

# YENİ BORÇLAR KANUNU'NDA "İFA ZAMANI" VE "ZAMANINDA İFA ETMEME" KONULARINDA RASTLANAN YENİLİKLER

Prof. Dr. Rona SEROZAN\*

## BORÇLAR KANUNU'NUN DEĞİŞTİRİLMESİ

Borçlar Kanunu - Medeni Kanun ikilisi, toplumun mülk üretme ve mülk edinme sürecinin temel yapı taşlarını döşer. Gerçekten de özel, bireysel mülkiyet ve serbest sözleşme paradigmaları bu ikili sayesinde toplumda işlerlik kazanır. İşte bu anlamdadır ki Medeni Kanun - Borçlar Kanunu ikilisi yalnız özel hukukun değil, tüm hukukun ana yasası sayılır.

Hiç kuşku yok, bu "ana yasada" zamanla değişim kaçınılmaz hale gelebilir; yasal kalıplar topluma dar gelmeye başlayabilir.

Nitekim Borçlar Hukuku alanında son yıllarda gözlenen "tsunami"ler 19'uncu yüzyıldan kalma Borçlar Kanunu'nu düpedüz koca dalgaların istilası altında bırakmıştır.

Gelişmelere bir göz atalım:

İnternette, online alışverişte, elektronik sözleşmelerde icap kabul trafiğinin, şekil ve yorum kurallarının özel bir düzenlemeye tabi tutulması.

Sözleşme tarafının (partnerinin) seçiminde haksız ayrımcılık yapma yasağının öngörülmesi.

Tüketicilerin oldu bittilere ve dayatmalara, bu arada genel işlem koşullarına, kapı önü işlemlerine ve sipariş edilmemiş mal ve hizmetlerin dayatılmasına karşı özel önlemlerle ve yaptırımlarla korunmaları.

Eksik hile (ihmalî aldatma) anlamında "undue influence" (haksız etkileme) kavramının İngiliz hukukundan aktarılması ve mağdura sözleşmeyi iptal yetkisi sağlanması.

Aşırı yararlanmada (gabinde) öğelerden birinin eksiğinin başka bir öğenin artışıyla kapatılmasını sağlayan "kum yığını" (Sandhaufen) kuramının benimsenmesi.

Atipik sözleşmeler alanında önsel, soyut ve değişmez kavramların yerine somut, somut ve değişken tipleri esas alan "tipolojik yöntemin" kök salması.

Banka aracılığıyla "kaydi paralı" ödemeler konusunda yeni kuralların ve kuramların oluşturulması.

Müşteriyi eşyanın taşınması sırasında gerçekleşebilecek risklere karşı korumak üzere, "yollanacak borçların" "götürülecek borçlara" çevrilmesi ve böylece hasarın müşteriye intikalinin olanaklı en son, en geç ana kaydırılması.

Parça borcunda imkansızlık ile temerrüt ikiliğine odaklanmış olan kavramcı ve ayrımcı klasik ifa engelleri modeli yerine sözleşmeye aykırılık (breach of contract) kavramının şemsiyesi altında pratik ve pragmatik, gerçekçi ve yalın yepyeni bir ifa engelleri modelinin benimsenmesi. Bu yeni modelde ifa engeline somut olaydaki ağırlığına ve özelliğine uyan bir yaptırımın bağlanması. (Cause approach'un yerini remedy approach'un, "Rechtsfolgenorientierung" un alması!)

İş sözleşmesi alanında işçiyi koruyan ve kayıran "işletme riski" (Betriebsrisiko) ve "tehlikeye yatkın iş" (Gefahreneigete Arbeit) kavramlarının geliştirilmesi.

Şirket birleşmelerinin (füzyonların) ortaya çıkardığı "alacaklıları ve hisse senedi sahiplerini özel olarak koruma gereksinimi" nin malvarlığının ve ticari işletmenin devri konusunda yeni düzenlemeleri beraberinde getirmesi.

Sözleşmesel sorumlulukta kusur sorumluluğundan garanti sorumluluğuna yönelme.

