

T.C
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE
BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK,
HÜKÜM VE SONUÇLARI

HAZIRLAYAN
ZEYNEP İPEK YÜCER

ANKARA- 2006

T.C
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE
BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK,
HÜKÜM VE SONUÇLARI

HAZIRLAYAN
ZEYNEP İPEK YÜCER

DANIŐMAN
PROF.DR.FİKRET EREN

ANKARA- 2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
ÖZET	v
SUMMARY	vii
GİRİŞ	iv
§ 1. İMKANSIZLIK KAVRAMI VE İMKANSIZLIK HAKKINDAKİ TEORİLER.....	1
I. İMKANSIZLIK KAVRAMI.....	1
II. İMKANSIZLIK HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER.....	4
1. Mantıki (Felsefi) İmkansızlık Görüşü	4
2. Hukuki İmkansızlık Görüşü	7
§ 2. İMKANSIZLIĞIN ROLÜ VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	10
I. İMKANSIZLIĞIN ROLÜ.....	10
1. İmkansızlık Butlan Sebebidir.....	10
2. İmkansızlık Borçluyu Borçtan Kurtaran Bir Sebeptir	10
3. İmkansızlık Sorumluluk Sebebidir.....	11
II. İMKANSIZLIK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	11
1. Genel Olarak	11
2. İmkansızlığın Aşırı İfa Güçlüğünden Farkı.....	12
3. İmkansızlığın İşlem Temelinin Çökmesi İle Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasından Farkı	15
4. İmkansızlığın Kötü ifadan Farkı	18
5. İmkansızlığın- Temerrüitten Farkı	19
BİRİNCİ BÖLÜM.....	22
§ 3. İMKANSIZLIĞIN ÇEŞİTLİ TÜRLERİ.....	22
I. Objektif İmkansızlık- Sübjektif İmkansızlık.....	23
1. Objektif İmkansızlık.....	23
2. Sübjektif İmkansızlık.....	25
II. Başlangıçtaki İmkansızlık- Sonraki İmkansızlık.....	28
1. Başlangıçtaki İmkansızlık.....	28
a) Şarta Bağlı Sözleşmelerde Durum	31
b) İzin veya İcazete Bağlı Hukuki İşlemlerde Durum.....	33
III. Tam İmkansızlık- Kısmi İmkansızlık.....	33
1. Tam İmkansızlık.....	33
2. Kısmi İmkansızlık	34
a) Konu Yönünden Kısmi İmkansızlık.....	35
b) İfa Yeri Yönünden Kısmi İmkansızlık	36
c) İfa Zamanı Yönünden Kısmi İmkansızlık	38
IV. Sürekli İmkansızlık- Geçici İmkansızlık.....	39
1. Sürekli İmkansızlık.....	39
2. Geçici İmkansızlık.....	40
a) Kesin Vadeli İşlemlerde Durum.....	41

b) Sürekli Borç İlişkilerinde Durum.....	43
V. Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkansızlık- Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık- Borçlunun Sorumlu Olmadığı Diğer İmkansızlık Halleri.....	44
1. Genel Olarak	44
2. Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkansızlık Halleri	46
3. Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık Halleri	47
4. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Diğer İmkansızlık Halleri	48
a) Alacaklının Eylemleri (Fiilleri).....	49
b) Üçüncü Şahısların Haksız Eylemleri (Fiilleri).....	50
İKİNCİ BÖLÜM	51
§ 4. BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK	51
I. Başlangıçtaki İmkansızlık Kavramı.....	51
II. Başlangıçtaki İmkansızlığın Unsurları.....	52
1. İmkansızlık En Geç Sözleşmenin Kurulması Anında Mevcut Olmalıdır ..	52
2. İmkansızlık Objektif Nitelikte Olmalıdır.....	53
3. İmkansızlık Kesin (Mutlak) Olmalıdır	55
4. İmkansızlık Sürekli Olmalıdır.....	56
5. İmkansızlık Sebebiyle İfa Edilemez Hale Gelen Edimin Yerine Başka Bir Değer Geçmemiş Olmalıdır	57
§ 5. BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIĞIN TÜRLERİ	60
I. Başlangıçtaki Fiili İmkansızlık- Başlangıçtaki Hukuki İmkansızlık	60
1. Başlangıçtaki Fiili İmkansızlık	60
2. Başlangıçtaki Hukuki İmkansızlık	62
II. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlık- Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlık....	64
1. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlık.....	64
2. Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlık.....	66
a) Sürekli Borç İlişkilerinde.....	68
b) Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Borçlarda	69
c) Seçimlik Borçlarda	71
d) Cins Borçlarında	72
e) Parça Borçlarında	73
§ 6. İMKANSIZLIĞIN İSPATI	74
I. İmkansızlık Yönünden İspat Yükü	74
II. Sorumluluk Yönünden İspat Yükü	75
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	76
§ 7. BORÇ SÖZLEŞMELERİNDE BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	76
I. Genel Olarak.....	76
II. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları	78
1. Borçlunun Kusurlu Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları.....	78
a) Butlan (Geçersizlik).....	79
b) Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in contrahendo)	84

c) Müspet Zararın Tazmini	89
2. Borçlunun Kusursuz Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları	89
a) Butlan.....	90
b) Önceden İfa Edilen Karşı Edimin İadesi	91
c) Garanti Sorumluluğu	92
3. Her İki Tarafın da Kusurlu Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları.....	93
III. Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları.....	94
1. Sonraki Sübjektif İmkansızlık Hükümlerinin Uygulanması.....	95
2. Temerrüt Hükümlerinin Uygulanması	96
3. Garanti Sorumluluğu	97
§ 8. BAŞLANGIÇTAKİ OBJEKTİF İMKANSIZLIKTA SÖZLEŞMENİN KORUNMASI	100
I. Kısmi Butlan.....	101
1. Genel Olarak	101
2. Butlan Anlaşması	102
3. Hakimin Sözleşmenin Sakat Kısmının Yerine Geçecek Hükümü Tarafların İradelerine Göre Tespit Etmesi	103
4. Kısmi Butlanın Türleri.....	104
II. Tahvil.....	105
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	111

KISALTMALAR

BGB	:Burgerlichesgesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK	:Borçlar Kanunu
bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
E.	:Esas
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İBGK	:İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	:İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:Medeni Kanun
s.	:sayfa
T.	:Tarih

GİRİŞ

§ 1. İMKANSIZLIK KAVRAMI VE İMKANSIZLIK HAKKINDAKİ TEORİLER

I. İMKANSIZLIK KAVRAMI

Sözleşmeler hukuki işlem türü olarak, tarafların birbirlerine uygun iradelerini açıklamak suretiyle aralarında kurulmasını istedikleri hukuki işlemin oluşmasına yararlar. Sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin araçlarıdır. Sözleşmelerde neyin kararlaştırılacağı, hukuk düzeninin sınırları içinde tarafların iradelerine bağlıdır. Onların bu hürriyetine de “sözleşme özgürlüğü=akıt serbestesi” denir¹. Ancak “sözleşme özgürlüğü” bir çok halde sınırlanabilir. İşte bu sınırlamalardan birini de “imkansızlık” oluşturur.

Borçlar Kanunu (BK) ve Medeni Kanun (MK) çeşitli hükümlerinde imkansızlık kavramını ele almış olmakla birlikte, bu kavramı tanımlamış değillerdir. İmkansızlık kavramı ile ilgili olarak özellikle BK’daki düzenlemeler incelendiğinde, ilk olarak BK’nın 20/I. maddesinde bu kavrama yer verildiği görülmektedir. Buna göre: “ Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka mugayir olursa o akıt batıldır.” Aynı şekilde, BK’nın 96.maddesi, “ Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.” hükmünü taşımaktadır. Keza, BK’nın 117. maddesi “ Borçluya isnat olunamayan

¹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 270.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 483.; Schwarz, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, Çeviren: Davran, Bülent, I.Cilt, İstanbul 1948, s. 326.

haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.”, demek suretiyle, bizi imkansızlık kavramı ile karşı karşıya getirmektedir.

“İmkansızlık”, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkansızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir. Bu niteliği ile imkansızlık, temerrütün karşıtıdır. İmkansızlığın pratik önemi borçluya karşı aynen ifanın zorla sağlanamamasında ortaya çıkar²

Borç ilişkisinin sona ermesi gibi hukuken önemli sonuçlara neden olan “imkansızlık” kavramını tanımlamayan kanun koyucu, bu kavramın tanımlanmasını doktrine bırakmıştır. Doktrinde imkansızlığın birbirinden farklı bir çok tanımı yapılmıştır.

Bir görüş, imkansızlığı, edimin içeriği değişmeksizin, borçlunun etkinliği ile aynen gerçekleştirilmesinin sürekli olarak mümkün olmaması³ şeklinde tanımlanmaktadır. Buna karşılık, bizim de katıldığımız başka bir görüş ise, imkansızlığı, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak tarif etmektedir⁴.

İmkansızlık, bir veya birden çok edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının imkansızlığı, asli edimler yanında yan edimler için de söz konusu olabilir. İmkansızlık genellikle edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Ancak, bazı durumlarda imkansızlık, edim fiiline ilişkin de olabilir⁵. Örneğin; istisna sözleşmesinde, terzinin borçlandığı edim, elbisenin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi açısından

² Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006, s. 163.

³ Serozan, İfa Engelleri, s. 163.

⁴ Eren, s. 295.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 542.;

İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s. 503.; Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Konya 2002, s. 325.; Akıntürk, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 33.; Velidedeoğlu, Veldet/ Özdemir, Refet: Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 52.; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 77.

⁵ Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 90.

edim sonucunu oluşturmakta iken, terzinin borca uygun olarak yapması gereken davranış da edim fiilini oluřturur⁶.

İmkansızlık, genellikle parça borcu, sınırlı cins borcu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde söz konusu olur⁷. İmkansızlık yapmama edimlerinde de söz konusu olabilir. Örneğin; imar mevzuatına göre yapılacak binaların yüksekliği konusunda kanuni düzenleme bulunduğu için, komşu aynı yüksekliğe uyacağını taahhüt etmişse, bir yapmama edimi vardır⁸. Eğer komşu, böyle bir taahhüde aykırı olacak şekilde bir edim yüklenmişse, herhangi bir borç doğmaz. Çünkü burada, başlangıçtaki imkansızlık söz konusudur⁹. Buna karşılık, cins ve para borçlarında borcun ifası imkansız hale gelmez¹⁰.

İmkansızlığın genel olarak; ifa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen borç veya edimden dolayı ortaya çıktığı söylenebilir. Ancak, bu durumda da cevap verilmesi gereken soru; bir edimin ne zaman imkansız olduğu veya imkansız hale geldiğidir. Bu soruya cevap veren görüşler iki ana grupta toplanabilir. İlk görüş, imkansızlığın mantıki (felsefi) bir kavram olduğunu savunurken, ikinci görüş, imkansızlığın hukuki bir kavram olduğunu ileri sürmektedir¹¹.

⁶ Eren, s. 995.

⁷ Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2003, s. 185.

⁸ Altunkaya, s. 90.

⁹ Yargıtay HGK, 27.2.1985 T., 15-74 E., 254 K.: "Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonucunda, projesine göre 5 katlı yığma bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukuki imkansızlık nedeniyle BK. nun 20/1. maddesi gereğince baştan itibaren batıl olduğunu, çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince imkansız bulunduğunu, taraflar ileri sürmeseler bile hakimin butlanı re'sen nazara alması icap ettiğini, sözleşme batıl olduğundan her hangi bir hukuki sonuç, başka ifade ile taraflar için bir borç veya alacak meydana getirmeyeceğini" Bu karar için bkz. kazanci.com.tr

¹⁰ Altaş, Eser, s. 195.; Altunkaya, s. 90.; Gauch, Peter: Werkvertrag, 4. Auf., Zürich 1996, s. 145. Bu yazar için bkz., Altunkaya, s. 13.

¹¹ Eren, s. 297.;Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 7.

II. İMKANSIZLIK HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

1. Mantıki (Felsefi) İmkansızlık Görüşü

Mantıki imkansızlık görüşünü savunan yazarlara göre; imkansızlıktan, ancak mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde söz edilebilir. Başka bir deyişle, mantığın tabiat kanunlarına göre imkansız saydığı hususlar, hukuk tarafından da imkansız kabul edilmelidir. Bu durumlarda edimi ifa etmek herkes için imkansızdır¹². Örneğin; henüz icat edilmemiş olan dünya devridaim makinesinin yapımı taahhütündeki imkansızlık, böyle bir imkansızlıktır. Çünkü böyle bir makinenin yapımı, geçmişte mümkün olmadığı gibi, bugün ve gelecekte de teknik açıdan mümkün değildir¹³.

Mantıki imkansızlık sadece tabiat kanunlarından doğmaz. Tabiat kanunlarına göre mümkün olan bir şey fiilen imkansız olabilir. Bu nedenle, mantıki imkansızlığı dar kalıplar çerçevesinde değerlendirmeyerek, fiilen yapılamayacak bir hususu da mantıki imkansızlık içinde saymak gerekmektedir. Örneğin; okyanusun en derin yerine düşen bir yüzüğün çıkarılmasına mantık kuralları yönünden bir engel yoktur, fakat bu, fiili yönden imkansızdır¹⁴. Yine, yanmış bir evin veya üretimden kaldırılmış

¹² Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 112.; Brox: Allgemeines Schuldrecht, München 1969, s. 224.; Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, allgemeiner Teil, vierte durchgesehene Auflage, München 1968, s. 249. Bu yazarlar için bkz. Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.

¹³ Başpınar, s. 112.

¹⁴ Dural, Mustafa: İmkansızlık Kavramı ve Türleri, (BATİDER, 7.Cilt, 1.Sayı, Ankara 1973, s. 13-57), s. 14.

ve mevcudu kalmamış bir malın satımında da fiili imkansızlık vardır¹⁵ Yargıtay'ın da bazı içtihatlarında buna benzer örnekler bulunmaktadır.¹⁶

Öte yandan, bazı durumlarda, edimin yerine getirilmesine mantık kuralları veya fiili durumlar engel olmasa bile, bir hukuk normu engel olabilir. Bu hallerde, kaynağı, hukuk normu olan ayrı bir imkansızlık türü, yani dar anlamda hukuki imkansızlık söz konusu olur¹⁷. Örneğin; sit alanı olan bir arsanın üzerine bir apartman yapılamamasında dar anlamda hukuki imkansızlık söz konusu olur. Örnekten de anlaşılacağı gibi, her ne kadar bir arsa üzerine bir apartman yapılmasında mantıki veya fiili bir imkansızlık söz konusu olmasa da, ilgili hukuk normunun getirdiği yasak çerçevesinde hukuki bir imkansızlık ortaya çıkmaktadır¹⁸.

Dar anlamda hukuki imkansızlık, hukuka veya ahlaka aykırı bir edimin borçlanılmasından ortaya çıkabileceği gibi, idari veya zabıta tedbirlerinden veya kamulaştırmadan, hatta örf ve adet hukukuna aykırılıktan dolayı da ortaya çıkabilir¹⁹.

Bir mal hakkında ithal veya ihraç yasağının mevcut olması halinde, sözleşmenin hukuki imkansızlık nedeniyle mi, yoksa hukuka aykırılık nedeniyle mi sakat olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, böyle bir halde hukuki imkansızlık vardır, çünkü ithal yasağı olan malın ithali, mantık kurallarına göre mümkün olduğu gibi objektif yönden de mümkündür²⁰. Bazı yazarlar ise, konuyu ikiye ayırarak

¹⁵ Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, Çeviren: Edege, Cevat, Cilt: 1-2, Ankara 1983, s. 263.

¹⁶ Yargıtay 15.HD, 29.6.1977 T., 971 E., 1438 K.: “tarafaların aralarında akdettikleri sözleşmeye göre bilimum mimari plan ve datayların, kubbe tecrübelerinin neticesi alındıktan sonra hazırlanacağı kararlaştırdıklarını, ancak, çeşitli denemelerden sonra, Türkiye’de böyle bir tecrübenin yapılamayacağı ortaya çıktığından, bu durumda mimari plan ve datayların yapılma borcu mümkün olmadığından ve fiili imkansızlıktan dolayı davacıların söz konusu borçtan kurtulduklarını” belirtmiştir. Bu karar için bkz.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 542

¹⁷ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 10.

¹⁸ Yargıtay 15.HD, 27.4.1989 T., 4461 E., 2129 K.: “bir sözleşmenin konusunun olanaksız bulunması durumunda bu sözleşme geçersiz olduğunu, keza bir sözleşmenin konusunun ancak yasanın gösterdiği sınırlar içinde serbestçe belirlenebileceğini, tedbirli bir iş adamı sıfatıyla, olayda davacı konumunda olan yüklenicinin SİT alanına giren arsa üzerinde sözleşmede yazılı inşaatı yapamayacağını bilmek durumunda olduğundan, böyle bir sözleşme imzalamakla yüklenicinin baştan beri kusurlu olduğunu” belirtmiştir.” Bu karar için bkz.; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler), 6. Bası, İstanbul 2003, s. 730

¹⁹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 12.

²⁰ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.

incelemektedir. Buna göre, ilk olarak, mantık kurallarına göre imkansız olan sözleşmelerin hukuki imkansızlıktan dolayı sakat olduğunu belirterek, yasak olmasına rağmen ithal edilen bir mala, sözleşmenin yapıldığı anda kamu otoriteleri tarafından el konulması halinde, durumun böyle olduğunu vurgulamaktadırlar. Bu yazarlar ikinci olarak, salt ithal ve ihraç yasaklarına veya savaş ekonomisi kurallarına aykırı olan sözleşmelerin hukuka aykırılıktan dolayı sakat olduğunu belirterek, sözleşmenin hukuka aykırı olması ile sözleşmenin hukuken imkansız olması ayırımının yapılması gerektiğini savunmaktadırlar²¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, ithal ve ihraç yasağına aykırı sözleşmeler, hukuki imkansızlık nedeniyle değil, hukuka aykırılık nedeniyle sakattır. Çünkü burada ifaya engel olan yasaklayıcı hukuk kuralıdır. Yasaklayıcı norma rağmen edimin ifası, bu normu ihlal eder²² ve dolayısıyla hukuka aykırı olur. Nitekim, ithal ve ihraç yasağına rağmen, bu yasağına aykırı olarak akdedilmiş olan bir sözleşme, bir kanun hükmünü ihlal ettiğinden, hukuka aykırıdır. Eğer, bu durum imkansızlık hükümleri çerçevesinde değerlendirilirse, sözleşmeye uygulanacak olan butlan yaptırımı, bir yasağına rağmen akdedilen sözleşmeden ötürü tarafları sorumluluktan kurtarır. Bu durum da BK'nın 20. maddesinde düzenlenen imkansızlık hükmünün istismarına yol açar.

Öte yandan, dar anlamda hukuki imkansızlığın var olup olmadığı da doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, hukuki imkansızlık diye bir şey yoktur. Bu yazarlar, sebebi ne olursa olsun bir şey yerine getirilemiyor ise, bunun mantıken imkansız olduğunu ve tabiat kanunlarına göre yerine getirilemeyecek bir duruma hukukun da sonuç bağlayamayacağını savunmaktadırlar²³. Bazı yazarlar ise, dar anlamda hukuki imkansızlığı tamamen reddetmektedirler. Onlara göre ancak, hukuk normunun, edimin sadece hukuki şartlarından birini, yani edimin hukuka aykırı olmaması şartına ilişkin ve bunun sonucu olarak o hukuk normu ile yerine getirilen edim arasında bir çatışma doğması halinde sadece hukuka aykırılıktan bahsedilebilir.

²¹ Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 15.

²² Başpınar, s. 114.; Von Tuhr, Andreas, s. 262.

²³ Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, Jena 1900, s. 14-16., Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, in Abhandlungen zum Privat und Zivilrecht des deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer, 15. Band, 1.Heft, München 1906, s. 252. Bu yazarlar için bkz. Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 13.

Ancak düzenlenen hukuk kuralına göre Devletin edimi fiilen engellemesi halinde ise imkansızlığın söz konusu olacağı görüşünü ileri sürmektedirler²⁴.

2. Hukuki İmkansızlık Görüşü

Borçlanılan edim mevcut olmakla birlikte, emredici bir hukuk normu sebebiyle²⁵ borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından bu edimin yerine getirilememesi halinde hukuki imkansızlıktan söz edilir²⁶. Örneğin; tarafların kanunda sınırlı olarak sayılan aynı haklardan başka bir aynı hak üzerinde anlaşmaları ve bunu tapu siciline tescil ettirmek istemeleri hukuken mümkün değildir. Çünkü, aynı haklarda geçerli olan “sınırlı sayı (numerus clausus)” ilkesi buna engel teşkil eder²⁷.

Bir hukuk kuralı edimi yasaklamışsa artık o edim fiilen de imkansızlaşmıştır. Bu açıdan ayrıca üzerinde durulması gereken konu, sonradan ortaya çıkan hukuka ve ahlaka aykırılığın imkansızlık yaratıp yaratmayacağıdır²⁸.

Bizce borcun ifasının sözleşme kurulmadan önce yürürlüğe girmiş olan bir hukuk kuralı ile yasaklanması durumunda olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra bir hukuk kuralının yürürlüğe girmesi halinde de hukuki imkansızlıktan söz edilir²⁹.

²⁴ Kornfeld: Leistungsunmöglichkeit, eine zivilrechtliche Studieunter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1913., s. 12. Bu yazarlar için bkz.Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 15.

²⁵ Yargıtay 4. HD, 11.2.1980 T., 10289 E., 1626 K. “1- Yazılı sözleşmede, davanın kaybı halinde bir ücret alınacağına kararlaştırılmamış olması halinde bu sözleşme tümüyle geçersiz sayılır. Avukatlık ücret sözleşmesinde mevcut "... müvekkil (S.Ş.); iş bu açılacak babalık davası, tereke tespit, miras davaları neticesinde küçük, (N.S.) ve kendisine düşen menfaatin maddi değerinin % 10'unun nakit ve aynı olarak avukatlık ücreti olarak..." avukata verileceğinin kararlaştırılmış olması, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 47 ve 164/III. Maddeleri hükümlerince geçersizdir.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1981, Ay: 11, s. 1408.

²⁶ Eren, s. 297.; Başpınar, s. 113.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 17.; Altunkaya, s. 95.; Altaş, Hüseyin: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1991, s. 9.; İnan, Ali Naim: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen recht, Freiburg 1956, s. 3.; Medicus, Dieter: Schuldrecht I.Allgemeiner Teil, 9.Auf., München 1996, s. 367. Bu yazarlar için bkz. Altunkaya, s. 95.

²⁷ Altunkaya, s. 96.

²⁸ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.

²⁹ Altunkaya, s. 96.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.; Eren, s. 996.

Örneğin; müteahhitin imar planında sonradan yapılan değişikliklerle istisna sözleşmesinden kaynaklanan edimini yerine getirememesi halinde sözleşmenin ifası hukuken imkansızdır³⁰.

Öte yandan, kurulduğu anda sözleşme konusu edimin emredici bir hukuk kuralına aykırı olmasından dolayı imkansızlık yaptırımına tabi olan bir sözleşmenin, daha sonra hukuka uygun hale gelmesi durumunda da hukuki imkansızlık etkisini sürdürür³¹.

Hukuki imkansızlığın söz konusu olabilmesi için, edimin sürekli bir hukuki engel sebebiyle yerine getirilememesi gerekir, geçici bir engel hukuki imkansızlığa sebep olmaz³².

Bir edimin ne zaman imkansız hale geleceği sorusuna cevap veren iki ana görüşten ortaya çıkan hukuki ve mantıki imkansızlık halleri değerlendirildiğinde, imkansızlık kavramı daha somut olarak irdelenmektedir.

Bunun sonucunda bizim de katıldığımız görüşe göre; imkansızlığın bir insan fiilinden veya tabiat olayından doğmasının yanında, mantıki, hukuki veya fiili sebeplerden de kaynaklanabileceğini kabul eden görüşler, imkansızlık kavramını daha kapsamlı bir şekilde açıklamaktadır³³. Nitekim, edimin mantık veya tabiat kanunlarına göre yerine getirilmesinin kesin olarak ortadan kalkması veya edimin ifası mümkün olmakla birlikte fiili nedenlerden dolayı ifa edilememesi olarak tanımlanan mantıki imkansızlık ile edimin mevcut olmasına rağmen, emredici bir hukuk normu sebebiyle ifa edilememesi olarak tanımlanan hukuki imkansızlık

³⁰ Altunkaya, s. 97.; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 77.

³¹ Yargıtay 13.HD, 5.6.1987 T., 3145 Esas, 3346 Karar: “daire satışına ilişkin olarak yapılan bir sözleşme, yapıldığı tarihte imar yasası bakımından ifasının imkansız olmasından dolayı geçersizdir. Sözleşmenin teslim tarihi geçtikten sonra, imar affı sebebiyle ifanın mümkün hale gelmesi sonucu değiştirmez”. Bu karar için bkz. Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2003, s. 1024

³² Altunkaya, s. 97.; Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 1976, s. 469.

³³ Eren, s. 295.; Altaş, Eser, s. 186.; Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, Zürich 1988, s. 417. Bu yazar için bkz. Altunkaya, s. 100.

kavramlarının herhangi birinin yokluğu halinde imkansızlık dar kalıplar içinde değerlendirilir. Bu durum da kanuna aykırıdır.

§ 2. İMKANSIZLIĞIN ROLÜ VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I. İMKANSIZLIĞIN ROLÜ

1. İmkansızlık Butlan Sebebidir

BK'nın 20. maddesine göre, bir akdin konusu mümkün değilse, o akit imkansızdır. Burada söz konusu olan imkansızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkansızlıktır. Bu halde, konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı imkansız olan sözleşme butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Burada geçerli olan butlan yaptırımından bahsedebilmek için, imkansızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olmalıdır.

Batıl bir sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Fakat, sözleşme yapılırken taraflardan biri imkansızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmemişse, bu durumda karşı tarafın uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlüdür³⁴.

2. İmkansızlık Borçluyu Borçtan Kurtaran Bir Sebeptir

³⁴ Eren, s. 299.; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006, s.116.; Serozan, İfa Engelleri, s. 162.;Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1208.

BK'nın 117. maddesine göre, edimin yerine getirilmesi sözleşme yapıldıktan sonra imkansız olursa ve bu imkansızlıkta borçlunun kusuru bulunmazsa, borçlu borcundan kurtulur. Burada sözleşme, başlangıçtaki imkansızlık gibi butlan yaptırımına tabi olmamakla birlikte, borçlu borcundan kurtulmaktadır.

Borçluyu borcundan kurtaran imkansızlığın objektif veya sübjektif olması önemli değildir. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkansızlık, ister objektif ister sübjektif olsun, borçlunun kusuruna dayanmadıkça, borçlu borcundan kurtulur³⁵.

3. İmkansızlık Sorumluluk Sebebidir

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, borçlu bundan sorumlu olur. Sonraki imkansızlık, ister objektif ister sübjektif mahiyette olsun, borçlunun kusuru söz konusu olursa, borçlu bundan sorumlu olur. Bu takdirde, borca aykırılığı konu alan BK'nın 96. maddesindeki genel hüküm uygulama alanı bulur³⁶.

II. İMKANSIZLIK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. Genel Olarak

³⁵ Eren, s. 297.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 12.; Kemal/ Öz, Turgut , s. 77.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s 1209.

³⁶ Eren, s. 298.; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut , s. 77.;Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.

Bazı durumlarda edimin ifası, alacaklı veya borçludan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir nedenle mümkün olmayabilir. Ancak, bu durumlar, edimin ifa edilememesi veya ifa edilemez hale gelmesi sonucunda ortaya çıkan “imkansızlık” kavramı içinde değerlendirilemez. Bu nedenle, imkansızlığa benzer bu kavramların, “imkansızlık” kavramından ayırt edilmesi gerekmektedir.

2. İmkansızlığın Aşırı İfa Güçlüğünden Farkı

“Borcun ifasında imkansızlık” ile “borcun ifasında güçlük” ayrı ayrı kavramlardır. Borcun ifası mümkünse, borçlu düşünülenden fazla emek ve gideri de yüklense ve bu yüzden zarar etme durumunda kalsa bile, kural olarak borcunu ifa ile yükümlüdür³⁷.

Edimin ifası mümkün olmakla birlikte, bir borcun yerine getirilmesi borçlunun ekonomik durumunu ağırlaştırıyorsa, aşırı ifa güçlüğü vardır³⁸. Aşırı ifa güçlüğünde, borcun yerine getirilmesi zamanındaki şartlarla sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar birbirini tutmamaktadır. Gerçekten de, borçlunun iradesi dışında meydana gelen savaş, deprem, aşırı enflasyon gibi sebeplerle borcun ifası dürüstlük kuralı gereğince borçludan beklenemez bir hale gelmişse, aşırı ifa güçlüğü söz konusu olur³⁹. Çünkü, böyle bir durumda borçlu edimin ifasını gerçekleştirebilmek için elde edeceği karşı edimle kıyaslanamayacak ölçüde masraf ve emek sarfetmek zorunda kalır⁴⁰. Örneğin; kat karşılığı inşaat sözleşmesi sonucunda yükleniciye verilen arsa üzerinde

³⁷ Eren, s. 297.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 26.;Reisoğlu, s. 355.

³⁸ Oğuzman/ Öz, s. 449.; Altunkaya, s. 146.

³⁹ Yargıtay 15.HD, 2.6.1987 T., 26 E., 2433 K.: “beklenilmeyen hal, ortaya çıkış tarzı ve niteliği itibarıyla hayatın olağan akışından çıkması beklenebilecek rastlantılar sınırını açık biçimde aşan ve elden gelen tüm önlemlere başvurulmak suretiyle dahi borçlu tarafından önüne geçilemeyen bir olgudur. Sözleşmenin yapıldığı ve ifasına geçildiği tarihlerde elektrik kısıntılarının, daha geniş deyim ile, enerji dar boğazının ve buna bağlı üretimdeki düşüklük Türkiye çapında bilinen olağan olaylardandır. Bunun beklenilmeyen hal olarak nitelendirilmesi anılan tarihlerde memleketimizde mevcut ekonomik hayatın olağan akışına ters düşmektedir.” Bu karar için bkz. Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), 6. Bası, İstanbul 2003, s. 1011.

⁴⁰ Kramer, Ernst A.: Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI,Obligationrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 2. Teilband, Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Art. 19-22, Bern 1991, s. 256. Bu yazar için bkz. Altunkaya, s. 146.

çalışmaya başlayan firma kaba inşaatı bitirmiş, ancak ince inşaatla başladığı sırada aniden aşırı bir enflasyon veya devalüasyon baş göstermiş, inşaatın tamamlanması yükleniciden beklenemeyecek derecede büyük masraf yapılmasını gerektirmiştir. Bu durumda yüklenici yönünden ifayı güçleştiren bir durum söz konusu olur. Yine, örneğin, yabancı para üzerinden yapılan bir kira sözleşmesinin, ekonomide ortaya çıkan enflasyon ve devalüasyon gibi beklenmedik nedenlerle borçlu için borcun ifasının güçleşmesi halinde de aşırı ifa güçlüğünden bahsedilir⁴¹.

Türk-İsviçre hukukunda beklenmeyen hallerden doğan “aşırı ifa güçlüğü”nü düzenleyen genel bir kural yoktur. Bu konuda tek özel hüküm, istisna sözleşmesi ile ilgili olarak BK’nın 365/2. maddesinde yer almaktadır⁴². Buna göre; “ Evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınamayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse, hakim haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder..”

Doktrinde savunulan bir görüş, aşırı ifa güçlüğü ile ifa imkansızlığını birbirine çok yakın kavramlar olarak değerlendirerek, bunları birbirine benzer tutmaktadır⁴³. Başka bir görüş ise, bu hallerin imkansızlık sayılmayacağını, bu durumların yerine

⁴¹ Yargıtay HGK, 15.10.2003 T., 13-559 E., 559 K.: “Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (M.K. md.4,2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukuk da bu zıtlık (Cla.usula Rebüs Sic Stantibus- Beklenmiyen hal şartı sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır.Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık bu akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında M.K. 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur.Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir.” Bu karar için bkz., kazanci.com.tr.

⁴² Reisoğlu, s. 356.; Altunkaya, s. 146.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 27.

⁴³ Von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrechts, Band II, 3. Auf., Zürich 1974, s. 19. Bu yazar için bkz. Altunkaya, s. 147.

göre dürüstlük kuralları veya hata hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁴.

