

YENİ BORÇLAR KANUNUNDA İFA ENGELLERİ ALANINDA "MALUMU İLAM" ÖRNEKLERİ

*Prof. Dr. Rona Serozan**

Mustafa Dural, bilimsel ve didaktik çıtası yüksek ders kitapları üretimi dışında, ayrıca eleştirel hukukçu zekasıyla ve kılı kırk yaran bilimsel titizliğiyle de parlemiş seçkin bir bilim insanı, yazar ve hoca olarak tanınır.

Yeni Borçlar Kanunu'nun ifa engelleri alanında büyük bir tantanayla "reform" diye sunulan, oysa aslında eskiden beri herkesçe bilinen ve dolayısıyla yasaya alınması hiç de gerekmeyen "malumun ilamı" niteliğindeki kurallarından küçük bir seçkinin kinayeli (ironik) bir yaklaşımla sunulması, öyle sanıyorum ki "Hoca'nın meşrebine" pek uygun düşecektir.

"Amerika'nın yeniden keşfedilmesi" mesabesindeki bu "olmasa da olur" yeni kurallar dizisi şöyle sıralanabilir:

1) Yapma edimi borcunun yerine getirilmemesi durumunda alacaklı yararına bir yabancıya da "ikame icra"da (Ersatzvormahme'de) bulundurma olanağının tanınması. (TBK 113)

2) Sürekli sözleşme ilişkisinde haklı bir fesih nedeni yaratan borçlunun eksiksiz (büyük) tazminatla yükümlü kılınması. (TBK 126)

3) Borçlunun kendi sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığını alacaklıya bildirmekle yükümlü kılınması. (TBK 136)

4) "Sözleşmenin yararlı bölümü yararsız (yaralı) bölümünden etkilenmez" (utile per inutile non vitiatur) ilkesinin borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığına özgü biçimde kurullaştırılması. (TBK 137)

5) İfa sürecine girmiş olan sürekli sözleşme ilişkilerinde evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesine yol açabilecek olan sözleşmeden dönme yolunun kapalı tutulması. (TBK 138)

6) Aşırı ifa güçlüğünün (işlem temelinin çökmesinin) yabancı para borcu ve taşınmaz kirası için özel olarak saklı tutulması. (TBK 138 II, 344 IV)

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Şimdi bu ilginç diziyi açıklayalım:

Yapma borcunun ifa edilmemesinde "ikame icra"

Yeni BK 113'te yapma edimi yükümüne aykırılık eden borçluya karşı alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere edimi sadece bizzat yapmakla kalmayıp, aynı zamanda bu edimi başkasına da yaptırabileceği öngörülmüştür.

"İkame icra" (Ersatzvornahme, exécution par substitution) diye bilinen bu özel cebri icra yoluna başvurabilmek için borçlunun kusurlu olması gerekmez ama alacaklının mahkemeden bir edim hükmü (ilam) elde etmesi gerekir. Yoksa alacaklı "bizzat ihkaki hak" yoluna başvuramaz¹.

Uygulamada ifa etmeme tazminatını talep yolu dururken, onun yerine pek tercih edilmeyen bu cebri icra yolunun iki ayrığı vardır: Biri salt borçlu tarafından yerine getirilebilir sanat eseri yaratma gibi kişisel edimlerdir. Onlarda ister istemez cebri icra hapisle tazyik dolaylı yoldan gerçekleşir. (İcra ve İflas Kanunu 343) İkinci ayrık da özel yasa kuralları gereği kira, eser ve yayım sözleşmelerinde alacaklının yargıca başvurmaksızın "bizzat ihkaki hak"ta bulunma olanağının varlığıdır. (BK 250, 358, 360/TBK 306, 473, 475)

Nasıl olsa yargısal denetimden geçecek olan bir cebri icra yolunda alacaklının edimi bizzat gerçekleştirebileceği gibi, bir başkasına (uzmanına) da yaptırabileceği kendiliğinden anlaşılır. Sözünü tutmayı yükümüne uymayan boyacının yerine boyacılıktan anlamayan alacaklı boyama edimini bizzat üstlenecek değildir ya! Nitekim TBK 473 II bu konuda çok açıktır: "İş sahibi, hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere onarımı veya işe devamı bir üçüncü kişiye verebilir."

