir⁴¹⁷. Eser sözleşmesi alacaklının edime ilişkin çıkarının gerçekleştiği zaman bakımından ise ani edimli bir sözleşmedir⁴¹⁸. Sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. Yüklenici eser meydana

⁴¹⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 435; Tandoğan, Cilt II, s.1; Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt. 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 1977, s. 949 vd; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 453; Gümüş, Cilt: 2, s. 1-8; Aral/Ayrancı, s. 313-314; Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, İstanbul, 2013, s. 27; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalân, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, 2012; s. 655; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2012, s. 158; Kurt, Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 44-45; Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 4-6; Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte), Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 2 vd.

⁴¹⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 439-440; Tandoğan, Cilt II, s. 1; Gümüş, s. 2; Büyükay, s. 37-42; Kurt, s. 46-56.

getirmeyi taahhüt eder; başka deyişle eser sözleşmesinde sonuç garantisi vardır⁴¹⁹. İş sahibi ise meydana getirilen eser karşılığında ücret öder.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin asli borcu ücret ödemek, yüklenicinin asli borcu ise eser meydana getirmektir. Bunun yanı sıra iş sahibinin malzemeyi sağlama, tamir edilecek şeyin kendisince bilinen ve yüklenicinin gözüne çarpmayacak tehlikeli veya işi etkileyecek diğer niteliklerinden yükleniciyi haberdar etme gibi bazı borçları, teknik anlamda borç olmayan eseri muayene ve ayıp mevcut ise ihbar etme külfeti bulunmaktadır⁴²⁰. Yüklenicinin de ayıba karşı tekeffül, işi sadakat ve özenle yapma, işe zamanında başlama ve devam etme, şahsen ifa gibi birtakım borçları bulunmaktadır⁴²¹. Aşağıda çalışmamız açısından önem taşıyan yüklenicinin işi bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu ile bunun istisnaları, yüklenicinin sorumluluğu incelenecektir.

2. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Bizzat Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu ve Sorumluluğu

Eser sözleşmesinde önemli olan iş görme faaliyeti sonucu ortaya çıkan, objektif olarak gözlemlenebilen sonuçtur⁴²². Bu aynı zamanda eser sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden, özellikle genel işgörme sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek vekâlet sözleşmesinden ayıran önemli noktadır. Alacaklının edime ilişkin çıkarı, ancak borcun borçlu tarafından ifası ile sağlanabilecektir. Bu bağlamda eser sözleşmesinin konusu, sözleşmenin süjesi olan borçlu ile yakından ilişkilidir. Kanun koyucu da bu yakın ilişkiyi göz önünde tutarak eser sözleşmesinde bizzat ifa kuralı getirmiştir.

⁴¹⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 435; Tandoğan, Cilt II, s. 22; Zevkliler/Gökyayla, s. 454; Gümüş, s. 3; Öz, s. 5.

⁴²⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 464 vd; Tandoğan, s. 233 vd.; Tunçomağ, Cilt 2, s. 1055 vd; Büyükay, s. 106–110, 151.

⁴²¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 442 vd; Tandoğan, Cilt II, s. 48 vd; Tunçomağ, Cilt 2, s. 991 vd; Gümüş, s. 10 vd; Büyükay, s. 67 vd.

⁴²² Yavuz/Acar/Özen, s. 436; Gümüş, s. 3–4; Büyükay, s. 28; Kılıçoğlu, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 32, Yıl: 1975, Erişim Adresi: <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/9721/>, Erişim Tarihi: 12.05.2013.

a. Bizzat ifa borcu

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin eser meydana getirme borcunun ifasında ilke, TBK m. 471/3 hükmüyle getirilmiştir. Buna göre:

“Yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa işi başkasına da yaptırabilir.”

Hüküm, eski Kanundaki m. 356/2’nin sadeleştirilmiş halidir. Hem eski hem yeni hükmün ilk tümcesinde, yüklenicinin eseri bizzat yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırma yükümlülüğü; ikinci tümcesinde ise işin niteliği gereği, kişisel özelliklerin önemi yoksa bir başkasına yaptırma olanağının bulunduğu kabul edilmektedir⁴²³. Öğretide çoğunluk, yüklenicinin borcunun kişisel niteliğinin karine olarak kabul edildiği görüşünü savunmaktadır⁴²⁴.

İfade kişi unsurunu düzenleyen genel hükümle (TBK m. 83), yüklenicinin eseri bizzat yapma borcunu düzenleyen maddenin ilk tümcesini (TBK m. 471) karşılaştırarak şunu söyleyebiliriz: Eser sözleşmesi özel hüküm, borcun herkes tarafından ifa edilebileceği genel kuralının istisnasıdır. Öte yandan 471. maddenin ikinci tümcesi ile getirilen, işin niteliği gereği kişisel özelliklerin önemli olmadığı durumlarda eserin başkası tarafından da meydana getirilebilmesi (eser sözleşmesi için istisna) hükmü ise m. 83 genel kuralına dönüşür.

Yüklenicinin eseri bizzat yapmak zorunda olduğu hallerde, eser özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alır ve yerine başkası

⁴²³ TBK m. 471/2 hükmü, hukuki niteliği itibarıyla emredici bir hüküm değildir. Dolayısıyla taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilirler.

⁴²⁴ Tandoğan, s. 33; Akgün, Zerrin, İstisna Akdi, Adalet Dergisi, 1953, Sayı 9 s. 963; Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 187. Aksi görüşü savunan yazarlardan biri Gautschi’dir. Bu yazara göre, BK m. 356/2 (TBK m. 471/2), BK m. 67’deki (TBK 83) genel kuraldan ayrılan değil, onu tekrarlayan bir hükümdür. İstisna sözleşmesinde de kural olarak iş başkasına yaptırılabilir; bizzat ifa yükümlülüğü istisnadır. İş sahibi, yüklenicinin işi bizzat yapmasından çok şahsen sorumlu tutulmasına önem verir. (Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Bd. VI, A, Abt. 3. Teilband, Das Werkvertrag, Vorbem. zu Art. 363–379, Bern, 1967, Art. 364, Nr. 8 a), Kılıçoğlu, s. 187’den naklen.

konulamaz⁴²⁵. Bu bağlamda iş sahibinin edime ilişkin çıkarı da ancak edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi ile sağlanabilir. Ancak yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmekle yükümlü olması, onun yardımcı kişi kullanmasına her zaman engel değildir⁴²⁶. Örneğin bir terzinin (yüklenici) bir elbiseyi dikerken (eser meydana getirirken) teyel alma, ütöleme gibi bazı işlerde yardımcı kişi kullanması mümkündür. Bu işlerde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımaz, deyim yerinde ise “ustalığın konuşturulması” gerekmez; işi terzi de yapsa yardımcı kişi de yapsa aynı sonuç meydana gelecektir⁴²⁷.

Bazen işin doğası, eserin meydana getirilmesinde işin bir bölümünün bir başkasına yaptırılmasını zorunlu kılabilir⁴²⁸. Örneğin inşaat yapmayı borçlanan yüklenicinin, inşaatın yapılması ile ilgili tüm işleri tek başına yapamayacağı açıktır. İş sahibinin yükleniciden inşaatın her şeyini bizzat yapmasını istemesi eşyanın tabiatına aykırıdır. Kaldı ki kaba inşaatın yapılması, su, elektrik, doğalgaz tesisatlarının döşenmesi, kapı ve pencerelerin montajı, banyo ve mutfak dolaplarının yapılması gibi işler ayrı kişisel bilgi ve beceriyi, ustalığı gerektirir. Burada yüklenici en son noktada eserin sözleşmede kararlaştırılan şekilde teslim edilmesini taahhüt eder; yoksa eseri baştan sona bizzat yapmayı değil⁴²⁹.

İşte eserin meydana getirilmesinde başka kişilere işin bir bölümünün paylaştırılması zorunluluğu, ifa yardımcısı kavramından farklı olarak alt

⁴²⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 444; Tandoğan, Cilt II, s. 70–71; Zevkliler/Gökyayla, s. 497–499; Kılıçoğlu, s. 189; Gümüş, s. 10–11; Aral/Ayrancı, s. 323–324; Büyükay, s. 74; Kurt, s. 57; Yücesoy, Ebru, Eser Sözleşmesinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Sorumlulukları, TC: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 18; Yakuppur, Sendi, Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Aykırılıkları, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 22; Dayınlarlı, s. 42. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİGŞ) 17. maddesi yüklenicinin iş başında bulunması zorunluluğunu öngörmekte ve 46. maddesi işin kısmen başkasına devri için bile idarenin yazılı iznini şart koşturmaktadır.

⁴²⁶ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 188; Yavuz/Acar/Özen, s. 446–448; Tandoğan, Cilt II, s. 74; Büyükay, s. 74–77; Zevkliler/Gökyayla, s. 498.

⁴²⁷ Ancak iş sahibi, tüm işleri yüklenicinin (örneğin terzinin) yapmasını istemiş ve yüklenici de bunu kabul etmişse ifa yardımcısı kullanılamaz. Eserin meydana getirilmesindeki bütün işleri yüklenici bizzat yapmak zorundadır. Aslolan sözleşmedeki taraf iradeleridir; sözleşme özgürlüğüdür.

⁴²⁸ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 189; Tandoğan, Cilt II, s. 76; Yavuz/Acar/Özen, s. 449.

⁴²⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 76; Yavuz/Acar/Özen, s.449; Büyükay, s.77; Kurt, 57–60; Yücesoy, s. 26.

yüklenici kavramını ortaya çıkarır⁴³⁰. Başka deyişle yüklenici, eserin yaratılması konusunda bilgi sahibi değilse, yardımcı kullanmaya veya şartları varsa işin yapılmasını alt yüklenicilere devretmeye yetkilidir ve bazen bu yola başvurmayla mecburdur⁴³¹.

Yüklenicinin tüzel kişi olması durumunda ise daima bizzat yapma değil yetkili organların veya gerçek kişilerin, tüzel kişinin yönetimi altında iş görme faaliyetini gerçekleştirmesi söz konusudur⁴³².

Aşağıda öncelikle bizzat ifa kapsamına giren kendi yönetimi altında yaptırma borcu daha sonra da yüklenicinin bizzat ifa borcunun istisnaları olan eserin yapımının alt yüklenicilere devri, eser sözleşmesinin devri incelenecektir.

b. Kendi yönetimi altında yaptırma borcu

i. Eseri kendi yönetimi altında yaptırmanın anlamı

Yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcu, içinde olumlu ve olumsuz iki anlam barındırmaktadır. Birincisi yüklenicinin bizzat ifa borcunun aksine, eserin yapımında yardımcı kişiler kullanabilmesi şeklindeki olumlu anlamıdır. İkincisi ise yüklenicinin eserin yapımını alt yüklenicilere devredememesi şeklindeki olumsuz anlamıdır⁴³³.

Yüklenicinin bizzat ifasının gerekmediği borçlarda ifa yardımcısı kullanması mümkündür⁴³⁴. Bu halde yardımcı kişiye başvurmak, bizzat ifa borcunun ihlâli sayılamaz. Fakat yüklenicinin kişisel özellikleri önemliyse ve yardımcı kişi kullanması bizzat yapılacak esere oranla daha düşük nitelikte

⁴³⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 76; Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Kılıçoğlu, s. 194; Büyükay, s. 78; Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 23–24; Akkanat, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, TC. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s. 1; Erişen, Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, TC. Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s.3.