Tazminat sorumluluğunun yeni kavramlarla ve kuramlarla bir yandan (örneğin normatif zarar kavramıyla) genişletilirken, öte yandan (örneğin önceden görülebilirlik = foreseeability kavramıyla) daraltılması.

Sözleşme ilişkisinin tasfiyesinde haksız zenginleşme kurallarından firar edilip sözleşme kurallarına sığınılması.

Edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümlerine aykırılık katalogunun hem yükümler hem yükümlüler açısından genişletilmesi.

Konut ve para kiracısının konut ve para sahiplerinin fırsatçılığına ve sömürsüne karşı özel olarak korunması.

Tehlikeli işletmelerin kişilere zarar verme riskine karşı tehlike sorumluluklarının adamakıllı genişletilmesi.

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukukunun altını üstüne getiren müthiş tsunami dalgalarıdır bunlar.

Bütün bu dalgaların gündeme getirdiği yasa değişiklikleri dünyanın her yerinde bu yasaların önemine, ağırlığına yakışan bir mükemmeliyetçilikle (perfeksiyonizmle) gerçekleştirilir. Son olarak Hollanda'da ve Almanya'da yapıldığı gibi.

Ne yazık ki aynen 2002 yılında Medeni Kanun'u yenilerken eksik kalmış olan bu "mükemmeliyetçi yaklaşım" bu kez de Borçlar Kanunu'nu yenileme girişiminde eksik kalmıştır.

On dokuzuncu yüzyıldan kalmış ve kendi ülkesinde bile eleştiri ve reform talebi oklarına hedef olmuş İsviçre Borçlar Kanunu'nu sözcüğü sözcüğüne yeniden ama bu sefer 1920'lerin diliyle değil de 2000'lerin diliyle Türkçeye çevirmekle ve bu çeviriye 6570 sayılı Taşınmaz Kiraları Kanunu'nu, birkaç Alman "Genel İşlem Koşulu" kuralını, ayrıca buram buram şahsiyetçilik kokan birkaç kişiye özgü kuralı monte etmekle yeni bir Borçlar Kanunu yapılmış sayılamaz. Ne yazık ki tsunami dalgalarının pek azı dikkate alınmıştır bu yalınkat çeviri sırasında.

Yerli, ulusal, özgün bir Borçlar Kanunu'nun eldeki seksen yıllık zengin yargı ve yazın birikiminin varlığına karşın üretilememiş olması doğrusu çok üzücüdür.

Yeni yasanın olumsuzluklarının başlıca üç nedeni vardır: Avrupa'daki gelişmelere kapıları kapatmak, İsviçre yasasına kapanmak ve yanlış bir yasa hazırlama yöntemine kapılmak!

Yasa hazırlama yönteminde ciddiyetsizliğin en çarpıcı örneğini "gerekçeler" oluşturur.

Şöyle ki yeni yasanın yayımlanmış gerekçelerine sözcüğün gerçek anlamıyla "gerekçe" deyimini layık görülemez. Bunların büyük çoğunluğu sadece yeni baştan İsviçre'den aktarılan kuralda hangi konunun düzenlendiğini ve bu kuralda dil veya hüküm değişikliğinin olup olmadığını saptamakla yetinen "dostlar alışverişte görsün" kabilinden "baştan savmaca"lardır. Bunlarda kuralın konuş nedenini (ratio legis'ini) deyimini bulma olanağı yoktur.

Eğer her nasılsa böyle bir nedene rastlanacak olursa, o da "İsviçre'de durumun böyle olduğu"dur. Oysa İsviçre'de benimsenen bir çözüm Türkiye için bir gerekçe oluşturamaz.

Dahası, bu "sözde gerekçeler" kimi zaman gerçeği yansıtmamakta, adeta gerçeği gizlemekte ve düpedüz birer "kandırmaca" oluşturmaktadır. "Hüküm değişikliği yoktur" denilen kuralların bir bölümünde dikkatli bir okuyucu pekala hüküm değişikliği saptayabilmektedir.

