

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 18. Hafta - 2. Ders - 18.04.2024

A-) Aynen İfa ve Cebri İcra

Verme borçlarının aynen ifasını konuşacağız. Yapma borçlarının aynen ifasını konuşacağız ve yapmama borçlarının aynen ifasının mümkün olup olmadığını konuşacağız.

I-) Verme Borçları Açısından

Bu çerçevede verme borçlarıyla başlayalım. Şimdi öncelikle verme borçları bakımından meseleyi üçe ayırmak gerekiyor. Bir zilyetlik nakli mi söz konusu? Bir taşınır nesnenin mülkiyetinin nakli mi söz konusu? Bir taşınmazın mülkiyetinin nakli mi söz konusu? Yoksa bir alacağın temliki mi söz konusu? Buna dair üçlü bir ayrımla ilerlemek gerekiyor.

1-) Taşınır Teslimi (Zilyetlik Devri veya Taşınır Mülkiyetinin Devri)

Biz önce menkullerde kalalım. Bir taşınır nesnenin teslimi borcu altında olan bir borçluyla karşı karşıyayız. Birinci ihtimal sadece ve sadece zilyetliği nakil borcu altında olabilir veya ikinci ihtimal bu nesnenin mülkiyetini de nakil borcu altında olabilir. Her iki ihtimali de kapsayacak şekilde konuşuyoruz.

Şimdi borçlu borcunu ifa etmediğinde, ifa mümkün olduğu müddetçe alacaklı ne yapabiliyor sadece ve sadece? Aynen ifa davası açabiliyor. Elinde başka bir seçenek yok.

(Sözleşmeye yazdılar, “*Aynen ifadan vazgeçip cezai şart talep edebilir*” dediler. Mümkün. Borçlu temerrüdünün şartları gerçekleşti. Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde temerrüde düşen borçluya mehil de tayin edildi. Borçlu borcunu verilen süreye rağmen ifa etmedi. Bu çerçevede ifadan vazgeçip müspet zararın giderilmesi talebi söz konusu oldu. Onlar ayrı, hepsini konuşacağız.)

İfa mümkün olduğu müddetçe alacaklı sadece ve sadece aynen ifayı talep edebiliyor. Borçlu da neyi borçlandıysa onu ifa etmekle yükümlü. Söz konusu nesneyi bir türlü teslim etmeyen, söz konusu nesnenin mülkiyetini bir türlü nakletmeyen bir borçluyla karşı karşıyayız. Açtık bir dava, aynen ifa davası. Aynen ifa davası bir eda davasıdır. Bu eda davasında borçlu nesnenin mülkiyetini nakletmeye mahkûm edildi veya nesnenin zilyetliğini nakletmeye mahkûm edildi.

Peki hâlâ borçlu borcunu ifa etmiyorsa ne yapacağız? Önce dava aşamasını geçtik, gerçekten de aynen ifaya mahkûm edildi. “*Söz konusu nesneyi teslim et.*” denildi veya “*Söz konusu şişenin mülkiyetini nakletmeye mahkûm edildin.*” denildi. Ne yapacağız? Cebri icra yoluna başvuracağız. Cebri icra yoluna başvurduğumuzda borçluya bir icra emri gönderilecek ve denecek ki ey borçlu söz konusu nesneyi teslim et. Hâlâ teslim etmiyorsa ne yapacağız?

Artık cebri icra organlarının devreye girmesi gerekiyor. Zorla biz bunu ne yapacağız gerçekten de? Elde etmeye çalışacağız.

Bakarsanız İcra ve İflas Kanunumuza 24. maddeyi göreceksiniz. 24. maddede diyor ki:

“Bir taşınırın teslimine dair olan ilam icra dairesine verince icra memuru bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde o şeyin teslimini emreder.”

Yani borçluya *“Ey borçlu sana 7 günlük süre veriyoruz. Sen bu 7 gün içerisinde bu nesneyi teslim edeceksin”* denir.