⁴³¹ Tandoğan, Cilt II, s. 77; Yavuz/Acar/Özen, s. 450; Büyükay, s. 78; Oser-Schönberger, Art. 364, Nr. 3 (Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 189'dan naklen).

⁴³² Yavuz/Acar/Özen, s. 446.

⁴³³ Gautschi, Art. 364, Nr. 11, a, b (Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 189'dan naklen).

⁴³⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 446–447; Tandoğan, Cilt II, s. 74; Büyükay, s. 77; Kılıçoğlu s. 189.

bir eser ortaya çıkmasına neden olacaksa, yardımcı kişi kullanılamaz⁴³⁵. Örneğin, ressam sipariş edilen tablonun yapımında yardımcı kişi kullanamaz.

Yüklenici, ancak kendi gözetim ve denetimi altında olmak koşuluyla ve eserin niteliğine etki etmeyecekse, yardımcı kişi kullanabilir⁴³⁶. İşte bu durumda, yüklenici açısından “kendi yönetimi altında yaptırma borcu” ortaya çıkar⁴³⁷. Bu yüklenicinin özen borcunun bir görünümüdür ve bizzat ifa borcunun da bir parçasını oluşturur⁴³⁸. Yüklenicinin doğru kişileri yardımcı olarak seçmesi ve kendi yönetimi altında işi yardımcılarını aracılığıyla ifa etmesi de bir anlamda bizzat ifadır⁴³⁹.

ii. Eseri kendi yönetimi altında yaptırmanın kapsamı

Yüklenicinin yönetimi altında bulunan kişiler yardımcı kişilerdir⁴⁴⁰. Burada yardımcı kişilerle alt yüklenicileri birbirinden ayırmak gerekir. Alt yükleniciler, yüklenicinin yönetimi altında değildir⁴⁴¹. Yüklenici, yardımcı kişileri işi yaparken devamlı gözetim ve denetim altında bulundurmakla yükümlüdür⁴⁴². Ayrıca, yardımcı kişiler işe başlarken, yüklenici onlara işi nasıl yapacakları konusunda talimat verir⁴⁴³.

Eseri kendi yönetimi altında yaptırma yükümlülüğü işin iyi bir şekilde organize edilmesi, eserin yapımı sırasındaki gerekli bütün önlemlerin

⁴³⁵ Tandoğan, Cilt II, s. 74; Yavuz/Acar/Özen, s. 447; Gümüş, s. 10–11; Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, (Tandoğan, Mesuliyet), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 443.

⁴³⁶ Gümüş, s. 11; Yavuz/Acar/Özen, s. 448.

⁴³⁷ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 189.

⁴³⁸ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 190; Tandoğan, s. 51; Yavuz/Acar/Özen, s. 441–442; Gümüş, s. 43; Akkurt, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2008 (Basım Yılı:2010), s. 41; Erişim Adresi:<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf>, Erişim Tarihi: 12.05.2013.

⁴³⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 448; Gümüş, s. 11.

⁴⁴⁰ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 190; Tandoğan, s. 74.

⁴⁴¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Tandoğan, s. 77–78; Yalçınduran, s. 24; Gautschi, Art. 364, Nr. 11 b (Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191'den naklen).

⁴⁴² Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191; Tandoğan, s. 74–76; Tandoğan, Mesuliyet, s.435–440.

⁴⁴³ BGE 20 IV 250–51 (Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s.190, dipnot 19'dan naklen); Yavuz, Nihat, Yeni ve Eski TBK'ye Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Adalet Yayınları, s. 73–76 (Yavuz, Eser ve Hizmet Sözleşmeleri olarak anılacaktır). İş sahibinin yardımcı kişiyi seçme, emir ve talimat verme yükümlülüğüne ilişkin karar örnekleri için bkz. Yargıtay 15. HD 21.1.1993; 6085/145; Yargıtay 15. HD 06.03.2003, 524/1113; Yargıtay 15. HD 20.03.2003, 5236/1444; Yargıtay 15. HD 21.02.1991, 3092/812; Yargıtay 15. HD 14.02.1983, 166/248; Yargıtay 15. HD 26.04.1983, 3394/2123; Yargıtay 15. HD 11.09.1990, 3532/33259.

alınması, yardımcı kişilerin kişisel becerilerine uygun işlere yerleştirilmesini de kapsar⁴⁴⁴. Bu konular aynı zamanda yüklenicinin özen borcunun da gereğidir⁴⁴⁵.

c. Eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlali ve sorumluluk

Yüklenicinin, eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlalinden doğan sorumluluğunu (TBK m. 471/2), yardımcı kişilerin sebep oldukları zarardan doğan sorumluluktan (TBK m. 116) ayırmak gerekir⁴⁴⁶. Eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlal edilmesinden doğan sorumluluk, yüklenicinin kendi fiil ve kusuruna dayanan, doğrudan sorumluluktur⁴⁴⁷. Oysa yüklenicinin, yardımcı kişilerin sebep oldukları zararlardan sorumluluğu, dolayısıyla bir sorumluluktur⁴⁴⁸.

Yüklenicinin, eseri bizzat yapması gerekirken yardımcı kişi kullanması, bizzat ifa borcunun ihlalidir ve TBK m. 471/3'e göre sorumluluğunu gerektirir. Eserin yapımında yardımcı kişi kullanma olanağı varsa, bu durumda yüklenicinin yardımcı kişileri yönetimi altında bulundurma borcu doğar.⁴⁴⁹ Bu borcunu ihlal etmesi sonucu iş sahibi bir zarara uğrarsa, bunu da TBK m. 471/3 gereği tazmin etmek zorundadır. Bu borcun ihlali de eser sözleşmesinden doğan bir borcun ihlalidir. İş sahibinin bu ihlal sonucu zarara uğradığını ispat etmesi yeterlidir. Yüklenici ise zararın oluşmasında kusursuz olduğunu ispat etmelidir⁴⁵⁰. Yardımcı kişileri yönetimi altında bulundurma borcunun ihlali TBK m. 49 gereği bir haksız fiil de teşkil edebilir. Bu halde, eser sözleşmesi ile haksız fiilden doğan sorumluluklar yarışmaktadır⁴⁵¹.

⁴⁴⁴ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191; Tandoğan, s. 75.

⁴⁴⁵ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191; Tandoğan, s. 75; Gümüş, s. 11.

⁴⁴⁶ Tunçomağ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 512; Tandoğan, Mesuliyet, s. 438; Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191.

⁴⁴⁷ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191.

⁴⁴⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s. 436–438.

⁴⁴⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s. 439.

⁴⁵⁰ Gautschi, Art. 364, Nr. 13 a (Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191, dipnot 21'den naklen).

⁴⁵¹ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 191.

d. Yardımcı kişiler dolayısıyla sorumluluk

Yüklenicinin, yardımcı kişilerin verdikleri zarardan sorumluluğunun, eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlalinden doğan sorumluluktan farklı olduğunu yukarıda belirtmiştik.

Yüklenici, yönetimi altında işi yaptırma borcunu ihlal etmese de yardımcı kişilerin işi yaparken, iş sahibine verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilir⁴⁵². Yüklenici, gerek yardımcı kişilerin seçiminde gerek onlara nezaret etmede kusuru olmadığını ispat etse de sorumluluktan kurtulamaz. Bu sorumluluk TBK m. 116'ya dayanır⁴⁵³.

Yüklenicinin yardımcı kişi kullanması sözleşmeye aykırıysa (örneğin, sözleşmenin niteliği gereği yardımcı kişi kullanmak mümkün değilse veya taraflar sözleşmede yardımcı kişiye başvurulamayacağını kararlaştırmışlarsa) buna rağmen yardımcı kişi kullanan yüklenici borca aykırılık nedeniyle TBK m. 471/3 hükmü gereği sorumlu tutulur⁴⁵⁴. Hakkı olmaksızın yardımcı kişiye başvuran ve borcu ifa ettiren yükleniciyi TBK m. 116'ya göre sorumlu tutmaya gerek yoktur.

Yüklenicinin, yardımcı kişinin iş sahibine verdiği zarardan sorumluluğunda kusur aranmaz⁴⁵⁵. Sorumluluk için eserin yapımı sırasında yardımcı kişiye başvurulması ve yardımcı kişinin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir⁴⁵⁶. Örneğin tamirat işiyle uğraşan bir çırağın, musluğun tamiri sırasında mutfak tezgahını kırması halinde, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Fakat yüklenicinin haberi olmadan eserin yapılmasına katılan bir yardımcının fiilinden veya eserin yapılması ile ilgili olmayan fiillerden doğan zarardan yükleniciyi TBK m. 471/3 veya m. 116 gereği sorumlu tutmak mümkün değildir. Yardımcı kişinin fiili aynı zamanda

⁴⁵² Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 192; Tandoğan, Mesuliyet, s. 439–440.

⁴⁵³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 483–496.

⁴⁵⁴ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 192.

⁴⁵⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s. 439; Tandoğan, Cilt II, s. 76.

⁴⁵⁶ Tandoğan, Cilt II, s. 76.

bir haksız fiil teşkil ediyorsa, iş sahibi, yüklenici yanında yardımcı kişiyi de sorumlu tutabilir⁴⁵⁷.

Yüklenicinin iş sahibi ile yapacağı anlaşmayla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun sınırlandırması, TBK m. 116/2'deki koşullara bağlıdır⁴⁵⁸. Bundan başka gerek iş sahibinin gerek üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin etmek zorunda kalan yüklenici, kusurlu yardımcı kişiye rücu edebilir. Bu halde yardımcı kişinin kusuru önem taşır⁴⁵⁹.

3. Yüklenicinin Bizzat İfa Borcunun İstisnaları ve Sorumluluğu

a. Eserin yapımının alt yüklenicilere devri

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmasının istisnası, edimin niteliğine göre yüklenicinin kişisel özelliğinin önemli olmadığı durumlardır⁴⁶⁰. Vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde, işin niteliği gereği başkasına yaptırma yetkisinin yanında, başka hallerde de bu olanak vardır. Örneğin vekâlet sözleşmesinde, vekâlet verenin rızasıyla veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil işi bir başkasına yaptırabilir⁴⁶¹. Kanunda eser sözleşmesiyle ilgili olarak sadece işin niteliğinden doğan bir devir yetkisi tanınmıştır; oysa burada da vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin rızasıyla işi başkasına yaptırma olanağı kabul edilmelidir⁴⁶².

Yüklenicinin eserin yapılmasını kendilerine bıraktığı alt yüklenicileri yardımcı kişilerden ayırmak gerekir. Alt yükleniciler bağımsız hareket ederler⁴⁶³. Öğretide bunlara “taşeron (ikame edilen şahıs)” denilerek yardımcılardan ayırmaya çalışılmaktadır⁴⁶⁴. Yardımcı kişiler yüklenicinin

⁴⁵⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 445–447. Fakat yardımcı kişilerin mali güçleri genellikle zayıf olduğundan, bu kişiler yerine yükleniciyi sorumlu tutmak iş sahibinin çıkarına daha uygundur.

⁴⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 495; Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 193.

⁴⁵⁹ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 193; Oğuzman/Öz, s. 493–494.

⁴⁶⁰ Tandoğan, s.77–78; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 994; Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 194; Gümüş, s. 12–14.