"Olmasa da olur" bu "sözde yenilik" yerine, yasa koyucunun bu kural çevresinde koparılan tartışmalara açıklık getirmesi ve bu arada mahkeme kararı elde etme zorunluluğunu vurgulaması (bu konudaki kuşku gidermesi) daha yararlı olmaz mıydı acaba? Yeni kural bu retorik soruyu ister istemez gündeme getirir.

Haklı nedenle feshe yol açanın tam tazminatla yükümlü kılınması

Sürekli edimli sözleşmenin borçlunun sözleşmeye aykırılığından kaynaklanan bir haklı nedenle feshedilmesi üzerine alacaklının eksiksiz sözleşmeye aykırılık tazminatı bağlamında hem sözleşmeye aykırılıktan doğ-

¹ Bu yöndeki baskın görüş için bk. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız zenginleşme, § 17 N 6.

ma zararının hem de sözleşmenin vaktinden önce sona ermiş olmasından doğma zararının tazminini isteyebileceği doğaldır. Her iki zarar kaleminin de sözleşmeye aykırılık olgusuna neden sonuç bağıyla bağlı olup, sorumluluğun belirlenmesinde (sınırlanmasında) benimsenen popüler söylemle "normun koruma amacına" girdiği kuşkusuzdur. Nitekim BK 345/TBK 437 kuralları da bu beliti (mütearifeşi, aksiyomu) doğrular.

Bu nedenledir ki yeni BK 126'nın sözleşmeye aykırılık nedeniyle feshte büyük ifa etmeme tazminatı bağlamında sözleşmenin vaktinden önce feshi yüzünden doğmuş olan zararın da tazmin edileceğini belirtmesi yersizdir, gereksizdir.

Yasa koyucuyu bu "olmasa da olur" kuralı koymaya iten güdüler irdelenecek olursa, karşımıza şu gerçek çıkar: Sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi iptal gibi geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldırdığı dogmasına bağlı kalan yasa koyucu, dönmeye salt olumsuz zararın eklenebileceği sanısıyla, böylesine olumsuz bir etki doğurmayan feshte tam tazminatın fesihle istif edilmesinin olanaklı bulunduğunu vurgulama gereğini duymuştur. Bir önceki 125 III kuralına göz atılırsa, hem bu sanı hem de bu güdü net bir biçimde ortaya çıkar.

Gerçek şudur ki yalnız feshte değil dönmeye de alacaklı sözleşmeye aykırılık edip sözleşmenin çözümlenmesine ya da sona erdirilmesine yol açmış olan borçlusundan bu yüzden uğramış bulunduğu tüm zararları kucaklayan eksiksiz (büyük) tazminatı talep edebilir.

Yasa koyucunun bu gereksiz eklemeyi getirirken, dönmeye eşlik eden tazminattan ayrımlı olarak, borçlunun kusurlu bulunması gereğini vurgulamayı unutmaması ise menfaatler durumu özde iki sözleşmeye aykırılık olgusu arasında talihsiz bir çelişki yaratmıştır. Öyle anlaşılıyor ki gereksiz bir kural koyma girişimi yasa koyucuya pahalıya patlayacaktır.

Borçlunun imkansızlık olgusunu alacaklıya bildirme konusundaki davranış yükümü

Yeni BK 136 III kuralında kendi sorumluluğunu gerektirmeyen imkansızlık olgusuyla karşılaşan bir borçlunun bu olguyu gecikmeksizin alacaklıya bildirme, bu arada parasal kaybın artmasını önleme yükümü ve bu yüküme aykırılık edilmesi yüzünden alacaklının zarara uğraması halinde alacaklının zararını giderme yükümü öngörülmüştür.

Bu tazminat borcunun kaynağı (talep temeli) besbelli "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi"nden çıkma davranış (koruma) yükümünün ihlalidir. Böyle bir yükümse tüm ifa engelleri, hatta hükümsüzlük olguları

için geçerlidir; yoksa salt borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığı olgusu için değil².

Nitekim İtalyan Codice Civile mad. 1338 kuralında baştan veya sonradan karşılaşılan aksilikleri karşı yana bildirme yükümü edimlerin tasfiyesine (iadesine) yol açabilecek olan tüm hükümsüzlük ve ifa engeli olguları için öngörülmüştür.

Öyle anlaşılıyor ki ifa engelleri konusunda çağdışı kavramcı ve ayrımcı dogmanın etkisinde kalan ve gözlerine global vizyonu kapayan at gözlüğünü takan yasa koyucu imkansızlığın belirli bir türü için aklına gelen bir düzenlemeyi başkaca ifa engelleri için gözden kaçırmıştır.