Aşırı ifa güçlüğü hallerine imkansızlıkla ilgili hükümlerin uygulanması doktrinde ağır tenkitlere uğramıştır. Bu tenkitlerden ilki, aşırı ifa güçlüğü hallerinde imkansızlık hükümlerinin uygulanmasının, borçlunun borçtan kurtarılması sonucunun doğmasına neden olduğudur. Bu durumun da borçlunun istenildiğinden fazla korunmasına yol açtığı belirtilmektedir⁴⁵. İkincisi ise, aşırı ifa güçlüğü hallerinde imkansızlık hükümlerinin uygulanmasının, aşırı ifa güçlüğünde edimin ifasının mümkün olması⁴⁶ ve her iki kavramda da borçtan kurtulmanın temelinin farklı olması nedeniyle çelişki yarattığı yönündedir. Ayrıca, imkansızlık halinde borçtan kurtulmanın sebebinin alacaklıyı tatmin imkanının ortadan kalkması iken, aşırı ifa güçlüğünde borçtan kurtulmanın sebebinin sözleşmenin konusunun akim kalmış olması⁴⁷ da bir diğer tenkit konusudur.

Bu tenkitler de göz önüne alınarak, bizim de katıldığımız görüşe göre aşırı ifa güçlüğü ile ifa imkansızlığı kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Çünkü, aşırı ifa güçlüğüne imkansızlık hükümleri uygulanırsa, borçlu hukuken borcundan kurtulmuş olur, oysa borçlu için karşı tarafa borcunu ifa ederek elde edeceği menfaat daha önemli olabilir⁴⁸. Öte yandan, aşırı ifa güçlüğünde edimin ifası mümkündür, oysa imkansızlık halinde edimin ifası ne borçlu ne de bir başkası tarafından yerine getirilebilir⁴⁹. Ayrıca, aşırı ifa güçlüğü subjektif imkansızlık kavramıyla da karıştırılmamalıdır. Çünkü, subjektif imkansızlıkta edim, borçlu dışındaki kişiler

⁴⁴ Altunkaya, s. 147.; Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 279.; von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3.Auf., Zürich 1979, s. 263. Bu yazar için bkz. Altunkaya, s. 147.

⁴⁵ Rabel, Ernst: Die Unmöglichkeit der Leistung. (Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch, in Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze Band I, Arbeiten zum Privatrecht, herausgegeben von Leser, Tübingen 1965, s. 1-55.), s. 29. Bu yazar için bkz. Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 25.

⁴⁶ Kornfeld, s. 14. Bu yazar için bkz. Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 26

⁴⁷ Eren, s. 298.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 27.; Altunkaya, s. 146.

⁴⁸ Altunkaya, s. 147.

⁴⁹ Altunkaya, s. 148. ; Tunçomağ, Kenan: Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük İle İlgili Objektif Görüşler, (İÜHFİM, 32.Cilt, Sayı: 2-4, s. 884-905), s. 887.

tarafından yerine getirilebilirken aşırı ifa güçlüğünde, borcun ifası borçlu da dahil olmak üzere herkes için zorlaşmıştır⁵⁰.

Bugün hakim olan görüşe göre, aşırı ifa güçlüğü hallerinde, hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorunu “dürüstlük kuralı” ve “hakkın kötüye kullanılması⁵¹” ilkeleri ile çözümlenmelidir⁵².

3. İmkansızlığın İşlem Temelinin Çökmesi İle Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasından Farkı

Sözleşmeler Hukukunda ana kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yükümlülüklerini aynen yerine getirmek zorunda olmalarıdır. Bu konuda geçerli olan kural, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra, koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar⁵³.

Her ne kadar sözleşme hukukunda, “ahde vefa” ilkesi temel unsur olsa da, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasındaki denge, şartlarda meydana gelen değişme sonrasında taraflardan birisi aleyhine bozulabilir. İşte bu gibi sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale getirmesi sonucunda “işlem temelinin çökmesi” söz konusu olur⁵⁴.

⁵⁰ Altaş, Tez, s. 40.; Altunkaya, s. 148.

⁵¹ Yargıtay 13.HD, 21.11.1991 T., 1991/10619 K.: “uzun süreli kira sözleşmelerinde her yıl için bir artırım belirlenmiş olsa bile, enflasyon nedeniyle önceden öngörülemeyen bir şekilde edimler arasında aşırı bir oransızlık meydana gelmişse, dava tarihinden sonra sonuçlarını doğurmak üzere, kira bedelinin uyarlama yöntemiyle ayarlanması istenebilir. Değişen şartlar önceden öngörülebilir nitelikteyse, değişen şartların rizikosunu yüklenmiş olan taraf sözleşmenin değiştirilmesini isteyemez.” Bu karar için bkz. Reisoğlu, s. 357.

⁵² Reisoğlu, s. 356.

⁵³ Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2005, s. 179.; Serozan, İfa Engelleri, s. 258.

⁵⁴ Altunkaya, s. 142.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, (Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İÜHFD, İstanbul 2000, s. 503-514), s. 503.

İşlem temeli teorisi Alman Hukukçu Oertmann tarafından ortaya atılmış daha sonra Larenz tarafından geliştirilmiştir. Buna göre işlem temeli denilince iki şey anlaşılır; sübjektif işlem temeli ve objektif işlem temeli. Sübjektif işlem temelinden; her iki tarafın sözleşmenin yapılmasında hareket ettikleri ve yine her iki tarafın kararları için önemli olan tasavvurlar anlaşılır⁵⁵. Objektif işlem temeli ise; sözleşmenin tarafların izledikleri amaca uygun olarak anlamlı bir düzenleme niteliğini sürdürebilmesi için objektif yönden var olması ya da devam etmesi gereken durumların tümüdür⁵⁶. İşte taraflar arasındaki dengenin bozulması ve amacın erişilmez olması durumlarında işlem temelli çökmüş sayılır⁵⁷. Örneğin; bir ailenin geçimini temin etmek için kurulan ticari işletme ile ilgili sözleşmenin evliliğin sona ermesinden sonraki durumunda veya gösteri düzenlemek üzere kiralanan salonun, sözleşme yapıldıktan sonra gösterinin iptal edilmesinden sonraki halinde ortaya imkansızlık değil, işlem temelini çökmesi çıkar⁵⁸.

İşlem temelini çökmesi, önceden kestirilemeyecek gelişmeler yüzünden sözleşmenin temelini oluşturan olguların köklü bir biçimde değişmesi anlamına gelir⁵⁹.

Alman Medeni Kanununda(BGB) köklü değişiklik sonucunda kabul edilen “sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi” alt başlığı altında 313. paragrafta “işlem temelini çökmesi”⁶⁰ düzenlenmiştir.

⁵⁵ Eren, s. 436.;Kılıçoğlu, s. 179.;Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 34.

⁵⁶ Eren, s. 436.;Kılıçoğlu, s. 179.;Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 35.

⁵⁷ Altunkaya, s. 142.; Serozan, İfa Engelleri, s. 258.

⁵⁸ Altunkaya, s. 142.

⁵⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 259.

⁶⁰ BGB 313. madde: “sözleşmenin temeli olan hal ve koşullar, taraflar bunları öngörmüş olsaydı sözleşmeyi hiç veya bu içerikte yapmayacak düzeyde önemli bir şekilde değişir ise, olayın bütün nitelikleri göz önünde tutulmak özellikle sözleşmeden veya yasadan kaynaklanan riskleri paylaşım suretiyle taraflardan birinden sözleşmeyi değiştirmeden olduğu gibi devam ettirmesini beklemenin mümkün olamadığı durumda, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması talep edilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonra hal ve koşulların değişmesi, sözleşmenin temeli olan esaslı unsurların yanlış olarak algılanması ile aynı değerdedir. Bu koşullar altında sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan birinden beklenemez ise, zarar gören taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeden rücuun yerini feshi ihbar hakkı alır”

Türk İsviçre hukuklarında sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin temel bir hüküm yoktur. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülmesi mümkün olmayan, yani ağır koşullara rağmen borçludan borcunu aynen ifa etmesini beklemenin yararlar dengesine aykırı olduğu ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmadığı durumlarda uyarlamanın mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶¹. Böylece, sözleşmenin değişen şart ve durumlara uydurulmasına, “sözleşmenin uyarlanması” adı verilmektedir.

Tanımından da anlaşılabilceği gibi, işlem temeli kavramı, işlem konusundan ortaya çıkan imkansızlık kavramı ile karıştırılabilir. Ancak, bunlar birbirinden farklı kavramlardır. Eğer sürpriz gelişme, doğrudan doğruya işlemin ve edimin nesnel, yapısal, tipik konusunu ortadan kaldırıyor, ancak o zaman imkansızlıktan söz edilebilir. Örneğin; karaya oturan gemiyi kurtarabilmek için patlayan fırtına yüzünden üç katı personele ve üç katı daha mazota gereksinim belirirse işlem temeli çökmüş sayılır. Oysa, aynı tekne aynı fırtına yüzünden karaya oturmuş ve gemiye hiç yanaşamıyorsa, imkansızlıktan söz edilir. Yine, nikah için boyanması öngörülen oto, nikah iptal edilirse, işlem temelinin çökmesi nedeniyle boyanmayabilir, buna karşılık, oto boyadan önce yanarsa imkansızlıktan ötürü asla boyanamaz⁶².

Bu örnekler de göz önüne alındığından, işlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile imkansızlık kavramlarının gerek uygulanacak hükümler gerekse hukuki sonuçları açısından birbirinden farklı kavramlar olduğu açıktır. Çünkü, işlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında edimin ifası mümkündür ve borçlunun edim yükümlülüğü için kusurlu olup olmaması önemli değildir. Oysa imkansızlıkta edimin ifası ne borçlu ne de bir başkası tarafından yerine getirilemez ve borçlunun kusurlu olup olmaması ortaya çıkacak hukuki sonuç açısından önemlidir⁶³.

⁶¹ Kılıçoğlu, s. 181.; Altunkaya, 142.

⁶² Eren, s. 436.Serozan, İfa Engelleri, s. 261.

⁶³ Kılıçoğlu, s. 485.;Altunkaya, s. 146.

4. İmkansızlığın Kötü ifadan Farkı

Borç ifa edilmiş olmakla beraber gereği gibi ifa edilmemiş olabilir. Buna “kötü ifa” denir⁶⁴. Kötü ifa, nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme, başka bir deyişle, ifa edilen edimin niteliklerinin eksik, kötü ve ayıplı olmasıdır⁶⁵. Yani kötü ifa, temerrüt ve imkansızlık dışında kalan ve çeşitli borç ilişkilerinde düzenlenen, edim yükümünün ayıba karşı tekeffül olgusuna girmeyen ayıplı ifasıdır⁶⁶.

Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılabilmesi için ifanın unsurlarının tam olması gerekir. Yani ifa, ifanın tarafları, konusu, zamanı ve yeri bakımından sözleşmede kararlaştırıldığı ya da kanunun öngördüğü şekilde gerçekleştirilmelidir. İfanın unsurlarında bir eksiklik varsa, örneğin; borçlu ifa zamanında borcunu ifa etmemişse gereği gibi ifadan söz edilemez. Buna geniş anlamda “gereği gibi ifa etmeme” denir. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hallerinden bazılarında borçlunun temerrüdü, bazılarında ise imkansızlık hükümleri uygulanır. Bir de “dar anlamda gereği gibi ifa etmeme” vardır. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde söz konusu olur⁶⁷.

Alacaklı sözleşmeye uygun olmayan ifayı reddedebilir, bu durumda temerrüde de düşmez. Fakat bazı hallerde alacaklı ifayı reddetme imkanına sahip olmayabilir ya da ifanın sözleşmeye uygun olmadığı kabulden sonra anlaşılabilir. Alacaklının sözleşmeye uygun olmayan ifayı kendi rızasıyla kabul etmesi de mümkündür.

⁶⁴ Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2006, s. 239.

⁶⁵ Eren, s. 1005.; Kılıçoğlu, s. 486.

⁶⁶ Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 77.

⁶⁷ Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme sözleşmeden doğan asli edim yükümlerinin ihlal edilmesi şeklinde olabileceği gibi, yan edim yükümlerinin yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlali şeklinde de kendini gösterebilir. Örneğin, borçlu düşük kalitede ya da bozuk mal teslim etmişse asli edim yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Böyle durumlarda ayıplı ifadan da söz edilebilir. Sattığı makineyi kurma borcunu da üstlenen borçlunun, montajı iyi yapmaması halinde yan edim yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Borçlu satdığı malı teslimine kadar gerektiği gibi muhafaza etmemiş ve mal bu yüzden bozulmuşsa yan yükümlülüklerden muhafaza yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Mutfak dolabını takmak için gelen borçlunun dikkatsizlik sonucu porselen yemek takımını kırması ya da alacaklının yaralanmasına sebep olması ise koruma yükümlülüklerinin ihlalidir. Bütün bu hallerde kötü ifadan söz edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, s. 240.

Alacaklının kendi rızasıyla kötü ifayı kabul etmesi bu yüzden uğradığı zararın tazmininden feragat ettiği anlamına da gelmez. Bütün bu hallerde, kötü ifa dolayısıyla borçlunun sorumluluğu söz konusu olur⁶⁸.

Kötü ifade borçlu, imkansızlıktan farklı olarak bir ifade veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa borçlanılan edimin niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır. Edim yükümünün nitelikleri, olumlu (verme ve yapma) ve olumsuz (yapmama) edimlerde değişmektedir. Verme edimleri maddi edimlerdir. Bunlarda edim konusunun nitelikleri, borçlu tarafından vaat ve temin edilmektedir. Şayet, ifa edilen edimde bu nitelikler mevcut değilse, kötü ifa söz konusu olur. Yapma edimi olan işgörme edimi yükümlerinde ise nitelik, gösterilen özene göre belirlenir. Bu tür edimlerde borçlunun yüklenmiş olduğu özenden ayrılması veya sapsması bir nitelik eksikliği ve dolayısıyla kötü ifa olarak tanımlanır. Yapmama edimlerinde kötü ifa söz konusu olmaz. Bu tür edimlerde ifa yönünden ilke olarak sadece imkansızlık söz konusu olabilir⁶⁹.

İmkansızlık ve kötü ifayı birbirinden ayıran en önemli kıstas; imkansızlıkta edimin yerine getirilmesi mümkün değilken, kötü ifade borçlu imkansızlıktan farklı olarak bir ifade veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak söz konusu ifa, belirtilen nitelikleri taşımaktan uzaktır⁷⁰.

5. İmkansızlığın- Temerrütten Farkı

Temerrüt ifadaki gecikmedir. Temerrüt, alacaklı temerrütü ve borçlu temerrütü olarak ikiye ayrılır. Alacaklı temerrütü; borçlu tarafından borca uygun olarak ifası teklif edilen bir edimin, alacaklı tarafından haklı bir neden olmadan kabul

⁶⁸ Altunkaya, s 148.;Akıncı, s. 240.

⁶⁹ Eren, s. 1006.; Aral, Tez, s. 74..

⁷⁰ Altunkaya, s. 148.

edilmemesi halinde ortaya çıkarken⁷¹, borçlu temerrütü; muaccel bir borcun borçlu tarafından ifa zamanında borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesinden dolayı ortaya çıkar⁷².

İmkansızlık, borçlunun edimini istese de yerine getirememesidir. Temerrüt ise, borçlunun veya alacaklının edimini yerine getirebileceği halde onu zamanında yerine getirmek istememesidir⁷³.

Temerrüt imkansızlıkla bağdaşmaz, ancak temerrütün ardından imkansızlığın ortaya çıktığı durumlar olabilir. Öte yandan, sübjektif imkansızlıkta, edimi telafi olanağı bulunabilirse bu durumda temerrütten söz edilebilir. Edimi sonradan yerine getirme olanağının yokluğu veya varlığı imkansızlık ve temerrüt arasındaki ayırt edici öğedir. Ancak bazı durumlarda bu iki kavram birbiri ile çakışabilir ve somut olayda hangisinin söz konusu olduğu anlaşılabilir. Bu gibi durumlarda menfaatler durumuna en uygun düşecek çözümü bulup, bunu uygulamak gerekmektedir⁷⁴.

Ayrıca bazı durumlarda, özellikle mutlak kesin vadeli işlemlerde ve sürekli borç ilişkisine dayalı sözleşmelerde edim sürecinin kaçırılması genelde borçlu temerrütüne değil, sonraki imkansızlığa yol açar. Örneğin; elektrik, su veya doğalgaz dağıtımını kesen, yolcuyu yolculuğuna yetiştiremeyen veya belirli bir gösteriye ancak gösteri bittikten sonra yetişebilen borçluların gecikmesi borçlu temerrütü tipinde değil, zamansal imkansızlık tipinde bir ifa engeline yol açar⁷⁵.

Doktrinde imkansızlık ve temerrüt kavramları ile ilgili bazı tartışmalar vardır. Bir görüşe göre temerrüt, kısmi imkansızlık olarak kabul edilebilir. Kanunun bu iki

⁷¹ Eren, s. 1045.;Kılıçoğlu, s. 486.

⁷² Eren, a. 1045.;Kılıçoğlu, s. 495.

⁷³ Serozan, İfa Engelleri, s. 241.

⁷⁴ Gerçekten, ifa engeli ya da sözleşmeye aykırılık denince akla ilk gelen borçlu temerrütüdür. Günümüzde çoğunlukla çeşit edimleri borçlanılır, bunlarda da imkansızlığa pek rastlanmaz. Sonra, her alacaklı en başta yerine getirilmesi taahhüt edilmiş edime kavuşmayı düşünür, borçlunun çevresinde olup bitenleri araştırmaksızın, davasının aynen ifa istemini de içeren borçlu temerrütüne dayandırır. Borçlu temerrütünde formaliteli de olsa alacaklının hakları daha zengindir. İmkansızlıkta ise sorumlu borçludan formalitesiz tazminat istenebilir, yerine getirilmiş edim kurtarılabilir ama aynen ifa istemine ve davasına yer yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, İfa Engelleri, s. 215.

⁷⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 215.

müesseseyi ayrı yerlerde düzenlemiş olması, temerrüdün kısmi imkansızlık olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez⁷⁶. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise; temerrüt kısmi imkansızlık olarak kabul edilemez. Çünkü bu iki kavram nitelik ve hukuki sonuçları açısından birbirinden farklıdır. İmkansızlık için edimin kısmen de olsa sürekli olarak ifa edilememesi gerekir. Oysa temerrüdün asıl şartı, edimin sonradan ifa edilmesinin mümkün olmasıdır⁷⁷. Ayrıca, imkansızlık halinde borçlunun kusuru yoksa alacaklının ifa talebi ortadan kalkmakta iken, temerrütte alacaklının aynen ifayı talep etme hakkı vardır. Bu sebeple temerrüt ve imkansızlık birbirinden farklı kavramlardır⁷⁸.

⁷⁶ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 95.

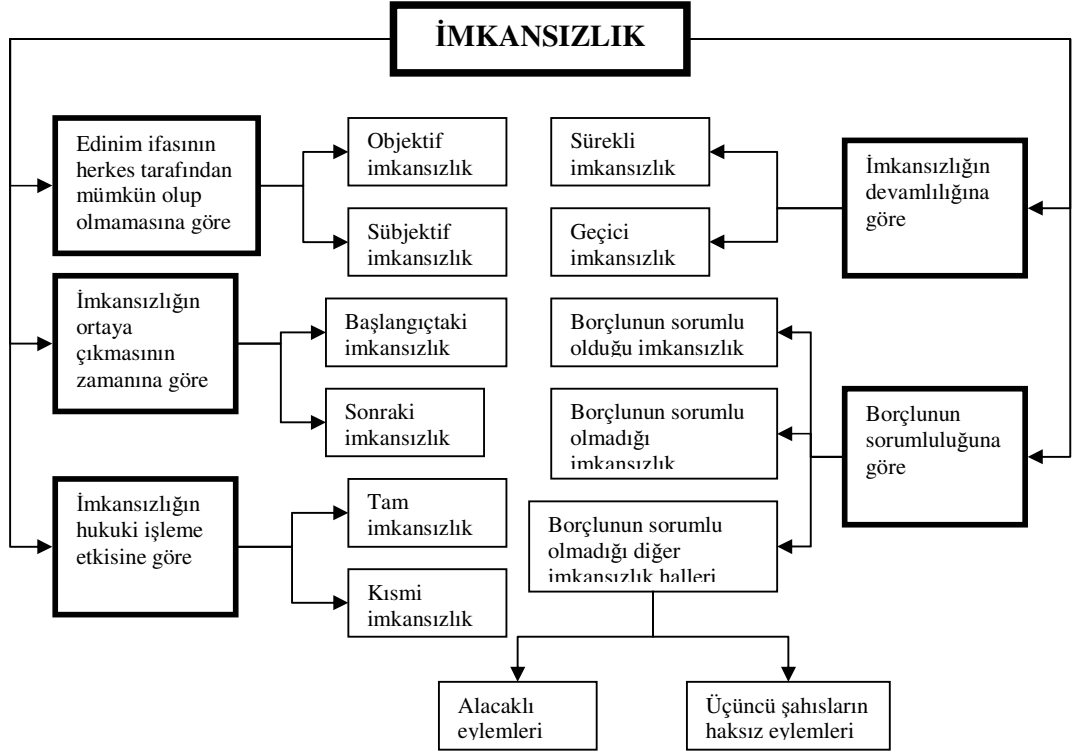
⁷⁷ Altaş, Tez, s. 34.; Altunkaya, s. 150.

⁷⁸ Altunkaya, s. 151.; Altaş, Tez, s. 35.; Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 42.

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 3. İMKANSIZLIĞIN ÇEŞİTLİ TÜRLERİ

İmkansızlık; objektif-sübjektif imkansızlık, başlangıçtaki-sonraki imkansızlık, tam-kısmi imkansızlık, sürekli-geçici imkansızlık, borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık şeklinde çeşitli türlere ayrılabilir. İmkansızlık türleri aşağıda şema halinde gösterilmiştir.



I. Objektif İmkansızlık- Sübjektif İmkansızlık

1. Objektif İmkansızlık

Objektif imkansızlık, BK'nın 20, 96 ve 117. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Objektif imkansızlık- sübjektif imkansızlık ayrımı baştaki imkansızlık halinde önem kazanmaktadır. Sonraki imkansızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar açısından objektif imkansızlık ile sübjektif imkansızlık arasında bir fark bulunmamaktadır. BK'nın 20. maddesine göre başlangıçtaki objektif imkansızlık bir butlan sebebidir⁷⁹.

Objektif ve sübjektif imkansızlık ayrımına ve bunların tanımına BK'da rastlanmamaktadır. Doktrinde de bu kavramlar yönünden bir fikir birliği yoktur. Bazı yazarlar bu ayrımı kabul ederken, diğer bazı yazarlar ise bu ayrımı reddetmektedirler. Fakat hakim görüş böyle bir ayrımı benimsemiştir. Bu kavramlar yönünden doktrinde iki farklı tanımları içeren görüşlerle karşılaşmaktadır.

Bizim de katıldığımız ilk görüşe göre; önemli olan edimi sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceğidir⁸⁰. Buna göre, eğer edim, borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilemiyorsa, imkansızlık objektiftir⁸¹.

⁷⁹ Eren, s. 295.; Kılıçoğlu, s. 116.; Oğuzman/ Öz, s. 76.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 79.; Altunkaya, s. 110.; Başpınar, s. 119.; Altaş, Tez, s. 13.; Karaaslan, Hakan: Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 53.

⁸⁰ Yargıtay HGK, 18.4.1984 T., 139 E., 426 K.: "Bir ifanın, yalnız borçlu için değil, genel olarak, başkaları tarafından da erişilmez; başa çıkılmaz veya umulmaz sayılması halinde hukuki anlamda objektif bir imkansızlıktan söz edilir. Ancak, bir malı satan kimsenin, sonradan mal fiyatları yükseldiği için zarar etmesine, ifayı imkansız kılan bir olay gözüyle bakılamaz, tabiatıyla, aynı görüşten hareketle, bir malın fiyatının, sözleşmedeki fiyattan daha aşağı düşmesi halinde de, alıcı

Bu görüşe göre, örneğin; ölmüş bir atın satılması ya da devri daim makinesinin yapılmasının taahhüt edilmesi veya zaten alacaklıya ait bir şeyin mülkiyetinin yine ona devredilmesinin taahhüdü gibi fiilen kimse tarafından yerine getirilemeyecek durumlar⁸² objektif imkansızlık örnekleridir. Buna karşılık, borçlunun tasarruf yetkisinin bulunmadığı haller genel olarak sübjektif imkansızlık olarak kabul edilmektedir. Örneğin; borçlunun başkasına ait bir malı satması halinde onun mülkiyeti devir borcu, tasarruf yetkisi bulunmadığı için sübjektif imkansızlığı oluşturur.⁸³

Öte yandan bu tanım esas alındığında şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde, imkansızlığın daima objektif olma durumu ortaya çıkar. Çünkü, bu tür edimlerde borcu borçludan başka hiç kimse ifa edemeyeceği için üçüncü kişiler de bu borcu ifa edemezler⁸⁴. Örneğin; tanınmış bir müzisyen tarafından bestelenecek bir güfte, müzisyenin kulak zarının yırtılması sonucunda aşırı duyma kaybından dolayı bestelenememişse, üçüncü kişiler tarafından bunun ifasının mümkün olmamasından dolayı imkansızlık sübjektif değil, objektiftir.

Ayrıca bu görüşü savunan yazarlara göre, objektif imkansızlık kesin ve sürekli olmalıdır⁸⁵.

bakımından malı satın almamak hususunda bir imkansızlıktan söz edilemez.” Bu karar için bkz. kazanci.com.tr.

⁸¹ Tunç, Ramazan: İfa İmkansızlığı, (Yargıtay Dergisi, Cilt: 28, Ocak-Nisan 2002, s. 104-121), s. 107.; Başpınar, s. 122.

⁸² Yargıtay 15.HD., 10.12.1992 T., 2264 E., 5879 K.: “Davacı iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü halinde ifadan vazgeçip olumlu zararını isteyebilmesi BK. 106/ilk 'de öngörülen koşullara uymasına bağlıdır. İş süresi içinde getirilen yasak kamu düzeniyle ilgili olup, yükleniciden işe devam etmesi istenemez. Orta yerde hukuki imkansızlık vardır. Bu imkansızlık objektif imkansızlık olup, cevap layihasında dile getirilmiş, Belediye Başkanlığından alınan yazıyla da kanıtlanmıştır. İmkansızlığın ortadan kalkmasından sonra yeni bir vade tespit edilmiş ve borçlu direngen duruma düşürülmüş değildir. Ayrıca, davacı vekilince verilen kanıt listesinde "borcun ifasından vazgeçip olumlu zarar isteyebilmek" için BK. nun 106/ilk maddesi uyarınca yükleniciye mehil verildiğine dair bir kanıttan söz edilmemiş, böyle bir mehil verildiği, sonuçsuz kalması üzerine ifadan "derhal" vazgeçildiğinin borçluya bildirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. İfadan vazgeçip olumlu zararın istenebilmesi için öngörülen koşullara uymayan davacı iş sahibince açılan davanın bu nedenlerle reddi gerekir.” Bu karar için bkz. kazanci.com.tr.

⁸³ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.

⁸⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 163.;Başpınar, s. 122.

⁸⁵ Eren, s. 296.;Altunkaya, s. 115.

Diğer bir görüşe göre ise; önemli olan imkansızlığın kaynağıdır. Buna göre, imkansızlık borçlunun kişisel durumundan doğmuşsa subjektif, edimin muhtevasıyla ilgiliyse objektif niteliktedir. Ancak, şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde durum farklıdır. Burada edim yalnız borçlunun kişisel yetenek ve becerisiyle yerine getirilebildiği için böyle bir edim, borçlu dışında başka bir kişi tarafından yerine getirilemez. Bu nedenle, şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde meydana gelen imkansızlık daima objektif niteliktedir⁸⁶.

2. Subjektif İmkansızlık

Subjektif imkansızlık yalnız sözleşmenin tarafları veya taraflardan biri yönünden mevcut olan iktidarsızlıktır⁸⁷. Yani, bu durumda borçlanılan edim, yalnız borçlu açısından imkansız bir haldedir⁸⁸. Örneğin; borçlunun taahhüt ettiği satım konusu malın üçüncü bir kişiye ait olması, başkasından çalınmış olan malın satılması, içinde mal sahibinin veya kiracının oturduğu dairenin kiraya verilmesi gibi hallerde durum böyledir⁸⁹. Başka bir deyişle, ifadaki imkansızlığın borçlunun gereken araç ve kabiliyete sahip olmamasından ileri gelmesi ve borçlunun yerinde başka birisinin olması halinde bu ifanın mümkün bulunması durumunda, subjektif imkansızlık söz konusu olur⁹⁰.

⁸⁶ Atlas, Tez, s. 14.

⁸⁷ Yargıtay HGK., 17.4.1996 T., 15-135 E., 274 K.: “Çekişme konusu daire, sözleşmeden sonra yüklenicinin projede yaptığı değişiklik sonucu sözleşmede davacı ve davalı H.T.’ye verilmesi kararlaştırılan 2 dairenin yerine yapılmıştır. Bu haliyle yanların her ikisine de sözleşmeyle kararlaştırılan doğu cephesinde daire verilmesinde imkansızlık doğduğu gerçektir. İmkansızlığın davalı yüklenici tarafından yaratıldığı ve subjektif imkansızlık olduğu açık olduğu gibi, binanın yapım süresince her iki arsa sahibince değişen projeye göre devam edilen inşaatı karşı çıkılmamak suretiyle yanlarca mevcut sonucun en azından beklenildiğinin de kabulü gerekir.” Bu karar için bkz. kazanci.com.tr

⁸⁸ Kaşdibi, Ahmet: İslam Hukukunda İfa İmkansızlığı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s. 10.

⁸⁹ Eren, s. 296.; Altunkaya, s. 116.

⁹⁰ Eren, s. 296.; Oğuzman/ Öz, s. 78.; Altaş, Tez, s. 14.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.; Funk, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, Çeviren: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, İstanbul 1938, s. 33.

Burada borçlanılan edim borçlu dışında üçüncü kişiler tarafından ifa edilebildiği için objektif imkansızlıktan bahsedilemez⁹¹. Ayrıca, subjektif imkansızlıkta ifa engeli objektif imkansızlıkta olduğu gibi kesin ve sürekli değildir. Subjektif imkansızlıkta, borçlunun şahsi durumundan kaynaklanan ifa engelinin sonradan ortadan kalkması her zaman mümkündür⁹². Bu nedenle, subjektif imkansızlık terimi objektif imkansızlığa neden olmaz. Dolayısıyla, subjektif imkansızlık, borçlunun iktidarsızlığı, güçsüzlüğü anlamına gelir ve hiçbir şekilde imkansızlık olarak tanımlanamaz.

Subjektif imkansızlık, bazen borçlunun ekonomik güçsüzlüğünü bazen de edimi ifa edebilmesi için kişisel gücünün olmamasını ifade eder⁹³. Bu sebeple, subjektif imkansızlık daha çok hizmet ve istisna sözleşmelerinde⁹⁴ söz konusu olur⁹⁵.

⁹¹ Yargıtay 15. HD, 10.2.1993 T., 2696 E., 540 K.: “Basiretli olduğu varsayılan yüklenicinin ihaleden önce teknik eleman teminini düşünmesi gerekir. Davacı Kurum'un bu konuda yükleniciye yardımcı olmasını zorunlu kılan bir hükme sözleşmede yer verilmemiştir. İşi yürütebilecek eleman bulamaması yüklenicinin tutumundan doğmuştur. Bu hal, subjektif imkansızlık olarak nitelendirileceğinden sözleşmenin feshinde kusurlu taraf davalı yüklenicidir. Kusurlu yüklenici işin kalan kısmının ikmalinde ücret farkından doğan zarardan sorumludur. Kurum'un sözleşmenin 34. maddesinde sayılan usullerin dışına çıkarak işi kendi elemanlarıyla tamamlaması davanın reddini gerektirmez. Mahkemece yapılacak iş, sözleşmenin 34. maddesinde öngörülen süre ve usullerle iş yaptırılmış olsaydı, yeni yükleniciye yapılacak ödeme tutarını bilirkişiye hesaptattırmak, bununla davalının üstlendiği fiyat arasında fark varsa -istemle bağlı kalınarak- buna hükmetmekten ibaretken, hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümü mümkün konuda ve sıkı sıkıya bilirkişi mütalaasına bağlı kalınarak (HUMK. m. 275, 283) davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” Bu karar için bkz. kazanci.com.tr

⁹² Atlas, Tez, s. 14.