⁴⁶¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 547–548; Gümüş, s. 141–143.

⁴⁶² Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 196.

⁴⁶³ Akkanat, s. 6; Yalçınduran, s. 50.

⁴⁶⁴ Akkanat, s. 8.

gözetim ve denetimi altında bulundukları halde, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında böyle bir altlık-üstlük ilişkisi yoktur⁴⁶⁵.

Yüklenicinin alt yükleniciye devir yetkisi, sözleşmenin niteliğinden doğabilir ya da iş sahibinin rızasına dayanabilir.

i. İşin niteliğinden doğan devir yetkisi

Eser sözleşmesinin niteliğine dayanan alt yükleniciye devir yetkisi, belirli koşulların varlığına dayanan objektif devir yetkisidir⁴⁶⁶. Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa veya işin paylaştırılması gerekiyorsa eserin tamamının ya da bir kısmının yapılması, alt yükleniciye verilebilir.

Örneğin bir inşaatın yapılmasında, elektrik, su, doğalgaz, kalorifer tesisatlarının döşenmesi, kapı ve pencerelerin montajı, banyo ve mutfak dolaplarının yapılması gibi işlerin ayrı bilgi, beceri ve ustalığı gerektirdiğini, bu nedenle işin bir bölümünün paylaştırılması zorunluluğunun ortaya çıktığını belirtmiştik. Ayrıca hayatın olağan akışında çoğu kez, iş sahibi kimin neyi yürüteceği ile de ilgilenmez. Dolayısıyla böyle eser sözleşmelerinde işin yapılması alt yükleniciye bırakılabilir. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin büyük önem taşıdığı eser sözleşmelerinde ise işin alt yüklenicilere yaptırılmasına sözleşmenin niteliği uygun değildir⁴⁶⁷.

ii. İş sahibinin rızasına dayanan devir yetkisi

Kanunumuzda işin alt yüklenicilere yaptırılması sadece, işin niteliğine göre kişisel özelliklerin önemli olmadığı haller olarak belirlenmiştir. Öğretide hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de iş sahibinin rızasıyla, işi bir başkasına yaptırma olanağının varlığı kabul edilmektedir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Akkanat, s. 71; Tandoğan, s. 77.

⁴⁶⁶ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s.195.

⁴⁶⁷ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 196.

⁴⁶⁸ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 196.

Eser sözleşmesinde işin bizzat yüklenici tarafından ifa edilmesi kuralı, iş sahibinin çıkarıyla ilgilidir⁴⁶⁹. Bu nedenle onun rızasının varlığıyla, eserin yapımının bir alt yükleniciye devri mümkün olmalıdır. İş sahibinin rızasına dayanan işin devri yetkisi, sübjektif bir devir yetkisidir⁴⁷⁰.

b. Asıl yüklenicinin alt yükleniciler dolayısıyla sorumluluğu

Asıl yüklenicinin eseri yapma işini bıraktığı alt yükleniciler dolayısıyla sorumluluğunu ikili bir ayırımla incelemek gerekir:

Yetkisi olmadan eserin yapılmasını alt yükleniciye bırakan asıl yüklenici, sözleşmeye aykırı davranmıştır. Bu durum TBK m. 471/3'e göre sorumluluğunu gerektirir⁴⁷¹.

Yüklenicinin eserin yapımını bir alt yükleniciye bırakmaya yetkili olduğu hallerde, TBK m. 471/3 gereği alt yükleniciyi seçme ve talimat vermede özenli davranması gerekir⁴⁷². Bir noktaya dikkat edilmelidir. İşin doğası gereği, alt yükleniciye devredilen iş asıl yüklenicinin uzmanlık alanında olmadığından, işin yapılması sırasında asıl yüklenicinin alt yükleniciye nezaret etmesi beklenemez⁴⁷³.

c. Eser Sözleşmesinin Devri

Yüklenicinin eser sözleşmesiyle üstlendiği işi, iş sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakması, eseri alt yüklenicilere yaptırmaktan farklıdır ve burada TBK m. 471/3'ün ikinci tümcesi uygulanmaz⁴⁷⁴. Yüklenici işi, iş sahibi adına ve hesabına devrederse, asıl istisna sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur; TBK m. 46–47 uygulama alanı bulur⁴⁷⁵. Böylece öğretide genellikle kabul edilen görüşe göre, iş sahibi ancak icazet verdiği takdirde

⁴⁶⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Tandoğan, Cilt II, s. 79.

⁴⁷⁰ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 196.

⁴⁷¹ Kılıçoğlu, Şahsen İfa, s. 197.

⁴⁷² Yalçınduran, s. 74–75.

⁴⁷³ Tandoğan, Mesuliyet, s. 448.

⁴⁷⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Akkanat, s. 10; Yalçınduran, s. 35; Tandoğan, Cilt II, s. 95.

⁴⁷⁵ Tandoğan, Cilt II, s. 95; Yalçınduran, s. 35.

yüklenicinin onun adına ve hesabına yaptığı eser sözleşmesinin alacaklısı ve borçlusu durumuna girer⁴⁷⁶.

C. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU

1. Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi TBK m. 502’de tanımlanmıştır. Hükme göre:

“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

Vekâlete ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır.”

Vekâlet sözleşmesi ile vekil, vekâlet verenin çıkarına ve iradesine uygun sonuca yönelen bir iş görmeyi zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu üstlenir⁴⁷⁷. Vekâlet sözleşmesi, iş görme borcu doğuran rızai bir sözleşmedir⁴⁷⁸. Vekil belirli bir sonuca ulaşmak için iş görür; ancak gerekli özeni göstermesine rağmen istenen sonuca ulaşamama tehlikesine katlanmaz. Başka bir deyişle vekâlet sözleşmesinde sonuç garantisi yoktur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Tandoğan, Cilt II, s. 95; Akkanat, s. 11; Yalçınduran, s. 35.

⁴⁷⁷ Tandoğan, Cilt II, s. 355; Yavuz/Acar/Özen, s. 521; Akıncı, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, Sayram Yayınları, 2006, s. 1–3; Aral/Ayrancı, s. 387; Gümüş, s. 115–116; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 387; Zevkililer/Gökyayla, s. 589; Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 67; Yalçınduran Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 33; Özkaya, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2005, s. 18; Sarı, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 5.

⁴⁷⁸ Tandoğan, Cilt II, s. 355–356; Yavuz/Acar/Özen, s. 521; Akıncı, s. 3; Gümüş, s. 117–119; Zevkililer/Gökyayla, s. 591.

⁴⁷⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 363; Yavuz/Acar/Özen, s. 526; Gümüş, s. 124; Gümüş, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, (Gümüş, Özen Borcu olarak anılacaktır), Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 26; Kürşat, Zekerîya, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı: 1–2, Yıl: 2009, Erişim Adresi: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecnua/article/view/9563/8866>; Erişim Tarihi: 05.05.2013.

Vekâlet sözleşmesinin varlığı için zorunlu bazı unsurlar yanında, ücret gibi zorunlu olmayan unsurlar da vardır. Vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurları; vekilin müvekkile karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin kanunda düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmaması, iş görmenin vekâlet verenin çıkarına ve iradesine uygun olarak yapılması, iş görmede zaman kaydına bağlı olunmaması ve tarafların anlaşmasıdır⁴⁸⁰.

Ücret ödeme borcu, vekâlet sözleşmesinin zorunlu kanuni unsuru değildir⁴⁸¹. Sözleşme veya teamül varsa vekâlet verenin ücret ödeme borcu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla vekâlet sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁴⁸². Vekâlet verenin ücret ödeme borcu altında olduğu durumlarda, vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmelidir⁴⁸³.

Öğretide vekilin, vekâlet verene karşı nisbi bağımsızlığının bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Nisbi bağımsızlık, vekâlet verenin çıkarı doğrultusunda bir sonuca varmak için iş gören vekilin, belli ölçüde karar verme zorunluluğunun sonucudur⁴⁸⁵. Özel uzmanlığı gerektiren işlerde bağımsızlık genellikle daha geniş ölçüde olacaktır. Vekilin bağımsızlığının tamamen ortadan kalktığı ve emeğini iş sahibinin emrine tahsis ettiği durumlarda vekâlet sözleşmesi değil hizmet sözleşmesinin varlığı gündeme gelir⁴⁸⁶.

Vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenin borçları; vekilin yaptığı masrafları ve verdiği avansları ödemek, vekili kendi adına ve vekâlet veren hesabına girdiği borçlardan kurtarmak, vekilin vekâleti ifa dolayısıyla uğradığı

⁴⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 527; Tandoğan, Cilt II, s. 356–364; Gümüş, s. 117–121; Gümüş, Özen Borcu, s. 27 vd.

⁴⁸¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 528, Tandoğan, Cilt II, s. 364; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s. 387.

⁴⁸² Yavuz/Acar/Özen, s. 528; Tandoğan, Cilt II, s.365.

⁴⁸³ Yavuz/Acar/Özen, s. 531; Tandoğan, Cilt II, s. 374.

⁴⁸⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 531; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Öğreti Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, 2. Cilt, Ankara, Beta Yayınları, 2002, s. 980.

⁴⁸⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 531; Tandoğan, Cilt II, s. 375; Gümüş, s. 119.

⁴⁸⁶ Tandoğan, Cilt II, s. 375.

zararları tazmin etmek ve vekile sözleşmede kararlaştırılmışsa veya teamül gerektiriyorsa ücret ödemektir⁴⁸⁷.

Vekilin borçları ise vekâlet çerçevesinde iş görme, sadakat ve özellikle sır saklama, hesap verme, vekâlet ilişkisi dolayısıyla aldıklarını verme, işi özenle yapma, işi bizzat yapma borçlarıdır⁴⁸⁸. Çalışmamız açısından önem taşıyan husus, vekilin işi bizzat yapma borcudur ve aşağıda ayrıntısı ile açıklanacaktır. Öncelikle vekilin işi bizzat yapma borcu ile bağlantılı olan vekilin işi özenle yapma borcunu açıklamak yarar sağlayacaktır.

2. Vekilin İş Özenle Yapma Borcu

a. Vekâlet sözleşmesinde özen kavramı

Özen kavramı hukukumuzda sık kullanılmasına rağmen kanunda tanımlanmamıştır⁴⁸⁹. Özen borcu, vekilin vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi, vekâlet verenin yararına sonuç doğuracak şekilde ifa etmesi ve vekâlet verenin zararına yol açabilecek her türlü davranıştan kaçınmasıdır⁴⁹⁰. Öğretideki bir görüşe göre, vekilin özen borcu, belirli bir sonuca ulaşmak için aklın ve iradenin kullanılmasıdır⁴⁹¹.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu, başarılı sonuca ulaşma (sonuç garantisi) olarak değil; vekilin başarılı sonuca ulaşmak için her türlü çabayı göstermesi ve istenilen sonuca ulaşmayı engelleyecek davranışlardan

⁴⁸⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 559 vd.

⁴⁸⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 542 vd.

⁴⁸⁹ Yalçınduran, s.175; Başpınar, s. 122–123; Gümüş, Özen, s. 46.