Yasanın sözüm ona gerekçelerine yönelik yerinde bir eleştiri için bk. Koçhisarlıoğlu/Erişgin, Serozan'a Armağan, s. 1243 i.s.

Paradoks şu ya, tüm bilimsel çalışmalarında her zaman perfeksiyonist olmayı amaç bilmiş olan değerli meslektaşım Tankut Centel'e adanmış bu yazımda yeni Borçlar Kanunu'nun böylesi bir perfeksiyonizmden ne denli uzak bir yaklaşımla hazırlanmış olduğunu "ifa zamanı" ve "zamanında ifa etmeme" konularındaki yeni kurallarda sergilemeye çalışacağım.

## DİLDE ÖZENSİZLİK

İfa zamanına ilişkin yeni BK 90 kuralında "vade" deyiminin karşılığında "süre" sözcüğü kullanılmıştır. Bu işi yapanlar vadenin hukuk dilinde hem belirli gün (Termin) hem belirli süre (Frist) karşılığında kullanılageldiğini gözden kaçırmışlardır. Eğer vadeye süre denirse, vade kavramı bu iki değişik anlamından salt birine, "mehil" anlamına indirgenmiş olur. Buysa doğru olmaz.

İlginçtir, yasayı kaleme alanlar, yasanın başka kurallarında, örneğin BK 99 III'te, hatta vade yerine süre deyimini kullandıkları BK 91 ile BK 92 kurallarının başlıklarında bile beylik "vade" deyiminden vazgeçememişlerdir.

Yasanın dilinden söz açılmışken, örneğin icaba öneri (teklif), ariyete kullanma ödücüsü, karza tüketim ödücüsü, trampaya mal değişimi denmesinin de kulak tırmaladığını belirtmeli.

## MUACCELİYET KURALINDAKİ AKSAKLIK

Yeni BK 90 kuralında her borcun doğduğu anda muaccel olacağı yazılıdır. Eski BK ve yürürlükteki İsviçre BK böyle yazmamaktadır. Onlar "her borç doğduğunda ifa edilebilir ve talep edilebilir" demektedirler. Daha anlaşılabilir, daha net, daha tutarlı bir söylemdir bu. Çünkü bu geleneksel söylem muacceliyetin iki değişik anlamını vurgular: Borçlu tarafından ifa edilebilirlik (Erfüllbarkeit) ve alacaklı tarafından talep edilebilirlik (Beanspruchbarkeit). Birincisini engelleme alacaklı temerrüdüne, ikincisini engelleme ise borçlu temerrüdüne yol açar.

Gerçi genelde ikisi de aynı anda gerçekleşir; yani kural ikisinin kronolojik birliğidir. Gelgelelim, erken ifanın olanaklı tutulduğu durumlarda ve zaman aşımı süresinin dolmasından sonra "ifa edilebilirlik"ten söz edilebilirse de "talep edilebilirlik"ten söz edilemez.

Şunu da eklemeli: İfa gününden veya süresinden önce erkenden talep edilebilirlik olasılığı ile pek ender karşılaşılır. Bu ender olasılıklar, yaygın deyimle "muacceliyet kayıtlarında" (Faelligkeitsklausel'lerde), yasa gereğince de saklama (ve-

dia) sözleşmesinde, paylaşım (taksim) isteminde, kaim değer (Surrogat) isteminde ve makbuz isteminde karşımıza çıkar.

Dili araştırma kaygıları içinde çalıştığı anlaşılan ve bu kaygısında övgüyü de hak eden yasa koyucudan, halk ağzında kökleşmiş "vade" sözcüğü ile oynayacak yerde, halkın hiç mi hiç anlayamayacağı "muacceliyet" sözcüğüne anlaşılabilir bir karşılık bulması, eğer bulamayacak idiyse, eski BK 74 kuralının ifa edilebilirlik ve talep edilebilirlik deyimlerini koruması beklenirdi.

## AYLA İLGİLİ VADELERE GEREKSİZ BİR EKLEME

Yeni yasaya son anda eklenen ve İsviçre'de de karşılığı bulunmayan BK 91 II kuralında "borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirtilmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır" denmektedir.