⁹³ Jaussi c. Aeschbacher, RO 82 II 332, Jdt 1957 71, “ Davalı kayınpederi ve kayınvalidesine evinde ölünceye kadar hiçbir bedel ödemeksizin oturmaları için sükna hakkı tanımıştır. Ancak daha sonra davalının eşiyle boşanmasından dolayı, evinde kayınvalide ve kayınpederinin artık oturmasını istemediğinden onları dışarı atmıştır. Olayda, bir nevi subjektif imkansızlık vardır. Davalıyı boşandıktan sonra da kayınvalidesi ve kayınpederine verdiği sükna hakkının devam etmesi beklenemez. Bu nedenle davalı, kusursuzluğunu ispat edemedikçe, ifa imkansızlığından doğan zararı karşılamakla yükümlüdür.” Bu karar için bkz. ⁹³ Oftinger, Karl/ Jeanpretre, Raymond: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çeviren: Dayınlarlı, Kemal, Ankara 1990, s. 182.

⁹⁴ “ BK'nın 371. maddesine göre istisna sözleşmesi yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa, yüklenicinin ölümü halinde sözleşme imkansız hale gelir. İnşaat işleri herkes tarafından yapılacak işlerden olduğu için yüklenicinin ölümü halinde imkansızlık oluşmaz. Ancak yüklenilen iş, bir sanat eseri niteliğinde örneğin resim ve heykel yapımı gibi bir iş olması halinde sözleşme sona erer.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 401.

⁹⁵ Eren, s. 296.; Altunkaya, s. 116.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde sözleşme geçersiz olup butlan yaptırımına tabidir. Oysa, sübjektif imkansızlık halinde sözleşme geçerlidir ve tarafları bağlar. Ancak, eğer sübjektif imkansızlıktan dolayı alacaklı zarara uğrarsa, sözleşme geçerli olarak devam etmekle beraber bu zarar karşılanır, tazmin edilir.

Sübjektif imkansızlıkta borçlanılan edim sadece borçlu tarafından ifa edilemez hale geldiğinden hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde tartışma vardır.

Bir diğer görüşe göre; borçlu kusurlu davranışıyla sübjektif sonraki imkansızlığa neden olmuşsa BK'nın 96. maddesi, bu imkansızlık borçluya isnat edilemeyen nedenlerden doğmuşsa BK'nın 117. maddesi uygulanmalıdır⁹⁶. Çünkü, imkansızlık temerrütten farklıdır, öte yandan kanun koyucu eğer bu durumlarda temerrüt hükümlerinin uygulanmasını amaçlasaydı ilgili maddeleri bu doğrultuda düzenlerdi. Bu nedenle, sübjektif imkansızlık halinde BK'nın 96 ve 117. maddeleri uygulanmalıdır⁹⁷.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; sübjektif imkansızlık hallerinde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Çünkü, sübjektif imkansızlık BK'nın 96 ve 117. maddeleri anlamında imkansızlık olarak kabul edilmemelidir⁹⁸.

⁹⁶ Altaş, Tez, s. 15.

⁹⁷ Yargıtay 15. HD., 25.5.1981 T., 825 E., 1234 K.: "Ayrıca imkansızlık, borç ilişkisinin kurulmasından sonra meydana gelebilir. Eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşmışsa BK'nun 117. maddesi, borçlunun kusuru sonunda imkansızlaşmış olursa BK'nun 96. maddesinin uygulanması gerekir." Bu karar için bkz. kazanci.com.tr

⁹⁸ Aral, Tez, s. 50. Bu yazarlar için bkz. Eren, s. 296.; Reisoğlu, s. 117.

II. Başlangıçtaki İmkansızlık- Sonraki İmkansızlık

1. Başlangıçtaki İmkansızlık

Başlangıçtaki imkansızlık halinde sözleşme BK'nın 20. maddesine göre batıl olur⁹⁹. Başlangıçtaki imkansızlık ve sonraki imkansızlık ayrımı, imkansızlığın zamanına göre yapılmaktadır¹⁰⁰. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre, imkansızlığın tespiti açısından göz önünde bulundurulması gereken tek an, ifa anıdır. Bu andan önceki ya da sonraki imkansızlığın hiçbir önemi yoktur. Bu görüşü destekleyenlere göre, ölçü olarak sözleşmenin kuruluş anının esas alınması halinde hangi türden imkansızlığın bulunduğu tespitinde dakikalar hatta saniyeler rol oynar¹⁰¹.

Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre ise, ölçü olarak sözleşmenin yapıldığı an esas alınır. Borçlunun edimi sözleşme kurulurken zaten imkansızsa ya da ifa anında mümkün olamayacağı açık olarak belliyse, imkansızlık başlangıçtaki imkansızlıktır¹⁰². Yani sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulduğu sırada borçlanılan edimin ifası mümkün değilse, başlangıçtaki imkansızlık söz konusu olur¹⁰³.

⁹⁹ Yargıtay 15. HD, 07.05.1981T., 331 E, 1050 K.: “ Taraflar arasında kurulan inşaat sözleşmesi önceden çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince yerine getirilmesi olanaksız bulunmakla baştan itibaren geçersizdir. Sözleşme geçersiz olduğundan taraflar için bir borç veya alacak doğurmasa da davalı yüklenici edindiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek ve kusurlu ise davacının sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradığı menfi zararı ödemek zorundadır.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 91,Ay: 9, s. 1178.

¹⁰⁰ Yargıtay 15. HD, 25.5.1981, 825 E., 1234 K. “Borç ilişkisi kurulduğu, yani sözleşmenin yapıldığı zaman objektif yönden yerine getirme olanaksızlığı [ifa imkansızlığı] varsa borç ilişkisi esasen meydana gelmemiş olup, sözleşme taraflar için hüküm ifade etmeyeceğinden taraflar nedensiz zenginleşme kuralları içinde birbirlerine verdikleri şeyleri geri alabilirler. Yerine getirme olanaksızlığı borç ilişkisinin kurulmasından sonra meydana gelmişse, borçlunun kusurlu olup olmadığına göre hüküm kurulur.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1982, Ay: 3, s. 388.

¹⁰¹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 76.

¹⁰² Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 25.

¹⁰³ Eren, s. 295.; Reisoğlu, s. 116.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 18.; Altunkaya, s. 102.; Kılıçoğlu, s. 68.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Altaş, Tez, s. 18.

Bir başka açıdan başlangıçtaki imkansızlık, edimin sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşme kurulduğu anda mevcut olan objektif, sürekli, maddi veya hukuki bir engel¹⁰⁴ sebebiyle borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesine verilen isimdir¹⁰⁵. Örneğin; A, B'nin vekilidir ve B, A'yı arabasını satması için temsilci olarak atamıştır. A, C ile bir satım sözleşmesi yaparak arabayı satmıştır. Ancak, daha sonra arabanın bir gün önce yandığı öğrenilmiştir. Böyle bir satım sözleşmesinde borçlanılan edim, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmadığı için, burada başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle sözleşme batıldır.

İmkansızlığa belli bir olay değil de bir olaylar zinciri sebep olmuşsa, bu zincir içinden doğrudan doğruya imkansızlığa sebep olan olay göz önüne alınır. Örneğin; yaralanmış bir atın satılmasında at sonradan ölürse, imkansızlaşmanın esas sebebi ölüm olduğu için, bunun önceden veya sonradan olmasının tespitinde ölüm anı esas alınır¹⁰⁶.

2.Sonraki İmkansızlık

Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin, borçlanılan edimin ifasını objektif, sürekli ve kesin olarak önlemesine sonraki imkansızlık denir¹⁰⁷. Örneğin; A'nın katıldığı bir resim sergisinde, saat 18:00'de beğendiği dağ manzaralı bir resmi satın almak için yaptığı satım sözleşmesinden sonra saat 18:05'de resmin resim galerisinde yangın çıkması sonucunda yanması halinde sonraki imkansızlık söz konusu olur.

¹⁰⁴ Yargıtay 15. HD, 10.12.1986 T., 5626 E., 6231 K.: “ Satışa konu araç önce işlenen hırsızlık suçunda kullanılması nedeni ile ceza mahkemesi kararı ile müsadere edilmiş bulunduğu göre satış işlemi başlangıçtan beri geçersizdir.Davacı alıcı, davalı satıcıdan ödediğini geri alabilir.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1987, Ay: 7, s. 1050.

¹⁰⁵ Eren, s. 296.; Başpınar, s. 118.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.;Altunkaya, s. 103.

¹⁰⁶ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 76.

¹⁰⁷ Eren, s. 296.; Altunkaya, s. 105.; Kılıçoğlu, s. 68.; Atlas, Tez, s. 19.

Sonraki imkansızlıkta, imkansızlığın kime yükleneyeceği önemlidir. BK'da sonraki imkansızlık, 96 ve 117. maddelerde düzenlenmiştir. BK'nın 117. maddesine göre; borçluya yüklenemeyecek olan sonraki imkansızlıkta onun herhangi bir sorumluluğu da olmaz, borçlu borcundan kurtulur. Buna karşılık, BK'nın 96. maddesine göre; borçluya yüklenebilecek olan sonraki imkansızlıkta borçlu tazminat ödemekle yükümlü olur¹⁰⁸.

Başlangıçtaki imkansızlıkta, objektif ve sübjektif imkansızlık ayrımı büyük önem taşır. Butlan yaptırımını için başlangıçtaki imkansızlığın objektif mahiyette olması gerekir. Sonraki imkansızlıkta temel ayırım ise, kusurlu- kusursuz imkansızlık ayrımıdır. Sonraki imkansızlıkta objektif- sübjektif imkansızlık ayrımı önem taşımaz¹⁰⁹. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan imkansızlık, borçlunun kusuruna dayanmadıkça ister objektif ister sübjektif olsun borç sona erer¹¹⁰.

BK'nın 117. maddesine göre, borçluya yükletilemeyen sonraki imkansızlık hallerinde borçlunun borcu sona erer¹¹¹. Bu halde borçlu karşı taraftan aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade eder, henüz almadığı şeyleri ise isteme hakkından mahrum olur¹¹². Ancak, bu durumda da istisna olarak BK'nın 117/II. maddesine göre; tarafların aralarında yaptıkları sözleşme ile borçluya yüklenemeyen imkansızlık halinde borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri muhafaza edeceğini kararlaştırabilirler. Ayrıca BK'nın, “ Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasından, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.” olarak düzenlenen 183. maddesi ve “ Uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi, hastalıktan, askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet

¹⁰⁸ Serozan, İfa Engelleri, s. 183.; Erzurumluoğlu, Erzan: Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s. 10.

¹⁰⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 183.

¹¹⁰ Erzurumluoğlu, s. 21.

¹¹¹ Yargıtay 19. HD, 4.7.2003 T., 10423 E., 7437 K.: “ Kira sözleşmesinin temelini oluşturan binanın deprem nedeniyle yıkılması kira konusunu ortadan kaldıran zorunlu neden sayılıp sözleşmenin sona erdiğinin kabulü gerekir.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 2004, Ay: 7, s. 1095.

¹¹² Kılıçoğlu, s. 631.; Serozan, İfa Engelleri, s. 191.; Altunkaya, s. 107.

için ücret istemeye hakkı vardır” diye hüküm altına alınan 328. maddesi, BK’nın 117. maddesine istisna getiren özel hükümlerdir¹¹³.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık halinde borçlunun kusuru söz konusu ise daha önce de belirttiğimiz gibi, BK’nın 96. maddesindeki genel hüküm uygulanır. Buna göre bu durumda, borç sona ermez, borçlu, alacaklı zarara uğramışsa,¹¹⁴ bunu tazmin etmek zorunda kalır.¹¹⁵

a) Şarta Bağlı Sözleşmelerde Durum

Hukuki işlemler şarta bağlı olmaksızın yapılabileceği gibi, şarta bağlı olarak da yapılabilir. Şart; gelecekte meydana gelmesi şüpheli olan bir olaydır. Başka bir deyişle, şart, hem hukuki işlemin etkisini, ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlayan taraf veya tarafların koyduğu kayıt, hem de böyle bir kayıt ile hukuki işlemin etkisinin, bağlanmış olduğu, ileride gerçekleşmesi şüpheli bulunan olgudur.¹¹⁶ Şartın bir hukuki işlemde varlığından söz edebilmek için şu unsurların varlığı gereklidir. Şart taraf iradeleri ile tayin edilmiş olmalı¹¹⁷, şarta konu olan olay belirsiz olmalı¹¹⁸ ve geleceğe ilişkin olmalıdır¹¹⁹. Aksi takdirde şartın varlığından söz edilemez. Şart, geciktirici (taliki) ve bozucu (insifahi) şart olarak ikiye ayrılır. Geciktirici şart; sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurması gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlandığı zaman söz konusu olur. Geciktirici şart, BK’nın 149.

¹¹³ İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku, Ankara 1979, s. 518.

¹¹⁴ Yargıtay 15. HD, 25.10.2001T., 2599 E., 4820 K.: “Arsa sahibinin veya haleflerinin açık veya kapalı rızası olmadan inşaat projesinde değişiklik yapılması ve tadilat projesi alınması mümkün olmadığından davalı arsa sahibi sözleşmenin imkansız hale gelmesinde kusurlu sayılmalı ve daireye bağlı garaj bedelinin karşılığını tazminat olarak davacıya vermelidir.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 2002, Ay: 6, s. 893.

¹¹⁵ Altunkaya, s. 108.

¹¹⁶ Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1992, s. 30.

¹¹⁷ Pulaşlı, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s. 16.

¹¹⁸ Pulaşlı, s. 23.

¹¹⁹ Pulaşlı, s. 37.

maddesinde düzenlenmiştir¹²⁰. Bozucu şart ise; hukuki sonuçlar doğuran bir sözleşmenin sona ermesini gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlayan şarttır. Bozucu şart, BK'nın 152/I. maddesinde düzenlenmiştir¹²¹.

Şarta bağlı sözleşmelerde, edimin, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat şartın gerçekleşmesinden önce imkansız hale gelmesi durumunda bunun hukuki sonucunun başlangıçtaki imkansızlığa mı, yoksa sonraki imkansızlığa mı bağlanacağı konusu önemlidir.

Bu konuda bozucu şarta bağlı sözleşmeler yönünden bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira, bu halde sözleşme başından itibaren kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamıştır. Bu sebeple bozucu şarta bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat şartın gerçekleşmesinden önce meydana gelen imkansızlık sonraki imkansızlıktır¹²².

Erteleyici şarta bağlı sözleşmelerde ise, sözleşme kurulduğu anda şartın gerçekleşmesi objektif olarak imkansız hale gelmişse, artık şart söz konusu olmayacağından sözleşme hüküm ifade etmez. Burada başlangıçtaki imkansızlık söz konusu olup, işlem batıldır¹²³. Buna karşılık, erteleyici şarta bağlı sözleşmelerde şartı oluşturan olayın gerçekleşmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce imkansız hale gelmişse, ortaya çıkan imkansızlık sonraki imkansızlıktır¹²⁴.

Şarta bağlı sözleşmelerde bazı hallerde şartın gerçekleşmesi mümkün olmakla birlikte, edimin ifası imkansızlaşmış olabilir. Bu durumda da edimin ifası yönünden sonraki imkansızlık söz konusu olur¹²⁵.

¹²⁰ Şenyüz, Doğan: Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2005, s. 119.

¹²¹ Şenyüz, s. 120.

¹²² Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 27.

¹²³ Eren, s. 1122.

¹²⁴ Altunkaya, s. 109.

¹²⁵ Altaş, Tez, s. 21.

b) İzin veya İcazete Bağlı Hukuki İşlemlerde Durum

Fiil ehliyetine sahip kişiler hukuki işlem ehliyetine de sahiptirler ve bu kişilerin yaptığı hukuki işlemler herhangi bir izin veya icazete bağlı olmaksızın geçerlidir. Fakat, tam ehliyetsiz kişilerin çoğu işlemlerinin, sınırlı ehliyetsiz olan kişilerin ise bazı işlemlerinin geçerliliği izin veya icazete bağlıdır. İşte bu tür hukuki işlemlere, izin veya icazete bağlı hukuki işlemler denir.

İzin veya icazete bağlı hukuki işlemlerde icazetin verilmemesi sonraki imkansızlık durumunun ortaya çıkmasına neden olur. Çünkü, her ne kadar icazet verilmesinden önce askıda bir durum söz konusuysa da, yine de tarafları bağlayan, tarafların tek başlarına dönemeyecekleri bir işlem vardır. Aynı şekilde, verilmiş olan iznin veya icazetin sonradan geri alınması halinde de sonraki imkansızlık söz konusu olur.¹²⁶

III. Tam İmkansızlık- Kısmi İmkansızlık

1. Tam İmkansızlık

Kısmi ya da tam imkansızlık, edimin tamamen ya da kısmen imkansızlaşması halinde ortaya çıkar. Eğer edim tam olarak ifa edilemiyorsa, tam imkansızlık söz konusu olur¹²⁷.

Tam imkansızlık durumunda sözleşme tamamen batıl olur¹²⁸. Örneğin; sürekli borç ilişkilerinde borçlu belirli bir andaki edimi yerine getirmemiş ve geri kalan

¹²⁶ Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 27.

¹²⁷ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 90.

edimin ifası da alacaklının sözleşme ile güttüğü amacın gerçekleşmesine engel oluyorsa, tam imkansızlık söz konusu olur¹²⁹.

2. Kısmi İmkansızlık

Edimin kısmen imkansız hale gelmesine, kısmi imkansızlık denir¹³⁰. Örneğin; 100 kilo portakalın satılması halinde bunun 50 kilosu çürümüşse geri kalan 50 kilo ifa edilebildiğinden kısmi imkansızlık söz konusu olur¹³¹.

Eğer kısmi imkansızlık, objektif ve sürekli olarak edimin ifasını ortadan kaldırmışsa, sözleşmeye BK'nın 20/ II. maddesine göre kısmi butlan müeyyidesi uygulanır¹³². Fakat bu müeyyide başlangıçtaki kısmi imkansızlık halinde söz konusu olur. Buna karşılık, sonradan ortaya çıkan kısmi imkansızlık hakkında BK'da bir hüküm bulunmamaktadır¹³³. Ancak, sonraki kısmi imkansızlıkta ifa, borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmişse, alacaklı dilerse, edimin mümkün olan kısmının ifasını istemek, ifa edilmeyen bölüm için de tazminat talep etmek hakkına sahiptir¹³⁴.

¹²⁸ Yargıtay HGK, 4.11.1959T., 32 E., 28 K. “ Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinde davalının kiraladığı yer odalar, koridor, bahçe, hol ve üst kat olarak gösterilmiştir. Kiralanan bina tamamen yanmıştır. Davalının akitte yer alan bahçeden faydalanma imkanının mevcut olduğunu, bu sebeple de aktin devam etmesi gerektiğini ileri sürmesi, akdin esasını binanın teşkil etmesi ve bahçenin akitte ferî olarak yer alması bakımından kabule değer görülmemiştir.” Bu karar için bkz. Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 1030.

¹²⁹ Altunkaya, s. 127.

¹³⁰ Eren, s. 999.; Oğuzman/ Öz, s. 449.; Başpınar, s. 117.; Altaş, Tez, s. 32.; Karaaslan, s. 55.

¹³¹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 91.

¹³² Altunkaya, s. 127.

¹³³ Tunç, s. 110.

¹³⁴ Yargıtay HGK, 2.2.1994 T. , 2-639 E., 26 K. “İptali istenen miras taksim sözleşmesi; altı madde halinde tanzim edilmiş ve taksime konu yapılan taşınmaz mallardan yalnızca 20 parsel sayılı taşınmazda, miras bırakanın mirasçuları eşi Ayşe ve çocuklarına 1/3'er eşit hisse bırakılması öngörülmüş, diğer taşınmaz malların ise murisin çocukları arasında genelde bağımsız parsel bırakmak suretiyle paylaşımı kararlaştırılmıştır. İlgililerince tapuda henüz bir işlem yapılmadan taşınmazlarda imar uygulaması başlamış ve 20 parselde hamur kuralı uygulanmak suretiyle şuyulu olarak üçüncü şahıslar adına da olmak üzere müteaddit imar çapları oluşmuştur. Anılan parsel yönünden doğan imkansızlığın, sözleşmenin bütünü bozamaz.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1994, Ay: 7, s. 1045.

Buna karşılık kısmi ifa alacaklı için yararsız hale gelmişse, alacaklı kısmi ifayı reddedip, borcun tümü için kusurlu imkansızlık nedeniyle tazminat isteyebilir¹³⁵.

a) Konu Yönünden Kısmi İmkansızlık

Edimin belirli bir kısmının ifa edilememesinin kısmi imkansızlık doğuracağı hiçbir tereddüte yol açmamasına karşılık, hangi tür edimlerin kısmi imkansızlığa yol açacağı konusu önemlidir.

Kural olarak maddeten bölünebilen her edim kısmi imkansızlığa neden olur. Ancak, maddeten bölünebilen bir edim her zaman mutlaka kısmi imkansızlık yaratmaz. Kısmi ifa, alacaklının sözleşmedeki menfaatini yerine getirmiyorsa ya da sözleşmenin amacı kısmi ifanın kabulüne engelse, bu durumda tam imkansızlık söz konusu olur¹³⁶.

Bu bağlamda, edimin ne zaman bölünebilir sayılacağı sorunu önem taşımaktadır. Bir edimin ne zaman bölünebilir olduğu ya edimin maddeten bölünebilir olması imkanına veya sözleşmenin yorumuna ya da tarafların iradesine göre tespit edilir¹³⁷.

İlk olarak, edimin konusunu teşkil eden şeyin, niteliğinde bir değişiklik veya ekonomik değerinde esaslı bir azalma olmaksızın, parçalara bölünebilmesine bölünebilir edim adı verilir. Bölünebilir edimlerde daha önce belirttiğimiz gibi, genelde kısmi imkansızlık söz konusu olur. İkinci olarak, taraflar edimin bölünmeden ifa edilmesi hususunda anlaşmışlarsa, edimin kısmi imkansızlığı değil, tam imkansızlığı söz konusu olur. Üçüncü olarak ise, tarafların edimin bölünmesi hususunda herhangi bir anlaşmaları yoksa, bu durumda sözleşmenin amacına bakılır. Eğer edim ancak tam olarak ifa edildiği zaman alacaklının tatmin edilmesi durumu

¹³⁵ Reisoğlu, s. 303.

¹³⁶ Altaş, Tez, s. 32.; Karaaslan, s. 56.

¹³⁷ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 91.

ortaya çıkarıyorsa, edimin kısmen ifa edilmesi halinde de tam imkansızlık meydana gelir¹³⁸.

Birden çok edimi içeren sözleşmelerde, edimler arasında sıkı bir bağ yoksa, ortada birbirinden tamamen bağımsız sözleşmelerin varlığından söz edilir. Bu durumda edimlerden birinin imkansızlaşması kısmi imkansızlığı değil, imkansızlaşan edimi kapsayan sözleşme açısından tam imkansızlığı oluşturur. Ayrıca, bölünmesi mümkün olmayan edimlerde de borçlanılan edimin bir kısmı ifa edilemez hale gelmişse, edim tam olarak imkansızlaşmış olur¹³⁹. Örneğin; E ve F arasında yapılan satım sözleşmesine göre, E, F'ye bir mercedes bir de audi marka araba satmıştır. Fakat mercedes marka arabanın çalınması sonucunda bu edimin ifası imkansız hale gelmiştir. Bu durumda sadece mercedes marka arabanın satılmasına ilişkin satım sözleşmesinin bir bölümü sona ererken, audi marka arabanın satımına ilişkin bölümü hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder.

b) İfa Yeri Yönünden Kısmi İmkansızlık

İfa yerinin bilinmesi çeşitli bakımlardan önemlidir. Her şeyden önce, borçlu sözleşmede öngörülen yerde değil de, başka bir yerde borcunu ifa etmek isterse, borca aykırı hareket etmiş olur. Bu takdirde, borcun ihlaline dair sonuçlar uygulanır. Alacaklı ifayı sözleşmeye veya kanuna göre tayin edilen yerde kabul etmezse temerrüde düşer. Ayrıca, taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa, yetkili mahkemenin tayininde de ifa yeri önemli bir rol oynar¹⁴⁰.

İfa yerini taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Sözleşmede ifa yeri açıkça tayin edilmiş olmasa da, işin mahiyeti ifanın belli bir yerde yapılmasına ihtiyaç gösteriyorsa, ifanın orada yapılacağı örtülü olarak kararlaştırılmış sayılır. Eğer

¹³⁸ Altunkaya, s. 128.

¹³⁹ Altaş, Tez, s. 33.

¹⁴⁰ Tekinay, Sulhi Selahattin: Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1979, s. 626.

taraflar arasında ifa yerini tayin eden bir anlaşma yapılmış değilse, BK'nın 73/ II. maddesinde “ Borç bir miktar paradan ibaret ise, tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur. Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa, bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur. Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir.” olarak düzenlenen yedek hukuk kuralına göre ifa yeri belirlenir¹⁴¹.

Bir görüşe göre, borcun gereken yerde ifa edilmemesi durumunda kısmi imkansızlık söz konusu olur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, edimin konu, yer ve zaman olmak üzere üç unsuru vardır. Edimin bu unsurlara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde kısmi imkansızlık söz konusu olur¹⁴².

Bizim de katıldığımız hakim olan görüşe göre ise, borcun yerine getirilmesi gereken yerde ifa edilmemesi bir kısmi imkansızlık durumu yaratmaz. İmkansızlık denince bundan, sadece edimin konusunun imkansızlaşması anlaşılır. Kısmi imkansızlık da ancak edimin konusunun kısmen imkansızlaşması halinde söz konusu olur. Edimin ifa yerinde yapılmamasının bir kısmi imkansızlığa sebep olabilmesi için onun edimin konusunun bir unsuru haline gelmesi gerekir¹⁴³. İfa yeri ise kural olarak bu karakterde olmadığı için kısmi imkansızlık yaratmaz. Ancak, bazı hallerde, ifa yeri edimin esaslı bir unsuru haline gelebilir. Örneğin, belirli bir arsa üzerinde yapılması gereken inşaatta yer, edimin esaslı bir unsuru haline gelmiştir. Eğer inşaat herhangi bir teknik sebeple arsa üzerinde yapılamazsa, bu durumda ancak edimin ifasının imkansızlığından bahsedilir¹⁴⁴.

¹⁴¹ Tekinay, s. 627.

¹⁴² Altunkaya, s. 137.

¹⁴³ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 93.

¹⁴⁴ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 94.

c) İfa Zamanı Yönünden Kısmi İmkansızlık

İfa zamanı iki yönlü bir kavramdır. Bir taraftan, alacağın ne zaman muaccel hale geleceğini, diğer taraftan da ne zaman ifa kabiliyetine sahip olacağını ifade eder. Muacceliyet, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyararak, edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu anda gerçekleşir. İfa kabiliyeti ise, borçlunun edimi yerine getirmek yetkisine sahip olduğu, alacaklının da edimi kabul etmekle yükümlü olduğu anda gerçekleşmiş olur. Muacceliyetin veya ifa kabiliyetinin sözleşmeye, işin özelliklerine ya da dürüstlük kurallarına göre ne zaman gerçekleşeceği anlaşılamiyor ve kanunda da bir vade öngörülmemiş ise, BK'nın 74. maddesine göre, alacak, derhal, yani doğumunu takiben hemen muaccel hale gelir ve ifa kabiliyetini kazanır¹⁴⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir görüşe göre, sözleşmelerin ifasında yer unsuruna uymamak kadar zaman unsuruna uymamak da kısmi imkansızlığa neden olur. Bu görüşü savunanlara göre, edimden, konusu, yeri ve zamanı kesin olarak tespit edilmiş bir bütünü anlayınca, zamanında ifa etmeme, yani edimin belirli bir anda yapılmaması, onu iktisaden ve hukuken kararlaştırılandan başka bir hale getirir. Bu durumda edim, konu yönünden tamamen değiştiği için, onun sonradan ifası artık tam imkansızlık sonucunu doğurur¹⁴⁶.

Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre ise, ifa zamanı da ifa yeri gibi sözleşmenin esaslı bir unsuru değildir. Edimin ifa zamanından başka bir zamanda ifa edilmesi halinde, imkansızlıktan değil, temerrütten söz edilir. Temerrüt ise, kısmi imkansızlık değildir¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Tekinay, s. 618.

¹⁴⁶ Altunkaya, s. 135.

¹⁴⁷ Altaş, Tez, s. 34.

IV. Sürekli İmkansızlık- Geçici İmkansızlık

1. Sürekli İmkansızlık

Her borcun, sözleşmede kararlaştırıldığı gibi, belirli bir süre içinde ifa edilmesi gerekir. Ancak, bazı durumlarda tarafların belirledikleri ifa süresi içinde, borçlanılan edimin yerine getirilmesini engelleyen bazı durumlar ortaya çıkabilir. Bu engellerden bir kısmı sözleşmenin yürürlükte olduğu zaman içinde ortadan kalkar ve edim ifa edilebilir hale gelebilir. Bazı engeller ise sürekli ve edimin ifasını imkansız hale getirir¹⁴⁸.

İşte borçlanılan edimin zaman yönünden nihai olarak ifa edilemez halde bulunması veya ifa edilemez hale gelmesi, sürekli imkansızlığı ifade eder.¹⁴⁹ Sürekli imkansızlığı doğuran nedenin zaman içinde ortadan kalkması mümkün değildir¹⁵⁰. Örneğin; taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan arsanın sözleşmenin akdedilmesinden bir gün sonra imar yasağı kapsamına alınması durumunda edim, herkes için sürekli olarak ifa edilemez, dolayısıyla da imkansız hale gelmiştir.

BK'nın 20. maddesinde düzenlenen başlangıçtaki imkansızlık, BK'nın 117. maddesinde hükme bağlanan sonraki kusursuz imkansızlık ile BK'nın 96. maddesinin konusunu oluşturan sonraki kusurlu imkansızlık hallerinden söz edebilmek için, imkansızlığın sürekli olması gerekir. Aksi takdirde, ne butlan müeyyidesinden, ne de edimin imkansızlaşmasından dolayı tazminata

¹⁴⁸ Eren, s. 295.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Kılıçoğlu, s. 68.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 100.; Altunkaya, s. 118.

¹⁴⁹ Yargıtay 15. HD, 21.2.1978 T., 2133 E., 307 K. "Sözleşme uyarınca, bina iki parselin birleşmesi sonucu oluşacak tek parsel üzerine yapılacağına göre İmar Yasası ve Yönetmeliği yönünden parsellerin birleştirilmesi olanaksız ise, taraflar arasında kurulan eser sözleşmesi, konusunun olanaksızlığı nedeniyle geçersiz olur ve taraflar sözleşme ile bağlı tutulamazlar." Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl:1979, Ay: 4, s. 546.

¹⁵⁰ Altaş, Tez, s. 22.

hükmedilmesinden söz edilebilir. Çünkü bu hallerde edimin ifasının imkansızlığı sürekli değildir.

2. Geçici İmkansızlık

Borçlanılan edimin ifası zaman yönünden geçici bir engel nedeniyle imkansız hale gelirse, geçici imkansızlık söz konusu olur. Geçici imkansızlığı doğuran engel ortadan kalktığı zaman, sözleşmenin ifası mümkün hale gelir¹⁵¹. Başka bir deyişle, borcun ifasını engelleyen imkansızlık sürekli olmayıp, ifadan önce ortadan kalktığı zaman, edimin ifası mümkün oluyorsa, geçici imkansızlık söz konusu olur. Örneğin; hastalığı nedeniyle iki gün derse gelemeyen öğretmenin, iyileştikten sonra edimini yerine getirmesi mümkündür. Örnekten de anlaşılacağı gibi, ifa engelinin ortadan kalkması ile beraber edimin ifa edilmesi de artık mümkün hale gelmektedir¹⁵².

Geçici imkansızlık kural olarak, borcun ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Ancak, engel devam ettiği sürece alacaklı ifayı isteyemez. Bu imkansızlık genelde temerrüt hükümlerine tabi olur¹⁵³.