Dileriz, bu "kaş yapma uğruna göz çıkarma", biçimsel bir "argumentum e contrario"ya (mefhumu muhaliften istidlal'e) yol açmaz; yani borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığı olgusu dışındaki aksiliklerde böyle bir davranış yükümünün ve bu yüküme aykırılık halinde de tazminat ödeme yükümünün yok sayılması sonucuna sürüklenmez!

Sorumluluğu gerektirmeyen imkansızlığın bölümselliğinde getirilen yeni düzenleme

Tüm bölümsel ifa engellerinde geçerli bir genel ilke vardır: "Yararlı olan bölüm yararsız (yaralı) bölümden etkilenmez." (Utile per inutile non vitiatur.) Baştan ve sonradan imkansızlıkta olsun, satılanın zapt edilmesinde olsun, satılanın ayıplı ifasında olsun, sözleşmenin müspet ihlalinde olsun, borçlu temerrüdünde olsun, hükümsüzlüklerde olsun, sakıncalı bölüm kesilip atılır; bulaşmaya (onkolojiden ariyet alınma bir deyimle "metastaza") izin verilmez. Atasözleriyle yinelemek gerekirse, "pire için yorgan yakılmaz"! Hukuki işlemi, en başta da sözleşmeyi elden geldiğince tümüyle ayakta tutup yürütme konusundaki yaklaşımın (favor negotii bakış açısının) doğa! uzantısıdır bu.

Yararlının yararsızdan olumsuz etkilenmesi yolundaki temel ilke ancak alacaklının bölümsel edimde ve ifada çıkarımın bulunmadığını nesnel ve düzgüsel (normatif) dürüstlük kuralı çerçevesinde inandırıcı biçimde kanıtlayabilmesi olasılığında rafa kalkar. Açıkçası, alacaklı nesnel ve düzgüsel dürüstlük kuralı ışığında bölümsel edimin ve ifanın işine yaramadığını, eğer bu aksiliği baştan bilmiş olsaydı bu işlemi hiç kurmayacak olduğunu inandırıcı biçimde ortaya koyabilirse bölümsel aksiliği tümel aksiliğe dönüştürebilir. Kostümün pantolonsuz ve sadece ceket olarak teslimi alacaklının böyle bir şansa sahip sayılabileceği ayrıkçı olasılığa örnek gösterilebilir. İşte o zaman bölümsel aksilik tümel aksiliğe dönüşür. Böyle bir du-

² Bk. Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, s. 131.

rumda karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmede kural olarak tüm edimler ister istemez sıfırlanır.

Ama alacaklı nesnel dürüstlük kuralının süzgecinden geçirilen bu kanıtı getiremedikçe, kural olarak işlem budama (kırpma) yoluyla kurtarılır. Böyle bir durumda karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmede alacaklının karşı edim borcu da bölümsel aksilik oranında düşürülür.

BK 20 II/TBK 27 II'nin bölümsel hükümsüzlüğe ilişkin kuralından, BK 193 II/TBK 218 II'nin bölümsel zapta ilişkin kuralından ve BK 206 II/TBK 230 I'in bölümsel ayıba ilişkin kuralından örnekseme (kıyas) yoluyla türetilen genelgeçer bir ilkedir bu³.

Tüm bölümsel ifa engellerine ilişkin genel bir kural koyacağı yerde, salt borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bölümsel ifa imkansızlığına ilişkin bir kural koyan yasa koyucu bu işi yaparken (biraz önce ele alınan TBK 136 kuralından sonra şimdi de burada) bir kez daha çağdışı ifa engelleri tipolojisinin ayrımcı dogmatizminin ve ifa engellerine global vizyona kapalı bir at gözlüğü ile bakmanın kurbanı olmuştur.

Yapılan yersiz işin kötü yanı şuradadır ki yasa koyucu bu gereksiz kuralda "yararlı bölüm yararsızdan zarar görmez" (utile per inutile non vitiatur) ilkesinin uygulanma alanını anlamsız biçimde daraltmıştır. Şöyle ki yeni kurala göre, alacaklı yalnız bölümsel ifada çıkarımın bulunmadığını kanıtlaması durumunda değil, ayrıca bölümsel ifaya razı olmaması halinde de bölümsel imkansızlığı tümel imkansızlığa dönüştürebilecektir.