Oysa bu kuralın hemen ardından gelen BK 92 bent 3 kuralında açıkça, salt ay olarak belirlenmiş (günü açık bırakılmış) vade bakımından, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçıncı günü ise, ayın bunu karşılayan gününün taraflarca kararlaştırılmış sayılacağı yazılıdır. Aynı kural 2nci bentte salt hafta olarak belirlenmiş vade için de yinelenmektedir. Son anda yapılan müdahalenin sözleşmenin oluşturulduğu gün ile ayın son günü arasında yarattığı çelişkinin örtülü ya da gerçek olmayan yasa boşluğunu doldurma tekniği ile nasıl aşılabacağı doğrusu merakı değer.

## BORÇLUYU TEMERRÜDE DÜŞÜRMEK İÇİN İHTAR GEREĞİNİN KALDIRILMASI

Bilindiği gibi, borçlu temerrüdünün ön koşulu temerrüt ihtarıdır. Borçlu ifayı geciktirmiş olduğu konusunda ciddi biçimde uyarılmalıdır ki faiz ödeme ve kazadan sorumluluğa katlanma gibi borçlu temerrüdüne ilişkin sakıncalı sonuçlara boyun eğmesi kendisinden beklenebilsin. (BK 117 I)

Alacaklı için böyle bir ihtarda bulunma zorunluluğu bu gerçeğin ışığında kendiliğinden anlaşılabilir nedenlerle şu iki durumda kalkar:

a) Borçlunun ifada bulunacağı zamanla ilgili herhangi bir tereddüt duymayaçağı olasılıkta. Ta Roma hukukundan gelme bir özdeyişle, takvimin alacaklı yerine borçluyu zaten uyardığı olguda. (Dies interpellat pro homine)

Borçlunun edimi için daha baştan bir vadenin öngörüldüğü veya böyle bir belirli vadenin sonradan sözleşmeye dayanan bir ihbarla (yaygın deyimle, muac-

celiyet ihbarıyla) saptandığı durumlarda, doğaldır ki ihtara da yer ve gerek kalmaz. Nitekim BK 117 II de bu aksiyomu (mütearifeyi) kurala bağlamıştır.

b) Yasada açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, temerrüt ihtarını, yine dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında kendiliğinden anlaşılabilir nedenlerle ayrıca şu olasılıkta da gereksiz sayılır: Eğer borçlu borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmişse.

Bk. Wiegand, Basler Kommentar, OR 102 N 11, İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 94 II 26; daha vadeden önce "öncelenmiş ihlal" (anticipatory breach) için ayrıca bk. BGE 110 II 141.

Son zamanlarda Avrupa'da bu sayılı (sınırlı) "ihtarsız temerrüt" olgularını genişletme eğilimi dikkati çeker. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin, para borçlarının ifasını hızlandırmak ve kolaylaştırmak amacıyla çıkardığı Yönergelerde, para borçlusunun ihtarını beklemeyi hak etmediği tüm olgularda temerrüt ihtarını temerrüdüne koşulu olmaktan çıkarması ilginçtir. Bu Yönerge doğrultusunda yürürlüğe sokulan yeni Par. 286 BGB kuralı da bu açıdan ilgiyle incelenmelidir.

Yasa koyucumuz AB Yönergeleri doğrultusunda ihtarsız temerrüt olgularını öngörmesi beklenen alanlarda pasif ve sessiz kalmış, buna karşılık ihtarsız temerrüt düzenlemesine hiç yer ve gerek bulunmayan olguları BK 117 II kuralına katmıştır.

Şöyle ki yeni BK 117 II kuralına göre, "haksız eylemden ötürü tazminat borçlusunu haksız eylemin işlendiği tarihte, haksız zenginleşmeden ötürü iade (tasfiye) borçlusunu da haksız zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüdüne düşmüş sayılır.

Yalnız iyi niyetli haksız zenginleşen borçlusunu temerrüde düşürebilmek için yine de ihtar şarttır."