Ancak, öyle bazı haller vardır ki, burada imkansızlık geçici olmasına rağmen, sözleşmenin sonradan ifası yine de söz konusu olamaz. Bu hallerde sürekli imkansızlık söz konusu olur. Bu haller;

- Geçici imkansızlığın ne kadar süreceği bilinmiyorsa, geçici imkansızlık sürekli imkansızlık olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁴. Çünkü bu durumda sözleşmenin

¹⁵¹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 100.; Altaş, Tez, s. 23.

¹⁵² Eren, s. 998.;Altunkaya, s. 120.

¹⁵³ Tunç, s. 109.

¹⁵⁴ Karşı Görüş: Yargıtay 15. HD, 1.4.1993 T., 283 E. ,1515 K. “Fesih tarihinde, mutlak olmadığı anlaşılan geçici imkansızlığın giderilmesiyle sonucun alınmasına, normal koşullarla çok kısa bir süre kalmış ise; iş sahibinin sözleşmeden dönmede iyiniyetli davrandığı kabul edilemez. İmkansızlığın giderilemeyeceği ya da bunun daha ne kadar

karşı tarafından, ifa imkansızlığı ortadan kalkıncaya kadar, sözleşmeye bağlı kalması beklenemez¹⁵⁵.

- Edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının bir çıkarı kalmamışsa, ondan imkansızlığın ortadan kalkmasına kadar beklemesi istenemez¹⁵⁶.

- Geçici imkansızlığı doğuran engel ortadan kalktıktan sonra, borçlanılan edimin ifası mümkün hale gelse de, bu edim sözleşmede kararlaştırılan edimden tamamen farklı bir nitelik kazanırsa, bu durumda da sürekli imkansızlık söz konusu olur¹⁵⁷.

a) Kesin Vadeli İşlemlerde Durum

Kesin vadeli işlem, ifanın mutlaka belirli bir tarihte yapılması, başka bir deyişle, bu tarihte yapılamayan ifanın daha sonra da yapılamayacağına kararlaştırılmış olması hallerinde söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde, ifa kararlaştırılan tarihte veya zaman içinde gerçekleşmezse artık ne ihtara ne de süre tayinine lüzum kalır. Yani alacaklı, ihtara veya süre tayin etmeye mecbur kalmadan geciken ifayı reddedebilir¹⁵⁸.

Taraflar ifa zamanını kesin veya nisbi olarak tayin edebilirler. Esasen, doktrinde de kesin vadeli işlemler bu ayrıma tabi tutulmuştur.

zaman alacağı belli değilse iş sahibinden sözleşmeye bağlı kalması beklenmelidir.” Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1993, Ay: 11, s. 1688.

¹⁵⁵ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 102.; Altaş, Tez, s. 24.

¹⁵⁶ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 102.

¹⁵⁷ Altaş, Tez, s. 24.

¹⁵⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1071.

Mutlak kesin vadeli işlemlerde, belirli bir tarih, bir takvim günü esas alınır. Belirlenen bu tarihten sonra yapılan ifa alacaklı için hiçbir önem arzetmez¹⁵⁹. Hakim görüşe göre, mutlak kesin vadeli işlemlerde, edimin sözleşmede belirlenen vadede ifa edilmemesi halinde, geçici imkansızlık sürekli hale gelir ve BK'nın 117. maddesi uygulanır. Bu görüşe göre, imkansızlık geçici olmasına rağmen, sözleşmenin sonradan ifa edilmesi söz konusu olamaz. Çünkü, geçici imkansızlık borçlanılan edimin ifasına sürekli olarak engel olmaktadır¹⁶⁰.

Nisbi kesin vadeli işlemlerde ise, vade ve süre alacaklı için önemli olmakla beraber, ifa bu vade veya süreden sonra da yapılabilir. Sonradan yapılan ifa yine alacaklıyı tatmin eder. Burada ifa için belirli bir zamanın konulmuş olması, sadece ifa tarzını belirten bir anlaşma niteliğindedir¹⁶¹.

Vadeli işlemlerde, edimin geçici olarak imkansız hale gelmesinde sürekli imkansızlık değil, sadece temerrütün ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Çünkü, bu hallerde borçlanılan edimin sonradan ifası mümkündür. Bu hallerde, alacaklı BK'nın 107 b/ 3. maddesine göre, ayrıca ifa için bir mehil tayin etmeden BK'nın 106/II. maddesinde kendisine tanınan haklardan yararlanabilir¹⁶².

Öte yandan bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk/ İsviçre Hukukunda, kesin vadeli işlemlerin mutlak ve nisbi olarak türlere ayrılması doğru değildir. Kesin vadeli işlemlerde, edimin yerine getirilmemesi durumunda BK'nın 107 b/3. maddesine yönelik olarak imkansızlık değil, tamerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü, imkansızlık hükümleri aynen ifayı ortadan kaldırıp, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirebileceği gibi, kusurlu imkansızlık durumunda da ifa etmeme tazminatını talep hakkı verir¹⁶³.

¹⁵⁹ Eren, s. 909.

¹⁶⁰ Eren, s. 999.; Altunkaya, s. 123.

¹⁶¹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 23.; Seliçi, Özer: Kesin Vadeli İşlemler, (MHAD, Sayı: 3, Yıl: 1968, s. 92- 107), s. 94.

¹⁶² Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 104.

¹⁶³ Eren, s. 999.; Altaş, Tez, s. 28.; Altunkaya, s. 124.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 105.

b) Sürekli Borç İlişkilerinde Durum

Sürekli borç ilişkisi, asli edim yükümünün yerine getirilmesinin zaman içinde bir süreye yayıldığı borç ilişkileridir.¹⁶⁴ Borç ilişkisini sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirebilmek için, edim sonucunun, yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada aniden mi olduğuna, yoksa zaman içinde bir süreyi mi yayıldığına bakmak gerekir¹⁶⁵.

Sürekli borç ilişkilerinde, edimin kararlaştırılan süre içerisinde yerine getirilmemesi halinde uygulanacak hükümler açısından doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır.

Bir görüşe göre, sürekli edimin kararlaştırılan ifa süresi içerisinde yerine getirilememesi durumunda temerrüt söz konusu olur. Bu durumda, alacaklı BK'nın 106. maddesindeki seçimlik haklarını kullanabilir¹⁶⁶.

Hakim görüşe göre ise, sürekli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi, sözleşme kurulduktan sonra kesin ve objektif olarak imkansızlaşır, ifa imkansızlığı söz konusu olur¹⁶⁷. Bu durum da kendi içinde ikiye ayrılır.

Sürekli borç, olumlu sürekli bir davranış olarak belirlenmişse, zaman unsuru imkansızlığın tam ve sürekli olmasında büyük rol oynar. Edim sonucu ifa süresi içinde yerine getirilemiyorsa, artık süre geçtikten sonra bunun telafi imkanı yoktur. Sürekli borç ilişkilerinde edim zamana bağlanmıştır, ifa süresi içinde edim yerine getirilemezse imkansızlaşır¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 6.

¹⁶⁵ Seliçi, Sürekli, s. 7.

¹⁶⁶ Altunkaya, s. 125.

¹⁶⁷ Eren, s. 999.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 105.; Altunkaya, s. 126.

¹⁶⁸ Seliçi, Sürekli, s. 92.

Buna karşılık, sürekli borç, sürekli kaçınma edimi olarak belirlenmişse, borçlu ifa süresi içinde belirli bir davranıştan kaçınma borcu altına girmiş ve buna rağmen borcuna aykırı davranıp kaçınmayı borçlandığı hareketi yapmış ve bu durum bütün ifa süresi içinde devam etmiş ise, sürekli borç ilişkisi imkansız hale gelir¹⁶⁹. Ancak, bu durumlarda, edimin sonradan ifa edilme ihtimali varsa, imkansızlık değil, temerrüt söz konusu olur. Sürekli edim geçici bir süre için imkansızlaşmışsa, kural olarak, bu imkansızlık devam ettiği süre için, kısmi imkansızlık sonucunu doğurur ve kısmi butlan müeyyidesi uygulanır¹⁷⁰.

V. Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkansızlık- Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık- Borçlunun Sorumlu Olmadığı Diğer İmkansızlık Halleri

1. Genel Olarak

Doktrin ve uygulamada genel olarak, kusurlu ve kusursuz imkansızlık olarak nitelendirilen bu hal, imkansızlık sonucunda borçlunun sorumlu olup olmadığını düzenler.

Hakim fikre göre, borçlunun sorumlu olup olmaması, onun kusurlu olup olmamasına bağlıdır. Borçlu kusurluysa imkansızlık sonucunda sözleşme ortadan kalkmaz, yalnız tazminat yükümü doğar. Aksine, borçlu kusursuzsa, borç sona erer ve tazminat ödeme de söz konusu olmaz. Yani, bu fikre göre, borçlu sadece mücbir sebep ya da daha geniş bir ifadeyle, fevkalade hal sonucu ortaya çıkan imkansızlıktan sorumlu olmaz¹⁷¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, borçlunun sorumlu olup olmadığını tespit etmek için, kusurun mevcut olup olmadığı göz önüne alınmalıdır.

¹⁶⁹ Seliçi, Sürekli, s. 98.

¹⁷⁰ Eren, s. 999.; Başpınar, s. 122.; Altunkaya, s. 126.

¹⁷¹ Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 52.

Çünkü, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemedikçe, borcun ifasından sorumlu olur¹⁷².

Ancak, bazı hallerde bu görüş hukuki destekten yoksun kalmaktadır. Çünkü, borçlu istisnaen bazı hallerde kusursuz olsa bile sorumlu olabilmektedir¹⁷³. Örneğin; cins borçlarında ifa objektif olarak imkansızlaşmadıkça, yani edimin içinden ifa edileceği bütün mal türü yok olmadıkça, borçlu kusursuz olsa bile borcundan kurtulamaz. Aynı şekilde, BK'nın 100. maddesine göre; ifa yardımcısı kullanan kimse, kendisi kusursuz olsa bile, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olur. Son olarak, BK'nın 102. maddesine göre de; borçlu temerrüde düşmüşse, kural olarak umulmayan hal (kaza) sonucu ortaya çıkan imkansızlıktan da sorumlu olur.

Kanundan doğan bu istisnalara bir de, borçlunun kusurlu olmadığı durumlar sonucu ortaya çıkan imkansızlığın, sözleşmeyle yüklenildiği haller de eklenmelidir¹⁷⁴.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, imkansızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamakla değil, genel olarak borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir¹⁷⁵. Nitekim, BK'nın 117. maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır¹⁷⁶.

Kanunların bazı hallerde, borçlunun kusursuz olmasına rağmen, onu sorumlu tutması da bu görüşü desteklemektedir. Örneğin, BK'nın 103. maddesine göre,

¹⁷² Umar, Bilge: Borçluya İsnat Olunamayan İmkansızlık Sebebiyle Ademi İfa, (Adalet Dergisi, Sayı: 9-10, Eylül- Ekim 1961, s. 963-982.), s. 971.

¹⁷³ Altunkaya, s. 139.

¹⁷⁴ Altunkaya, s. 139.

¹⁷⁵ Yargıtay 15 .HD, 13.10.1987T., 4393 E., 3538 K. : “ Borçluya isnat olunamayan durumlar dolayısıyla borcun ifası olanaksız hale gelirse borç ortadan kalkar ve sözleşme karşılıklı edimleri içeriyorsa borcundan kurtulan borçlu, haksız edinim hükümleri gereğince aldığı iade etmek zorundadır. Akdin ifasındaki olanaksızlık sözleşmenin yapıldığı tarihte dahi varsa bu durumda sözleşmenin hukukten geçersiz sayılması gerekir.” Bu karar için bkz. Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 1009.

¹⁷⁶ Eren, s. 1251.; Altunkaya, s. 139; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 110.Karşı görüş için bkz. Altaş, Tez, s. 45.

temerrüte düşmekte kusuru olmasa bile, borçlu para borcunda temerrüt faizi öder. Aynı şekilde, BK'nın 382. maddesine göre, yayımcıya verilen nüshalar kaza ile yok olsa bile, yayımcı karşı edimi ödemekle yükümlüdür¹⁷⁷.

Borçlunun kusuru için kusur derecesi önemli değildir. Bazı hallerde de borçlu kusurlu olmasına rağmen, bundan sorumlu olmaz. Bunun en tipik örneği, alacaklının temerrüte düşme halidir. Bu tür durumlarda, BK'nın 98. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, borçlu sadece kast ve ağır ihmal sonucu ortaya çıkan imkansızlıktan sorumlu olurken, hafif ihmalinden sorumlu olmaz¹⁷⁸.

2. Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkansızlık Halleri

Sözleşme yapıldığı zaman edim imkansız olursa, sözleşme hüküm ifade etmez. Sözleşme yapıldıktan sonra da imkansız hale gelen edim, borçluya mükellefiyet yüklemeyiz. Ancak, bazı hallerde, yani borçluya isnat edilebilen imkansızlık hallerinde, borçlu edimin imkansızlaşmasından sorumlu olur¹⁷⁹. Bu haller şöyle sıralanabilir;

- Edimin başlangıçta imkansızlaşması halinde, ilgili düzenleme BK'nın 20. maddesidir. Bu maddeye göre; edimin başlangıçta imkansız olması halinde butlan söz konusu olur. Bunun için taraflardan birinin kusurlu olup olmaması önemli değildir. Fakat tarafların kusurlu olup olmaması, hukuki işlemin doğuracağı sonuçlar açısından önemlidir¹⁸⁰. Borçluya isnat edilebilecek bir neden ile imkansızlığın ortaya çıkması halinde, Türk- İsviçre Hukukunda bu konuda bir düzenleme yer almadığından, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) genel olarak kabul

¹⁷⁷ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 111.

¹⁷⁸ Altunkaya, s. 140.

¹⁷⁹ Ersebük, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları I, Ankara 1937, s. 409.

¹⁸⁰ Altunkaya, s. 233.

edilmektedir. Bu sorumluluğa göre, borçlu, alacaklının, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğuna duyduğu güvenin boşa çıkmasından dolayı uğradığı menfi zararı tazmin etmekle yükümlü olur¹⁸¹.

- Edimin sonradan imkansızlaşması halinde ise, borçlunun edimin imkansızlaşmasında kusurlu olması durumunda, sonraki kusurlu imkansızlık söz konusu olur. Sonraki kusurlu imkansızlık, borca aykırı bir davranış olduğundan, borçlu BK'nın 96. maddesine göre, alacaklının bu yüzden doğan zararlarından sorumlu olur¹⁸². Alacaklının uğradığı bu zararlar maddi veya manevi zarar olabilir. Bu durumda, alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlamakla yükümlü olmayıp, tam tersine, borçlu kendi kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Borçlunun, kendi kusursuzluğunu kanıtlaması halinde borçlu sorumluluktan kurtulur. Borçlunun edimin ifasının imkansızlaşmasındaki kusuru değişik şekillerde doğabilir. Kusurun her derecesi ve türü imkansızlığı ortaya çıkabilir. Bu durum borçlunun sorumluluğu açısından bir önem arz etmez¹⁸³.

3. Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık Halleri

Edimin başlangıçtaki veya sonraki imkansızlığı, borçlunun bilmediği, bilmesinin gerekmediği veya bilemeyeceği nedenlerden dolayı ortaya çıkabilir. Bu durumlarda borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık halleri söz konusu olur¹⁸⁴. Bu halleri edimin

¹⁸¹ Altunkaya, s. 234.

¹⁸² Yargıtay 15. HD, 25.10.2001T., 2599 E., 4820 K.: "Arsa sahibinin veya haleflerinin açık veya kapalı rızası olmadan, inşaat projesinde değişiklik yapılması ve tadilat projesi alınması mümkün bulunmadığından, davalı arsa sahibi, sözleşmenin imkansız hale gelmesinde kusurlu sayılmalı ve davacıya devrettiği daireye bağlı garaj yerinin dava tarihi itibarıyla piyasa rayicine göre belirlenecek bedelini davacıya tazminat olarak ödemelidir." Bu karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 2002, Ay: 6, s. 893.

¹⁸³ Kılıçoğlu, s. 484.

¹⁸⁴ Oftinger/ Jeanpretre, s. 186. Cassel and Cie c Julius B ä r and Cie RO 68 II 220, JdT 1943 201. "Borçluyu ifadan alıkoyan sadece savaştır. Kanton mahkemesinin düşündüğü gibi, davalının içinde bulunduğu durum, parası olmayan borçlunun ve para noksanlığının kendisine atfedilmesi halinde dahi

başlangıçta veya sonradan imkansızlaşmasına göre ikiye ayırarak inceleyecek olursak;

- Edimin başlangıçta imkansız olması halinde, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sözleşme butlan müeyyidesine tabi olur ve hiç bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Başlangıçtaki imkansızlık, gerek fiili gerekse hukuki nedenlerden dolayı ortaya çıkabilir ve edimin ifasını imkansızlaştırır. Borçlu tarafından öngörülemez şekilde ortaya çıkan imkansızlık sonucunda, sözleşme ortadan kalkar ve borçlu ne edim ne de tazmin yükümlülüğü olmaksızın sorumluluktan kurtulur.

- Edimin sonradan imkansız olması halinde ise, bu imkansızlığa borçlu yol açmamış, dolayısıyla, imkansızlık doğa olayları gibi¹⁸⁵ fiili veya kamu makamlarının engellemeleri gibi hukuki nedenlerle gerçekleşmişse, borçlu bundan sorumlu tutulamaz¹⁸⁶. Bu, sonraki kusursuz imkansızlık halidir. Bu durumda BK'nın 117. maddesine göre, borçlu ifası imkansızlaşmış olan borcundan kurtulmuş sayılır ve bundan dolayı karşı tarafın zararını tazminle yükümlü tutulamaz.

4. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Diğer İmkansızlık Halleri

BK'nın 117 ve 96. maddelerine göre, borçluyu sorumluluktan kurtaran haller, hukuki ve fiili nedenlerle ortaya çıkan , önceden görülemeyen ve bilinemeyen doğal

ademi ifadan sorumlu olan borçlunun durumu ile aynı değildir. Aksine, davalı hareket etme imkansızlığı içindedir ve davalı vadeli iki sözleşmenin ifası için gerekli tedbirleri almamaktadır. Bu durum objektif imkansızlığa sebep olmuştur. Bu nedenle davalı sözleşmenin ifasından sorumlu değildir.” Bu karar için bkz. Oftinger, Karl/ Jeanpretre, s. 185.

¹⁸⁵ Yargıtay 13. HD, 15.9.1994T., 6197 E., 7587 K. : “ Ağacından ürünü toplama zamanı gelmeden tamamen davalının dışında bir don olayı ile hasarın meydana gelmesinde davalının ürünü zamanında toplama borcunun ifasının ya da gereği gibi ifasının kusursuz olarak imkansızlaştığının kabulü zorunludur.” Bu karar için bkz. Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 1006.

¹⁸⁶ Serozan, İfa Engelleri, s. 186.

afetler gibi mücbir sebepler ve sözleşme konusu edimin bir kanunla yasaklanması gibi hallerden ibaret değildir. Bunların dışında, ifayı imkansız kılan çeşitli haller vardır. Bunları iki grupta toplayabiliriz.

a) Alacaklının Eylemleri (Fiilleri)

Borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi tamamen alacaklının kusurundan veya alacaklının herhangi bir eyleminden ileri gelmişse, borçlu sorumluluktan kurtulur. Bu hal, alacaklının yardımcılarının eylem ve kusurundan doğmuş olsa da sonuç değişmez¹⁸⁷.

Ancak, burada alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığı ile alacaklının temerrüdü birbirine karıştırılmamalıdır. Her iki durumda da borçlu, borçlanmış olduğu edimi doğrudan doğruya alacaklı yüzünden yerine getiremediğinden, bu ifa engelleri birbirine karıştırılabilir. Fakat bu iki ifa engeli birbirinden farklıdır. Alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığı süreklilik az ederken, alacaklının temerrüdü geçicidir. Alacaklı temerrüdünde, borçlunun edimi yitip gitmiş değildir, alacaklıya veya başkalarına karşı ileride belki yerine getirilebilir. Alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında ise, borçlunun edimini yerine getirme imkanı ortadan kalkmıştır, bu edim sonradan telafi edilemez¹⁸⁸.

Kural olarak, borçlu, kendisine yükletilemeyen haller nedeniyle ifanın imkansızlaşmış olması halinde, borcundan kurtulur ve karşı edimi talep hakkını kaybeder. Ancak, karşı edimi daha önce elde etmiş ise, bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıya geri vermek zorundadır. Fakat imkansızlığın alacaklıya yükletilebilen bir halden dolayı meydana gelmesi halinde, borcun hukuki sonuçlarının ne olacağı konusunda BK'da açık bir hüküm yoktur. Bu durumda,

¹⁸⁷ Erzurumluoğlu, s. 46.

¹⁸⁸ Serozan, İfa Engelleri, s. 154.

Alman Hukukundaki açık düzenleme de göz önüne alınarak, borçlu borcunu ifa etmiş gibi hareket edilmelidir¹⁸⁹.

b) Üçüncü Şahısların Haksız Eylemleri (Fiilleri)

Borcun imkansızlık nedeniyle ifa edilememesi, üçüncü şahsın (borçlu, alacaklı ve bunların eylemlerinden sorumlu buldukları diğer kişilerin dışındakilerin) kusurundan veya herhangi bir haksız eyleminden dolayı ortaya çıkmış ise, borçlu sorumlu tutulamaz.

Üçüncü şahısların haksız eylemleri, borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlar. Üçüncü şahsın eylemi haksız ise, borçlunun kusuru yoktur. Eylem haksız değilse, borçlunun sorumlu tutulabileceği bir kusur söz konusu olabilir. Borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi, ifadaki imkansızlığın tamamen üçüncü şahsın kusur veya haksız eyleminden dolayı ortaya çıkmasına ve borçlunun hiçbir kusuru bulunmamasına bağlıdır¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Erzurumluoğlu, s. 47.

¹⁹⁰ Erzurumluoğlu, s. 48.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 4. BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIK

I. Başlangıçtaki İmkansızlık Kavramı

İmkansızlık, daha önce de belirtildiği gibi, sözleşmeleri, geniş anlamda hukuki ilişkileri gerek başlangıçta gerek sonradan, başka bir deyişle, her aşamada etkileyen, farklı hüküm ve sonuçların doğmasına neden olan önemli bir kavramdır.

Ancak, bize göre, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan, sözleşmelerin en ağır yaptırıma maruz kalmasını sağlayan ve sözleşmeleri başlangıçtan itibaren geçersiz kılan imkansızlığın en önemli yansıması, başlangıçtaki imkansızlık halinde ortaya çıkar.

Başlangıçtaki imkansızlık, sözleşmelerin en geç, kurulduğu anda, sözleşme konusu edimin fiili veya hukuki sebeplerle imkansız hale gelmesini ifade eder.

Konusu başlangıçta imkansız olan bir sözleşme BK'nın 20. maddesine göre, butlan yaptırımına tabidir. Yani, böyle bir sözleşme baştan itibaren geçersiz olup, borç ilişkisi daha başından itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz.

Başlangıçtaki imkansızlık, sözleşme konusu edimin ifasının sadece borçlu tarafından imkansız olup olmamasına göre, önce, başlangıçtaki objektif ve başlangıçtaki sübjektif imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Sonra da, imkansızlığı

ortaya çıkararak nedenin fiili veya hukuki etkilerden dolayı meydana gelmesine göre imkansızlık, başlangıçtaki fiili ve başlangıçtaki hukuki imkansızlık olarak iki türe ayrılır.

Öte yandan, borçlu tarafından sözleşme konusu edimin imkansız olduğunun bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde de başlangıçtaki imkansızlıkta borçlunun sorumluluğundan bahsedilir. Bu gibi hallerde de her ne kadar borç ilişkisi sona erse de, borçlu bu bölümde derinlemesine incelenecek nedenlerle karşı tarafın zararını karşılamakla yükümlü olur.

Genel olarak, bu derece önemli hukuki sonuçlar doğuran başlangıçtaki imkansızlığın unsurları, türleri, hüküm ve sonuçları derinlemesine incelendiğinde, hukuki işlemlerin en önemli ve en çok uygulanan türü olan sözleşmeler için ne derece büyük bir öneme sahip olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

II. Başlangıçtaki İmkansızlığın Unsurları

Başlangıçtaki imkansızlığın unsurları şu şekilde sıralanabilir.

1. İmkansızlık En Geç Sözleşmenin Kurulması Anında Mevcut Olmalıdır

Başlangıçtaki imkansızlıktan söz edebilmek için her şeyden önce, edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması gerekmektedir. Edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması demek, daha önce de ifade edildiği gibi, sözleşmenin daha yapıldığı anda yerine getirilmesinin mümkün olmaması demektir. İfayı önleyen engel, en geç

sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalıdır¹⁹¹. Örneğin, satım sözleşmesi yapılmadan önce, sözleşmeye konu olan resmin yanması, kira sözleşmesi yapıldığı sırada sözleşme konusu dükkanın doğal bir afet nedeniyle yıkılıp yok olması veya bir arsa üzerinde yapılacak kooperatif konusu alan, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından önce kurulmuş olan¹⁹² imar yasağı, başlangıçtaki imkansızlık hallerine örnek teşkil edebilir. Başka bir deyişle, BK'nın 20. maddesinde hüküm altına alınan başlangıçtaki imkansızlık halinden bahsedebilmek için, edimin ifasının imkansız olması gerekmektedir. Bu imkansızlık, edimin konusu olan malın hiçbir zaman mevcut olmaması veya ilk başta mevcut iken, sözleşmenin kuruluşu öncesi¹⁹³ veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda herhangi bir sebeple telef olması şeklinde ortaya çıkmalıdır¹⁹⁴.

2. İmkansızlık Objektif Nitelikte Olmalıdır

Edim, sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte ise, objektif imkansızlık söz konusu olur¹⁹⁵.

¹⁹¹ Eren, s. 295.; Altunkaya, s. 160.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Başpınar, s. 119.; Serozan, İfa Engelleri, s. 163.; Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Ankara 1969, s. 206.

¹⁹² Yargıtay 15 HD., 17.5.2004 T., 5515 E., 2738 K.: “Taraflar arasında imzalanan biçimine uygun 14.5.1996 tarihli sözleşmeyle davalı, davacının arsasına, temel üstü ruhsat tarihinden itibaren 25 ay (iş günü) sürede anahtar teslimi villa yapımını yükümlenmiştir. Davacının 21.2.2000 tarihli ihtarıyla, davalı istemi üzerine, ruhsat alımı için 4 ay ek süre tanınmış, sonuç alınamamıştır. Ne var ki, davalının süre istemine ilişkin 29.7.1999 tarihli ihtarında, arazide kayma olduğu, 1.sınıf kırık fay hattı üzerinde bulunduğundan Afet İşleri Genel Müdürlüğü'nün olur vermesi gerektiği, arsanın ayıplı olduğu bütün bunların masraf ve süre gerektirdiği bildirilmiştir. Yine temyiz dilekçesine ekli belediye fen amiri imzalı yazıda da, sözleşmeye konu arsanın jeolojik sakıncalı alanda kaldığından inşaat izni verilmediği açıklanmıştır. Bu haliyle, inşaat yapılacak arsanın imara uygun olup olmadığı, objektif imkansızlık var ise sözleşme tarihinde mi, sonradan mı ortaya çıktığının incelenmesi davanın çözümü için zorunludur.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

¹⁹³ Yargıtay 15. HD, 11.10.2001 T., 2101 E., 4508 K.: “Dosyada yeralan Beykoz Belediye Başkanlığının 3.2.1999 günlü karşılık yazısından taraflar arasındaki sözleşme ile üzerine inşaat yapılması kararlaştırılan taşınmazların imar planında spor alanı olarak gösterildiği, öte yandan, 29.6.1999 günlü Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu yazısından ise taşınmazda eski eser kalıntıları bulunduğu bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle sözleşme konusunun imkansız bulunduğu, bu imkansızlığın da sözleşmenin yapılmasından önce var olan objektif imkansızlık olduğu ortadadır. Bu durumda Borçlar Kanunu 20/1. maddesi uyarınca sözleşme batıl olduğundan davanın reddine karar verilmesi yerine geçerli bir sözleşme varmışcasına yazılı gerekçe ile kabulü doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

¹⁹⁴ Eren, s. 295.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Başpınar, s. 119.; Altunkaya, s. 157.

¹⁹⁵ Eren, s. 295.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Başpınar, s. 120.; Altunkaya, s. 157.

Sözleşmenin imkansızlık yüzünden batıl olabilmesi için, edime ilişkin imkansızlığın objektif mahiyette olması, yani herkes için ifanın imkansız nitelikte olması gerekir¹⁹⁶. Eğer sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldığı sırada, borçlu için mevcut olan imkansızlığa rağmen, edimin bir başkası tarafından yerine getirilmesi mümkün ise, subjektif imkansızlıktan¹⁹⁷, başka bir deyişle, borçlunun şahsı için söz konusu olan bir imkansızlık halinden söz edilebilir. Böyle bir imkansızlık ise sözleşmeyi batıl kılmaz¹⁹⁸.

Edimin borçlu dışında üçüncü kişiler tarafından ifa edilmesi mümkün ise objektif değil, subjektif imkansızlık söz konusu olur. Örneğin, borçlunun kendisine emanet

¹⁹⁶ Yargıtay 15 HD., 13.4.1977 T., 350 E., 870 K., “davalı yüklenicinin yüklendiği davacının kiracısını bir hafta içerisinde tahliye ettirme edimi (borcu), taraflar arasında borç ilişkisinin kurulduğu yani sözleşmenin yapıldığı zaman afaki bakımdan imkansız bulunmaktadır. Bu durumda, BK.nun 20.maddesi uyarınca, taraflar arasında bu yönden bir borç ilişkisi esasen doğmamış ve meydana gelmemiştir. Zira, davalı yüklenici kiraya verilmiş bulunan binanın sahibi olmadığı gibi, kiraya veren (akit durumunda) da bulunmadığından, binadan çıkmak istemiyen kiracı aleyhine bu maksadı sağlamak amacı ile kanuni veya fiili işlemlere başvurmak yetkisinden de yoksundur. Esasen olayların akış biçimi de bu düşünceyi tamamen doğrulamıştır. Davalı yüklenicinin kanunen ve fiilen yapamayacağı ve yerine getiremeyeceği bir borcu yüklenmesi Borçlar Yasasının sözü edilen maddesine göre, konusunun olanaksız bulunması dolayısıyla geçersizdir.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

¹⁹⁷ Yargıtay HGK., 22.12.1982 T., 13-1905 E., 966 K., “Bilindiği gibi, genelde temlik borcu doğuran sözleşmelerden olan satım sözleşmelerinde satış konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı anca mevcut olmasına ya da satıcının malvarlığında bulunmasına gerek yoktur. Bu itibarla ilerde yapılacak veya üretilecek yahut hasıl olacak şeyler de satışa konu teşkil edebilirler. Bir başka anlatımla, satıcı başkasına ait şeyleri de satabilir. Eğer satıcı başkasına ait şeyi satmış ve ifa zamanına kadar da o şey üzerinde tasarruf yetkisini elde edememişse ve bu yüzden borcunu yerine getiremiyorsa, ademi ifa nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulabilir (BK. 96). O halde özetle belirtilecek olursa kural olarak başkasının zilyetliğindeki tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların satışı ve başkasına ait tapuda kayıtlı taşınmazların noter tarafından düzenlenen satış vaadi kişisel borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle geçerlidir. Bir başka deyimle, borç doğuran bir sözleşmenin geçerliği, hiç bir zaman satıcının satış tarihinde veya daha sonra o şeye malik olması şartına bağlı değildir. Ancak, maliki olmadığı bir taşınmazı satmış bulunan kişi aleyhine açılacak (ifa ve mülkiyetin alıcıya geçirilmesi) davasının redde müncer olması, böyle bir satışın BK. nun 20. maddesinde öngörülen afaki imkansızlık (objektif imkansızlık) nedeniyle geçersiz sayılmasını gerektirmez. Çünkü böyle bir sözleşme, (borç doğuran) bir sözleşme olarak geçerlidir ve sonuçta subjektif imkansızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın tazmini, yukarıda da kısaca değinildiği veçhile BK. nun 96. maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği gibi, eğer bir ceza şartı kararlaştırılmış ise bunun da ödetilmesi yine BK. nun 158. maddesi uyarınca alıcı tarafından istenebilir.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

¹⁹⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Eren, s. 295.; Altunkaya, s. 158.

olarak verilmiş ve üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı bir kolyeyi başkasına satması halinde, borcun ifasını engelleyen imkansızlık, subjektif niteliktedir¹⁹⁹.