Borçlu bu icra emrine uyabilir mi? Borçlu bu icra emrine gönül rızasıyla uyarsa zaten sorun yok ama borçlu bu icra emrine gönül rızasıyla uymazsa ne yapacağız? Hüküm şöyle devam ediyor, detayına girmeyeceğim. 3. fıkraya geçeceğim:

“Borçlu, bu emri hiç tutmaz veya eksik bırakır ve hükmolunan taşınır veya misli yedinde bulunursa elinden zorla alınıp alacaklıya verilir.”

Bu hükme göre icra organları aracılığıyla icra memurları aracılığıyla söz konusu nesneyi gidip oradan teslim alacağız, söz konusu nesneyi gidip oradan teslim alacağız veya söz konusu nesne misli bir eşya ise (borcun konusu bir gayrimisli eşya olabilir veya bir misli eşya olabilir) o zaman onun mislini oradan alacağız. Örneğin 3 kilo pirincin tesliminden, 5 ton buğdayın tesliminden bahsediyorsak o zaman varsa onun mislini teslim alacağız.

Peki borçlunun söz konusu malı teslim etmesi için gittiğimizde söz konusu malı bulamıyorsak ne yapacağız? Misli de yoksa ne yapacağız? Bu kez İcra ve İflas Kanunu şunu söylüyor. Diyor ki:

“Yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır.”

Vermezse, yani bu malı teslim etmeyen şahıs bu malın bedeli olan örneğin bin lirayı da ödemeye yanaşmayabilir. O zaman kanun koyucu diyor ki vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Ayrıca haciz yoluyla tahsil olunur.

Demek ki baktığımız zaman verme borçlarında, taşınır nesnelere ilişkin verme borçlarında durum bu şekilde düzenlenmiştir diyebiliriz. Aynen ifa davası açtınız, davada başarılı oldunuz, mahkeme kararı kesinleşti, borçlu o karara hürmet etti, zaten sorun yok. O karara hürmet etmedi, o zaman İcra ve İflas Kanunu m. 24 çerçevesinde ilerliyoruz. İcra ve İflas Kanunu m. 24 çerçevesinde ona bir icra emri gönderiliyor. 7 günlük süre veriliyor. 7 günlük süre içerisinde icra emrine hürmet ederse zaten sorun yok. Yine bir sorun kalmıyor ama bu süre içerisinde hürmet etmezse siz söz konusu nesneyi ne yapabiliyorsunuz? Zorla elde edebiliyorsunuz icra organları aracılığıyla. İcra memurları gelip bu nesneyi buradan teslim alıp size teslim edebiliyorlar. Gerçekten de bu şekilde zilyetliğe kavuşmuş oluyorsunuz veya sözleşme uyarınca mülkiyetin nakli de gerekiyorsa mülkiyeti de elde edebilirsiniz.

Dikkat ederseniz mahkemenin kararı ve alacaklının talebi üzerine icra memurları tarafından kat edilen bu süreç neyi de sağlıyor? Mülkiyetin naklini de sağlıyor. Aslında mülkiyetin nakli için ne gerekiyor? Biliyorsunuz. Buradaki mülkiyeti nakil borcu altında olan şahsın bir irade açıklaması gerekiyor. Yani zilyetliği naklederken bu zilyetliğin devrini aynı zamanda mülkiyeti nakletmek maksadıyla gerçekleştirdiğini de söylemesi gerekiyor. Yani aynı akit gerekiyor. İşte bu çerçevede gerek mahkeme kararı gerek cebri icra sürecindeki bütün bu olgular hem zilyetliği sağlıyor hem de borçlunun mülkiyetin nakline ilişkin irade beyanı yerine de geçiyor. “*Mülkiyeti naklettim.*” şeklinde bir irade beyanı gerekirken bu icra prosedüründeki bütün bu kurallar neyi de sağlıyor? Borçlunun irade beyanını da sağlıyor diyebiliriz.