İşlediği eylemin hukuka aykırılığının bilincinde olan haksız eylem failinin ve başkasının hukuk alanına haksız bir müdahalede bulunan kötü niyetli zenginleşenin daha eylemin ve müdahalenin gerçekleştiği anda ihtarsız temerrüde düşmüş sayılacağı, ta Roma ve pandekt hukukundan beri vecizeleşmiş bir bellittir: Fur semper in mora = Hırsız her zaman mütemerrittir! Bu vecizeyi taşıyan düşünce de böylesi kötü niyetli kişilerin ihtar beklemeyi zaten hak etmemeleridir. (Nemo auditur...)

Bk. von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, s. 140 i.s.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR Allgemeiner Teil, N 2975; Weber, Berner Kommentar OR 102 N 147; Wiegand, Basler Kommentar, OR 102 N 11

Buna karşılık, iyi niyetli kişilerin ki bunların arasına yasa koyucunun sandığı gibi, salt haksız zenginleşme borçluları girmez; aynı zamanda sözleşme dışı sorumluluğa tabi tutulanlar da girer, ancak ihtar, talep veya dava tarihinden itibaren

temerrüde düşmüş ve dolayısıyla temerrüt faizi ödeme borcu altına girmiş sayılabilirler. Çünkü ancak bu tarihlere iyi niyetli olmaktan çıkarlar; gerçek anlamda "mütemerrit" (direngen) sayılabilirler.

BK 117 II kuralına akıl almaz bir işgüzarlıkla yapılan eklemenin ayrıntılı bir eleştirisi için bk. Nomer, Serozan'a Armağan, s. 1303 i.s.

Şu noktayı da eklemeli: Eğer haksız eylem ve zenginleşme mağduru davacı, zararın ve zenginleşmenin belirleneceği an olarak hüküm tarihini seçebilecekse (ki böyle bir eğilim vardır) o zaman haksız eylem ve haksız zenginleşme borçlarında temerrüdün ve dolayısıyla temerrüt faizinin başlangıç anı pratik önemini geniş ölçüde yitirir. Şöyle ki temerrüt faizi zarar giderimin ve iade edilecek zenginleşmenin kapsamına

alınır; onların içinde eritilir.

## TEMERRÜT FAİZİYLE İLGİLİ YEDEK VE BUYURUCU İKİ YENİ KURAL

Yeni BK 120 kuralına göre, eğer taraflar uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranını kararlaştırmamışlarsa, bu oran faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan özel mevzuat kurallarına göre belirlenir. (Yedek kural)

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı özel mevzuatça saptanmış yıllık faiz oranının yüzde yüzünden fazla olamaz. (Buyurucu kural)

Sözleşmesel faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık sözleşmesel faiz oranı mevzuatın öngördüğünden yüksekse, temerrüt faizi oranı hakkında sözleşmesel faiz oranı geçerli olur. Yoksa özel mevzuata göre daha düşük olan temerrüt faizi oranı değil! Böylece sözleşmesel faizden daha düşük bir temerrüt faizi ödeme çarpıklığı (paradoksu) önlenmiş olur. (Yedek kural)

Ülkenin oldum olası "konut kirasını" ve "para kirasını" özel bir sınırlama rejimine tabi tutma gereğini duyduğu anımsanırsa, bu müdahaleci rejim aynen taşınmaz kirasındaki müdahaleci rejim gibi desteği ve övgüyü hak eder.

Fahiş faizle savaşım serbest pazar ekonomisinin araçlarıyla yürütülemez. Bu savaşım ancak serbest pazar ekonomisinin açıklarını kapatıcı araçlarla ve müdahalecilikle yürütülebilir.

Böyle bir yaklaşıma karşı demagojik bir kavram olarak ortaya atılan "sözleşme serbestliği", somut yaşam gerçeğinde, tavuk kümesinde serbestçe dolaşabi-

len tilkinin serbestliğinden başka bir şey değildir. "Rekabetçi liberal düzen" çığırkanlığı bu apaçık gerçeği örtbas edemez.