Sübjektif imkansızlık, borcun ifasını sürekli ve kesin olarak engellemediği için, BK'nın 20. maddesinde düzenlenmiş olan başlangıçtaki imkansızlığın hukuki sonuçlarını doğurmaz. Çünkü, borçlunun şahsından kaynaklanan ve ifayı engelleyen engelin daha sonra ortadan kalkması ve borcun ifa edilebilmesi mümkündür²⁰⁰. Bu nedenle, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde, başlangıçtaki objektif imkansızlığın aksine, sözleşme geçerli olarak devam eder.

3. İmkansızlık Kesin (Mutlak) Olmalıdır

BK'nın 20. maddesinin uygulama alanı bulması için gerekli olan bir diğer unsur da, imkansızlığın kesin (mutlak) olmasıdır. Başlangıçtaki imkansızlığın varlığı, imkansızlığın kesin ve sürekli olması durumunda söz konusu olur.

İmkansızlığın kesin olması, en geç sözleşmenin kurulduğu anda ortaya çıkan imkansızlık sebebinin şüpheli olmaması, başka bir deyişle, söz konusu sebebin hiçbir kuşkuya yol açmayacak derecede edimi imkansız hale getirmesidir²⁰¹. Eğer, herhangi bir durumda, imkansızlığın kesin olmasından söz edilemiyorsa, BK'nın 20. maddesi uygulanamaz²⁰². Örneğin, herhangi bir deprem bölgesinde 1 aylık bir süre için konser

¹⁹⁹ Eren, s. 997.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Altunkaya, s. 159.; Serozan, İfa Engelleri, s. 167.

²⁰⁰ Altunkaya, s. 159.; Eren, s. 997.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Serozan, İfa Engelleri, s. 167.

²⁰¹ Yargıtay 15. HD., 1.5.1997 T., 1995 E., 2319 K., "Davacı, işin ehli ve tacir, davalı da taşınmazın maliki olarak sözleşme anında taşınmazın durumunu bilebilir haldedir. Fesihten sonra dahi imar tadilatı yetkili merciince sonuçlandırılmamıştır. O halde, öncelikle araştırılması gereken husus, taşınmazın sözleşmedeki amaca uygun biçimde imara müsait duruma getirilip getirilemeyeceği olmalıdır. Bu konuda mutlak imkansızlık olduğu saptanırsa, imar mevzuatı kamu düzenine ilişkin olmakla mahkemece durumun doğrudan dikkate alınması ve BK. 20. madde hükmünce akdin batıl olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekir." Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²⁰² Yargıtay HGK., 7.4.1993 T., 13-45 E., 153 K., "Sözleşme kira başlangıcı, 1.3.1988 olarak belirtilmiştir. Sözleşme tarihinde mecurun üçüncü kişinin kirasında olduğu ve mevcut kiracının mecur için yaptığı giderlerin davacı tarafından karşılanacağına ilişkin hüküm sözleşmede bulunmamaktadır.

vermesi amacıyla bir sanatçı ile yapılan sözleşmede, ilgili bölgede deprem olma olasılığı, akdedilen sözleşmeyi imkansız hale getirmez, çünkü deprem olup olmayacağı konusunda kesin bir bilgi yoktur. Bu durumda, bu bölgede daha sonra depremin gerçekleşmesi halinde sonraki imkansızlık kuralları uygulama alanı bulur.

Öte yandan, sözleşme yapıldığı sırada imkansız olan bir edimin, daha sonra ifa edilebilir hale gelmesi halinde de, imkansızlık kesin olup, bu durum, başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle butlana tabi olan sözleşmeyi etkilemez.

4. İmkansızlık Sürekli Olmalıdır

Başlangıçtaki imkansızlığın söz konusu olabilmesi için, borçlanılan edimin ifasının, sürekli olarak mümkün olmayacağına açıkça belli olması gerekmektedir²⁰³. Aksi halde, başlangıçtaki imkansızlıktan söz edilemez²⁰⁴.

İfa süresinin başında (sözleşme akdedildiğinde) veya ifa süresi içinde ortaya çıkan bazı engeller, edimin ifa edilmesi imkanını tamamen ortadan kaldırmaktaysa,

Bu durumda sözleşmede olmayan bir yükümlülük davacıya yüklenemez. Esasen sözleşme sırasında mecurun üçüncü kişinin kirasında olduğu davacı tarafça biliniyor olsa da davalı sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulamaz. Burada BK.nun 19, 20. maddeleri anlamında mutlak bir imkansızlık söz konusu değildir. Öte yandan davanın devamı sırasında tahliyesi sağlanan mecur davacının ifa talebine rağmen davalı tarafından davacıya teslim edilmeyip, üçüncü kişiye kiralanmak suretiyle akdin ifası imkansız hale getirilmiştir. Bu durumda davalı BK.nun 96 ve 106. maddeleri gereğince davacının bu durum nedeniyle oluşan zararından sorumludur.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²⁰³ Yargıtay 15. HD., 17.2.1994 T., 3539 E., 830 K., “geçerli bir sözleşmenin ayakta tutulması ve ifa edilmesi esastır (ahde vefa sözleşmeyle bağlılık ilkesi). Mahkemece öncelikle, dava konusu olayda 10 nolu parsel üzerine inşaat yapılmasının sürekli ve mutlak bir şekilde imkansız olup olmadığı resmi mercilerden sorulup tesbit edilmelidir. Böyle bir imkansızlık bulunduğu takdirde BK.nun 20 ve 117. maddeleri gereğince sözleşmenin ifası istenemez. Şayet bu nitelikte bir imkansızlık yoksa, geçici bir süre beklenmesi gerekiyorsa, sözleşme geçerlidir, ancak henüz ifası istenemez. Böylece geçici bir imkansızlık da yoksa, davalı arsa sahibinin yükleniciye yardım etmek ediminin ifasına, yani yükleniciye yetki verilmesine karar verilmelidir. Bunun için ilgili mercilere, bu yerde inşaatı izin verilip verilemeyeceği ve nedeni sorularak, imkansızlık bulunup bulunmadığı açık ve kesin bir biçimde tesbit edilerek, sonucuna göre, davacıya gerekli işlemleri davalı adına yaptırabilmesi için yetki verilmesi gerekip gerekmediği hakkında hüküm kurulması gerekirken, bu yönden gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan sözleşmeyi hükümsüz kılacak şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²⁰⁴ Başpınar, s. 115.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 101.; Altunkaya, s. 162.

sürekli imkansızlıktan söz edilir²⁰⁵. Örneğin, borçlunun mülkiyetini devrettiği araba tamamen yanmışsa, sürekli imkansızlık söz konusu olur.

Buna karşılık, ifa engeli devamlı değilse, bu engel ortadan kalktığı zaman edimin ifası mümkün olabilecek nitelikte ise, geçici imkansızlıktan söz edilir²⁰⁶. Örneğin, hastalığı nedeniyle o gün konser veremeyen sanatçının edimi geçici olarak imkansızlaşmıştır. Çünkü, sanatçı iyileştikten sonra söz konusu edimi yerine getirebilir.

Borcun ifasında imkansızlık geçici nitelikte ise, borç imkansızlık nedeniyle sona ermez, ifa gecikerek yapılır. Ancak, geçici nitelikte olsa da ifa imkansızlığının ne kadar süreceği belli değilse, sürekli imkansızlığın hukuki sonuçları uygulanır²⁰⁷.

5. İmkansızlık Sebebiyle İfa Edilemez Hale Gelen Edimin Yerine Başka Bir Değer Geçmemiş Olmalıdır

Borçlu, sözleşmede kararlaştırılan ifa ile yükümlü olduğu edimi ifa etmek zorundadır. Borçlunun bu edime benzer veya başka bir edimi karşı tarafa ifa etmesi, onu borcundan kurtarmaz. Ancak, bazı durumlarda borçlu, ifa ile yükümlü olduğu edimden başka bir edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Bu durumlarda, edimin imkansızlaşması ile ilgili hükümler de somut olaya göre farklı uygulanır. Dolayısıyla, imkansızlık sebebiyle edimini ifa edemeyen borçlu, başka bir edimi ifa ederek borcundan kurtulduğu için ne başlangıçtaki imkansızlık müessesesinden ne de butlan yaptırımından bahsedilemez.

²⁰⁵ Altunkaya, s. 118.; Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 45.; Başpınar, s. 115.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 544.

²⁰⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 544.; Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 45.

²⁰⁷ Reisoğlu, s. 303.

Bu durumlardan ilki, seçimlik borçlarda söz konusu olur. Seçimlik borç; birden fazla edimi ihtiva etmekle birlikte, borçlunun bunlardan birini ifa etmek suretiyle borcunu yerine getirdiği borç türüdür. Seçimlik borçlarda, en az iki ya da daha fazla edim vardır. Fakat, borçlu bunlardan sadece birini ifa ederek borcundan kurtulur²⁰⁸.

İşte bu tip bir borç ilişkisinde, ancak edimlerden hepsinin başlangıçta imkansızlaşması halinde, BK'nın 20. maddesi uygulama alanı bulur. Ancak, edimlerden birinin veya bir kısmının imkansızlaşması halinde, borçlu diğer bir edimi ifa ederek borcundan kurtulabileceği için, imkansızlıktan söz edilemez²⁰⁹.

Bu durumlardan ikincisi ise, ifa ikamelerinde söz konusu olur. İfa ikameleri kendi içinde üç grupta incelenir. Bunlar, seçimlik yetki, ifa yerine geçen edim ve ifa amacıyla yapılan edimdir.

Seçimlik yetki; borçlu veya alacaklının, asli edim yerine yedek bir edim sunmak veya talep etmek hakkına sahip oldukları durumlarda söz konusu olur²¹⁰. Seçimlik yetkinin tipik örneği, BK'nın 83. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "Mevzuu para olan borç memleket parasıyla ödenir. Akit tediye mahallinde kanuni rayici olmayan bir para üzerine varit olmuş ise akdin harfiyen icrası "aynen ödemek" kelimeleri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hulülü günündeki rayici üzerinden memleket parasıyla ödenebilir. Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir."

Seçimlik yetkide borçlu, sadece asıl edimin borçlusu olduğu için, yedek edimin ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse, asıl edimden kaynaklanan borç devam eder. Buna karşılık, asıl edimin ifası yine borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşır, borç sona erer²¹¹.

²⁰⁸ Eren, s. 878.; Akıncı, s. 34.

²⁰⁹ Altunkaya, s. 163.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 146.

²¹⁰ Eren, s. 878.

²¹¹ Altunkaya, s. 164.; Eren, s. 878.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 151.

İfa yerine geçen edim, BK'da düzenlenmemiştir. Ancak, ifa yerine geçen edim, sözleşme serbestesi ilkesine göre, tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce veya ifa zamanında, borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini ifa olarak kabul etmeleri ile ortaya çıkan edim olarak tanımlanabilir²¹².

İfa amacıyla yapılan edim ise, borçlanılan edimin ifa edilmesinden önce, alacaklının ekonomik olarak geçici tatminidir. Burada, borç ifa edilmekle beraber, ifa edilen edim borçlanılan ilk edim olmayıp, ifa amacıyla yapılan başka bir edimdir²¹³.

İfa yerine geçen edim ve ifa amacıyla yapılan edimin söz konusu olduğu hallerde, asıl edimin imkansız hale gelmesi durumunda, bundan kimse sorumlu değilse, yedek edimin ifası da ortadan kalkar ve borç sona erer. Çünkü, bu hallerde önemli olan asıl edimdir. Fakat, yedek edim imkansız hale gelirse, borç ilişkisi bundan etkilenmeyip devam eder. Ancak, bu halde de, alacaklı yedek (ikame) edimi seçmiş ve bu edim imkansız hale gelmişse, borç ilişkisi yine sona erer²¹⁴.

Sonuç olarak, başlangıçtaki imkansızlığın söz konusu olabilmesi için, yukarıda saydığımız istisnai durumlar nedeniyle ifa yerine geçen bir değer mevcut olmamalıdır. Çünkü, bu durumlarda imkansızlıktan söz edilemez.

²¹² Eren, s. 878.; Altunkaya, s. 164.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 151.

²¹³ Eren, s. 879.; Altunkaya, s. 164.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 151.

²¹⁴ Altunkaya, s. 165.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 151.

§ 5. BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIĞIN TÜRLERİ

Başlangıçtaki imkansızlık, imkansızlığı doğuran sebebe göre, başlangıçtaki fiili imkansızlık ve başlangıçtaki hukuki imkansızlık, başlangıçtaki imkansızlığın herkes tarafından söz konusu olup olmamasına göre ise, başlangıçtaki objektif imkansızlık ve başlangıçtaki subjektif imkansızlık olmak üzere çeşitli türlere ayrılır.

I. Başlangıçtaki Fiili İmkansızlık- Başlangıçtaki Hukuki İmkansızlık

1. Başlangıçtaki Fiili İmkansızlık

Daha önce de ayrıntılı olarak incelendiği üzere, fiili imkansızlık; borçlanılan edimin borçlu da dahil herkes tarafından mantıki, hukuki veya maddi bir sebeple²¹⁵ yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır²¹⁶.

²¹⁵ Yargıtay 1. HD., 17.10.2001.T., 9396 E., 10822 K., “HUMK'nun 414.maddesi hükmüne göre, mahkemece verilen keşif kararında ve keşif giderlerinin yatırılması için aynı kanununun 163 maddesi uyarınca ilgili tarafa tanınan önel ve kesin önele ilişkin ara kararında, yapılması gereken işlerin neler olduğunun tam bir açıklıkla belirtilmesi, sürenin yeterli ve elverişli olması, keşif giderlerinin (hakem ve mahkeme personelinin yol tazminatını, taşıt giderlerini, tanık ve bilirkişi ücretlerini ve bunlara çıkarılacak davetiye giderlerini kapsayacak biçimde) ayrıntılı olarak saptanması; davanın taraflarca bizzat takip edildiğinin anlaşılması halinde önele uymamanın doğuracağı sonuçlarının kendilerine açıklanması ve tarafların uyarılması zorunludur.

Somut olayda; mahkemece 17.5.2001 tarihli oturumda; ayrıntılı olarak belirtilen bakiye 48.859.000 lira keşif giderinin keşif gününden 1 gün önce mesai saati bitimine kadar yatırılması için davacı vekiline kesin önel verilmiştir. Ne var ki, verilen ara kararı yukarıda değinilen ilkelere uygun olmadığı gibi, keşif gününden 1 gün öncesi de tatil günü olan pazara geldiğinden fiili imkansızlık bulunmaktadır. Yatırılması istenen giderin keşif günü yatırılmış olduğu da anlaşılmaktadır.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²¹⁶ Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.;Atlas, Tez, s. 7.

Bu yönüyle, fiili imkansızlık aslında bir mantuki imkansızlık halidir ve mantuki imkansızlığın içinde incelenmektedir. Başka bir deyişle, fiili imkansızlık, mantık kurallarına veya tabiat kanunlarına göre gerçekleşmeyecek olan olayların niteliğinden ibarettir²¹⁷.

Edimin ifası, fiili bir engel yüzünden hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa, objektif olarak fiili imkansızlıktan bahsedilir²¹⁸. Buraya bir yandan hukuki işlemdeki imkansızlık, öte yandan eşyanın mevcut olmaması girer. Fiili olarak yerine getirilemeyen edim de, başlangıçtaki fiili imkansızlığı oluşturan durumları kapsar. Sözleşme konusu malın mevcut olmaması, söz konusu edimin yerine getirilmesini imkansız hale getirir. Edimin ifasının insan gücünü aştığı²¹⁹ durumlarda da fiili imkansızlık söz konusu olur²²⁰.

Bu yönüyle fiili imkansızlık hali, başlangıçtaki imkansızlıkla daha çok örtüşen bir kavramdır. Çünkü, ifa edilebilir bir edimin, sonradan mantuken ve fiilen imkansız hale gelmesi ihtimali zayıftır. Bu nedenle, fiili imkansızlık halinin, başlangıçtaki imkansızlık müessesesini doğurması, sonraki imkansızlığa neden olabilmesine göre daha kabul edilebilir görülmektedir. Örneğin; üzerine bir gökdelenin yapılmış olduğu

²¹⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.; Eren, s. 995.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.;Atlas, Tez, s. 7.

²¹⁸ Yargıtay 12. HD., 16.3.2001 T., 3208 E., 4506 K., "Takip dayanağı bononun vade tarihi 25.8.1994 olup, 28.5.1997 tarihinde (İstanbul Beşinci Asliye Ticaret Mahkemesi)nin 1997/459 sayılı kararıyla "senedin icra takibine konu edilmemesi ve 3. kişilere ciro edilmemesi" şeklinde tedbir kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda alacaklının senedi icra takibine koymasında fiili imkansızlık bulunduğundan zamanaşımı süresi belirtilen tarihte kesilmiştir. Tedbir kararı 8.2.1999 tarihinde kaldırıldığına ve bu tarihten itibaren yasal zamanaşımı süresi içerisinde 23.5.2000 tarihinde icra takibi yapıldığına göre zamanaşımı gerçekleşmemiştir. Mercice aksine düşüncelerle zamanaşımı nedeniyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir." Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²¹⁹ Yargıtay 11. HD., 9.6.1952 T., 52-2159 E., 3008 K., " Şartnameye göre davacının taahhüdü Vakfikebir havalisinden fiçı veya teneke içinde birinci nevi halis inek sütünden yapılmış Reihart derecesi 30 ve diğer vasıfları şartnamede yazılı yağın temin ve tesliminden ibaret olmasına göre, bu vasıftaki bir yağın temininin mümkün olup olmadığı bakımından inceleme yapılarak neticesine göre bir karar verilmek lazım gelirken piyasaya arz edilen Trabzon yağları arasında 30 reihart derecesinde yağ bulunup bulunmayacağı bakımından inceleme yapılarak karar verilmiş olması kanuna muhalif bulunduğu gibi BK'nın 20.maddesine göre akitlerden bir tarafın ifa edeceği şeyin değeri arasında farkın nispet kabul etmeyecek derecede aşırı bir fark olması halinde ifanın imkansızlığı bahis mevzuu olabileceğine göre bu nisbetler tespit ettirilmeden ifanın imkansız olduğunun kabul edilmesi kanuna aykırıdır." Bu karar için bkz.; Olguç, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1969, s. 98.

²²⁰ Altunkaya, s. 191.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.; Eren, s. 995.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.;Atlas, Tez, s. 7.

arsaya gömülü olan kıymetli bir vazoyu çıkartmak için taraflar arasında yapılan bir sözleşme başlangıçtan itibaren fiilen imkansızdır²²¹. Yine bunun gibi, sular altında kalmış bir şehre kooperatif yapılması için taraflar arasında yapılan anlaşma başlangıçtan itibaren fiilen imkansızdır. Taraflar, bu örneklerdeki imkansızlıkların sonradan ortaya çıktığını iddia edemezler.

Sonradan ortaya çıkan fiili imkansızlık halleri en çok doğal afetler sebebiyle meydana gelen imkansızlık hallerinde görülmektedir. Örneğin; kooperatif yapılan bir arsa üzerinde temel atıldıktan sonra deprem olması halinde, sonraki fiili imkansızlık hali ortaya çıkar.

2. Başlangıçtaki Hukuki İmkansızlık

Bazı hallerde edim, mantıki yani fiili anlamda imkansızlaşmaz, fakat yerine getirilmesi borçludan beklenemeyecek derecede ağırlaşır. Bu durum, savaş, doğal afetler veya hükümetlerin aldıkları olağanüstü ekonomik tedbirler sonucu ortaya çıkar. İşte, bu hallerde borçluyu borcundan kurtarmak için aranan çarelerden biri, imkansızlık kavramının genişletilmesinde bulunmuştur. Bunun sonucunda da hukuki imkansızlık kavramı ortaya çıkmıştır²²².

Edimin maddi olarak var olması yanında, bir sözleşmeye konu olması veya ifanın konusunu teşkil edebilmesi, emredici bir hukuk normu ile²²³ yasaklanmış olması

²²¹ Dural, İmkansızlık Kavramı, s. 9.

²²² Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 17.; Altunkaya, s. 217. ; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.; Eren, s. 995.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.;Atlas, Tez, s. 9.

²²³ Yargıtay HGK, 27.2.1985 T., 15-74 E., 254 K., "Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, (Elazığ Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi)nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.10.1980 gün ve 1979/363 - 647 sayılı kararın incelenmesi her iki tarafça istenilmesi üzerine, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin 7.5.1981 gün ve 1981/331-1050 sayılı ilamiyle; (.. Projesine göre 5 katlı yığma bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukuki imkansızlık nedeniyle BK. nun 20/1. maddesi gereğince baştan itibaren batıldır. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince imkansız bulunmaktadır. Taraflar ileri sürmeseler bile hakim in butlanı re'sen

sebebi ile mümkün değilse, hukuki imkansızlık söz konusu olur. Burada, daha önce de üzerinde durulduğu gibi, edim her ne kadar hukuki imkansızlıktan dolayı ifa edilemekte ise de, mantık kurallarına göre ve fiilen yerine getirilebilir niteliktedir²²⁴.

Başlangıçtaki hukuki imkansızlık ise, edimin, mantıken ve fiilen yerine getirilmesi, en geç sözleşme akdedildiği ana kadar mümkün iken, bir hukuk normu, özel nitelikte hukuki bir düzenleme veya bir mahkeme kararı sebebiyle ifasının mümkün olmamasıdır.

Başlangıçtaki hukuki imkansızlık, sadece ekonomik nedenlerden kaynaklanabilir. Özellikle, savaş ya da savaş sonrası veya herhangi bir sebeple ortaya çıkan ekonomik krizler sonucu iktisadi durumda meydana gelen değişiklikler, sözleşmenin muhtevasını da tamamen değiştirmekte ise, edim imkansızlaşmış olur²²⁵. Böyle bir durumun en geç sözleşmenin kurulması anında var olması halinde de başlangıçtaki hukuki imkansızlık söz konusu olur.

Başlangıçtaki hukuki imkansızlık tamamen hukuki sebeplere de dayanabilir²²⁶. Bir borcun ifası, sözleşme kurulmadan önce veya en geç sözleşme kurulduğu anda,

nazara alması icap eder. Sözleşme batıl olduğundan her hangi bir hukuki sonuç, başka ifade ile taarflar için bir borç veya alacak meydana getirmez. Ne var ki davalı müteahhitler iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek ve kusurlu iseler davacıların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zararı tazmin etmek zorundadırlar. Müteahhitler bir inşaat taahhüdü altına giren meslek adamı sıfatıyla gerekli özeni göstermeden sözleşmenin uygulanması için inşaat yerindeki eski binaları yıkmaları nedeniyle kusurludurlar ve davacıların uğradığı menfi zarardan sorumlu olmaları gerekir.” Bu karar için bkz.; www.kazancı.com.tr

²²⁴ Altunkaya, s. 218.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 17.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.; Eren, s. 995.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 9.;Atlas, Tez, s. 9.

²²⁵ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 19.

²²⁶ Yargıtay 4. HD., 9.12.2004 T., 4661 E., 14392 K., “Bütün bu durumlarda, küçük temyiz kudretine sahip ise verdiği zarardan bizzat sorumludur. Ancak, birçok durumda mal varlığı olmadığı için fiilen, birçok durumda ise hem mal varlığı hem de haksız fiil ehliyeti olmadığı için gerek fiilen, gerekse hukuken sorumlu tutulmaları söz konusu olamamaktadır. Kaldı ki, özen ve gözetime muhtaç kimseleri şahsen sorumlu tutmak mümkün olsa bile, zararın tamamını tazmin ettirmek olanağı her zaman bulunmayabilir. Çünkü temiz kudretleri yoksa zarar veren aile üyeleri ancak hakkaniyet gereğince sorumlu tutulabilirler (BK.m.54). Oysa, hakkaniyet ölçüsü bazı hallerde uğranılan zararın tamamının tazminine imkan vermez. Zira, hakkaniyet sorumluluğunda zarar verenin ekonomik durumu el verdiği ölçüde zarar tazmin edilir. İşte bu tür fiili ve hukuki imkansızlıklar küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfı aile üyelerinin davranışlarından zarar gören kimselere karşı başka bir şahsın sorumlu kılınması ihtiyacını doğurmuştur. Gerçekten, çok sık meydana gelen bu olaylarda, toplumu savunmasız bırakmamak; onu, küçüklere, kısıtlılara, akıl hastası ve akıl zayıflarına karşı korumak gerekir. İşte

doğrudan doğruya bir hukuk kuralı ile yasaklanmışsa ya da borçlu böyle bir kuralın uygulanması yüzünden ifa iktidarını kaybetmiş bulunursa, yine başlangıçtaki hukuki imkansızlık söz konusu olur²²⁷. Örneğin; uyuşturucu satımını konu alan bir sözleşmenin ifası fiilen değil, fakat hukuken başlangıçtan itibaren imkansızdır. Askeri eşya ile devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların satımı veya kiralanması için yapılan sözleşmelerin konusu, hukuken imkansız olan bir edimi kapsamaktadır. Yine, tarafların kanunda yer alan aynı haklardan başka bir aynı hak üzerinde anlaşmaları ve bunu tapu siciline tescil ettirmek istemeleri de hukuken imkansız olduğundan, aralarında yaptıkları sözleşme baştan itibaren geçersizdir²²⁸.

Mevcut olmayan bir hakkın devrini içeren edimin ifası da mümkün değildir. Bu durumda da başlangıçtaki hukuki imkansızlık söz konusu olur. Bu nedenle, örneğin, hava, su, göl gibi mülkiyeti hiç kimseye ait olmayan eşyanın devrini konu alan bir sözleşme de başlangıçtaki hukuki imkansızlık nedeniyle butlan yaptırımına tabi olur²²⁹.

II. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlık- Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlık

1. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlık

Edim, sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte ise, objektif imkansızlık söz konusu olur.

toplum yararı ve işlerin güvenle yürütülmesi ilkesi, zarar veren bu kimselerin yanında, başka birinin de sorumlu tutulmasını zorunlu kılmıştır.” Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr

²²⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1212.; Altunkaya, s. 217.

²²⁸ Altunkaya, s. 219.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 17.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210.; Eren, s. 995.;Atlas, Tez, s. 9.

²²⁹ Altunkaya, s. 220.

Örneğin; satıcı alıcıya daha önce yanmış bir evin satışını veya ölmüş bir atın bağışlanmasını taahhüt etmişse, başlangıçtaki objektif imkansızlık hali mevcuttur²³⁰.

Başlangıçtaki objektif imkansızlık, BK'nın 20.maddesine göre, sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olmasına sebep olur.

Başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle sözleşmenin batıl olabilmesi için, imkansızlığın objektif nitelikte olması gerekmektedir. Gerçekten de, belirli bir ifa engeli sebebiyle edimin imkansızlığına karar verebilmek için, borçlu dışında üçüncü kişilerin de o ifayı yerine getirememesi olması gerekir. Böylece, BK'nın 20.maddesi anlamında başlangıçtaki imkansızlıktan dolayı butlana, sadece objektif imkansızlık hallerinde başvurulabilir²³¹.

Borçlu yönünden bir edimin yerine getirilmemesini engelleyen veya zorlaştıran gerçek sebep ifa engelidir. Daha önce de belirtildiği gibi, tarafsız olarak veya borçlunun etki alanından dolayı oluşan ifa engeli, bizi imkansızlıkla karşı karşıya getirmektedir. İşte bu ifa engeli ya objektif ya da sübjektif imkansızlığı meydana getirir. Eğer söz konusu olan ifa engeli, ne borçlu ne de bir başkası tarafından aşılabılır, edim yerine getirilemiyorsa, objektif imkansızlık söz konusu olur²³². Yani, objektif imkansızlık için edim hiç kimse tarafından yerine getirilemez bir niteliğe sahip olmalıdır²³³.

²³⁰ Eren, s. 997., Başpınar, s. 122.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 80.

²³¹ Altunkaya, s. 178. ; Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 80.;Atlas, Tez, s. 18.; Başpınar, s. 120.

²³² Yargıtay 15. HD., 13.5.2002 T., 761 E., 2454 K.: “Dava, eser sözleşmesine dayalı alacak istemine ilişkindir. İnşaatın yapılacağı arsa üzerindeki Hazine payının satın alınması ve ipoteğin kaldırılması yükümlülüğü, sözleşmeye göre davalı arsa sahiplerine aittir. Hazine'nin karşılık yazısına göre, bu payın satın alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 29.4.1999 tarihli yazısına göre de, inşaatın yapılacağı arsa sit alanı içerisinde değildir. Başka bir anlatımla, inşaatın yapılmasında objektif bir imkansızlıktan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme, davalılardan kaynaklanan kusur nedeniyle fesh edilmiştir. O halde, davanın esasına girilerek, istek kalemleri hakkında olumlu-olumsuz bir sonuca varılması gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. Bu karar için bkz.: kazanci.com.tr.

²³³ Altunkaya, s. 179.; Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 80.;Atlas, Tez, s. 18.; Başpınar, s. 120.

Objektif nitelikteki bu imkansızlık, sözleşme kurulmadan önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu olursa, başlangıçtaki objektif imkansızlık ortaya çıkar.

Başlangıçtaki objektif imkansızlığa neden olan olay, hukuki veya fiili sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin; mevcut arsanın kayması nedeniyle, üzerine inşaat yapılamamasından doğan fiili imkansızlık, objektif nitelikte olduğundan, sözleşmenin butlanına neden olur. Yine, mevcut imar yasağı yüzünden tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları yere inşaat yapamamalarından kaynaklanan hukuki imkansızlık da, objektif nitelikte olup, sözleşmenin geçersizliğine sebep olur.

Butlanı gerektiren imkansızlıktan, sadece herkes için geçerli, objektif, mutlak imkansızlık anlaşılır. Gerçekten de, butlan gibi ağır bir yaptırımı ancak hiç kimsenin yerine getiremeyeceği, objektif ve mutlak şekilde imkan dışı edimlerin borç konusu haline getirmeleri haklı gösterebilir. Yoksa sadece belirli bir borçlu için, sübjektif olarak söz konusu olabilecek bir ifa güçsüzlüğü, başka bir deyişle, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık, sözleşmelerin butlan yaptırımına tabi olmasını gerektirmez²³⁴.

2. Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlık

Sübjektif imkansızlık, sadece borçlunun işgücüyle, sağlığıyla, yetenekleriyle, tasarruf yetkisiyle ve başkaca özellikleri ile ilgili, kişisel, öznel nedenlerle edimin aynen yerine getirilememesi demektir. Ancak, sübjektif imkansızlıkta, edimi, borçlu yerine getirmese bile bir başkası mutlaka yerine getirebilir. Hatta, bizzat borçlu için bile, teorik düzlemde kalsa da sonradan ifayı telafi şansı olabilir²³⁵.

²³⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 167.; Altunkaya, s. 179.; Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 80.;Atlas, Tez, s. 18.; Başpınar, s. 120.

²³⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 168.; Altunkaya, s. 179.; Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.;Atlas, Tez, s. 18.; Başpınar, s. 121.

Edim, sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu sırada ifa edilemiyorsa, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık meydana gelir. Örneğin; parça borcu niteliğindeki bir malın hırsızlığından dolayı fiili tasarruf yetkisindeki eksiklik, sübjektif imkansızlığı ortaya çıkarır²³⁶.

Sübjektif imkansızlık ile, edimin yerine getirilmesi pratik olarak olanaklı gözükse de, edimin aşırı ölçüde güçleşmesi, edimin ifasının borçludan beklenen özveri sınırını aşması kastedilir²³⁷.