⁴⁹⁰ Akipek, Şebnem; Alt Vekâlet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 55; Başpınar, s. 153; Karahasan, s. 1001; Tandoğan, Cilt II, s. 409; Yavuz/Acar/Özen, s. 545; Zevkliler/Gökyayla, s. 606; Özkaya, s. 359; Yalçınduran, s. 75. "Borçlar Kanununun temsil ve vekâlet bağıtını düzenleyen hükümlerine göre, vekâlet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edinin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiştir" (Yargıtay 1. HD, T. 18 Mart 2003, E. 2003/1082 K. 2003/2988). Aynı yönde karar örnekleri olarak bkz. ayrıca Yargıtay 1. HD, T. 08.05.2003, E. 2003/5153 K. 2003/5628; Yargıtay 1. HD, T. 06.05.2003, E. 2003/3909 K. 2003/5445; Yargıtay 3. HD, T. 09.09.1985, E. 1985/2552 K. 1985/5380; Yargıtay 1. HD, T. 24.11.1997, E. 1997/13932 K. 1997/15049; Yargıtay 1. HD, T. 23.02.2005, E. 2005/837 K. 2005/1805; Yargıtay 1. HD, T. 09.06. 2003, E. 2003/6215, K. 2003/6884.

⁴⁹¹ G. Gautschi, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, der Werkvertrag, Art. 363–379 OR Bern, 1967; Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern, 1971, Art. 398, N. 21a; P. Derendinger, Die Nicht-und die nichtrichtige Erfüllung des Einfachen Auftrags, Freiburg, 1990, N. 253 (Aral/Ayrancı, s. 390'dan naklen).

kaçınması şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁹². Bir görüşe göre kanun koyucunun vekilin sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerde özen kavramının tanımını vermemesi yerinde bir tutumdur. Çünkü özen kavramı, zamana, sosyal ve teknolojik gelişmelere göre sürekli değişir; tanımının ve kapsamının yorum yapılarak belirlenmesi daha uygun olacaktır⁴⁹³.

Türk Borçlar Kanunu m. 506 hükmü, 818 sayılı BK m. 390 yerine getirilmiştir ve iki hüküm arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. BK m. 390/1’de, BK m. 321’e yapılan atıfla vekilin sorumluluğunu genel olarak işçinin sorumluluğu hükümlerine bağlı tutulmaktaydı⁴⁹⁴. BK m. 321’ in kenar başlığı “*ihtimam mecburiyeti*” olup şu şekilde ifade edilmişti:

“İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir.”

Hüküm incelendiğinde, vekilin, vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği işi ifa ederken her türlü özeni göstermek zorunda olduğu sonucuna varılmaktaydı; ancak özenin derecesi objektif olarak belirlenmiş değildi⁴⁹⁵. Öğretide işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin, vekil ve vekâlet veren arasındaki hukuki ilişkiden çok daha farklı olduğu ifade edilmekteydi⁴⁹⁶. Vekilden, işçiye oranla daha fazla özen göstermesi beklenmektedir⁴⁹⁷; çünkü vekâlet sözleşmesinde vekil, kural olarak sözleşmenin *uzman olan* tarafını oluşturmaktadır⁴⁹⁸. Vekâlet veren ise genellikle bilgi ve tecrübe açısından vekili denetleme

⁴⁹² Tandoğan, Cilt II, s. 409; Başpınar, s. 122; Gümüş, Özen Borcu, s. 47 vd.

⁴⁹³ Başpınar, s. 123.

⁴⁹⁴ Kararlarda da ilke uygulanmaktaydı: “...Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlanmıştır” (Yargıtay HGK, T. 19 Mart 2003, E. 2003/13174 K. 2003/181). “Vekil, işçi gibi işini özenle yerine getirmek zorundadır” (Yargıtay 13. HD, T. 08 Kasım 1989, E. 1989/3646 K. 1989/6437).

⁴⁹⁵ Yalçınduran, s. 75–76; Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Tandoğan, Cilt II, s. 409 vd.

⁴⁹⁶ Aral/Ayrancı, s. 401–402; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 416–418; Başpınar, s. 153; Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Özkaya, s. 360; Donay, Süheyl, Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATİDER, Cilt V, Sayı 4, Aralık 1970, s. 736.

⁴⁹⁷ Aral/Ayrancı, s. 402.

⁴⁹⁸ Başpınar, s. 153.

imkânından yoksundur⁴⁹⁹. Özellikle, avukat, doktor, mimar gibi, meslekleri sonucu vekâlet sözleşmesinin tarafı olan kişiler, uzman konumundadırlar ve çoğunlukla vekâlet verenin bu kişileri denetleme şansı bulunmamaktadır.

Diğer yandan, vekâlet sözleşmesinde güven unsuru, hizmet sözleşmesine göre çok daha önemlidir⁵⁰⁰. Ayrıca vekâlet sözleşmesinde vekil, hizmet sözleşmesindeki işçi ile kıyaslandığında, işçiye göre çok daha bağımsız bir konumda olup istediği zaman vekâlet sözleşmesinin tarafı olmaktan kurtulabilir⁵⁰¹. Bu kapsamda, BK m. 390/1'de BK m. 321 hükmüne yapılan atıf, vekilin özen borcunu belirleme açısından yerinde değildir⁵⁰².

Özen borcunu düzenleyen yeni hükme göre, “Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır” (TBK m. 506/3).

Özenin derecesinin belirlenmesinde sübjektif ölçütler terk edilmiş, *“benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekil”* denilerek objektif, ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁰³. Basiretli vekil kavramı, Türk Ticaret Kanununda geçen basiretli tacir ile paraleldir. Bir işi yaparken kâr elde edecek olan kişi bu işi en üst derecede özen göstererek yerine getirmelidir⁵⁰⁴. Bu düşünceye uygun yaklaşımla kanun, vekâlet sözleşmesi ile kazanç elde edecek, işin uzmanı kişinin göstereceği özen açısından seviyeyi yükseltmiştir.

⁴⁹⁹ Başpınar, s. 154.

⁵⁰⁰ Başpınar, s. 161.

⁵⁰¹ Başpınar, s. 161; Özkaya, s. 360.

⁵⁰² Yavuz/Acar/Özen, s. 546. Vekâlet sözleşmesi (BK m. 390/1) hükmünün hizmet sözleşmesi (BK m. 321) hükmüne yaptığı atıf dolayısıyla öğretide ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen Borcu, s. 309 vd.

⁵⁰³ Yavuz/Acar/Özen, s. 545; Gümüş, Borçlar, Cilt II, s. 155.

⁵⁰⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Gümüş, Borçlar, Cilt II, s. 173.

b. Vekilin özen borcunun hukuki niteliği

Öğretide genellikle, vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan özen borcunun bir yan borç olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁵. Buna göre vekilin, vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği iş için yaptığı faaliyetler, vekâlet sözleşmesiyle varılmak istenen sonuca ulaşmada sadece araç niteliğindedir, vekilin özen borcu asli borcu değildir⁵⁰⁶. Diğer görüşe göre ise vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu yan borç değil, asli borçtur⁵⁰⁷. Zira vekilin özen borcu, doğrudan doğruya asli borcu oluşturan edime yöneliktir; vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi veya hizmeti görme borcuna bağlıdır; edimin doğru ifasını sağlamaya yaramaktadır⁵⁰⁸.

Kanaatimizce de vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu bir asli borçtur; zira vekilin borcu, sonuç borcu değildir; özen borcudur. Vekâlet sözleşmesinde vekil edim fiilini borçlanırken diğer iş görme sözleşmelerinde (örneğin eser sözleşmesinde) borçlu, edim sonucunu borçlanmaktadır⁵⁰⁹. Örneğin, bir doktorun yaptığı ameliyatta veya bir avukatın yürüttüğü davada gereken dikkat ve özeni göstermiş olması durumunda, istenilen sonuç ortaya çıkmasa bile vekil borcunu ifa etmiş sayılacaktır. Önemli nokta, edim sonucuna ulaşılması değil bu sonuca yönelik edim fiillerinin özenle yerine getirilmesidir.

c. Vekilin özen borcunun kapsamı

Vekilin özen borcunun kapsamını belirlemede, esas alınan ilk metin vekâlet sözleşmesidir⁵¹⁰. Özen borcunun ölçüsünün belirlenmesinde ikinci sırada ise, işin niteliğine bakmak gerekmektedir⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Akipek, s. 57; Başpınar, s. 158; Yavuz İpekyüz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, 2003, s. 122.

⁵⁰⁶ Başpınar, s. 158.

⁵⁰⁷ Gümüş, Özen Borcu, s. 179.

⁵⁰⁸ Gümüş, Özen Borcu, s. 179–180. Vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s. 147 vd.; Gümüş, Özen Borcu, s. 130 vd.

⁵⁰⁹ Eren, s. 96.

⁵¹⁰ Başpınar, Özen, s. 125.

⁵¹¹ Başpınar, Özen, s. 126. “Vekillik sözleşmesinin kapsamı sözleşme ile açıkça belirlenmemiş ise, ait olduğu işin niteliğine göre belirlenir. Vekilin göreceği işin kapsamının sözleşme ile belirlenmesi esas ise de, genellikle vekilin göreceği iş ve yapacağı işlemlerin

Vekalet sözleşmesinde atıf yapılan BK m. 321/2 özen borcunun kapsamı bakımından sübjektif ve objektif ölçütler öngörmekteydi⁵¹². Vekalet sözleşmesine uyarlayarak belirleyelim: Sübjektif ölçüt, vekilin, bilgi düzeyinin, yeteneklerinin ve diğer niteliklerinin vekâlet veren tarafından dikkate alınmasını⁵¹³; objektif ölçüt ise vekâlet veren açısından vekâlet sözleşmesi ile ifa edilecek işin taşıdığı önemin göz önünde bulundurulmasını ifade etmekteydi⁵¹⁴. Buna göre, vekil tarafından ifa edilecek iş ne kadar zor veya vekâlet veren için ne kadar önemliyse, gösterilecek özen o kadar fazla olacaktır⁵¹⁵. Bir görüşe göre de ücretli vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu, ücretsiz vekâlet sözleşmesine göre daha ağır koşullara bağlı tutulmalıydı⁵¹⁶.

Yeni kanunda m. 506/3 ile getirilen ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğüyle, eski kanunda m. 321/2'deki ölçütlerin terk edildiğini belirtmiştik. Yeni hükmün bir sonucu vekilin işi bizzat yerine getirmesi, diğer sonucu da sorumsuzluk anlaşmalarına getirilecek sınırlamalar olarak karşımıza çıkacaktır.

d. Vekilin özen borcunu ihlalinin hüküm ve sonuçları

Vekilin özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi, vekâlet verenin zarara uğramasına bağlıdır. Bunun için vekâlet verenin uğradığı zarar, vekilin özen borcuna aykırı davranmasından kaynaklanmalı, arada uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁵¹⁷. Bir diğer koşul, vekilin kusurlu olmasıdır. Vekilin özen borcunu kasten veya ihmali ile ihlal etmiş olması gerekir. Vekilin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı sonucu bildiği ve istediği

tümünü ve sınırını kesinlikle önceden belirlemek mümkün değildir. Bu sebeptendir ki, vekilliğin kapsamı genel biçimde işin niteliğine bağlı tutulmuştur. Vekil, işin niteliğine göre neleri yapıp, neleri yapmaması gerektiğini özen ve sadakat borcu çerçevesinde kendisi belirleyecektir” (Yargıtay, HGK, T. 19.03.2003, E. 2003/13-174 K. 2003/181).