Bu arada şunu da eklemeli: Kimi hukukçunun önerdiği gibi, sözleşmesel faizi sınırlayıp, temerrüt faizini serbest bırakmak yerinde olmaz. Çünkü para alacaklıları, özellikle de bankalar asıl kazançlarını sözleşmesel faizde değil, borçlularını bile bile ve seve seve düşürdükleri temerrüt tuzağındaki fahiş temerrüt faizinde arayıp bulurlar.

## DÖVİZ ALACAKLISININ DİRENGEN DÖVİZ BORÇLUSUNA KARŞI HAKSIZ VE SAKINÇALI AYRICALIKLARI

Döviz borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçluya karşı evvelce "döviz ipoteği" ile birlikte yapılan "yabancı para kompleksli" bir değişiklikle, döviz alacaklısına gereksiz yere, ticari senetlere özgü olağanüstü bir seçimlik yetki tanınmıştı. (Krş. yeni Ticaret K. 802)

Bu süper yetki, döviz alacaklısına, dövizin, eğer zamanla düşmüşse, geçmişte kalmış "vade günü", yok eğer zamanla yükselmişse, güncel "fiili ödeme günü" TL karşılığını isteyebilme seçeneğini sunuyordu.

Aslında TL alacaklılarına, özellikle de maaş ve ücret alacaklılarına karşı haksız bir ayrımcılıktı bu. Şöyle ki döviz alacaklıları para değerinde kendileri için olumsuz dalgalanmalara bağlı zararlarını kendilerine sunulan süper yetki sayesinde adeta "bizzat ihkaki hak" yoluyla "re'sen" tazmin ettirebilirlerken, enflasyonzede TL alacaklıları ve bu arada bordro mahkumları enflasyon zararlarını ancak "munzam zararlarını" kanıtlamada ter dökerek bin bir zorlukla "yargıç kararıyla" tazmin ettirebiliyorlardı.

Şimdi yeni BK 99 kuralı döviz alacaklısı yararına bu gereksiz ve haksız ayrımcılığa bir de dövizin aynen (efektif) olarak ödenmesini isteme seçeneği eklemiştir. Oysa, bilindiği gibi, dövizin efektif olarak ödeme koşulu açıkça kararlaştırılmadıkça (ki genelde kararlaştırılmaz), borçlunun döviz borcunu ulusal para ile ödeme yetkisi ta Ortaçağ'dan beri yalnız borçluyu koruma kaygısıyla değil, ama aynı zamanda ulusal paranın saygınlığını koruma kaygısıyla da adeta kutsanan bir yetki sayılmıştır.

Nitekim yeni BK da ülke parasıyla ödemenin ana kuralı oluşturduğunu, dövizle ödeme yükümünün varlığı için açık bir "aynen ödeme" kaydının bulunmasını şart koşarak vurgulamaktadır. Aynı kaygıyladır ki İcra ve İflas K. mad. 58 kuralında

da cebri icra takibinin ulusal para üzerinden yapılması şart koşular. İsviçre'de de borçlunun döviz borcunu ulusal parayla kapatma konusundaki seçimlik yetkisi her fırsatta kutsanır.

*Bk. Mercier, Handkommentar OR 84 N 14 - 17*

Yeni BK döviz borçlarının ödenmesinde alacaklı yararına evvelce tanınmış olup haksız bir ayrımcılığa (döviz alacaklısını kayırmaya) yol açan ayrıcalığı hiçbir ülkede rastlanmayan bir biçimde geliştirirken, sözün özü, iki seçeneqli yetkiyi üç seçeneqli yetkiye çıkarırken, yalnız döviz borçlusunun çıkarlarını değil ama aynı zamanda tarihsel kökeni Ortaçağa kadar uzanan ve icra iflas hukukuna da yansıyan bir temel ilkeyi hiçe saymaktadır.

Yalnız şu noktayı da eklemeli: Döviz konusundaki istikrarsızlık ortadan kalkalı beri, döviz alacaklısına tanınan ayrıcalığın pek bir pratik önemi de kalmamıştır.

İlginç nokta şudur ki BK 99'un gerekçesinde eski yasaya göre herhangi bir hüküm değişikliğinin yapılmadığı belirtilmektedir.