Sübjektif imkansızlık, bazen borçlunun ekonomik güçsüzlüğünü, bazen de borçlunun kişisel yetenek ve gücünün kaybolmasını ifade eder. Ekonomik güçsüzlük, borçlunun sözleşmenin yapıldığı anda, borçlanılan edimi iktisadi olarak ifa edecek durumda olmaması demektir. Kişisel güçsüzlük ise, borçlunun yetenek yönünden borçlanılan edimi yerine getirmeyecek durumda olmasını ifade eder. Ekonomik güçsüzlük halinde, objektif imkansızlık mevcut olmadığından sözleşme geçerli olarak meydana gelir ve butlan yaptırımına tabi olmaz. Kişisel güçsüzlük halinde ise, durum farklı yönlerden ele alınabilir. Şayet, borçlunun borçlanmış olduğu kişisel edim, onun fiziki gücüne bağlı bir edim ise, burada başlangıçtaki objektif imkansızlıktan söz edilemez. Buna karşılık, kişisel edim yalnız borçlunun fikri ve artistik yeteneği ile yerine getirilebilecek bir edim ise ve bunu borçludan başkası yerine getiremiyorsa, bu halde objektif imkansızlık söz konusu olur²³⁸. Örneğin; bir bina inşaatında çalışan bir tesisatçının ölmesi halinde, herhangi bu binanın inşaatını herhangi bir tesisatçının her zaman yapabilmesi göz önüne alınarak burada objektif imkansızlıktan söz edilemez. Fakat, herkes tarafından tanınan bir ressam ile bir resim yapması için yapılan bir istisna sözleşmesi akdedildiği sırada, ressamın ölmesi veya felç olması halinde başlangıçtaki objektif imkansızlık söz konusu olur.

²³⁶ Altunkaya, s. 180.

²³⁷ Serozan, İfa Engelleri, s. 168.; Altunkaya, s. 179.; Eren, s. 995.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.; Atlas, Tez, s. 18.; Başpınar, s. 121.

²³⁸ Eren, s. 296.

Ayrıca, borçlunun tasarruf yetkisinin bulunmadığı hallerde de, subjektif imkansızlığın varlığı kabul edilmektedir. Borçlunun başkasına ait bir malı satması halinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için, subjektif imkansızlık söz konusu olur²³⁹.

Sübjektif ve objektif imkansızlığı birbirinden tam olarak ayırmak her zaman mümkün değildir. Bu iki tür imkansızlığı birbirinden ayırmak için iki kıstas göz önüne alınmaktadır. Bunlardan ilki, başlangıçtaki subjektif imkansızlığın borçtan kurtarma imkanı olmaksızın daima borçlunun sorumluluğuna yol açacağıın kabul edilmesidir. İkincisi ise, sözleşmenin kuruluşundan önce var olan her objektif ve sürekli imkansızlığın, BK'nın 20. maddesi anlamında butlan sonucuna neden olmasıdır²⁴⁰.

a) Sürekli Borç İlişkilerinde

İmkansızlığın, sürekli borç ilişkilerine etkisi, borçlunun edim sonucunu gerçekleştirebilmesini kesin olarak önleyen bir engelin varlığı ile ortaya çıkar²⁴¹.

Sürekli borç ilişkileri açısından imkansızlık problemi, imkansızlığın ne zaman sürekli ve kesin olduğu problemdir²⁴².

Bu açıdan sürekli borç ilişkilerinden doğan münferit borçlarda, tüm borç ilişkisini birbirinden ayırarak tahlil etmek gerekmektedir. Sürekli borç ilişkisinden doğan sürekli borç, sürekli olumlu bir davranış olabileceği gibi sürekli bir kaçınma veya art arda teslimi gerekli edimler olarak da görülebilir²⁴³.

²³⁹ Altunkaya, s. 181.; Eren, s. 997.; Başpınar, s. 121.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.

²⁴⁰ Altunkaya, s. 182.

²⁴¹ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 90.

²⁴² Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 91.

²⁴³ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 92.

İmkansızlığın, objektif veya sübjektif olmasının sonraki imkansızlık açısından bir önemi yokken, bu ayrım, başlangıçtaki imkansızlık ve bunun sonuçları için büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle, konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir.

İlk olarak, başlangıçtaki objektif imkansızlık söz konusu olduğunda, sürekli borç ilişkilerinde, henüz yerine getirilmemiş edimin borç ilişkisinin geçersizliği sebebiyle aynen ifası istenemez. Karşılıklı sürekli borç ilişkilerinde, karşı edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü de olmaz. Eğer, karşı edim önceden yerine getirilmişse sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince geri istenebilir. Borçlu, edimin baştan imkansız olduğunu biliyor ise ya da bilmesi gerekiyorsa, alacaklının uğradığı zararı culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak karşılaması gerekir²⁴⁴.

İkinci olarak ise, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık söz konusu olduğunda sürekli borç ilişkilerinde, imkansızlık nedeniyle sürekli asli edim yükümü imkansızlaşır ve onun yerini ikincil(tali) edim yükümlülüğü olan tazminat ödeme yükümlülüğü alır. İmkansızlık nedeniyle sözleşmedeki sürekli nitelikteki asli edim yükümlülüğünün yerini ani edimli tazminat ödeme yükümlülüğünün almasından dolayı, sürekli borç ilişkisinin sürekli niteliği sona erer ve ani edimli bir borç ilişkisi olarak devam eder²⁴⁵.

b) Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Borçlarda

Şahsi edim, borçlunun bedeni veya fikri bir güç veya emek sarfetmek suretiyle yerine getirmek zorunda olduğu edimdir. Şahsi edimler, borçlunun şahsına bağlı kişisel edimler ve borçlunun şahsına bağlı olmayan kişisel edimler olarak ikiye ayrılır. İşte, borçlunun fikri ve bedeni özellik ve yeteneklerinin önemli olduğu ve sözleşmenin yapılmasında bunların göz önünde tutulduğu edimlerin söz konusu

²⁴⁴ Serozan, İfa Engelleri , s. 173.; Eren, s. 297.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 543.; Altunkaya, s. 240, Karaaslan, s. 61.

²⁴⁵ Karaaslan, s. 64.

olması halinde şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin varlığından söz edilir. Örneğin; bir ameliyatı belli bir operatör hekim yapacak, bir dersi belirli bir öğretim üyesi verecek, bir konseri belirli bir müzisyen düzenleyecek, bir tabloyu belirli bir ressam yapacak ise durum böyledir²⁴⁶.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı edimler, objektif ve sübjektif imkansızlık ayrımında önemli bir yere sahiptir. Çünkü, objektif veya sübjektif imkansızlığın varlığı, şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin yerine getirilip getirilmemesine göre tespit edilir.

Hakim görüşe göre; şahsi edimlerin ifasında, borçlunun şahsı alacaklı için önemliyse, bu durumda artık sübjektif imkansızlık değil, objektif imkansızlık söz konusu olur. Çünkü, böyle bir edimi borçlu olarak bir başkası yerine getiremez. Örneğin; hastalığı nedeniyle artık çalışamayan bir sanatçı, bir eser yapıp teslim etmeyi taahhüt etmiş ve bu borcunu çeşitli sebeplerle ifa edememişse, o borç, artık hiç kimse tarafından yerine getirilemez. Bu durumda objektif imkansızlık söz konusu olur²⁴⁷.

Başka bir deyişle; bir edimin bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi, sözleşmenin kurucu şartlarından birisi ise, bu edim artık borçlu dışında hiç kimse tarafından yerine getirilemeyeceğinden, borçlu tarafından imkansızlık halinde objektif imkansızlık söz konusu olur. Bu durum en geç sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu ise, başlangıçtaki objektif imkansızlıktan, borçlu dışında bir üçüncü kişi bu edimi yerine getirebilecek durumda ise, sübjektif imkansızlıktan bahsedilir.

²⁴⁶ Eren, s. 98., Altunkaya, s. 188.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1021.

²⁴⁷ Altunkaya, s. 184., Eren, s. 295.; Başpınar, s. 119.

c) Seçimlik Borçlarda

Seçimlik borç, BK'nın 71. maddesine göre, birden çok edimi içine almakla birlikte, borçlunun bunlar arasından seçeceği bir tek edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu borçtur²⁴⁸. Örneğin; satıcının alıcıya belirli bir tutar karşılığında ya masa ya da koltuk satmayı borçlandığı bir borç ilişkisinde, iki ayrı edim mevcut olduğu için, ortada seçimlik bir borç vardır.

Kural olarak, seçimlik borçlarda, edimlerden birinin baştan itibaren imkansız olması halinde, bu imkansızlık objektif nitelikte olsa bile, borç ilişkisi sona ermeyip, borcun konusu diğer edim olarak devam eder ve bu edimin ifası ile borçlu borcundan kurtulur. Ancak, bu durumda da edimlerden birinin başlangıçta objektif olarak imkansız olduğu bilinseydi, taraflar sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşme BK'nın 20. maddesine göre geçersiz olur²⁴⁹.

Seçimlik borçlarda, sözleşmeye konu olan edimlerin her birinin baştan itibaren objektif olarak imkansızlaşması halinde ise, doğal olarak, borçlunun ifa edebileceği herhangi bir edim mevcut olmadığından, sözleşme BK'nın 20. maddesine göre geçersiz hale gelir.

Seçimlik borçlarda, edimlerden birinin başlangıçtan itibaren subjektif olarak imkansızlaşması halinde de borç ilişkisi sona ermez ve borçlu diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Her bir edimin subjektif olarak imkansızlaşması halinde ise, doğal olarak subjektif imkansızlığa bağlanan hukuki sonuçlar uygulanır ve sözleşme ilişkisi objektif imkansızlığın aksine devam eder.

²⁴⁸ Eren, s. 923.

²⁴⁹ Eren, s. 928., Başpınar, s. 118., Altunkaya, s. 164.

d) Cins Borçlarında

Cins borçlarında, edim, belirli bir çeşide ait ayırıcı özellikler ve miktarla tayin edilir. Taraflar edim konusunun niteliğine ilişkin ayrıntılı anlaşma yapmadıkları takdirde, borçlu, bu ayırıcı özellikleri taşıyan mallar içinden birini seçerek borcunu ifa edebilir²⁵⁰.

Cins borçlarında, borçlunun elinde edimin yerine getirilmesi için gerekli olan şeylerin bulunmaması, onu borcundan kurtarmaz. Edimin konusu herhangi bir yerde mevcut olduğu sürece, borçlu edimi bu yerden temin ederek borcunu yerine getirmek zorundadır²⁵¹.

Cins borçlarında, borçlu sadece kendi elinde olan bir ifayı değil de, o çeşitten ifayı taahhüt eder. Başka bir deyişle, borçlunun borcu, o çeşitten bir şeyi temin ile ifa edilir. Çünkü cins(tür) yok olmaz.

Cins borçlarında, borcun imkansızlık nedeniyle sona ermesi için sadece bütün cinsin ortadan kalkması aranmaz. Öte yandan, o cinsten ifa, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle mümkün olmaz ise, diğer bir deyişle, borçlu dış etkiler ile o çeşide erişemez ise yine borçtan kurtulur. Örneğin; ulaşımın kesilmesi, ithal ve ihraç yasağı gibi sebepler ile, borçlu kendi sorumluluğuna girmeyen nedenlerle ifada bulunmadığı için borcundan kurtulur²⁵². Başka bir deyişle, burada görüldüğü gibi, borçlu ancak objektif imkansızlık halinde borcundan kurtulmaktadır.

Borçlunun belirli bir stoktan ifa etme borcu altına girdiği sınırlı cins borçlarında ise, ancak bütün stokun yok olması halinde, objektif imkansızlıktan dolayı borç sona ermektedir. Buna karşılık, stokun kısmen yok olması halinde, borçlu geri kalan stok

²⁵⁰ Eren, s. 103.; Aral, *Kötü İfa*, s. 101.

²⁵¹ Dural, *Sonraki İmkansızlık*, s. 137.

²⁵² Dural, *Sonraki İmkansızlık*, s. 141.

ile borcunu ifa eder, stokun geri kalan kısmının borcun tamamını karşılamaması halinde ise kısmi imkansızlık hükümleri uygulanır²⁵³.

e) Parça Borçlarında

Parça borçlarında, borçlunun borçlandığı edimin konusu, taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam olarak belirlenir. Bu tür borçlarda, edimin konusu, örneğin, teslim edilecek şey, sözleşme yapılırken taraflarca diğer şeylerden tam olarak ayırt edilmişse, bu tür borca parça borcu denir²⁵⁴.

Parça borçlarında, bireysel özellik ve nitelikleriyle belirlenmiş edim, en geç sözleşmenin kurulduğu anda yok olmuşsa, örneğin, belli bir atın satımına ilişkin sözleşmenin yapıldığı sırada at ölmüşse, başlangıçtaki objektif imkansızlık söz konusu olur ve borç ilişkisi sona erer.

Ancak, sözleşmeye konu olan, özellik ve nitelikleriyle belirlenmiş olan parça borcu niteliğindeki edim, en geç sözleşmenin kurulduğu anda sübjektif , başka bir deyişle, borçluya bağlı olan sebeplerle imkansız hale gelmişse, bu durumda borç ilişkisi devam eder.

²⁵³ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 143.

²⁵⁴ Eren, s. 917.

§ 6. İMKANSIZLIĞIN İSPATI

İmkansızlığın ispatı, BK'nın 96. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “ Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

Ancak, bu hüküm sadece borçlunun imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle, konu imkansızlık yönünden ispat yükü ve sorumluluk yönünden ispat yükü olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir.

I. İmkansızlık Yönünden İspat Yükü

BK'da, sorumluluk konusunun aksine imkansızlığın ispatı yönünden özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle, bu hallerde MK'nın 6. maddesindeki genel kural uygulanarak ispat yükü belirlenmelidir. Buna göre; “ Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”

Bu genel hüküm göz önüne alınarak, imkansızlık sonucu ortaya çıkan durumdan kim bir hak iddia etmekte ise ispat yükü ondadır. Buna göre, imkansızlık sonucu alacaklı için bir tazminat isteme imkanı doğuyorsa, alacaklı imkansızlığı ispat etmek zorundadır. Buna karşılık, borçlu borcundan kurtuluyorsa, borçlu imkansızlığı ispatlamalıdır²⁵⁵.

²⁵⁵ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 133.; Altunkaya, s. 274.

II. Sorumluluk Yönünden İspat Yükü

BK'nın 96. maddesine göre, kusursuzluğun ispatı borçluya yüklenmiştir. Başka bir deyişle, alacaklının imkansızlığın ortaya çıktığı hallerde, borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olduğunu ispatlama yükümlülüğü yoktur. Burada, borçlunun kusurlu olduğu hakkında bir karine vardır. Borçlu kusursuz da olsa bu karineyi çürütmediği takdirde sorumluluktan kurtulamaz²⁵⁶.

Borçlu, borcundan kurtulmak için iki şeyi ispat etmelidir. Bunlar, imkansızlık olayı ve bu imkansızlıktan sorumlu olmadığıdır. Aksi halde borçlu BK'nın 96. maddesine göre sorumlu olur.

Bir çok halde, borçlunun sadece imkansızlığı ispat etmesi yeterlidir. Bunu ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin; satılmış bir atın, yıldırım çarpması sonucunda ölmesi halinde, borçlu borcunu yerine getiremiyorsa borçlunun sorumluluktan kurtulmak için sadece imkansızlığı ispat etmesi yeterlidir²⁵⁷.

Borçlunun imkansızlığa neden olan olayı ispat etmesi, onun aynı zamanda sorumlu olmadığına da ispatına yeterli değilse, borçlu artık doğrudan doğruya sorumsuzluğunu ispat etmek zorunda kalır.

²⁵⁶ Serozan, İfa Engelleri, s. 197.; Altunkaya, s. 275.

²⁵⁷ Serozan, İfa Engelleri, s. 197.; Altunkaya, s. 275.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 134.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 7. BORÇ SÖZLEŞMELERİNDE BAŞLANGIÇTAKİ İMKANSIZLIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak

Başlangıçtaki imkansızlık, daha önce de belirtildiği gibi, sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olan imkansızlıktır. Sözleşmenin kuruluşu anındaki imkansızlık daha sonra şartların değişmesi ile ortadan kalkmış olsa bile sözleşme geçerli hale gelmez. Çünkü, içeriği imkansız olduğu için, daha başlangıçta sözleşme geçerli olarak meydana gelmemiştir²⁵⁸.

Başlangıçtaki imkansızlık ile ilgili tek düzenleme BK'nın 20. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, edimin ifasının başlangıçta imkansız olması, kural olarak butlan sonucunu doğurur. Bunun için taraflardan birinin kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Başka bir deyişle, başlangıçtaki imkansızlık, sözleşmenin geçersiz olmasına neden olur. Bu sonuç borçlu ya da alacaklı kusurlu da olsa kusursuz da olsa değişmez. Ancak, sözleşmenin imkansızlık nedeniyle geçersiz olması sonucunda, bu geçersizliğe neden olan sebebin, taraflardan biri tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği yönünde bir sonucu varılabiliyorsa, bu durumda tarafların sorumluluklarından bahsedilir.

Başlangıçtaki imkansızlık halinde, tarafların sorumluluğu açısından, tazminat sorumluluğunu üstlenme, edim ve karşı edim hasarlarını üstlenme sorunlarının

²⁵⁸ Eren, s. 298, Serozan, İfa Engelleri, s. 182.

özümünde, bunlardan sorumlu olacak kişinin hangi taraf olduğu çok önemlidir. Ancak Türk/ İsviçre hukukunda ve dolayısıyla BK'da, ortaya çıkacak bu hukuki sonuçlarla ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, tarafların sorumluluğu konusunda doktrindeki hakim görüşe göre hareket edileceği kabul edilmektedir.

Hakim görüş; başlangıçtaki imkansızlıktan dolayı meydana gelen sorumluluğa hangi yaptırımların uygulanacağını, başlangıçtaki imkansızlığı objektif veya sübjektif olarak ayırarak ele almıştır.

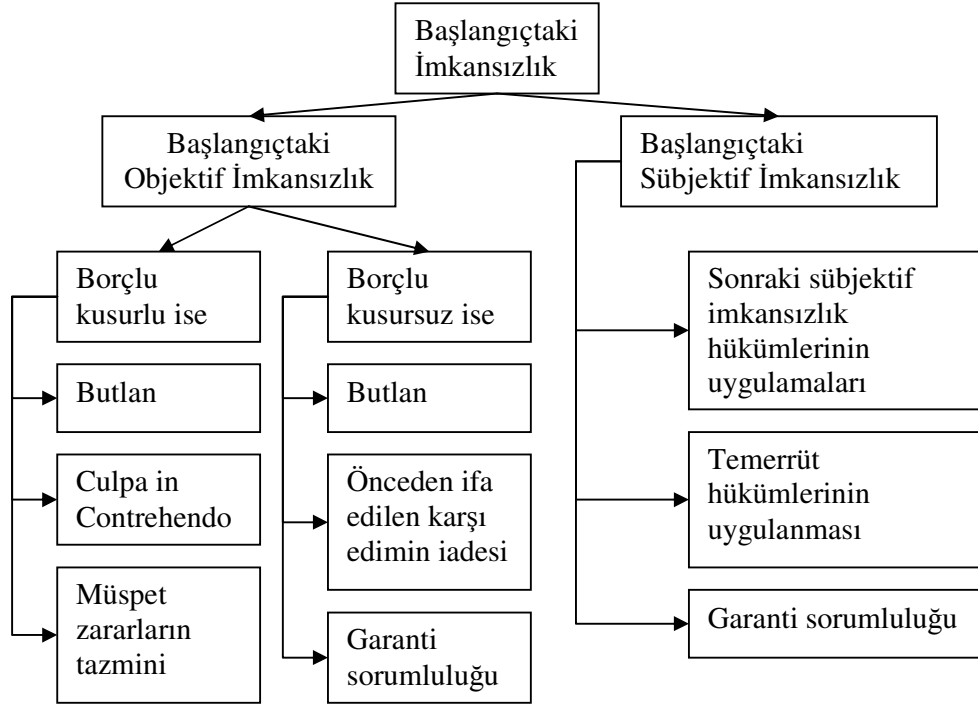
Edimin borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesi olarak tanımlanan başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde, borçlunun kusuru varsa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) kuralı uygulanır ve borçlu, alacaklının sözleşmeye duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan menfi zararını tazmin etmekle yükümlü olur. Başlangıçtaki objektif imkansızlıkta, borçlunun kusurundan bahsedilemiyorsa, bu durumda taraflar, eğer önceden ifa edilmiş bir karşı edim varsa, ancak bunun iadesi ile sorumlu olurlar.

Edimin sadece borçlu tarafından ifa edilememesi olarak tanımlanan başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde, bir görüşe göre garanti sorumluluğu söz konusu olmaktadır²⁵⁹. Başka bir görüşe göre ise, sonraki sübjektif imkansızlığın hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulur²⁶⁰.

Ancak, başlangıçtaki objektif imkansızlıkta, borçlunun kusuru olsa da olmasa da, sözleşme herhalde BK'nın 20. maddesine göre butlan yaptırımına tabidir.

²⁵⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 182.

²⁶⁰ Altunkaya, s. 257.



II. Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları

1. Borçlunun Kusurlu Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları

Sözleşmenin konusunun imkansız olduğunu bilen veya bilmesi gereken borçlunun kusurlu olduğu kabul edilir. Ancak, hakim görüşe göre; burada borçlunun kusurlu olması ile borçlunun ortaya çıkan başlangıçtaki imkansızlığın sonuçlarından sorumlu olması ifade edilmek istenmektedir. Çünkü, kanunlar da birçok halde, borçluyu kusurlu olmasa bile, imkansızlıktan sorumlu tutmaktadırlar. Bu nedenle,

borçlunun kusurlu olup olmaması, sorumluluğunun olup olmaması şeklinde anlaşılmalıdır²⁶¹.

Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde, borçlu kusurlu da olsa sözleşmeye yine butlan yaptırımını uygulanır. Fakat, bu durumda kusurlu olan borçlu, karşı tarafın zararını karşılamakla yükümlüdür. Çünkü, sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olmasına neden olan borçluyu sorumlu tutmayı BK'nın 20. maddesine göre, onu sorumluluktan kurtarmak, MK'nın 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder²⁶².

Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde, kusurlu olan borçlunun hangi hükümler çerçevesinde karşı tarafın zararını karşılayacağı konusunda Türk/ İsviçre hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu durumda, zarar BK'nın genel hükümlerinin kıyasen uygulanması yolu ile karşılanmaktadır. Ancak, bu hükümleri de uygulamanın yetersiz olduğu hallerde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun (culpa in contrahendo) söz konusu olduğu kabul edilmektedir²⁶³.

a) Butlan (Geçersizlik)

Başlangıçta imkansız olan bir sözleşme BK'nın 20. maddesine göre butlan yaptırımına tabidir.

Butlan, bir hukuki işlemin hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesinden dolayı, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğuramamasıdır.

²⁶¹ Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 110.

²⁶² Altunkaya, s. 238.

²⁶³ Eren, s. 298; Serozan, İfa Engelleri, s. 165; Altunkaya, s. 239.

Butlan, hukuki işlemin geçersizliğinde en ağır dereceyi oluşturur. Başka bir deyişle; hakim tarafından resen göz önünde tutulan, etkisini yalnız taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı da gösteren ve zamanla ya da tarafların onayıyla geçerli hale getirilemeyen hükümsüzlük halidir²⁶⁴.

Butlan; mutlak ve kısmi butlan olarak ikiye ayrılır.

Mutlak butlan²⁶⁵; sözleşmeyi tümü itibariyle geçersiz kılan, sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş olmakla beraber, başından itibaren hiçbir hukuki hüküm ve sonuç doğurmamasına neden olan butlan türüdür²⁶⁶.

Kısmi butlan ise²⁶⁷; bir sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmının

²⁶⁴ Gural, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s. 35; Eren, 300; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 502.; Başpınar, s. 25; Koç, Nevzat: Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İzmir 1983, s. 127-170), s. 130.;Yavuz, Hasan: İslam Hukukunda Butlan Nazariyesi, Yüksek lisans Tezi, Diyarbakır 2003, s. 80.

²⁶⁵ Yargıtay 11. HD, 6.7.1978 T.,3158 E., 3661 K.: “Kararın oluşması için yasanın öngördüğü öge ve koşulların hiçbirisi yoksa o karar yok sayılır. Karar içeriği ve esasa ilişkin öğeleri yönünden kamu değerine, yasanın koruyucu kurallarına veya sağ töreye [ahlak ve adaba] aykırı ya da konusu olanaksızsa temelden bozuklukla [mutlak butlanla] sakattır. Geçersiz [batıl] kararlar baştan beri hükümsüzdür, sonradan geçerli duruma getirilemez. Her ilgili TTK. 381'deki koşul ye süreye bağlı olmadan geçersizliğin saptanmasını isteyebilir.” Bu karar için bkz., Yargıtay Dergisi, Yıl: 1979, Ay: 9, s. 1319.

²⁶⁶ Gural., s. 35; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 80.

²⁶⁷ Yargıtay 2. HD, 28.12.1976 T. ,1996-8377 E., 1976-9404 K.; “MK.nun 462/2. maddesine göre ölüme bağlı tasarruflarda yer alan kanuna aykırı şart ve yükümlülükler geçersizdir. Velayet hakkının kullanılması kamu düşüncesiyle öngörölmüş bulunduğu için bunun sağlar arası bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarrufla sınırlanması mümkün değildir. Bu yolda yapılan bir kısıtlanma, hangi düşünceye dayanırsa dayansın, kapsam ve niteliği ne olursa olsun kanuna aykırı olur (BK. m. 20; MK. m. 462/2).

Kişiler haklarını kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahiptirler. (MK. m.9). Kanunda yazılı haller dışında kimse bu hakkından yoksun bırakılamaz. Aksini belirleyen bir şart veya mükellefiyet az önce belirtildiği gibi kanuna aykırılık teşkil eder.

Olayda vasiyetçi, mirasçılarının miras paylarına düşen tereke üzerindeki kullanma hakları bakımından bir kısıtlama meydana getirmiş, iki çocuğunun da reşit olmaları gününe ve yüksek öğrenim yapmaları halinde ise bunun bitimine kadar terekenin, "resmen sevk ve idaresi" için bir kayyım tayinini öngörmüştür ki bu arzu kanuna aykırıdır. Çünkü bu durumda çocukların rüşde ermelerine kadar veli veya vasilerinin tereke üzerinde onlar adına tasarruf hakkı ortadan kaldırılmış olmaktadır ki bu tür bir yükümlülük MK.nun 264, 268, 278, 382, 388, 404-408. maddeleriyle MK.nun bu konu ile ilgili buyurucu diğer hükümlerine ters düşer. Çocuklar reşit olduktan sonra mallarının resmen idaresi yolundaki kısıtlama ise, MK.nun 9. maddesine aykırıdır. Öyle ise vasiyetnameda terekenin idaresine ilişkin sınırlayıcı arzu geçersizdir.” Bu karar için bkz. ; www.kazanci.com.tr

batıl olup, sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasına yönelik olan butlan türüdür²⁶⁸.

Burada, yaptırım özelliğine sahip olan butlan türü mutlak butlandır.

Mutlak butlan; hukuki işlemin kuruluşu anından itibaren hukuken ve fiilen hiçbir geçerli hüküm ve sonuç doğurmamış gibi geçersiz olmasını ifade eder. Mutlak butlanda, sözleşme kurulduğu andan itibaren hükümsüzdür. Hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına ilişkin emredici hükümlerin ihlali, mutlak butlana neden olur. Diğer bir deyişle, bir hukuki işlemde, hukuki işlemin geçerlilik şartlarından birinin yokluğu halinde, ilgili işlem mutlak butlanla geçersiz olur²⁶⁹.

Mutlak butlanla geçersiz olan bir sözleşme, yapıldığı andan itibaren hiç bir hüküm ifade etmez. Taraflar arasında herhangi bir bağlılığa neden olmaz. Başka bir deyişle, taraflar sanki geçerli olarak hiçbir hukuki işlem yapmamış gibidirler dolayısıyla malvarlıklarında hiçbir değişiklik olmaz²⁷⁰.

Mutlak butlanın özellikleri şöyle sıralanabilir;

- Batıl olan bir sözleşme, baştan itibaren kendiliğinden hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.
- Butlanı, yalnız taraflar değil, menfaati olan üçüncü kişiler de ileri sürebilir²⁷¹.

²⁶⁸ Gural., s. 35; Başpınar, s. 26; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 81.

²⁶⁹ Gural., s. 35; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 502.; Başpınar, s. 26; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 81.

²⁷⁰ Gural., s. 35; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 80.

²⁷¹ Yargıtay 15. HD, 13.4.1977 T. ,350 E., 870 K.; “1 - Taraflar arasında kurulan 2.12.1968 günlü eser sözleşmesine göre; davacının sahibi olduğu ve tapuda 87 ada 3 parsel sayısında kayıtlı 719 metrekarelik bahçeli kagir evin yıkılarak, yerine biri bodrum olmak ve ayrıca 6 kat, 12 daireden ibaret bulunmak üzere yeni bir bina inşaatını ve yapılacak binadan 4 dairesini davacı (Z) ye vermeyi ve adına tescil ettirmeyi davalı yüklenici (O) kabul etmiştir. (Sözleşme 1-4. maddeleri). Anılan sözleşmenin 7.maddesinde ise, sözleşmenin noterce düzenlenmesi tarihinden itibaren 3 ay zarfında inşaat ruhsatının alınması ve ruhsatın alındığı tarihten itibaren 16 ay zarfında da inşaatın projesine uygun olarak ikmalini, şayet yüklenici tesbit edilen süre zarfında inşaatı bitirmez ise, her geçen ay için 4000 lira cezai şart ödemeyi kabul etmiştir. Yine aynı sözleşmenin 13.maddesinde de; Bu sözleşmede

- Sözleşmenin batıl olduğunu, ileri sürülmemiş olsa bile, hakim kendiliğinden dikkate alır.
- Batıl olan bir sözleşme, belli bir zaman geçmesi veya butlan sebebinin ortadan kalkması ya da edimlerin ifası ile geçerli hale gelmez. Başka bir deyişle, butlan kesin hükümsüzlüğe neden olur.
- Batıl olan bir sözleşmede edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini duruma göre, doğrudan doğruya aynı hakka dayanan bir istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyebilirler.
- Batıl olan bir sözleşmede, kusurlu olan taraf, kusursuz olan tarafın menfi zararını gidermekle yükümlüdür²⁷².

Butlan, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bunlar; ayırt etme gücünden yoksunluk, kişilik haklarının ihlâli, şekil zorunluluğu koyan kurallara veya hukuka²⁷³

yıkılması kararlaştırılan 104 kapı sayılı ahşap binanın bir hafta zarfında yükleniciye teslim edileceği ve birinci katındaki kiracının tahliyesi işi ile de yüklenicinin meşgul olacağı ve tahliyeyi kendisinin temin edeceği ön görülmüştür.

Olayımızda ilk önce, davalı yüklenici (O) ya, üzerine inşaat yapılacak arsanın inşaat izni almasına ve üzerine inşaat yapılmasına fiili ve hukuki hiçbir engel bırakılmadan davacı arsa sahibi tarafından teslim edilip edilmediğinin saptanması ve sözleşmenin 7 ve 13 üncü maddeleri kapsamlarının bu açıdan tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira inşaat yapılacak bu arsanın davalı yükleniciye gerçek teslim tarihinin belirlenmesi, ancak bu yolda yapılacak bir inceleme ile mümkün olacaktır.

Gerçi sözleşmenin 13.maddesinde, davacının arsası üzerindeki ahşap binanın 1.katındaki kiracının tahliyesi işi ile davalı yüklenicinin meşgul olup, tahliyesini kendisinin sağlayacağı kabul edilmiş ise de, olayımızda, davalı yüklenicinin yüklendiği davacının kiracısını bir hafta içerisinde tahliye ettirme edimi (borcu), taraflar arasında borç ilişkisinin kurulduğu yani sözleşmenin yapıldığı zaman afaki bakımdan imkansız bulunmaktadır. Bu durumda, BK.nun 20.maddesi uyarınca, taraflar arasında bu yönden bir borç ilişkisi esasen doğmamış ve meydana gelmemiştir. Zira, davalı yüklenici kiraya verilmiş bulunan binanın sahibi olmadığı gibi, kiraya veren (akit durumunda) da bulunmadığından, binadan çıkmak istemiyen kiracı aleyhine bu maksadı sağlamak amacı ile kanuni veya fiili işlemlere başvurmak yetkisinden de yoksundur. Esasen olayların akış biçimi de bu düşüncüyü tamamen doğrulamıştır. Davalı yüklenicinin kanunen ve fiilen yapamayacağı ve yerine getiremeyeceği bir borcu yüklenmesi Borçlar Yasasının sözü edilen maddesine göre, konusunun olanaksız bulunması dolayısıyla geçersizdir.” Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr.