⁵¹² Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Aral/Ayrancı, s. 402–403; Akipek, s. 55–56; Yalçınduran, s. 76; Özkaya, s. 359; Tandoğan, Cilt II, s. 412–432; Akıncı, s. 17.

⁵¹³ Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Karahasan, s. 1002; Akipek, s. 56.

⁵¹⁴ Akipek, s. 56; Yavuz/Acar/Özen, s. 546.

⁵¹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 545–546; Yalçınduran, s. 77.

⁵¹⁶ Karahasan, s. 1002.

⁵¹⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 547; Gümüş, Özen Borcu, s. 179 vd.

durumlarda kastı; sonucu engellemek için gereken tedbirleri almadığı durumlarda ihmali bulunacaktır⁵¹⁸.

Vekâlet veren, vekilin özen borcuna aykırı davranması sebebiyle vekâlet sözleşmesini sona erdirerek uğradığı zararın tazmini isteyebilir⁵¹⁹. Vekâlet veren, özen borcunun yerine getirilmediğini ispat etmekle yükümlüdür. Sadece başarılı sonucun gerçekleşmediğini ispatlaması yeterli olmayacaktır⁵²⁰. Aynı zamanda vekilin olumlu ya da olumsuz bir davranışının hayatın olağan akışına göre başarısız sonucu ortaya çıkardığını kanıtlamalıdır⁵²¹.

Aşağıda öncelikle vekâlet sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşması konusuna, daha sonra vekilin işi bizzat yerine getirme borcuna değinilecektir.

e. Vekâlet sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşması

Bir iş görme sözleşmesi olan vekâlette, vekilin sözleşmeye uygun davranması beklenir. Vekil gereği gibi ifada bulunmazsa sözleşmeye dayalı sorumluluğu ortaya çıkar⁵²². Gereği gibi ifa etmeme ya hiç ifada bulunmama ya da kötü ifa şeklinde gerçekleşebilir.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin tazminat sorumluluğunun, sorumsuzluk anlaşması ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı İsviçre-Türk öğretisinde tartışmalıdır⁵²³. Yazarların büyük bölümü vekilin hafif ihmalden doğan sorumluluğunun, sorumsuzluk anlaşmasıyla ortadan kaldırılabileceği görüşündedir⁵²⁴. Azınlıkta kalan yazarlar ise vekilin temel borcunun işi özenle ifa etmek olduğunu ileri sürerek, hafif ihmalden doğan sorumluluğun sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırılamayacağını savunmaktadır⁵²⁵. Azınlık

⁵¹⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s. 415–416.

⁵¹⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 547; Tandoğan, Cilt II, s. 432–433; Gümüş, Özen Borcu, s. 179.

⁵²⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 547.

⁵²¹ Tandoğan, Cilt II, s. 432.

⁵²² Akdi sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli şartlar, vekâlet sözleşmesinde vekilin akdi sorumluluğu için de geçerlidir. Akdi sorumluluğun şartları sözleşmenin ihlali, zarar, zarar ile sözleşmenin ihlali arasında illiyet bağı ve kusur olmak üzere dört tanedir, (Tandoğan, Mesuliyet s. 415 vd).

⁵²³ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 376.

⁵²⁴ Gümüş, Özen Borcu, s. 368.

⁵²⁵ Tandoğan, Cilt II, s. 433; Yavuz/Acar/Özen, s. 546; Özkaya, s. 38; Başpınar, s. 271.

görüşü, vekilin işi belli bir özenle görmesinin vekâlet sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu gerekçesine dayanmaktadır.⁵²⁶ Ayrıca azınlık görüşüne göre vekâlet veren, uzmanlığı gerektiren bir meslekle uğraşan vekilin, Başalp'in sözleriyle *"titiz bir özenle"*⁵²⁷ hareket edeceğine güvenmekte haklıdır⁵²⁸. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vekâleti sadakat ve özenle ifa etmemiş sayılmaktadır⁵²⁹.

Uzmanlığı gerektiren meslekleri yapan vekillerin, kendilerine duyulan güveni ortadan kaldıracak şekilde sorumluluklarını bertaraf edemeyecekleri ise öğretilde çoğunlukla kabul edilmektedir⁵³⁰. Örneğin bir doktorun, kendisine güvenen hastaya, ameliyattaki hafif ihmalden sorumlu olmayacağını söylemesi ya da bir avukatın, vekâlet verenine yargılama sürecindeki hafif ihmallerinden sorumlu olmayacağını kabul ettirmesi, toplumda bu mesleklerle duyulan güvene gölge düşürecektir⁵³¹.

Kanun ya da yetkili makamların izni ile yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren faaliyetlerin yerine getirilmesinde sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 115/3 azınlık görüşünü benimsemiştir. Nitekim bazı mesleklerin kanun ya da yetkili makamların izni ile yürütülebiliyor olması toplum içinde yoğun bir güven duygusu yaratmaktadır. Vekilin özen borcunun belirlenmesinde kabul edilen objektifleştirilmiş özen borcu ölçütü ile kısmen bu amaca erişilmektedir. Sağlanan koruma, uzmanlık gerektiren meslek ve faaliyetlerin yürütülmesinde hafif ihmale ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olması halinde anlam taşımayacaktır⁵³². Buna karşılık uzmanlık gerektirmeyen faaliyetlere ilişkin vekâlet sözleşmelerinde geçerli olacak genel bir sorumsuzluk anlaşması yasağı getirilmemelidir⁵³³.

Ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğü, kural olarak vekilin işi bizzat yerine getirmesini gerektirmektedir. Konumuzla bağını kurarsak, borçlunun

⁵²⁶ Tandoğan, Cilt II, s. 433.

⁵²⁷ Başalp, s. 377.

⁵²⁸ Tandoğan, Cilt II, s. 433.

⁵²⁹ Başalp, s. 377. TBK m. 506'da da sadakat ve özenle ifa sözleri kullanılmıştır.

⁵³⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 433; Kaplan s. 84; Özkaya s. 388; Başpınar, s. 271.

⁵³¹ Tandoğan, Cilt II, s. 433.

⁵³² Başalp, s. 380.

⁵³³ Başalp, s. 381.

borcu şahsen ifa etmesi gereğine götürmektedir. Aşağıda vekilin işi bizzat yapma borcuna, borcun istisnalarına değinilecek; vekâlet sözleşmesinden doğan borcun ifasında borçlunun rolü incelenecektir.

3. Vekilin İş Bizzat Yapma Borcu ve İstisnaları

a. Genel olarak

Vekâlet sözleşmesi tarafların karşılıklı güvenine dayandığından, TBK m. 506/1, genel kuraldan ayrılarak bizzat ifa yükümlülüğünü öngörmüştür. Bu durum ilgili hükümde şu şekilde ifade edilmektedir⁵³⁴:

“Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.”

Türk Borçlar Kanunu m. 506/1, TBK m. 83 hükmünün bir istisnası niteliğindedir; çünkü vekâlet sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşmede vekilin kişiliği, bilgi ve beceri düzeyi, belirli bir konudaki uzmanlığı vekâlet veren açısından çok önemlidir⁵³⁵.

Bu noktada değinilmesi gereken bir konu, vekilin işin ifasını her zaman yardımcı bir kişiye bırakabilecek olmasıdır⁵³⁶. Vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işin ifasını yardımcı bir kişiye bırakması ile alt vekâlet veya ikame vekâlet farklı kavramlardır. Vekilin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu için TBK m. 506/1 hükmü değil, TBK m. 116 hükmü uygulanacaktır⁵³⁷. Vekil,

⁵³⁴ Benzer düzenleme içeren eski hükme göre, “Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça vekâlet verenünbihi kendisi yapmaya mecburdur” (BK m. 390/3).

⁵³⁵ Aral/Ayrancı s. 403; Akipek, s. 109; Sarı, s. 219–220; Donay, s. 742; Akıncı, s. 14.

⁵³⁶ Akipek, s. 113; Donay, s. 732–743; Yavuz/Acar/Özen, s. 547; Özkaya, s. 361; Sarı, s. 220; Tandoğan, Cilt II, s. 456. “Her ne kadar, BK md. 83 hükmüne göre, kural olarak borçlu kişisel edimleri kendisi ifa etmek durumundaysa da bazı durumlarda ifa yardımcısı kullanabilmektedir. İfa yardımcısı kullanılmasının caiz olup olmadığı sözleşmenin niteliği ile hacmi göz önünde bulundurularak ve iş çevresindeki hâkim görüşler değerlendirilerek saptanacaktır. Örneğin, bir doktorun hastasını ameliyat etmeden önce, hastaya iğne vurulması faaliyetini yardımcı kişiye yaptırması uygundur. Ancak burada doktorun, ifa yardımcısı kullanması, kendisi tarafından yapılacak edaya oranla daha düşük kalitede bir edaya yol açacak ise ifa yardımcısı kullanması uygun değildir” (Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988, s. 129).

⁵³⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 548. Yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluk ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 427 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, 435 vd.

yardımcı kişilerin fiillerinden kendi fiili gibi sorumlu olacaktır; başka deyişle vekil açısından bir kusursuz sorumluluk gündeme gelecektir⁵³⁸.

b. Vekilin işi bizzat yapma borcunun istisnaları

Kural vekilin işi bizzat yapmasıdır; fakat TBK m. 506/1 hükmü, bu kurala üç durumda istisna getirmektedir.

i. Vekâlet verenin vekile işi başkasına yaptırması konusunda yetki vermesi

Vekâlet veren, işin başkasına gördürülmesine açık veya örtülü rıza gösterebilir. Rıza vekâlet sözleşmesi yapılırken (başlangıçta) ya da sonradan tek taraflı, varması gereken irade açıklaması ile verilebilir⁵³⁹. Ayrıca, vekâlet veren, vekile verdiği izni, belirli kişiler veya belirli koşullarla sınırlandırabilir⁵⁴⁰. Bazen işin özelliği, vekilin başka birine işi yaptırmasını gerektirdiğinden bu durumlarda örtülü rızanın varlığını kabul etmek gerekir. Örneğin vekile, kendi yerleşim yerinden çok uzakta bulunan bir malın idaresi verildiğinde, vekilin işi başkasına yaptırmasına örtülü rıza gösterildiğini kabul etmek gerekir⁵⁴¹.

ii. Vekilin işi başkasına yaptırmaya durumun gereklerine göre mecbur olması

Türk Borçlar Kanunu m. 506/1'de düzenlenen ikinci durum, diğer iki istisnadan farklı temele dayanmaktadır. Burada vekil, zorunlu olarak işi üçüncü bir kişiye gördürecektir. Bu zorunluluğun doğması için, vekilin kendisinden ya da dışarıdan kaynaklanan bir nedenle işi göremeyecek durumda olması veya işi görmesinin imkânsız hale gelmesi gerekir⁵⁴². Vekilin, aniden hastalanması nedeniyle gecikmemesi gereken bir iş için

⁵³⁸ Sarı, s. 223.