## ZAMANINDA İFA ETMEMEYE BAĞLANAN YAPTIRIMDAKİ AKSAKLIK

Sürekli edimli sözleşmelerde fesih hakkına eşlik edebileceği yeni BK mad. 126 kuralında kabul edilen eksiksiz sözleşmeye aykırılık tazminatının dönme hakkına eşlik edemeyeceği, dönmenin koluna ancak olumsuz hükümsüzlük zararının eşlik edebileceği sanısı ve saplantısı (yeni BK 125 III) dönmenin sözleşmeyi feshinden ayrımlı olarak ve aynen iptal gibi geçmişe etkili biçimde silip süpürdüğü yolundaki aşılması dogmaya dayanır. Alacaklının uğradığı zarar her iki olasılıkta da borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı olduğuna göre, anlaşılacak gibi değildir bu!

İsviçre BK'nun yapılmasıyla ilgili tarihsel bir rastlantıya dayanan ve bir benzerine hiçbir Avrupa yasasında rastlanmayan, üstelik bizatihi İsviçre - Türk BK'nun zaptta ve ayıpta dönmeyle tam tazminatı pekala yığıştıran düzenlemesiyle (BK 217, 229 ile) de çelişen bu düzenleme tüm İsviçreli hukukçularca ağızbirliğiyle "izole, talihsiz ve saçma sapan" diye eleştirilir.

*Bk. örneğin Weber, Berner Kommentar, OR 109 N 182 i.s.; Thévenoz, Commentaire Romand, OR 109 N 16.*

Bu çağdışı anlayışın yol açtığı pratik sonuçlar ise düpedüz şoke edicidir; para alacaklısına "takas kuralı" ve teslimini borçlandığı eşyayı henüz elinden çıkarmayan alacaklıya da "fark kuramı" çerçevesinde sunulan mala ve tam tazminata ka-

vuşma avantajı, malı elinden çıkarmış olduğu için takas kuralının ve fark kuramının sağladığı edimi alıkoyma ve eksiksiz tazminat elde etme avantajından yararlanamayacak olan alacaklıdan gereksiz ve haksız yere esirgenir.

Bu arada, yeni BK 126 kuralında ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde dönme yerine fesih hakkının kullanılacağı ve ayrıca tam tazminat istenebileceği belirtilirken düşülen aymazlığa değinmeden geçmeyelim.

Bilindiği gibi, sürekli edimli sözleşmeler edimin sürgit yerine getirildiği ve edimin kapsamının da sözleşmenin süresiyle belirlendiği sözleşmelerdir. Doğalgaz, su, elektrik abonman sözleşmeleri, yararlanma ve hizmet görme sözleşmeleri sürekli edimli sözleşmelerin prototipi sayılabilir.

İşte bu tür sözleşmelerde evvelce yerine getirilmiş edimlerin tasfiyesine (iadesine) yol açabilecek hiçbir yaptırıma yer verilemeyeceği yazında ve yargıda yıllardır kökleşmiş bir ilkedir. Sürekli edimli sözleşmelerde kapı yalnız ifa sürecinde evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesine yol açabilecek olan dönmeye kapalı tutulmaz, aynı zamanda, aynı şekilde edim iadesine yol açabilecek olan iptale ve kesin hükümsüzlüğe de kapalı tutulur. Bu nedenle de yasa koyucunun sürekli edimli sözleşmede dönmenin yerini feshin alacağını anımsatması yersizdir, gereksizdir.

*Bk. örneğin Seliçi, Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977; Yargıtay'ın 27. 6. 1955 günlü ve 9039 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan İçtihadı Birleştirme Kararı.*

## SONSÖZ

Bu yazıda ele alınan ifa zamanına ve zamanında ifa etmemeye ilişkin yeni Borçlar Kanunu kurallarının irdelenmesinin gözler önüne serdiği üzücü gerçek şudur: Ortaya çıkan hukuksal ürün doyurucu olmaktan uzak, eksik ve aksak bir ürün olmuştur.