²⁷² Gural., s. 35; Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 150.; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 502.; Başpınar, s. 26; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 81.

²⁷³ Yargıtay İBĞK., 7.4.1954 T .,1953-12 E., 1954-9 K.; “İhtilaf konusu olan mesele : Avukat ile müvekkili arasındaki ücret mukavelesinde mahkumunbuh meblağın miktarı üzerinden nisbi bir ücret tayin olunması hasılı davaya iştiraki tazammun edip etmediği hususuna matuf bulunmaktadır. 3499 Sayılı Avukatlık Kanununun muaddel 129 uncu maddesinde (Ücret mukavelesinin muayyen bir meblağı ihtiva etmesi lazımdır. Her ne suretle olursa olsun hasılı davaya iştiraki tazammun eden ücret mukavelesi batıldır. Muayyen meblağı ihtiva etmek üzere davanın neticelerine göre değişen ücret mukaveleleri muteberdir) denilmektedir. Bu madde hükmüne nazaran mukavelede

ya da ahlaka nihayet kamu düzenine aykırılık²⁷⁴, muvazaa, kanuna karşı hile, zihni kayıt, latife beyanı gibi hallerdir²⁷⁵.

Butlanın doğmasına neden olan bir başka sebep de imkansızlıktır.

Bir sözleşmenin imkansızlıktan dolayı batıl olabilmesi için, daha önce de ifade edildiği gibi, edime ilişkin imkansızlığın, sözleşmenin yapılmasından önce veya en geç sözleşme yapıldığı sırada ortaya çıkması ve objektif mahiyette olması gerekmektedir²⁷⁶.

Öte yandan, başlangıçtaki imkansızlığın kısmi olması halinde, sözleşmeye kısmi butlan yaptırımı uygulanır. Örneğin; roman yazarı A, yazdığı romanlardan birinden elinde mevcut olan 10 tanesini B'ye satmayı taahhüt etmiştir. Satım sözleşmesinin yapılmasından önce A'nın evinde çıkan yangında romanlardan 5 tanesi yanmıştır. Burada, başlangıçtaki kısmi imkansızlık söz konusudur. Bu durumda, kısmi butlan hükümleri uygulanır. Buna göre; sözleşmenin sadece imkansız olan kısmı geçersiz hale gelir, fakat ifa edilebilecek olan diğer kısım geçerliliğini korur. Ancak, takım halinde anlamı olan şeylerin borçlanılmasında, başlangıçtaki imkansızlık kısmi de

tain edilecek avukatlık ücretinin miktaren malum ve muayyen olması ve hasılı davaya iştiraki tazammun eylememesi lazım gelir." Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr.

²⁷⁴ Yargıtay 13. HD., 30.5.1996 T .,5075 E., 5380 K.; "Türk Hukuk Sisteminde sözleşme serbestliği ilkesi, kabul edilmiş olduğu tartışmasızdır (BK. m. 19). Kural olarak kişiler Özel Hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak, özellikle emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak koşuluyla düzenleyebilirler ve sözleşme yapabilirler. Ancak bu özgürlüğe; kamu düzeni açısından bazı sınırlamalar getirilmiştir (BK. m. 19,20). Gerçekte de, bir sözleşmenin bünyesinde topladığı hak ve borçlar, yasaların kesin surette emrelediği hukuk normlarıyla, yasalarla ve kamu düzeni ile çatıştığı takdirde hukuka aykırıdır ve geçerli olmaz (BK. m.19,20/1). Hâkim, bu yönü doğrudan gözetmekle yükümlüdür. Kamu düzeni, kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir (Bkz., Becker H., Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ank. 1967, Sh. 97). Yine buyurucu hukuk kuralları, yanların tersini kararlaştırmalarına izin verilmeyen kesinlikle uyulması gereken kurallardır. Buyurucu hukuk kurallarıyla çelişen aykırı hükümler içeren sözleşme mutlak butlanla malüldür. Olayla doğrudan ilgili bulunan "1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un tüm maddeleri birlikte ve amacı yorumla değerlendirildiğinde, kamu yararı ve genel sağlığın korunmasına yönelik sınırlamalar getirildiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmadığı açıkça görülür. Anılan Yasanın (1). maddesinden anlaşıldığı şekilde, doktorluk-mesleğinin icrası ancak Türkiye Tıp Fakültelerinden diploma sahibi olan doktorun bizatihi kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmak koşuluyla sağlanmıştır. O nedenle, doktorluk diploma ünvan ve isminin bir başkasının kullanmasını ve yararlanmasını amaçlayan devir, kira, satış gibi sayılabilecek benzer türde aktedilen tüm sözleşmeler kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına aykırı olup geçersizdir. Tarafları bağlamaz, bir hak ve borç doğurmaz." Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr.

²⁷⁵ Koç,s. 140.; Güral, s. 36.

²⁷⁶ Koç, s. 157.; Güral, s. 36.

olsa, kısmi butlan değil, tam butlan söz konusu olur. Örneğin; porselen bir çay takımının konusu olan bir sözleşme, bu takımdan 2 çay bardağının sözleşme kurulurken kırılması ile tamamen imkansız hale gelmiştir. Çünkü, söz konusu 2 bardak olmaksızın çay takımının nitelik ve değeri yoktur²⁷⁷.

b) Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk(Culpa in contrehendo)

Borçlunun başlangıçtaki objektif imkansızlıkta kusurlu olması halinde, karşı tarafın zararı, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (culpa in contrehendo) göre tazmin edilir²⁷⁸. Örneğin; satışa elverişli olmayan malları veya

²⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 507.; Eren, s. 303.; Başpınar, s. 117.

²⁷⁸ Yargıtay HGK, 12.3.1997 T., 13-850 E., 186 K.; "Davacılarından Yüksel'in sözleşmenin kurulması zamanında Devlet Memuru olduğu ve 657 sayılı Yasanın yasaklayıcı hükümlerince ticaret veya esnaf sayılmasını gerektirecek bir iş ve faaliyette bulunamayacağı belirgindir. Nitekim mahkemede bu yasak olgudan hareket etmiş sözleşmenin kurulmasından önce var olan objektif imkansızlık nedeni ile sözleşmenin geçersizliğini, benimseyerek sonuca kavuşmuştur.

Bir davada dayanılan maddi olguların hukuki nitelendirmesini yapmak uygulanacak Yasa maddelerini bulmak ve uygulamak doğrudan hakimnin görevidir. (HUMK. md.76).

Hemen belirtelim ki taraflar arasındaki 08.09.1993 sözleşme içeriğinden özellikle 8. maddesinden senedin davalıya teminat olarak verildiği açıktır. Kaldı ki bu yön uyumsuzluk konusu değildir. Uyuşmazlığın çözümü somut olayın özelliği ve gelişimi de göz önünde tutularak akdin ifasının imkansız hale gelmesinde davacılar atfı gereken akdi bir sorumluluk tayin edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece az yukarıda açıklandığı şekilde sözleşme geçersiz kabul edilmiş, ne var ki sözleşme geçersiz olsa da (BK. md. 20/1) davacıların sözleşme öncesi sorumluluklarını gerektirir bir kusurları bulunup bulunmadığı üzerinde durulup düşünülmemiştir.

Oysa sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya ""akit görüşmelerinden doğan sorumluluk"" (CULPA İN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akid kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. mad. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler cilt III Ankara 1990 sh. 306 vd.) yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksek'in öğretmen olduğunu o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O

henüz mevcut bulunmayan bir terekeyi satan kişinin alıcıya karşı giderimle yükümlü kılınması gibi, taraflardan birinin, kusurlu davranışıyla iradeler arasında uyumsuzluk yaratması sonucu geçersiz olarak meydana gelen veya hiç oluşmayan sözleşmede kusuru ile bu durumun doğumuna yol açan kişi, yasada uygulanacak somut bir hüküm bulunmaması nedeniyle, culpa in contrahendo adı altındaki sorumluluk ile karşı tarafın zararını tazminle yükümlü olur²⁷⁹.

Bu sorumluluk dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır.

Sözleşme bir süreçtir, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler uzun veya kısa sürebilir. Görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki, sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisi, MK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, görüşmeler sırasında, tarafların sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Taraflar, bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan culpa in contrahendo'ya göre sorumlu olurlar²⁸⁰.

Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, taraflar arasında yanlış bilgi vermeme, bilinmesi gerekli konuları açıklama, sözleşmenin konusunu oluşturacak malı koruma gibi belirli yükümlülükler doğar. Özen gösterme olarak özetlenen bu yükümlülüklerin dayanağı, kurulması istenilen sözleşme değil

nedenle sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır." Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.

²⁷⁹ Ulsan, İlhan: Culpa in Contrahendo Üstüne, (Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt: I, İstanbul, 1982, s. 275-319.), s. 285.

²⁸⁰ Eren, s. 1084.; Yılmaz, Hamdi: Sözleşme Görüşmelerinde Kusur " culpa in contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, (Yargıtay Dergisi, Sayı: 3, Cilt: II, Yıl: 1985, s. 234-252.), s. 234.; Ulsan, s. 284.

dürüstlük kuralıdır. Sözleşmenin kurulmasından önceki evrede, gerekli özeni göstermeyerek dürüstlük kuralına aykırı davranan²⁸¹, bu davranışının yol açtığı zararı, bu sorumluluk kuralları ile tazmin eder²⁸².

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan sorumluluğu değil, MK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayanan, güven ilkesinden kaynaklanan, karşı tarafın kişi ve malvarlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar²⁸³.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olması için; ilk olarak, taraflardan birinin kusurlu olması gerekmektedir. İkinci olarak, bu davranış, sözleşme görüşmeleri sırasında mevcut olmalıdır ve son olarak, sözleşme görüşmelerinden dolayı bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır²⁸⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülebilir. Bu konuda doktrinde, haksız fiil sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu ve kendine özgü sorumluluk olmak üzere başlıca üç görüş vardır.

Hakim görüşe göre; sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta zarar veren BK'nın 41. maddesinde düzenlenen haksız fiil hükümlerine değil, kıyas yoluyla sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerini düzenleyen BK'nın 96. maddesine göre sorumlu olmalıdır. Çünkü burada haksız fiilin şartları gerçekleşmemiştir. Ayrıca, sözleşme sorumluluğu yoluna gitmek zarar görenin lehinedir. Burada haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan bir sorumluluk

²⁸¹ Yargıtay 13. HD, 13.11.1995 T., 9375 E., 9860 K.; “Devlet memurlarının ticaret yapması mümkün olmadığından, bu amaçla yaptığı ticari sözleşmeler ve sözleşmelerdeki cezai şart geçersiz ise de, akdin imkansız hale gelmesine memuriyetin gizlenmiş olması sebep olursa, dürüstlük kuralına uygun davranmamış olan memurun sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulması gerekir.” Bu karar için bkz.; Yargıtay Dergisi, Yıl: 1996, Ay: 4, s. 569.

²⁸² Yılmaz, s. 234; Eren, s. 1084.; Sungurbey, Ayfer Kutlu: Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 103.

²⁸³ Sungurbey, s. 103.; Yılmaz, s. 234.

²⁸⁴ Yılmaz, s. 237.

öngörölmüş olsa, zarar görenin, karşı tarafın kusurunu ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta BK'nın 96. maddesine göre, borçlu aleyhine bir kusur karinesi kabul edildiğinden, zarar gören tarafından borçlunun kusurunun ispat edilmesine gerek yoktur²⁸⁵. Zaten, daha önce de ifade edildiği gibi, başlangıçtaki objektif imkansızlıkta aslanan borçlunun sorumluluğudur, borçlunun kusurunun olması bu sorumluluğun doğması için bir şart teşkil etmez.

BK'nın 20. maddesine göre, sözleşme, başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız ise sözleşme batıldır. Sözleşme yapıldığı sırada, edimin imkansız olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek borç ilişkisine giren karşı tarafın, bu ilişkinin hükümsüzlüğünden doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu Alman hukukunda düzenlenmiştir. Türk / İsviçre hukukunda ise, başlangıçtaki imkansızlığı bilmesine rağmen sözleşme yapan kimsenin sorumluluğunu doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak, söz konusu kanun boşluğunun, BK'nın 26, 36/2 ve 39. maddelerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu aynı şekilde doldurulması kabul edilmektedir²⁸⁶. Bu nedenle, taraflardan biri, sözleşme kurulduğu sırada borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor

²⁸⁵ Ulsan, s. 304.; Altunkaya, s. 241.

²⁸⁶ Yargıtay 15.HD., 7.5.1981 T .,334 E., 1050 K.; "29.9.1978 tarihli inşaat sözleşmesi ile davalı Kadir ve Hamdi davacılar Hıdır'a ait 60 ve 61 sayılı parseller ile Zülfikar a ait 68 sayılı parselleri birleştirmek suretiyle üzerine projesine uygun 5 katlı bir bina yapmayı ve bundan 5 daire ve 1 dükkânı Hıdır'a vermeyi taahhüt etmişlerdir. Sözleşmenin 4.maddesine göre inşaat yığma tuğla ile yapılacaktır. Dosyada mevcut Elazığ Belediye Başkanlığının 5.6.1979 günlü yazısında, Elazığ'ın 2.derece deprem bölgesi olduğu ve İmar İskan Bakanlığı'nın afet bölgelerinde yapılacak yapılar hakkında çıkarttığı yönetmelik hükümlerine göre 2.derece deprem bölgelerinde yığma binaların 3 kattan fazla olamayacağı ve 3 kattan fazla yığma binalar için inşaat ruhsatı verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda projesine göre 5 katlı yığma bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukuki imkansızlık nedeniyle BK.nun 20/1.maddesi gereğince baştan itibaren batıldır. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince imkansız bulunmaktadır. Taraflar ileri sürmeseler bile hakimin butlanı re'sen nazara alması icap eder. Sözleşme batıl olduğundan herhangi bir hukuki sonuç, başka ifade ile taraflar için bir borç veya alacak meydana getirmez.

Ne var ki davalı müteahhitler iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek ve kusurlu işler davacıların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zarar tazminata etmek zorundadırlar. Müteahhitler bir inşaat taahhüdü altına giren meslek adamı sıfatıyla gerekli özeni göstermeden sözleşmenin uygulanması için inşaat yerindeki eski binaları yıkmaları nedeniyle kusurludurlar ve davacıların uğradığı menfi zarardan sorumlu olmaları gerekir." Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr.

veya bilmesi gerekiyorsa, sözleşme batıl olsa bile, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği nedeniyle ortaya çıkan zararını tazmin etmek zorundadır²⁸⁷.

Sözleşmeden doğan zarar niteliği itibariyle menfi zarardır²⁸⁸. Müspet zarar, bu tazminatın kapsamına girmez²⁸⁹. Çünkü, batıl olması sebebiyle ifası istenemeyen bir sözleşmede, olumlu ifa çıkarının tazmin ettirilmesi bir çelişki olarak ortaya çıkar²⁹⁰.

²⁸⁷ Baygın, Cem: Culpa in Contrehendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: IV, Yıl: 2000, s. 345-377.), s. 360.

²⁸⁸ Yargıtay 11. HD., 20.2.1990 T., 1988-9411 E., 1990-1087 K.; “Geçerli olarak doğmuş bir borcun ifası sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve borçluya isnat olunamayan bir imkansızlık (kusursuz imkansızlık), yüzünden olanaksızlaşırsa, BK.nun 117. maddesi hükmüne göre borç sakıt olur ve borçlu borcundan kurtulur. Buna mukabil sonradan ortaya çıkan imkansızlık borçlunun kusurundan ileri gelmiş ise alacaklı BK.miri 96 vd. maddeleri uyarınca akdin ifa edilmemesinden doğan zararının yani müspet zararının tazminini isteyebilir. (Haluk TANDOĞAN/Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara-1961, sh: 405).

Oysa, bu davaya konu olan imkansızlık akdin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkmamış, bilakis sözleşmenin yapılması sırasında objektif bir şekilde mevcut olduğundan BK.nun 20/f-I maddesi hükmü uyarınca sözleşmeyi yapıldığı andan itibaren batıl kılmuştur. Başlangıçtaki objektif imkansızlık yüzünden akdin batıl olduğu hallerde ise taraflar ancak menfi zararlarının (örneğin hükümsüz kalan akit gereğince yaptıkları giderlerin, bu akdin geçerliliğine güvenerek kaçırdıkları sözleşme fırsatlarından doğan kazanç kayıplarının) tazminini talep hakkına sahip olup müspet zararlarının (diğer bir deyişle akdin ifa edilmemesinden doğan kazanç kayıplarının yani akit ifa edilse idi elde edecekleri menfaatlerin) tazminini isteyemezler (Haluk TANDOĞAN/a.g.e. Sh: 427, TEKİNAY BORÇLAR HUKUKU/C: 2,1985, sh: 1 141 ; Faruk EREN/Borçlar Hukuk Genel Hükümler C: 1 , 1985, sh: 354; Andreas von TUHR (Cevat EDEGE tercümesi)/Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C: I, 1952, sh: 269, H. BECKER/İsviçre Medeni Kanunu Şerhi C: IV Borçlar Kanunu I. Kısım, I. Fasikül (Bülent OLCAY tercümesi), 1967, sh: 115). Davacı Baytur S.A. bu davada davalıya akdettiği sözleşmeye güvenerek daha önce karşısına çıkan sözleşme fırsatlarını kaçırdığını ve bu nedenle (menfi) zarara uğradığını değil bu sözleşmenin yapılmasından, ancak imkansızlık yüzünden batıl kalmasından sonra aynı emteayı başkasına daha olumsuz koşullarla satmasından dolayı zarara uğradığını ileri sürerek müspet zararının tazminini istediğine ve bu isteği hukuken dayanaksız olduğuna göre davalının batıl akdin yapılmasında kusurlu olup olmaması ve menfi zarara ilişkin önceki tazminat davasında şu veya bu nispette kusurlu bulunması şimdiki davanın müspet zarara ilişkin bölümü bakımından bir etki yapamaz ve davalının sorumluluğuna yol açamaz.” Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.

²⁸⁹ “Eğer zarar verici davranış sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmişse, özellikle sözleşmenin geçersizliğine yol açma biçiminde belirmişse, ortada geçerli sözleşme bulunmadığına göre, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı, daha doğrusu onun varlığına boşuna güvenilmemiş olunsaydı içinde bulunulacak olan durum esas alınır. Değil mi ki borçlu zarar verici davranışta bulunmasaydı oluşacak olan farazi durumu yaratmak zorundadır, o halde o sözleşme görüşmelerine hiç girililmemiş olunsaydı içinde bulunulacak olan durumu yaratmakla yetinebilmelidir. Bu nedensellik mantığının sonucu da şu olur ki culpa in contrehendo mağduru, sözleşme kurulup ifa edilmiş olsaydı elde edebileceği ifa çıkarının karşılanmasını (müspet zararı) sağlayamaz, ancak sözleşmenin kurulamayışına bağlı menfi güven zararının tazminini isteyebilir. Menfi güven zararının kapsamına sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenilerek yapılan masraflar ile sırf sözleşmenin kurulacağına güvenildiği için kaçırılan daha elverişli fırsattan yoksunluk zararı girer.” Bkz., Serozan, İfa Engelleri, s. 202.

²⁹⁰ Altunkaya, s. 244.

c) Müspet Zararın Tazmini

Bir görüşe göre; başlangıçtaki objektif imkansızlıkta zararın tazmini her ne kadar menfi zarar ile sınırlanmış olsa da, borçluya güvenen alacaklıya ifa çıkarını sağlamak için müspet zararının tazminini talep hakkı da verilmelidir. Ayrıca, sonraki imkansızlıkta, müspet zarar talep edilebilirken, başlangıçtaki imkansızlıkta bunun talep edilememesi hakkaniyete uygun da değildir²⁹¹.

Ancak, bizim katıldığımız görüşe göre; borçlunun kusurlu olması halinde menfi zararını tazmin eden tarafın, bu nedene dayanarak müspet zararını da talep edebilmesi, borçlunun durumunu hukuka aykırı olarak ağırlaştırdığı için bu görüş savunulamaz.

2. Borçlunun Kusursuz Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları

Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde, borçlu kusurlu da olsa kusursuz da olsa, sözleşme bătıldır.

Borçlunun, sözleşmenin imkansız olduğunu bilmediği veya bilmesinin gerekmediği hallerde, borçlunun kusursuzluğundan bahsedilir. Bu durumda sözleşme yine batıl olmakla birlikte, borçlunun kusurlu olması halinden farklı olarak, borçlu karşı tarafın zararından sorumlu olmaz.

²⁹¹ Serozan, İfa Engelleri, s. 171.; Altunkaya, s. 245.

Ancak, başlangıçtaki objektif imkansızlıkta borçlunun kusursuz olması halinde de; butlan nedeniyle önceden ifa edilen edimin iadesi ve bir görüşe göre, garanti sorumluluğu sonuçları ortaya çıkar. Bu sonuçlar, aşağıda kısaca incelenecektir.

a) Butlan

Başlangıçtaki objektif imkansızlıkta, borçlunun kusursuz olması halinde de sözleşme butlan yaptırımından dolayı başlangıçtan itibaren geçersizdir²⁹².

Butlan halinde, sözleşme geçerli hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Sözleşmenin sona ermesine yönelik herhangi bir işlem yapılmaksızın sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar²⁹³.

²⁹² Yargıtay 13. HD., 9.12.1981 T .,7575 E., 8064 K.; “Yalın (adi) kira, bir sözleşmedir ki, kiraya veren onunla kiracıya, kira parası karşılığında bir nesnenin kullanılmasını bırakma borcu altına girer. (BK.m.248). Bu tanımdan anlaşıldığı üzere kira sözleşmesinde bir nesnenin kullanılması söz konusu olmaktadır. Somut olayda, arsanın davacıya odun ve kömür deposu olarak kullanılmak üzere kiraya verildiği tartışma dışıdır. Yanlar arasında bu yönde bir uyumsuzluk olmadığı gibi kira sözleşmesi de bunu açık desteklemektedir. Ne var ki, davacının kiralananı odun ve kömür deposu olarak kullanabilmesi yönetimin iznine bağlıdır. Oysa hukuksal yönden buna olanak bulunmadığı İmar Müdürlüğü'nün yazılarından açıklık ve seçiklikle anlaşılmaktadır. Şu durum karşısında, BK.m.20 anlamında kira sözleşmesinin konusunun olanaksız bulunduğu kabulü gerekir.

Edim (borç) ya borç ilişkisinin kurulduğu, örneğin sözleşmenin yapıldığı zaman "objektif yönden imkansızdır"; bu durumda BK.m. 20 uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmemiş olur. Ya da "imkansızlık" borç ilişkisinin kurulmasından sonra meydana gelmiştir. Eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşmışsa, BK.m. 117; borçlunun kusuru sonunda imkansızlaşmış bulunursa, BK.m. 96 uygulanır. Somut olayda, "objektif yönden imkansızlık" kira sözleşmesinin yapıldığı zamanda bulunduğu açık bellidir.

İmkansızlık maddi bir nedenden ileri gelebileceği gibi hukuksal bir neden de buna kaynak olabilir. Davacının kiraladığı yerin odun ve kömür deposu olarak kullanılmasını imkansızlaştıran nedenin hukuksal bir nitelik taşıdığı İmar Müdürlüğü'nün yazıları ile kanıtlanmıştır. Bu imkansızlığın ise, kira sözleşmesinin yapıldığı zamanda bulunduğu, az önce sözü edilen yazıların içeriği ile çok belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Şu duruma göre, yanlar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin, BK.m.20 uyarınca geçersiz (batıl) olduğunun kabulü gerekir. Davacının, kira sözleşmesinin özel koşullarında yer alan, m.3 ile gereken belgelerin sağlanmasını yüklenmesinin, bu sonuç üzerinde herhangi bir yetkisi yoktur. Öyleyse, yanlar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin istem doğrultusunda geçersizliğine karar verilmelidir.” Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.tr.

²⁹³ Gural., s. 35; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 502.; Başpınar, s. 26; Eren, s. 300.; Koç, s. 26, Yavuz, s. 81.

Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuç da doğuramaz. Bu nedenle, butlan zamanla ortadan kalkmaz, tarafların icazet vermesi veya edimin ifası ile geçerlilik kazanmaz. Butlan sebebi, ileride ortadan kalksa bile sonuç değişmez²⁹⁴.

Sözleşmenin butlana tabi olması, o sözleşmeden doğan borçlardan birini kuvvetlendirmek amacıyla yapılmış olan sözleşmeleri de batıl hale getirir. Örneğin; kefalet, cezai şart, faiz, rehin tesisi gibi hallerde, asıl sözleşme batılsa, teminat amacı güden sözleşme de aynı müeyyideye tabi olur. Fakat, bu sonuç BK'da sadece cezai şart için düzenlenmiştir²⁹⁵. Nitekim, BK'nın 161/2. maddesine göre “ Ceza, kanuna ve ahlaka mugayır bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde, borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayrı mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.”

b) Önceden İfa Edilen Karşı Edimin İadesi

Sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin daha sonra geri verilmesi yükümü değişik nedenlerden dolayı söz konusu olabilir. Bu iade yükümü, sözleşmede öngörülmüş olan bozucu şartın gerçekleşmesi, ifa engelinden dolayı yasal dönme hakkının kullanılması, bağışlamanın geri alınması gibi nedenlerden kaynaklanabilir²⁹⁶.

İşte iade yükümü gerektiren bir başka neden de, başlangıçtaki objektif imkansızlıktan kaynaklanan, sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olan iade yükümüdür²⁹⁷.

²⁹⁴ Eren, s. 301.; Göral., s. 35; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 502

²⁹⁵ Altunkaya, s. 236.

²⁹⁶ Serozan, Rona: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 197-207), s. 195.

²⁹⁷ Serozan, Sözleşme, s. 195.; Altunkaya, s. 237.

Edimi, imkansızlık nedeniyle yerine getirmeyen taraf, karşı edimi isteme hakkını kaybeder. Aynı şekilde, karşı taraf edimini daha önce yerine getirmişse, bunun iadesini talep edebilir²⁹⁸. İade talebi, sebepsiz zenginleşmeye dayanır²⁹⁹. Tam iki tarafa borç doğuran sözleşmelerde, edimlerden biri taraflardan hiç birinin sorumlu olmadığı bir hal sonucu sona erebilir. Böyle bir durumda, borç ilişkisi dönme söz konusu olmaksızın sona erdiği için, iade borcunun sebepsiz zenginleşme kurallarına bağlanması gerekir³⁰⁰.

c) Garanti Sorumluluğu

Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde kural olarak, sözleşmenin batıl olması sebebiyle borçlu borcundan kurtulmaktadır.

Ancak, doktrinde savunulan bir görüşe göre; borçlu böyle durumlarda serbest kalmamalıdır. Başlangıçtaki imkansızlıkta borçlunun garanti sorumluluğu

²⁹⁸ Yargıtay 13. HD, 10.12.1986 T., 5626 E., 6231 K.; “ Satışa konu araç, önce işlenen hırsızlık suçunda kullanılması nedeniyle ceza mahkemesi kararıyla müsadere edilmiş bulunduğu göre satış işlemi başlangıçtan beri hukuka aykırı ve geçersizdir. Davacı alıcı, davalı satıcıya ödediğini geri alabilir.” Bu karar için bkz.; Yargıtay Dergisi, Yıl: 1987, Ay: 7, s. 1050.

²⁹⁹ Yargıtay 15.HD., 21.4.2003 T .,1513 E., 2093 K.; “Davacının yapımını yüklediği inşaat Çankırı İlgez dağında bulunmaktadır. İdarenin yükleniciye gönderdiği 2.7.1998 günlü yazıda inşaat sebebiyle idare ve Orman Bakanlığı arasında ihtilaf bulunduğu, inşaata bu nedenle başlanamayacağı bildirilmiştir. Yüklenici de dava dilekçesinin "olaylar" bölümünde inşaatın sit alanında kaldığından söz etmektedir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadığından sözleşme konusunun borç ilişkisinin kurulduğu tarihte objektif yönden imkansız olup olmadığı veya sonradan ortaya çıkan bir nedenle imkansız hale gelip gelmediği anlaşılamamaktadır. Zira, inşaatın yapılacağı yer orman alanında ve davalı idareye inşaat yapımı için tahsis olanağı bulunmamakta ise sözleşme kurulduğundan itibaren sonuç doğurmayacaktır. Bu hususun mahkemece doğrudan doğruya gözetilmesi gerekir. O halde, öncelikle değinilen bu yöne ilişkin taraf delilleri istenip toplanarak sözleşme konusunun yerine getirilip getirilemeyeceği, ifa imkanı bulunup bulunmadığı sözleşmenin butlanla malul olup olmadığı (BK. madde 20) yönü araştırılmalı, böyle bir durum saptanırsa sözleşme taraflar için hüküm ifade etmeyeceğinden ancak tarafların nedensiz zenginleşme kuralları içinde birbirlerine verdikleri şeyleri geri alabilecekleri düşünülerek parasal değerlendirme bu şekilde yapılmalıdır.” Bu karar için bkz.; www.kazanci.com.

³⁰⁰ Altunkaya, s. 237.

kapsamında alacaklının uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü de söz konusu olmalıdır³⁰¹.

Yine, başka bir görüşe göre; edimin ifası başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansızsa, borçlunun açıkça veya örtülü olarak ifanın mümkün olduğunu garanti edip etmediğinin araştırılması gerekir. Böyle bir garantinin tespit edildiği durumlarda, borçlunun ortaya çıkan zararı karşılama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir³⁰².

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde borçlu kusursuzsa, ona hiçbir sorumluluk yüklenmemelidir. Çünkü, imkansızlığı bilmeyen ya da bilmesi gerekmeyen borçlunun ifadan yoksun kalma yönünden, sözleşmenin karşı tarafından hiçbir farkı yoktur. Bu nedenle borçlunun herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmamalıdır.

3. Her İki Tarafın da Kusurlu Olması Halinde Başlangıçtaki Objektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları

Başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde, borçlu gibi alacaklı da sorumlu olabilir. Alacaklı, sözleşmenin imkansız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kusurlu kabul edilir. Başka bir deyişle, imkansızlığı her iki taraf da biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, her iki tarafın da kusurundan bahsedilir. Ancak, bu durumda da tarafların sorumluluğu hakkında hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda Türk/İsviçre hukukunda herhangi bir düzenleme yoktur.

Bu nedenle, her iki tarafın da kusurlu olduğu durumlarda tarafların kusurlarına göre bir derecelendirme yapmak gerekir. Bu derecelendirme ikiye ayrılarak incelenebilir;

³⁰¹ Altunkaya, s. 253.

³⁰² Altunkaya, s. 254.

- Tarafların imkansızlığa etkisi eşitse, kusurları takas edilir ve her iki tarafın da sorumlu olmadığı bir durum meydana gelir. Bu durumda, BK'nın 20. maddesine göre, sözleşme batıl olduğu için borç ortadan kalkar. Karşı edim talep edilemeyeceği gibi, önceden yerine getirilmiş edim de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilir³⁰³.
- Tarafların imkansızlığa etkileri eşit değil, kusur dereceleri farklı olursa, hangi tarafın kusurunun ağırlığının daha fazla olduğuna bakılarak sorumluluk oranı belirlenir. Sonuç, hangi tarafın kusurunun daha ağır olduğuna göre farklılık gösterir³⁰⁴.

III. Başlangıçtaki Sübjektif İmkansızlığın Hüküm ve Sonuçları

Sübjektif imkansızlık, sadece borçlunun işgücüyle, sağlığıyla, yeteneğiyle, tasarruf yetkisiyle ve başkaca özellikleri ile ilgili kişisel, öznel nedenlerle edimin aynen yerine getirilememesidir³⁰⁵.

Sübjektif imkansızlık ile, edimin yerine getirilmesi pratik olarak olanaklı görünse de, edimin aşırı ölçüde güçleşmesi, borçludan beklenen özveri sınırının aşılması kastedilir³⁰⁶.

Butlanı gerektiren başlangıçtaki imkansızlıktan sadece dünyada herkes için geçerli olan, objektif, mutlak imkansızlık anlaşılır. Ancak, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık, borçlu dışında üçüncü kişiler tarafından, edimin olanaklı olduğunu ifade ettiği için, bu durumda sözleşmeye butlan yaptırımını uygulanamaz.