⁵³⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 457; Yavuz/Acar/Özen s. 548. Hukukumuzda, avukatlar bakımından rızanın nasıl verileceği AK m. 171/2'de açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, "Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder. Verilen vekâletnamede avukat başkasını tevkiye yetkili kılınmış ise yazılı sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, işi başka bir avukat ile birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir./ Vekâletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak dava ve işlerde vekâlete ve başkasını tevkiye genel şekilde yetki verilmişse, avukat bu tarihten sonraki dava ve işlerde vekâlet vereninden ayrıca vekâlet almaya lüzum olmaksızın, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir."

⁵⁴⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 548.

⁵⁴¹ Tandoğan, Cilt II, s. 457.

⁵⁴² Tandoğan, Cilt II, s. 458; Akipek s. 112; Donay, s. 743; Özkaya, s. 361.

başkasına vekâlet vermesi (fili imkânsızlık hali) veya başka bir ülkede takip edilecek bir davada, vekilin o ülkede dava takip etmeye yetkili olmaması nedeniyle oradaki avukatlardan birisine vekâlet vermesi (hukuki imkânsızlık hali) örnek gösterilebilir⁵⁴³.

iii. Vekilin işi başkasına yaptırmaya teamül gereğince yetkili olması

Türk Borçlar Kanunu m. 506/1’de getirilen son istisna, vekilin işi başkasına yaptırmaya teamül gereği yetkili olduğu durumlardır⁵⁴⁴. Bu takdirde, vekâlet verenin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın, vekilin işi başkasına gördürebileceği kabul edilir⁵⁴⁵. Örneğin, bir diş doktoru, diş çekimi sırasında cerrahi müdahale gerektiren durumda, müdahaleyi kendisi yapmayacak, cerraha yaptıracaktır; bu teamüle de uygundur⁵⁴⁶. Zaten böyle bir durumda vekilin özen borcu da, vekilin işi başkasına yaptırmasını gerektirmektedir⁵⁴⁷.

c. Vekilin işi başkasına yaptırmasının çeşitleri

Yukarıda vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi başkasına yaptırmaya yetkili olduğu durumları açıkladık. Bu başlık altında vekilin işi başkasına yaptırma yolları, türler incelenecektir. İşin başkasına bırakılması yolları, ikame vekil ataması, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işin görülmesinin alt vekile bırakılması olarak ikidir. Ancak uygulamada genellikle “alt vekâlet” kurumuna başvurulduğu görülmektedir⁵⁴⁸.

⁵⁴³ Akipek, s. 112–113; Özkaya, s. 361; Tandoğan, Cilt II, s. 458.

⁵⁴⁴ Akcan Recep, “Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi”, SÜHFD, Cilt 9, Sayı 3–4, 2001, s. 18–19.

⁵⁴⁵ Tandoğan, Cilt II, s. 457. Vekâlet sözleşmesine konu işin görülmesi, kişinin belli bir ruhsat sahibi olmasını gerektiriyorsa, örf gereği olsa bile o iş ancak ruhsat sahibi bir üçüncü kişiye yaptırılabilir. AK, TBK’nin aksine, avukatın tevkil imkânını bu konuda vekâletnamesinde yetki verilmiş olması hali ile sınırlamıştır. Bu yüzden, örneğin birden fazla avukatın ortak çalıştığı büroda, avukatlardan birine iş verilmesi, aksi açıkça belirtilmedikçe diğer ortakların da gerektiğinde o işle uğraşmaya teamül gereği yetkili olduğunu kabule imkân tanımaz. Zira AK m. 171/2, TBK m. 506/1’in aksine örf gereğince tevkile yetkili olma durumunu düzenlememiştir (Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2006, s. 195).

⁵⁴⁶ Akipek, s. 112.

⁵⁴⁷ Tandoğan, Cilt II, s. 458.

⁵⁴⁸ Parlak, Şafak/ Börü, Levent, Alt Vekâlet, TBB Dergisi, Sayı: 96, Eylül-Ekim, Yıl: 2011, s. 17 vd., Erişim Adresi: http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/96.pdf; Erişim Tarihi: 05.04.2013.

i. Alt vekâlet

Vekilin işi başkasına gördürme şekillerinden uygulamada en çok karşılaşılan ve TBK m. 507’de özellikle düzenlenen durum alt vekâlettir⁵⁴⁹. Vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarının ifasını “kendi adına” yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesi halinde, alt vekâlet sözleşmesi doğar⁵⁵⁰. Vekil, alt vekâlet sözleşmesini kendi adına yaptığından, bu sözleşmenin tarafları asıl vekil ile alt vekildir; vekâlet veren bu sözleşmeye taraf değildir⁵⁵¹. Asıl vekil sözleşme ile vekillik (taraf) sıfatını devretmemektedir⁵⁵². Vekâlet sözleşmesinden doğan borçların ifasının kısmen veya tamamen devredilmesi söz konusudur⁵⁵³.

Alt vekâlette tarafları farklı iki vekâlet sözleşmesi vardır⁵⁵⁴. Birincisi vekâlet veren ile vekil arasındaki asıl vekâlet sözleşmesidir. İkincisi ise asıl vekâlet sözleşmesindeki vekilin kendi adına yaptığı, alt vekille arasındaki alt vekâlet sözleşmesidir⁵⁵⁵.

Alt vekâlet, başlı başına ve bağımsız bir sözleşme niteliği taşımakla birlikte, bu sözleşmenin konusunu -kısmen veya tamamen- asıl vekâlet sözleşmesinin konusu olan karakteristik edim oluşturacaktır⁵⁵⁶.

ii. İkame vekâlet

İkame vekâlet, vekilin işi kendisinin görmeyip, yerine başkasını koymasıdır. Burada vekil kendisi adına ve hesabına bir sözleşme yapmamaktadır⁵⁵⁷. Diğer bir deyişle, ikame vekâlette, vekâlet veren ile ikame vekil arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır.

⁵⁴⁹ Parlak/Börü, s. 17.

⁵⁵⁰ Akipek, s.113; Erlüle, Fulya: “Alt Vekâlet”, Prof.Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s. 260; Tandoğan, Cilt II, s. 459; Yavuz/Acar/Özen, s. 548.

⁵⁵¹ Akipek, s. 129; Tandoğan, Cilt II, s. 459.

⁵⁵² Parlak/Börü, s. 20; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s. 420.

⁵⁵³ Parlak/Börü, s. 21.

⁵⁵⁴ Akipek, s. 113.

⁵⁵⁵ Akipek, s. 114.

⁵⁵⁶ Tandoğan, Cilt II, s. 460.

⁵⁵⁷ Akipek, s. 121; Özkaya, s. 472; Akcan, s. 17–18; Tandoğan, Cilt II, s. 461. İkame vekâletin anlamı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, s. 121–122; Tandoğan, Cilt II, s. 461–463.

Vekâlet verenin, vekiline ikame vekâlet sözleşmesi yapmak konusunda bir yetki vermiş olması gerekir⁵⁵⁸. Vekil, yerine başkasını ikame etmeye yetkili değilse ve vekâlet veren de böyle bir sözleşmeye icazet vermiyorsa, ikame vekil ile vekâlet veren arasında herhangi bir hukuki ilişki doğmaz. Üçüncü kişinin kendisine verilen işi yapması durumunda vekâletsiz iş görme ortaya çıkar⁵⁵⁹. Verilen yetkinin alt vekâlet mi yoksa ikame vekâlet mi olduğu konusunda tereddüt bulunmaktaysa, ortada alt vekâletin olduğu fiili karene olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁰.

d. Vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi başkasına yaptırması konusunda sorumluluğu

Bu başlık altında vekilin yetkisi içinde ve yetkisi dışında üçüncü kişiye işi gördürmesinin sonuçları incelenecektir. Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, sorumluluk açısından, alt vekâlet ile ikame vekâlet arasında fark bulunmamaktadır⁵⁶¹.

i. Vekilin yetkisi olmadan üçüncü kişiyi ataması

Türk Borçlar Kanunu m. 507/1 hükmüne göre vekil, yetkisi bulunmamasına rağmen, üstlendiği işi başkasına yaptırırsa, o kişinin fiillerinden tıpkı kendisi yapmış gibi sorumlu olur⁵⁶². Zira böyle bir durumda, alt vekâlet veya ikame vekâlet, sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir⁵⁶³. TBK m. 507/1'e göre vekil, yetkisi olmadan alt vekil ya da ikame vekile işi yaptırmışsa, yerine geçen kişinin kusuru bulunmasa bile sorumlu olacaktır⁵⁶⁴. Eğer alt vekil olarak tayin edilen kişinin davranışını vekil yapmış olsaydı, bu davranış özen ve sadakat borcuna aykırılık oluşturacak idiyse vekil bundan doğan zararlardan da sorumlu olacaktır⁵⁶⁵. Ancak vekilin yerine geçen kişi, vekilden beklenen bütün özeni göstermiş, buna rağmen istenen amaca

⁵⁵⁸ Akipek, s. 124; Özkaya, s. 472.

⁵⁵⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 462.

⁵⁶⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 462; Karahasan, s. 1022.

⁵⁶¹ Özkaya, s. 472.

⁵⁶² Özkaya, s. 473.

⁵⁶³ Özkaya, s. 473; Donay, s. 745; Tandoğan, Cilt II, s. 464–465; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 420.

⁵⁶⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 549; Tandoğan, Cilt II, s. 464.

⁵⁶⁵ Tandoğan, Cilt II, s. 464; Erlüle, s. 263.

ulaşılamamışsa vekil sorumlu tutulamaz⁵⁶⁶. Diğer taraftan, vekilin yerine geçen kişi, ulaşılmak istenen amacı yerine getirmişse, vekâlet verenin bunu reddetmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağından, vekilin sorumluluğu bulunmamalıdır⁵⁶⁷.

ii. Vekilin yetkisi içinde üçüncü kişiyi ataması

Türk Borçlar Kanunu m. 507/2 hükmüne göre, vekilin, işi başkasına yaptırmak konusunda yetkisi varsa, bu durumda, vekil işi yaptıracak kişiyi seçerken ve talimat verirken gerekli özeni göstermek zorundadır⁵⁶⁸.

Vekil, başkasına vekâlet vermeye yetkili olsa da seçme ve talimat vermede gerekli özeni göstermezse, vekâlet verene özen borcunu yerine getirmemiş sayılacaktır⁵⁶⁹. Vekilin, vekâlet vereceği kişiyi seçme ve talimat vermede gerekli özeni göstermemesi halinde sorumlu olmayacağına ilişkin kayıt (sorumsuzluk kaydı), niteliği ile bağdaşmayacağından vekâlet sözleşmesinde yer alamaz⁵⁷⁰.

D. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN İFASINDA KİŞİ UNSURU

1. Genel Olarak Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi de eser ve vekâlet sözleşmeleri gibi konu itibarıyla iş görme borcu doğurur. İş görme borcu doğuran sözleşmelerin hemen hepsinde ortak nokta, daima taraflardan birinin (iş görenin), diğer tarafa (iş sahibine) karşı iş görme borcu altına girmesi ve onun bu borcunu, iş görme olarak nitelendirilen bir faaliyette bulunarak yerine getirmesidir⁵⁷¹. Başka deyişle sözleşmelerin karakteristik edimi işgörme borcudur; iş görme faaliyetinde bulunma ile ifa edilir.

⁵⁶⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 549; Erlüle, s. 264.

⁵⁶⁷ Tandoğan, Cilt II, s. 464.