Yasanın sözleşmenin yazgısını alacaklının mutlak istencine bırakması doğrusu anlaşılacak gibi değildir. Borçluyu alacaklının keyfine tabi kılan ve onun tēzvirine alet eden, hakkın kötüye kullanılmasına çanak tutan, dürüstlük kuralına ve bölümsel ifa engellerine ilişkin genel ilkeye ters düşen ve dünyanın hiçbir yasasında rastlanmayan bu haksız alacaklı seçeneğinin savunulacak hiçbir yanı olamaz.

Sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin olanaksızlığı

Yeni BK 126 kuralında ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde dönme hakkı yerine fesih hakkının kullanılacağı belirtilmektedir.

³ Bk. Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, s. 128 i.s.; Tandoğan, La nullité, la résiliation et la résolution partielle des contrats, s. 76 i.s.; Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, s. 100 i.s. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, Giriş, § 44 N 1 i.s.; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht N 64.31; Gauch/Schlupe/Jäggi, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 3258.

Bilindiği gibi, sürekli edimli sözleşmeler edimin sürgit yerine getirildiği ve edimin kapsamının da sözleşmenin süresiyle belirlendiği sözleşmelerdir. Doğalgaz, su ve elektrik abonman sözleşmeleri, yararlanma, iş görme (hizmet), saklama, ortaklık sözleşmeleri böylesi sürekli edimli sözleşmelerdendir⁴.

İşte bu gibi sözleşmelerde evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin tasfiyesine (iadesine) yol açabilecek hiçbir yaptırıma yer verilemeyeceği yazında ve yargıda yıllardır kökleşmiş bir ilkedir. O kadar ki sürekli edimli sözleşmelerde kapılar yalnız ifa sürecinde evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesine yol açabilecek olan sözleşmeden dönmeye kapalı tutulmaz; aynı zamanda, yerine getirilmiş edimlerin iadesine yol açabilecek olan iptal ve kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımlarına bile kapalı tutulur.

İşte bu nedenledir ki yasa koyucunun sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin yerini feshin alacağını anımsatması yersizdir; üstelik şeytanın avukatının olası "argumentum e contrario"suna (meffumu muhaliften istidlal'ine) yol açabileceği için sakıncalıdır da!⁵

Aşırı ifa güçlüğünün genel olarak döviz borçları ve özel olarak döviz üzerinden kira borçları için saklı tutulması

Çok iyi bilindiği gibi, aşırı ifa güçlüğü (işlem temelinin çökmesi) olayların büyük çoğunluğunda döviz borçlarının beklenmedik bir devalüasyon yüzünden ödenmez hale gelmesi olasılığında söz konusu olur. O kadar ki yargıda ve yazında ne zaman aşırı ifa güçlüğü (işlem temelinin çökmesi) kavramına rastlansa, o kavramın arkasında dövizde borçlu boy gösterir. Zaten aşırı ifa güçlüğü konusundaki yeni BK 138 kuralı da salt bu gibi dövizde borçluları koruma amacıyla yasaya konmuştur dense yeridir⁶.

Öyleyse yeni BK 138 II kuralının yabancı para borcunun ifasında, yeni BK 344 IV kuralının da yabancı kira parasının ifası borcunda işlem temelinin çökmesi kuramının (aşırı ifa güçlüğü kuralının) işleyeceğini adeta pa-

⁴ Bk. **Seliçi**, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 12 i.s.; **Altınok Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, s. 14 i.s.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 163 i.s.;

⁵ Sürekli edimli sözleşmelerde evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin tasfiyesine yol açabilecek tüm yaptırımların devre dışı kalacağı konusunda bk. **Altınok Ormancı**, anılan yapıta s. 160 i.s.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, Giriş, § 43 N 32; Yargıtay, 27. 6. 1955 günlü ve 9039 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan İçtihadı Birleştirme Kararı.

⁶ Salt aşırı ifa güçlüğüne düşen borçluları göz önünde bulundurduğu ve sözleşmeyle izlediği amacı boşa çıkan alacaklıları gözetmediği için yeni kurala yöneltilen eleştiriler için bk. **Baysal**, Sözleşmenin Üyarlanması, s. 86 i.s.

nik atak içinde iki kez üst üste hatırlatması "malumu ilam"ın göze batıcı en sivri örneğidir.

Sonsöz

Öyle sanıyorum ki Mustafa Dural hocanın "rahle-i tedrisinde" yetişmiş olan bilinçli hukukçular ileride yasama çalışmalarına katıldıklarında böylesine "malumu ilam" kabilinden kurullarla yasaları gereksiz yere şişirme talihsizliğine uğramayacaklardır.