³⁰³ Altunkaya, s. 245.

³⁰⁴ Altunkaya, s. 245.

³⁰⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 168.

³⁰⁶ Serozan, İfa Engelleri, s. 168.; Eren, s. 295.; Başpınar, s. 119.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.

BK’da başlangıçtaki sübjektif imkansızlık hallerine uygulanacak hükümler hakkında bir düzenleme yoktur. BK’nın 20. maddesinin sadece başlangıçtaki objektif imkansızlığa uygulanabileceği hakim görüş tarafından kabul edildiğinden, başlangıçtaki sübjektif imkansızlığa bağlı olan sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olduğundan söz edilemez³⁰⁷.

Bu açıklamalar çerçevesinde, doktrindeki hakim görüşe göre; sözleşme başlangıçta sübjektif olarak imkansızsa yine geçerlidir. Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık hallerinde, sözleşme geçerli olduğu için karşı taraf edimin ifasını talep edebilir.

Öte yandan bir görüşe göre, edimin ifa edilememesinden dolayı karşı tarafın zararı ortaya çıkarsa, borçludan bu zararın tazmini talep edilebilir. Söz konusu zarar, müspet zarardır.

Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık hallerinde, hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken, bazı yazarlar sonraki sübjektif imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini vurgularlar.

1. Sonraki Sübjektif İmkansızlık Hükümlerinin Uygulanması

Bu görüşü savunanlara göre; başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde, sonraki sübjektif imkansızlık hükümleri uygulanır ve benzer kurallara göre sorumluluk belirlenir³⁰⁸. Burada, sonraki sübjektif imkansızlığa uygulanacak hükümleri belirlemek gerekmektedir, çünkü sonraki sübjektif imkansızlık halinde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur.

³⁰⁷ Altunkaya, s. 256.; Eren, s. 295.; Başpınar, s. 119.; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 81.

³⁰⁸ Serozan, İfa Engelleri, s. 167.; Altaş, Eser, s. 185.; Altunkaya, s. 258.

Bir görüŖe göre; sonraki sübjektif imkansızlık ve dolayısıyla başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde BK'nın 96 ve 117. maddelerindeki, borçluyu borcundan kurtaran objektif imkansızlıkla ilgili düzenlemeler uygulanmalıdır. Buna göre; borçlu kusursuzluğunu ispatlayamazsa, alacaklının uğradığı zararı karşılamakla yükümlüdür³⁰⁹.

Başka bir deyişle, bu görüşü savunanlar, başlangıçtaki sübjektif imkansızlığı sonraki imkansızlığın çatısı altına sokarak, sonraki imkansızlıkla ilgili hükümlerin, bu durumda uygulanması gerektiğini desteklerler.

Bizim de savunduğumuz bir başka görüşe göre ise; sonraki sübjektif imkansızlığın ve dolayısıyla başlangıçtaki sübjektif imkansızlığın temerrüt hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir³¹⁰.

2. Temerrüt Hükümlerinin Uygulanması

Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık BK'nın 20. maddesi anlamında, bir imkansızlık değildir. Sübjektif imkansızlıkta ifa engeli, kesin ve sürekli değildir. Borçlunun şahsından kaynaklanan ve ifayı önleyen engelin daha sonra ortadan kalkması mümkündür. Sübjektif imkansızlık halinde, sözleşmenin imkansızlık nedeniyle sakatlığından değil, temerrütten bahsedilir³¹¹. Burada söz konusu olan borçlunun temerrütüdür.

Borçlunun temerrütü, borçlunun borçlanılan edimi borca aykırı olarak geç ifa etmesidir. Borçlunun temerrütü, ifa etmeme hallerinden birini oluşturur. Burada,

³⁰⁹ Altunkaya, s. 258.

³¹⁰ Eren, s. 1045.; Başpınar, s. 121.; Akıncı, s. 222.; Altunkaya, s. 258.

³¹¹ Eren, s. 1045.; Başpınar, s. 121.; Akıncı, s. 222.; Altunkaya, s. 258.

borçlu, borçlanılan edimi zamanında yerine getirmemekte, ifa da borca aykırı olarak gecikmektedir. Borçlunun temerrütü halinde, borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı BK'nın 106/2. maddesine göre seçimlik haklarını kullanırlar. Buna göre alacaklı, ya sonradan ifadan vazgeçip, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini talep eder³¹².

İşte, başlangıçtaki subjektif imkansızlık halinde, borçlunun temerrütüne ilişkin hükümler uygulanır. Çünkü, başlangıçtaki subjektif imkansızlık halinde, sözleşme başlangıçtaki objektif imkansızlıktan farklı olarak butlan yaptırımı ile geçersiz değildir. Geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmede, edimler ifa edilmelidir. Ancak, ifa imkanı olan bu edimler, borçlunun şahsından kaynaklanan nedenlerle zamanında ifa edilemediğinden dolayı temerrüt hükümleri söz konusu olur.

3. Garanti Sorumluluğu

Başlangıçtaki subjektif imkansızlık halinde, borçlunun sorumluluğu konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur.

Bir görüşe göre, başlangıçtaki subjektif imkansızlık halinde, borçlu ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir. Başka bir deyişle, borçlu başlangıçtaki subjektif imkansızlığı bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, sorumluluktan kurtulur³¹³.

Bir başka görüş ise; başlangıçtaki subjektif imkansızlık halinde, borçlunun garanti (kusursuz) sorumluluğundan dolayı sorumlu olması gerektiğini

³¹² Eren, s. 1046.

³¹³ Altunkaya, s. 263.

savunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, borçlu ifanın yerine getirilmesi konusunda bir garanti üstlenmiştir³¹⁴.

Bir borç ilişkisinin amacına ulaşmasının önleyen herhangi bir engel yüzünden zarara uğrayan alacaklının, bu zararını borçlunun gidermekle yükümlü olup olmadığı, borçlunun bu zarardan sorumlu olup olmamasına göre değişir. Borca aykırılıktan doğan sorumluluk alanında, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusu yüzünden alacaklı zarara uğramışsa, bu zararın tazmininin borçludan istenebilmesi kural olarak borçlunun kusurunun varlığına bağlanmıştır. Asıl olan kusur ilkesi olmakla beraber, borca aykırılıktan ötürü sorumlulukta, borçlunun kusuru olmadan da sorumlu tutulabileceği haller vardır. İşte, bu hallerden birisi de garanti sorumluluğudur³¹⁵.

Garanti ilkesine dayanan bu sorumluluk, alışveriş hayatında yapılan irade açıklamalarının yarattığı güven ortamının korunmasına yönelik olan bir sorumluluk ilkesidir. Taraflar arasında güven ortamının sağlanması açısından her bir tarafın, birbirlerinin beyanlarına güvenlerinin korunması gerekmektedir. Bu ihtiyacın hissedildiği durumlarda, tarafların irade beyanlarının içeriğinin gerçeğe uygun olmamasından veya borçlunun verdiği sözü tutamayacak durumda olmasından doğacak zararlardan dolayı, borçlunun sorumluluğunu sadece kusur ilkesine dayandırmak hakkaniyete uygun değildir³¹⁶.

Taahhütte bulunduğu an garanti sorumluluğu altına giren borçlu, gerçi böyle bir garanti yükümlülüğü altında olmayı istememektedir. Ama nasıl ki ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğunda mülkiyeti nakil borcunu hiç veya tam anlamıyla yerine getirmemiş olan satıcı da böyle bir garanti borcu altında olmayı istemediği halde kanun daha sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan sübjektif imkansızlıktan ötürü onu garanti borcu altında tutmaktadır, nasıl ki, satıcı satım konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkındaki eksiklikten ötürü garanti borcu altında olmaktadır, aynı şekilde

³¹⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 174.; Altunkaya, s. 262.

³¹⁵ Engin, Baki İlkay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 45.

³¹⁶ Engin, s. 47.

diğer başlangıçtaki eksikliklerden ötürü de garanti sorumluluğu altında tutulması isabetli olur³¹⁷.

Bu nedenle, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde, borçlunun kusuru söz konusu olmasa da, alacaklının sözleşmeye güvenden dolayı uğradığı zarar garanti sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmelidir.

Borçlunun, başlangıçtaki sübjektif imkansızlık sebebiyle ortaya çıkan garanti sorumluluğunun kapsamı geniştir. Bu sorumluluğun içine, cins borcunu temin edemeden, mevcut olmayan alacağın devredilmesine, ayıplı ifadan, borçlu temerrütüne, temerrüt sırasındaki kazadan, ifa yardımcısının verdiği zarara kadar uzanan pek çok sorumluluk türü girer. Ancak, mücbir sebebin varlığı halinde, bu sorumluluk söz konusu olmaz, borçlu garanti sorumluluğundan sadece mücbir sebebe dayanarak kurtulabilir³¹⁸.

Bizim katıldığımız görüşe göre ise; başlangıçtaki sübjektif imkansızlık halinde, daha önce de değinilen nedenlerle temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. BK'nın 106. maddesinde hüküm altına alınan, borçlunun temerrütü halinde, diğer taraf üç seçimlik haktan birini tercih ederek sözleşmenin imkansızlığı nedeniyle uğradığı zararı tazmin edebilmektedir. Bu nedenle burada garanti sorumluluğundan bahsedilemez.

³¹⁷ Engin, s. 49.

³¹⁸ Altunkaya, s. 264.

§ 8. BAŞLANGIÇTAKİ OBJEKTİF İMKANSIZLIKTA SÖZLEŞMENİN KORUNMASI

Bazı hallerde, başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle BK'nın 20. maddesinin uygulanarak, sözleşmenin batıl olması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Başka bir deyişle, bazen sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olmasından dolayı, başlangıçtan itibaren geçersiz olması, tutarlı ve amaca uygun nitelikte olmaz. Mommsen'in; “ baştan imkansızlıkta borç doğmaz, sonradan kaza halinde ifa yükümü olmaz.” ayrımı bazı durumlarda anlamını yitirir. Gerçekten, bazen bir tablonun sözleşmenin kurulmasından 1 dakika sonra yanması halinde sözleşmenin geçerliliğinin korunması karşısında, bu tablonun sözleşmenin kurulmasından 1 dakika önce yanması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olması haksız sonuçlara yol açabilir³¹⁹.

Nitekim, sözleşmenin konusunun bir kısmı imkansız ise ve o kısım olmasa bile kalan kısmı sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmasını ortaya çıkarıyorsa, sözleşme tümüyle batıl olmamalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmeye bu durumda, kısmi butlan yaptırımını uygulanır. Ayrıca, her ne kadar sözleşmenin konusu imkansız olsa da, tarafların farazi iradelerine göre bir başka şekilde hüküm ve sonuç doğurması mümkün olursa, yine sözleşme ayakta tutulabilir. Son olarak ise, imkansız edime alternatif olarak bir ikame edim kararlaştırılmışsa, asli edimin ifasının imkansızlığı durumunda, sözleşme yine de hüküm ve sonuç doğurur³²⁰.

³¹⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 172; Altunkaya, s. 265.

³²⁰ Altunkaya, s. 265.

I. Kısmi Butlan

1. Genel Olarak

BK'nın 20/2. maddesine göre; “ Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılamayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur.”

Görüldüğü gibi, içeriğinin bir kısmı batıl olsa da sözleşmenin kalan kısmı ile hüküm ve sonuç doğurması mümkündür. Bu da sözleşmeye kısmi butlan yaptırımının uygulanması ile söz konusu olur.

Kısmi butlan; bir sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkansızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmının batıl olup, sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasıdır³²¹.

Kısmi butlan halinde sözleşme BK'nın 20/1. maddesinde düzenlenen imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık gibi sebeplerle sakatlanmış olmakla birlikte sözleşmedeki bu sakatlık, sözleşmenin yalnızca bir kısmına ilişkindir. Öte yandan, sözleşmenin sakat olan bu kısmı geçersiz olsa da, geri kalan kısmı tarafların farazi iradeleri ile geçerliliğini korumaktadır³²².

³²¹ Başpınar, s. 29.

³²² Başpınar, s. 30.

2. Butlan Anlaşması

Taraflar, sözleşmenin sakat olan kısmının geçerli olan kısmına etkisini ortadan kaldıracak nitelikte bir anlaşma yapabilirler. BK'nın 20/2. maddesindeki düzenleme emredici değil, düzenleyici nitelikte olduğundan bu anlaşma bu hükme aykırılık teşkil etmez³²³.

Butlan anlaşması, tarafların sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, bu kısmın butlanı ile bunun sözleşmenin diğer kısımlarına etkisini düzenlemek üzere yaptıkları anlaşmadır. Doktrinde, butlan anlaşması ile tarafların öngördükleri ikame kural anlaşması kastedilmektedir. Butlan anlaşması, sözleşmenin sakat kısmını geçerli hale getirmemekte, sadece sakat kısmın, sakat olmayan kısımlar üzerindeki etkilerini düzenlemektedir³²⁴.

Taraflar, butlan anlaşması ile sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, sözleşmenin yalnız sakat olan kısmının batıl olmasını kararlaştırabilecekleri gibi, tümünün batıl olmasını da kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, taraflar bu anlaşma ile sözleşmenin sakat kısmını ikame bir kısım ile değiştirmek suretiyle, sözleşmeyi ayakta tutma yolunu da tercih edebilirler³²⁵.

Butlan anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Taraflar bu anlaşmayı yazılı, sözlü veya resmi şekilde yapabilirler. Aynı şekilde, taraflar BK'nın 19 ve 20. maddelerindeki sınırlar çerçevesinde, sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda da serbesttirler³²⁶.

³²³ Altunkaya, s. 266.

³²⁴ Başpınar, s. 78.

³²⁵ Altunkaya, s. 267.

³²⁶ Başpınar, s. 78.

3. Hakimin Sözleşmenin Sakat Kısımının Yerine Gececek Hükümü Tarafların İradelerine Göre Tespit Etmesi

Kanunda, sözleşmenin sakat kısmının yerine geçecek emredici veya sözleşmenin içeriği ve diğer hükümleriyle bağdaşan tamamlayıcı bir hükmün bulunmaması halinde, sakat kısmın yerini, hakimin tarafların farazi iradelerine göre tespit edeceği ikame hüküm alır. Buna, farazi olarak istenen ikame hükümlerle değiştirilmiş kısmi butlan denir.

Sözleşmenin sakat kısmının yerine tarafların farazi iradelerine göre tespit edilen hükmün geçmesi, BK'nın 20/2. maddesinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, burada sözleşmeyi ayakta tutma amacı da olduğu için, bu, BK'nın 20/2. maddesine aykırılık teşkil etmez³²⁷.

Hakimin sözleşmenin sakat olan kısmı yerine tarafların farazi iradelerine göre tespit edeceği hükümü uygulayabilmesi için bu kısım hakkında butlan anlaşması yapılmamış olmalıdır.

Burada hakimin görevi, sözleşmenin ikame bir hükümlerle devamını isteyip istemediklerini, tarafların farazi iradelerine göre tespit etmektir³²⁸.

Taraflar sözleşmenin tamamen sakatlığına rağmen, belirli bir kısmının geçerliliğinin korunmasını kararlaştırmış olabilirler. Aynı şekilde, tarafların sözleşmede aralarında çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini öngören hükümlere yer vermeleri halinde de sözleşmenin tamamı batıl olsa bile, belirli bir kısmın geçerliliğinin korunması mümkündür³²⁹.

³²⁷ Başpınar, s. 162; Altunkaya, s. 268.

³²⁸ Altunkaya, s. 269.

³²⁹ Başpınar, s. 162; Altunkaya, s. 269.

4. Kısmi Butlanın Türleri

Kısmi butlan, basit, değiştirilmiş, genişletilmiş kısmi butlan olarak üçe ayrılır.

Basit kısmi butlan; hakimin, tarafların farazi iradelerine göre, yalnız bir kısmı sakat olan sözleşmenin sakat kısmının butlanına karar verdiği, buna karşılık sakat olmayan kısım veya kısımlarını ise geçerli saydığı kısmi butlan türüdür³³⁰. Bu kısmi butlan türünde, sözleşmenin sakat olmayan kısmı hiçbir değişikliğe uğramadan, en baştan itibaren geçerli olarak kalmaya devam eder. Böylece sözleşme tarafların iradeleri göz önüne alınarak ayakta tutulmaktadır³³¹.

Değiştirilmiş kısmi butlan, sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle muhafaza edilmesidir³³².

Genişletilmiş kısmi butlan ise, tarafların farazi iradelerinden, sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığın, bu kısım olmaksızın geçerli kısımlardan bazılarının da yapılmayacağı sonucuna varılarak sakat kısım ile birlikte söz konusu geçerli bazı kısımların da batıl kabul edilmesidir³³³.

Genişletilmiş kısmi butlanda hiçbir zaman tam butlan söz konusu olmaz. Çünkü, genişletilmiş kısmi butlanda her durumda sözleşmenin geçerli olan bir kısmı vardır. Bu nedenle, sözleşmeyi tamamen geçersiz kabul etmek tarafların farazi iradelerine aykırılık teşkil eder³³⁴.

Genişletilmiş kısmi butlana BK'nın 20/2. maddesinde yer verilmemiştir. Ancak, bu kısmi butlan türü de tarafların iradeleri ile sözleşmenin bir kısmının ayakta tutulması sonucunu doğurduğu için bu hükme aykırılık teşkil etmez³³⁵.

³³⁰ Başpınar, s. 149.

³³¹ Altunkaya, s. 270

³³² Başpınar, s. 152.

³³³ Başpınar, s. 172.

³³⁴ Altunkaya, s. 271.

³³⁵ Altunkaya, s. 271.

II. Tahvil

Hukukta aynı veya benzer bir amaca ulaşmaya veya aynı yahut benzer bir sonuç doğurmaya yönelik çeşitli hukuki işlemler vardır.

Butlan nedenlerinden biriyle geçersiz olan bir hukuki işlem veya sözleşme yerine, bu sözleşmenin gerçekleştirmek istediği amacı veya doğurmak istediği sonucu başka bir hukuki işlem doğurabilecek durumda ise, tarafların iradelerinin de bu yönde olması halinde, batıl işlem geçerli işlem yerine geçer. Hukukta, bu duruma tahvil denir³³⁶.

İçeriği imkansız olan bir sözleşmenin, ifası mümkün içerikli bir sözleşme ile değiştirilmesi de, tahvili ortaya çıkarabilir. Konusu imkansız olan bir hukuki işlemin tahvil yoluyla ayakta tutulması, genel olarak hukuki imkansızlıkta söz konusu olur. Hukuk düzeni yapılan işlemin yerine getirilmesini yasaklamışsa, aynı veya benzer sonuçlara ulaştırılan başka bir hukuki müessese tahvil yoluyla onun yerine geçebilir³³⁷. Örneğin; sınırlı sayı ilkesine aykırı olarak, tarafların kanunda olmayan bir aynı hak kurmalarına yönelik irade beyanları ile yapılan sözleşme, kural olarak batıldır. Ancak, hukuken imkansız olan böyle bir işlem, şartları mevcut ise tahvil yoluyla borç doğurabilir. Bu durumda, malik basit bir borcu ifa ile yükümlü olur³³⁸.

Tahvil, objektif ve sübjektif olarak iki unsurdan oluşur. Objektif unsur, batıl bir sözleşmenin varlığı ve batıl sözleşmenin yerine geçebilecek olan bir diğer sözleşmenin varlığıdır. Sübjektif unsur ise, tarafların farazi iradelerinin varlığıdır.

³³⁶ Eren, s. 266.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 144.; Başpınar, s. 168.

³³⁷ Altunkaya, s. 272.

³³⁸ Altunkaya, s. 272.

Taraflar asıl işlemin batıl olduğunu bilmiş olsalardı, ikinci işlemin geçerliliğini isteyecek idilerse, tahvilin sübjektif unsuru gerçekleşmiş olur³³⁹.

Hakim, tarafların farazi iradelerinin istenilen işlemin imkansızlık nedeniyle sonuç doğurmaması halinde diğer işlemi yapmak yolunda olduğuna kanaat getirirse, tahvile karar vermelidir. Ancak, batıl işlem yerine geçecek işlem tarafların istediklerinden daha kapsamlı sonuç doğuruyor veya taraflar için daha ağır yükümlülükler getiriyorsa, hakim tahvile karar vermemelidir³⁴⁰.

Tahvil, hukuki işlemleri butlandan kurtarmak için kullanılan bir müessesedir. Hukuki işlemin tahvili, Türk/ İsviçre hukukunda düzenlenmemiştir. Ancak, doktrinde hukuki işlemlere tahvilin uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilen bir görüştür³⁴¹.

³³⁹ Eren, s. 266.

³⁴⁰ Eren, s. 266.

³⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 146.; Başpınar, s. 168.; Altunkaya, s. 273.

SONUÇ

Borç ilişkilerinin temelini teşkil eden sözleşmeler, taraflar arasında hukuki sonuca yönelik iradelerin birbirine uygun ve karşılıklı olarak beyan edilmesi ile kurulurlar. Tarafları, sözleşme yapmaya ve böylece birbirleri ile borç ilişkisine girmeye iten saik, çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Kimi teminat amaçlı iken, kimi ifa amaçlı olabilir. Her ne amaçla olursa olsun, her sözleşme tarafların hukuki bir ilişki kurmasına neden olan edim veya edimler içerir. Edim, sözleşme konusu şeydir. Bir sözleşme ilişkisinde edimlerin ifa edilmesi ile borç ilişkisi ortadan kalkar. Bu nedenle, taraflardan her biri sözleşme ile kararlaştırdıkları edimleri ifa etmekle yükümlüdür.

Sözleşmelerin ayrılmaz bir parçasını oluşturan edimlerin imkansız nitelikte olması, gerek tarafların durumu gerekse sözleşmelerin sıhhati açısından büyük bir öneme sahiptir. Türk Borçlar Hukuku bir taraftan sözleşmeler için sözleşme özgürlüğü ilkesini benimserken, diğer taraftan bu ilkenin sınırlarını çizmiştir. Sözleşmelere konu olan edimlerin imkansız olması da bu sınırlardan birini oluşturur.

....Tezimizde de, sözleşmelerin baştan itibaren geçersizliğine sebep olan BK'nın 20.maddesinde hüküm altına alınan, başlangıçtaki objektif imkansızlık incelenmiş ve şu sonuçlara varılmıştır;

- ✓ Her şeyden önce, BK'nın 20. maddesinde düzenlenen ve sözleşmelerin butlan yaptırımını nedeniyle geçersizliğine sebep olan başlangıçtaki imkansızlık, aşırı ifa güçlüğü değil, sözleşme konusu edimden kaynaklanan bir olanaksızlıktır. Aşırı ifa güçlüğü; sözleşme konusu edim olanaklı veya mevcut iken, bu edimin ifasının borçlu için bir hayli güç olması ve bu ifanın borçludan beklenemeyecek kadar ağır sonuçlar yaratması olarak tanımlanabilir. Bu, özellikle borçlunun şahsından kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkabilir.

Örneğin; yoldan geçen herhangi bir kişiden şehir planlamasını gösteren bir maket oluşturması beklenemez, bunun mümkün olabilmesi için bu kişinin mimar olması gerekmektedir. Örnekten de anlaşıldığı gibi, burada edim mümkündür, ancak bu edimin ifası borçlu mimar olmadığı için aşırı ölçüde güçtür. İfa imkansızlığı ise, edimin mümkün veya mevcut olmaması nedeniyle evleviyetle ifasının da imkansız olması veya edim mümkün ya da mevcut olsa da ifanın hukuki veya fiili sebeplerle imkansız olmasıdır. Örneğin, henüz icat edilmemiş olan dünya devridaim makinesinin yapımı taahhütündeki imkansızlık, edim mevcut olmadığı için edimden kaynaklanan bir imkansızlıktır.

- ✓ BK'nın 20. maddesinde düzenlenen ve sözleşmelerin geçersizliğine neden olan başlangıçtaki imkansızlık, objektif nitelikte olmalıdır. Bu nedenle, ancak edimin başlangıçta objektif olarak imkansız olduğu hallerde bu edimi konu alan sözleşme geçersiz olur. Başka bir deyişle, imkansızlığın daha iyi anlaşılması ve irdelenmesi için oluşturulan objektif- sübjektif imkansızlık ayrımı görüşü savunulamaz. Nitekim, BK'nın 20. maddesinin uygulanabilmesi için başlangıçtaki imkansızlık, edimin borçlu da dahil hiç kimse tarafından yerine getirilememesinden kaynaklanmalıdır. Doktrinde tanımlanan sübjektif imkansızlık ise, yalnız sözleşmenin tarafları veya taraflardan biri yönünden mevcut olan iktidarsızlıktır. Burada, borçlanılan edim, sadece borçlu yönünden imkansız, üçüncü kişiler için ise olanaklıdır. Bu tanımlama doğrultusunda, sübjektif imkansızlık terimi olarak adlandırılan durumda, sözleşme konusu edim borçlu dışında üçüncü kişiler tarafından ifa edilebildiği için objektif imkansızlıktan bahsedilemez. Sübjektif imkansızlıkta, ifa engeli objektif imkansızlıkta olduğu gibi kesin ve sürekli değildir ve burada borçlunun şahsi durumundan kaynaklanan ifa engelini her zaman ortadan kalkması mümkündür. Bu gerekçelerle, sübjektif imkansızlık terimi imkansızlığa neden olmaz ve borçlunun şahsından kaynaklanan bir iktidarsızlık söz konusu olduğu için imkansızlık olarak da nitelendirilemez.

- ✓ Başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayırımında ölçü olarak, sözleşmenin kurulduğu an esas alınır. Başka bir deyişle, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşme kurulduğu anda borçlanılan edim imkansızsa, başlangıçtaki imkansızlık söz konusu olur. Bu nedenle, bu ayırımın tespitinde sözleşmenin ifa anını esas alan görüş savunulamaz. Çünkü, imkansız bir edimi içeren sözleşmenin göz göre göre ifa anına kadar hüküm ve sonuç doğurmasına seyirci olmak, tarafların sözleşmenin kuruluş anı ve ifa anı arasında geçen sürede zarara uğramalarına neden olmaktan başka bir şey değildir.
- ✓ Başlangıçtaki imkansızlıkta, borçlunun bundan sorumlu olup olmadığı tespit edilirken, borçlunun kusurluluğu veya kusursuzluğu ölçü olarak alınmamalıdır. Nitekim, kanun da bu hallerde, borçlunun kusurundan değil sorumlu olmasından bahsetmektedir. Öte yandan borçlunun kusurunun esas alınmasını destekleyen görüş, BK'nın 382. maddesinde düzenlenen; yayımcının kaza ile yok olan nüshalardan sorumlu olması gibi borçlunun kusursuz, fakat sorumlu olduğu hallerde destekten yoksun kalmaktadır.
- ✓ Başlangıçtaki objektif imkansızlık sonucunda, BK'nın 20. maddesine göre sözleşme butlan yaptırımına tabi olur ve baştan itibaren hükümsüz hale gelir. Bu durumda, borçlu eğer bu imkansızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, borçlunun kusuru söz konusu olur, aksi halde borçlu kusursuz addolunur. Burada, borçlunun kusuru, borçlunun imkansızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği baz alınarak tespit edilir. Borçlu kusurlu olsa da olmasa da butlan yaptırımına tabi olan sözleşme, kusurun varlığı halinde borçluya bazı yükümlülükler yükler. Nitekim, borçlunun kusurunun varlığı halinde başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle geçersiz olan sözleşmeye duyulan güvenin boşa çıkmasından dolayı zarara uğrayan taraf, borçludan bu zararının tazminini culpa in contrahendo kurallarına göre talep edebilir. Burada söz konusu olan zarar, menfi zarardır.

- ✓ Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık olarak nitelendirilen, ancak daha önce de değinildiği gibi borçlunun şahsından kaynaklanan iktidarsızlık durumunda ise hangi hükümlerin uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, bu durumda başlangıçtaki objektif imkansızlığa uygulanan hükümlerin uygulanması gerektiğini savunurken, diğer bir görüş de, sonraki sübjektif imkansızlık hükümlerinin tespit edilerek uygulanması gerektiğini savunur. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bu durumda temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü, sübjektif imkansızlık, BK'nın 20. maddesinde hüküm altına alınan objektif imkansızlık gibi kesin ve sürekli değildir ve bu, borçlunun şahsından kaynaklanan sonradan ortadan kalkması muhtemel olan bir durumdur. Bu nedenle, sübjektif imkansızlık halinde imkansızlıktan değil temerrütten söz edilebilir.

- ✓ Son olarak üzerinde durulması gereken önemli bir sonuç ise; bazı hallerde başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olmaması gerektiğidir. Gerçekten de, bazı hallerde sözleşmenin butlan yaptırımına tabi olması hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilir. Örneğin; bazen bir evin sözleşme kurulmadan 5 dakika önce göçük altında kalması halinde sözleşmenin geçersizliğinin söz konusu olması, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu durum özellikle, sözleşme konusunun bir kısmının imkansız olması halinde o kısım olmasa bile kalan kısmı, sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmasına neden oluyorsa, sözleşmenin konusu imkansız olsa bile, tarafların farazi iradelerine göre sözleşmenin bir başka şekilde hüküm ve sonuç doğurması mümkün olursa ve imkansız edime alternatif ikame bir edim kararlaştırılmışsa, asli edimin ifasının imkansızlığı durumunda da sözleşmelerin geçerliliği söz konusu olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2006.
- Akıntürk, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995.
- Altaş, Hüseyin: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1991.(Tez)
- Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2003.(Eser)
- Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2002.
- Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1985.(Kötü İfa)
- Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Konya 2002.
- Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Baygın, Cem: Culpa in Contrehendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: IV, Yıl: 2000, s. 345-377).
- Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.(Sonraki İmkansızlık)
- Dural, Mustafa: İmkansızlık Kavramı ve Türleri, (BATİDER, 7.Cilt, 1.Sayı, Ankara 1973, s. 13-57).(İmkansızlık Kavramı)
- Engin, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Ersebük, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları I, Ankara 1937.
- Erzurumluoğlu, Erzan: Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Ankara 1969.

- Funk, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, Çeviren: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, İstanbul 1938.
- Güral, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953.
- Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku, Ankara 1979.
- İnan, Ali Naim: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen recht, Freiburg 1956.
- Karaaslan, Hakan: Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), 6. Bası, İstanbul 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler), 6. Bası, İstanbul 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?, (Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İÜHFD, İstanbul 2000, s. 503-514).
- Koç, Nevzat: Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İzmir 1983, s. 127-170)
- Oftinger, Karl/ Jeanpretre, Raymond: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çeviren: Dayınlarlı, Kemal, Ankara 1990.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Olgaç, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1969.
- Pulaşlı, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006.

- Schwarz, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, Çeviren: Davran, Bülent, I.Cilt, İstanbul 1948.
- Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.(Sürekli)
- Seliçi, Özer: Kesin Vadeli İşlemler, (MHAD, Sayı: 3, Yıl: 1968, s. 92- 107).
- Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006.
- Serozan, Rona: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 197-207).
- Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1992.
- Sungurbey, Ayfer Kutlu: Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrehendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- Şenyüz, Doğan: Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2005.
- Tekinay, Sulhi Selahattin: Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1979.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.
- Tunç, Ramazan: İfa İmkansızlığı, (Yargıtay Dergisi, Cilt: 28, Ocak-Nisan 2002, s. 104-121).
- Tunçomağ, Kenan: Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük İle İlgili Objektif Görüşler, (İHFM, 32.Cilt, Sayı: 2-4, s. 884-905).
- Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 1976.
- Ulusan, İlhan: Culpa in Contrehendo Üstüne, (Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt: I, İstanbul, 1982.
- Umar, Bilge: Borçluya İsnat Olunamayan İmkansızlık Sebebiyle Ademi İfa, (Adalet Dergisi, Sayı: 9-10, Eylül- Ekim 1961, s. 963-982.).
- Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2003.
- Velidedeoğlu, Veldet/ Özdemir, Refet: Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, Çeviren: Edege, Cevat, Cilt: 1-2, Ankara 1983.

www.kazanci.com.tr

Yılmaz, Hamdi: Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “ culpa in contrehendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, (Yargıtay Dergisi, Sayı: 3, Cilt: II, Yıl: 1985, s. 234-252).