⁵⁶⁸ Tandoğan, Cilt II, s. 465

⁵⁶⁹ Parlak/Börü, s. 32–34.

⁵⁷⁰ Erlüle, s. 264.

⁵⁷¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 382–383; Zevkliiler/Gökyayla, s. 415–417; Tunçomağ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989, s. 72; Esener, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 125–126; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 81 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 235.

Hizmet sözleşmesi, Borçlar Kanununun Özel Borç İlişkileri adlı ikinci kısmında (m. 393 vd.) düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki aynı konunun düzenlendiği, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu gibi uygulama alanı oldukça geniş özel kanun hükümleri karşısında, TBK'deki düzenlemenin pratik önemi, uygulanabilme olanağı oldukça azalmıştır⁵⁷². Yine de MK m. 5 uyarınca özel kanun hükümlerinin uygulanmadığı durumlarda TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Çalışmamızda hizmet sözleşmesi açıklamaları, TBK hükümleri uyarınca yapılmıştır⁵⁷³.

Türk Borçlar Kanunundaki tanım maddesine göre;

“Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir” (m. 393).

Yeni hükmün ilk fıkrasında, eski hükümden (m. 313/1) farklı olarak bağımlılık unsuruna yer verilmiştir⁵⁷⁴. Böylelikle işçinin hizmet ediminin ifasını sözleşmenin karşı tarafı işverene bağımlılık ilişkisi içerisinde ve onun direktifi altında gerçekleştirmesi gereğinin altı çizilmiştir⁵⁷⁵.

4857 sayılı İş Kanununda hizmet sözleşmesi, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” sözleriyle tanımlanmış, tanımda bağımlılık unsuruna yer verilmiştir (m. 8/1).

⁵⁷² Yavuz/Acar/Özen, s. 384.

⁵⁷³ Borçlar Kanunu düzenlemeleri, özel hükümler kısmında bulunmasına rağmen; özel kanunlarda bütünüyle özel hükümlerle düzenlenen sözleşme hakkında hüküm bulunmayan konularda, genel hüküm niteliğiyle uygulanacaktır. Medeni Kanun m. 5 genel atıf hükmünün bu durumu da kapsayacağına kuşku duyulmayacaktır.

⁵⁷⁴ Eski kanundaki tanım hükmü şöyledir: “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder. / Ücret, zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir. /Hizmet akdi hakkındaki hükümler, kıyasen çıraklık akdine tatbik olunur” (BK m. 313).

⁵⁷⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 385; Çelik, s. 85; Süzek, s. 237.

Bağımlılık unsuru, hizmet sözleşmesini, iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur⁵⁷⁶. İşçinin belirli veya belirsiz süreli çalışmasının önemi yoktur. İşçinin işini, işverenin talimatlarına uygun olarak görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi, onun işverene bağımlı olduğunu gösterir⁵⁷⁷. Anayasa Mahkemesinin bir kararında “...*hizmet akdini iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar*” sözleriyle bağımlılık unsurunun altı çizilmiştir⁵⁷⁸. Bağımlılık ilişkisi gereği, işçinin çalışacağı zamanı, yeri ve nasıl çalışacağını işveren, kendi iş amacına ve ihtiyacına göre belirler⁵⁷⁹.

Hizmet sözleşmesi rızâ bir özel hukuk sözleşmesidir; işverenin gerçek kişi, kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması sonucu değiştirmez⁵⁸⁰. Hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükler⁵⁸¹. Sözleşmede işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu mübadele ilişkisi içindedir⁵⁸². Bunun yanı sıra hizmet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir; tarafların her birinin taahhüt ettiği edim açısından karşı tarafın çıkarı, satış sözleşmesinde olduğu gibi bir anda sona ermemekte, devam etmektedir⁵⁸³. Süreklilik zaman içinde, edimlerin arka arkaya ifası nedeniyle ortaya çıkan bir özellik olduğundan, tüm hizmet sözleşmelerinde bulunan bir özelliktir⁵⁸⁴. Hizmet

⁵⁷⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 385; Tunçomağ, İş Hukuku, s. 73; Çelik, s. 86; Süzek, s. 242.

⁵⁷⁷ Esener, s.126; Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, C. I, Ankara 2006, s. 397.

⁵⁷⁸ AYM 27.09.1967 gün, 336/29 sayılı kararı, (RG. 19.10.1968, s. 13031).

⁵⁷⁹ Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2005, s. 203. Bağımlılık unsurunun da vurgulandığı bir Yargıtay kararında, bütün bu yönler “*işçinin işgücü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için, iş görme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, direktifler, gözetim ve kontrol, hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış işverenin otoritesi altındadır*”, sözleriyle ifade edilmiştir (Yargıtay 9. CD, T. 05.03.1981, E. 725 K. 889).

⁵⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 389; Zevkililer/Gökyayla, s. 417–418.

⁵⁸¹ Çelik, s. 91; Yavuz/Acar/Özen, s. 389.

⁵⁸² Yavuz/Acar/Özen, s. 386. Yargıtay, iş sözleşmesinin varlığını belirlerken zaman, bağımlılık ve ücret koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığına bakmaktadır. Karar örnekleri için bkz. Yargıtay 9. HD, T. 22.3.2004, E. 2004/5846 K. 2004/5621, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, s. 176); Yargıtay 9. HD, T. 3.6.2004, E. 2004/1550 K. 2004/13370, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, S. 3, s. 260); Yargıtay 9. HD, T. 15.9.2003, E. 2003/15847 K. 2003/14406, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/2, S. 2, s. 187–188).

⁵⁸³ Yavuz/Acar/Özen, s. 390; Çelik, s. 91.

⁵⁸⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 390.

sözleşmesinin süresinin belirli veya belirsiz olması, sürekli borç doğuran bir sözleşme olma niteliğini değiştirmez⁵⁸⁵.

Bu özelliklerinin yanı sıra hizmet sözleşmesi, işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir⁵⁸⁶. İşveren, hizmet sözleşmesi yaparken işçinin objektif özellikleri (mesleki bilgisi, tecrübesi, yeteneği vb.) yanında subjektif özelliklerini (mizacı, ahlâkı, tavrı ve hareketleri, vb.) de dikkate alır. İşvereni, işçiyle hizmet sözleşmesi yapmaya yöneltten onun kişiliğine duyduğu güvendir⁵⁸⁷. İşçinin ediminin hizmet olması ve bunun da kişiliğiyle yakından ilgisi dolayısıyla işçinin de *bizzat ifa* borcu vardır⁵⁸⁸. İşçinin hizmet sözleşmesinden doğan iş görme borcunun kural olarak şahsi edimler içermesi de bizzat ifa borcunu doğurur.

İşçinin özen borcu, işi bizzat görme borcunun içerisinde yer alan, onu tamamlayan bir borçtur. Bu nedenle kısaca değinmek yarar sağlayacaktır. Aşağıda öncelikle işçinin işi özenle yapma borcu (TBK m. 396), ardından bizzat çalışma borcu (TBK m. 395) incelenecektir.

2. İşçinin İş Özenle Yapma Borcu

Borç ilişkilerinde sözleşmenin tipini, özelliğini ve amacını belirleyen asli borçların yanında, taraflar arasında kurulan güveni korumaya ve asıl borcun en iyi şekilde ifasını sağlamaya yönelik yan borçların da bulunduğunu belirtmiştik⁵⁸⁹. Hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme ediminin yan borcu olan işi özenle yapma TBK m. 396'da düzenlenmiştir. Hükme göre;

"İşçi yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.

⁵⁸⁵ Çelik, s. 91–92; Süzek, s. 245; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 82.

⁵⁸⁶ Burada kastedilen kişisel insanlara özgüdür, bu yüzden sadece gerçek kişiler işçi niteliğini taşıyabilirler (Süzek, s. 245).

⁵⁸⁷ Güzel, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Instuitus Personae" Niteliği Üzerine Yeniden Düşünmek", Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 180 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 395.

⁵⁸⁸ Güzel, s. 181; Çelik, s. 90; Yavuz/Acar/Özen, s. 395.

⁵⁸⁹ Yukarıda BİRİNCİ BÖLÜM, I. BORÇ İLİŞKİSİ, B. BORÇ- BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI başlığında detaylı açıklama yapılmıştır.

*İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçler, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür*⁵⁹⁰.

Eski kanunda aynı hükmün ilk fıkrasında (m. 321/1) işçinin özen borcu, ikinci fıkrasında ise (m. 321/2) özenin derecesinin nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Oysa yeni kanunda özen ve sadakat borcu, borçlar sayımında ikinci sırada ayrıntılı biçimde (m. 396) düzenlenmiş; sorumluluk ise işçinin borçları düzenlemelerinin sonunda, bütün borçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir (m. 400).

Özenle ifa, kapsamı bakımından nisbi nitelik taşır; her iş ilişkisinde farklı şekillerde ortaya çıkar⁵⁹¹. İşçiye düşen özenin derecesi, işçinin o iş için gerekli olup, işverence bilinen veya bilinmesi gereken bilgisinin derecesi ve mesleki yeteneği ile işe yatkınlığı ve nitelikleri gözetilerek hizmet sözleşmesine göre belirlenir⁵⁹². Örneğin işyerindeki bir mühendis ile vasıfsız işçi, işin ifasında aynı özeni değil, meslekî nitelik ve özelliklerine göre kendilerinden beklenebilecek özeni göstermekle yükümlüdürler. Başka deyişle iş sözleşmesinde bu konuda herhangi düzenleme bulunmaması halinde özenin derecesi her işçi açısından farklı olmakta; özenin gösterilip gösterilmediği, işçinin eğitim durumu, kültürel yapısı, kıdemi, yaşı gibi bazı subjektif ölçütlere göre belirlenebilmektedir⁵⁹³. Özetle işçinin göstereceği özenin objektif bir ölçüsü yoktur⁵⁹⁴. İşçinin işin ifasında göstereceği özenin kapsamı her somut olayda değişiklik gösterir.

⁵⁹⁰ Hükmün ikinci fıkrasında işçinin işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş malzemeye özen göstermekle de yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İşçinin özen yükümlülüğünün kapsamında kendisine teslim edilen malzemeyi özenle kullanma yükümlülüğü de bulunduğundan, düzenlemenin gerekliliği tartışma konusudur (Zevkliler/Gökyayla, s. 428).

⁵⁹¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 396; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s. 318 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 428.

⁵⁹² Zevkliler/Gökyayla, s. 428; Yavuz, Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, s. 1268.

⁵⁹³ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s. 319.

⁵⁹⁴ Yavuz, Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, s. 979.

3. İşçinin Bizzat Çalışma Borcu

İş yapma borcu, işçinin hizmet sözleşmesi ile yerine getirmeyi üstlendiği asli borçtur⁵⁹⁵. Hizmet sözleşmesinde insan emeğinden doğan fikri veya bedeni faaliyete dayalı bir iş görme edimi asıldır. Emek, sadece para ile ölçülebilen bir değer olmayıp, kişiliğin bir parçasıdır; bilgi, yetenek ve deneyimle bütünleşip hizmet sözleşmesine yansır⁵⁹⁶. Hizmet sözleşmesinin kişiliğe bağlı olması, işin kural olarak bizzat işçi tarafından yapılmasını gerektirir⁵⁹⁷.

Bizzat çalışma borcu başlıklı hüküm uyarınca,

"Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür" (TBK m. 395).

Sürekli ifalı hizmet sözleşmesinde, işverenin (alacaklının) edime yönelik çıkarını sağlayan, süreklilik arz eden edimin bizzat işçi (borçlu) tarafından yerine getirilmesidir⁵⁹⁸. Özel hüküm (TBK m. 395), genel hükme (m. 83) istisna getirmektedir; ancak hüküm emredici nitelikte değildir. Taraflar hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile aksini kararlaştırabilirler ya da durum aksi düzenlemeyi gerektirebilir⁵⁹⁹.

Kural işçinin işi bizzat yapması olduğundan eski hükümde olduğu gibi (BK m. 347/1), yeni hükümde de (TBK m. 440), iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Aynı nedenle işçinin ölümü halinde iş görme borcu mirasçılara intikal etmez⁶⁰⁰.

4. İşçinin Bizzat Çalışma Borcunun İstisnaları ve Sorumluluğu

İşçinin hizmet sözleşmesinden doğan borcunu bir başkasına devredebilmesi işverenin rızasına bağlıdır; taraflar işçinin, iş görme borcunu

⁵⁹⁵ Yavuz, s. 395; Çelik, s. 84.

⁵⁹⁶ Çelik, s. 85.

⁵⁹⁷ Güzel, s. 181; Çelik, s. 90; Yavuz, s. 395; Sümer, Haluk Hâdi, İş Hukuku, 13. Baskı, Konya 2007, s. 61.

⁵⁹⁸ Süzek, s. 346; Yavuz, s. 395; Zevkliler/Gökyayla, s. 427.

⁵⁹⁹ Süzek, s. 346.

⁶⁰⁰ Tunçomağ, İş Hukuku, s. 102.

tamamen veya kısmen bir başka işçiye yaptırabileceğini kararlaştırabilirler⁶⁰¹. Aralarındaki hizmet sözleşmesinden veya durumun gereğinden işverenin, işçinin kişisel özelliklerinden çok işin yapılmasına önem verdiği anlaşılıyorsa, işin ifası üçüncü bir kişiye devredilebilir⁶⁰².

Bizzat ifa borcunu kusuru ile yerine getirmeyen işçi, genel hükümler uyarınca sorumlu tutulacak (TBK m. 112). Diğer taraftan kusuru olmaksızın bizzat ifa borcunu yerine getiremeyecek hale düşen işçi, hizmet sözleşmesinin kendisine yüklediği bu borçtan kurtulacaktır⁶⁰³. İşçi hizmet borcunu yerine getirirken işverene verdiği zararlardan ise özel hüküm uyarınca sorumludur (TBK m. 400)⁶⁰⁴.

Eski kanunda işverenin de iş sözleşmesinden doğan hakkını başkasına devredebilmesi sınırlanmaktaydı (BK m. 320/2); diğer bir deyişle iş görme borcunun, işverenin kendisine ifa edilmesi gerekmektedir⁶⁰⁵. Eski hükmün ikinci fıkrası, yeni kanunda aynı konuyu düzenleyen hükme (TBK m. 395) alınmamış, “sözleşmenin devri” başlığıyla bağımsız bir hükümde (TBK m. 429) detaylı düzenleme yapılmıştır⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Çelik, s. 90, Sümer, s. 64.

⁶⁰² Sümer, s. 64.

⁶⁰³ Yavuz/Acar/Özen, s. 395.

⁶⁰⁴ Ayrıca İş Kanununun 17.maddesinde de işçinin, iş görme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinin, işverene, iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme olanağı vereceği düzenlenmiştir (Çelik, s. 269 vd.).

⁶⁰⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 420.

⁶⁰⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 420 vd.

SONUÇ

Borç ilişkisinde kişi unsuruna ilişkin genel düzenleme TBK m. 83'te yapılmıştır. Kanun koyucunun bu hükümde borcun bizzat borçlu tarafından ifasını bir kural değil, istisna olarak düzenlemiştir. Özellikle verme edimi içeren borç ilişkilerinde borcun borçlu ya da üçüncü bir kişi tarafından ifası alacaklı açısından bir fark yaratmamakta, alacaklının haklı bir çıkarı zedelenmemektedir. Bununla birlikte borcun kural olarak, üçüncü kişilerce de ifa edilebileceğine ilişkin TBK m. 83 hükmünün istisnaları ise bazı özel borç ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu, borcun herkes tarafından ifa edilebileceği konusundaki genel kurala, şahsi edimler içeren borç ilişkilerinde; özellikle iş görme borcu doğuran sözleşmelerle ilgili istisnalar koymuştur. İş görme sözleşmelerinde taraflardan birinin edimini bir iş görme, bir insan faaliyeti teşkil etmektedir. İş görme sözleşmeleri, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunan, diğer bir deyişle bizzat ifa kuralının getirildiği sözleşmelerdir. Zira burada, borçlunun kişiliğine göre niteliği değişen bir borç ve taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisi söz konusudur.

İş görme sözleşmelerinden biri olan eser sözleşmesinde kural yüklenicinin meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmasıdır. Kendi yönetimi altında yaptırmanın kapsamına yüklenicinin yardımcı kişi kullanması da girer. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa yüklenici işi başkasına da yaptırabilir. Bu durum uygulamada karşımıza alt yüklenici kavramını çıkarır.

Bir diğer iş görme borcu doğuran sözleşme vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesinde de vekil, vekâlet veren ile arasındaki yoğun güven ilişkisi nedeniyle, vekâlet sözleşmesinden doğan borcunu bizzat ifa etmek zorundadır (TBK m. 506). Ancak vekalet sözleşmesinde de kural bizzat ifa olmasına rağmen istisnaen vekil vekalet sözleşmesi ile üstlendiği bir başkasına da yaptırabilir. Bu durumda alt vekalet ve ikame vekalet kavramları karşımıza çıkar.

Çalışmamız bağlamında incelenen son iş görme borcu doğuran sözleşme hizmet sözleşmesidir ve hizmet sözleşmesinde de işçi bizzat ifa ile yükümlüdür. Zira işveren işçinin kişisel özellikleri, bilgi, beceri ve güvenilirliğini göz önüne alarak onunla iş görme borcu doğuran bir sözleşme yapmıştır.

Sonuç olarak TBK m. 83 gereği borçlu borcunu bizzat ifaya mecbur değildir. Ancak özellikle iş görme borcu doğuran sözleşmelerde bizzat ifa kuralının getirildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork, Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 9, Cilt: 6, Yıl: 1972, Erişim Adresi: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/2803/2396>.
- Akcan Recep, “Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi”, SÜHFD, Cilt 9, Sayı 3–4, 2001.
- Akgün, Zerrin, İstisna Akdi, Adalet Dergisi. 1953, Sayı. 9.
- Akıncı, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya, Sayram Yayınları, Konya, 2006.
- Akipek, Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Akkanat, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, TC. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2000.
- Akkurt, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2008 (Basım Yılı: 2010), Erişim Adresi: <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf>.
- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006.
- Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Cilt: I, Ankara 2006.
- Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I, İstanbul 1995.
- Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, İstanbul, 2008.
- Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012.
- Ataay, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 3. Bası, İstanbul, 1981.
- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2010.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalân, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, 2012.

- Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, 2013.
- Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, 12 Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2011.
- Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Belen, Herdem/ Ercan Çitaklayım, Cannur, Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2012.
- Bilge, Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-4, Cilt: 11, Yıl: 1954, Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-1954-cilt-11-sayi-1-4/>.
- Bilgin Yüce, Melek, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013.
- Çabri, Sezer, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Çabri, Sezer, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 106, Ekim, 2011.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Donay, Süheyl, Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATİDER, Cilt V, Sayı 4, Aralık 1970.
- Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 2012.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Engin, Baki İlkay, İfa Uğruna edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.

- Erişen, Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, TC Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- Erlüle, Fulya: “Alt Vekâlet”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999.
- Erman, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2010.
- Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2012.
- Esener, Turhan, İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul, 1976.
- Gautschi, G., Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 2. Auflage Art. 398, Bern 1960.
- G. Gautschi, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, der Werkvertrag, Art. 363–379 OR Bern, 1967; Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern, 1971, Art. 398, N. 21a; P. Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des Einfachen Auftrags, Freiburg, 1990.
- Gümüş, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- Gümüş, M. Alper, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:1, (İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira,Kullanım Ödücü, Tüketim Ödücü), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Gümüş, M. Alper, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 2, (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Günay, Cevdet İlhan, İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 2009, Erişim Adresi: <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf>.
- Gürsoy, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara, 1950.
- Güzel, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Instuitus Personae” Niteliği Üzerine Yeniden Düşünmek”, Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona /Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

- Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2012.
- Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Inceoğlu, M. Murat, İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:4, Cilt: 54; Yıl: 2005; Erişim Adresi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/271/2444.pdf>.
- Karabağ Bulut, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul, 2009.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, İstanbul, 2012.
- Karahasan, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, 2. Cilt, Ankara, Beta Yayınları, 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk-Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Öğreti ve Yargıtay Kararları, Beta Basımevi, Ankara, 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:1, Cilt: 32, Yıl:1975, Erişim Adresi: <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/9721/>.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012.
- Kılıçoğlu, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979 (Kılıçoğlu, Halefiyet).
- Kocaman, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara, 2001.
- Kocaman, Arif B., Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Erişim Adresi: <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2816/3635.pdf>.
- Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1978.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul, 2009.
- Koyuncuoğlu, Tennur, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/ Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/ Koç, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005.
- Kurt, Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.
- Kürşat, Zekeriya, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 67, Sayı:1–2, Yıl:2009, Erişim Adresi: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/9563/8866>.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2005.
- Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul, 2012 (Oğuzman/Öz, Cilt II).
- Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte), Kazancı Kitap, İstanbul, 1989.
- Öz, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- Özkaya, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Parlak, Şafak/ Börü, Levent, Alt Vekâlet, TBB Dergisi, Sayı:96, Eylül-Ekim, Yıl: 2011, Erişim Adresi: http://tbbsdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/96.pdf.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011.
- Reisoğlu, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013.

- Sarı, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Saymen, Ferit/ Elbir, Halit, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1958
- Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977.
- Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2011.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Sungurbey, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, Cilt 2, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2006.
- Sümer, Haluk Hâdi, İş Hukuku, 13. Baskı, Konya 2007.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Şengül, Mehmet, Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı: 3-4, Yıl: 2011; Erişim Adresi: <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011-2.9.pdf>.
- Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988.
- Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı olan ve Karma sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Cilt I/1, Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Tandoğan, Mesuliyet).
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Türk Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Alttop, Atilla, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.

- Tezcan, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat, Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı:3, Yıl: 2008, Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-topuz-canbolat.pdf>.
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976.
- Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt. 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 1977.
- Tunçomağ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989.
- Turanboy, Kürşat N., İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügati, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, c. II, (Çeviren: Cevat Edege), İstanbul, 1953.
- von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Band, Dritte Auflage, Schulthess, Zürich 1974.
- Yakuppur, Sendi, Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Aykırılıkları, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Yalçınduran Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Yavuz, Nihat, Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanununa Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Yavuz İpekyüz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2003.
- Yücesoy, Ebru, Eser Sözleşmesinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Sorumlulukları, TC: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- <http://www.kazanci.com>.