Peki borçlu gerçekten de böyle icra emrine uymadı. İcra memurları gittiler söz konusu nesneyi bulamadılar, söz konusu nesnenin mislini de bulamadılar. Ne yapacağız? Prensip itibarıyla ilamdaki değer tahsili söz konusu olacak. Borçlunun ne yapması gerekecek? O nesnenin değerini ödemesi gerekecek. Gönül rızasıyla ödemiyorsa haczi mümkün mal varlığı değerleri satılacak, cebri icra yoluyla açık arttırma suretiyle. Elde edilen bedelle biz bu nesnenin nesine kavuşmuş olacağız? Kendisine değil ama nesine kavuşmuş olacağız? Değerine kavuşmuş olacağız. Çünkü bu nesne örneğin benim mülkiyetime dahil olduğunda mal varlığımızda bin liralık bir artış sağlıyorsa işte o bin lira o artışı sağlar durumda olacak diyebiliriz. Demek ki gördüğümüz gibi aynen ifa, aynen ifa, aynen ifa diyoruz ama aynen ifa da bir yerden sonra aynen ifanın yerini ne alıyor? Tazminat kalemleri alıyor diyebiliriz.

2-) Taşınmaz Mülkiyetinin Nakli veya İrtifak Hakkı ya da Taşınmaz Yükü Tesisi

Bir gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran bir akdin mevcut olduğunu varsayalım veya örnekte karşımızda bir taşınmaz üzerinde irtifak kurma yükümlülüğü altında olan bir borçlu olduğunu varsayalım veya bir gayrimenkul yükü, taşınmaz yükü kurma yükümlülüğü altında bulunan bir borçlu ile karşı karşıya olduğumuzu varsayalım.

Özellikle satımda kalalım. Satım sözleşmesinde kalalım. Bir gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğuran satım sözleşmesi yapılmış. Borçlu bir türlü gayrimenkulün mülkiyetini nakle yanaşmıyor. Ne yapacaksınız? Cebri tescil davası açacaksınız. Yani aynen ifa davası açacaksınız. Bir eda davası görünümünde bir dava açacaksınız ve acaba mahkemenin kararının kesinleşmesi ile beraber durum ne olacak?

Gayrimenkul mülkiyetinin nakli için ne gerekiyor? Tapu sicilindeki işlemler ana hatlarıyla şöyle hayal edilebilir. Malik sütununda kim var? Bay satıcı var. Bay satıcının tapu memuruna ne yapması gerekiyor? Müracaat edip yazılı bir tescil talebinde bulunması gerekiyor. “*Ey tapu memuru benim adımla terkin et, alıcının adını yaz.*” demesi gerekiyor. Satıcının yani mülkiyeti nakil borcu altında bulunan borçlunun yazılı tescil talebinde bulunması gerekiyor.

Bir kimseye acaba zorla bu cümleyi kurdurabilir misiniz? “*Ey tapu memuru söz konusu taşınmazın alıcı adına tescili için talepte bulunuyorum. Gereğini yap!*” şeklindeki cümleyi

kurmaya yani yazılı tescil talebinde bulunmaya zorlayabilir misiniz? “Yapmıyorum!” derse ne yapacaksınız? “Kurmuyorum bu cümleyi!” derse ne yapacaksınız?

Kanun koyucular abesle iştiğal etmiyorlar. Diyorlar ki burada bir eda davası açılır fakat bu eda davasının sonunda verilen karar bir yenilik doğuran karardır. Bu kararın kesinleşmesi ile beraber söz konusu nesnenin, taşınmazın mülkiyeti satıcı S’den alıcı A’ya intikal eder. Sicil dışında taşınmazın mülkiyeti nakledilmiş olur diyor kanun koyucu. Baktığımız zaman neredeyiz? Medeni Kanuna bir dönmemiz gerekiyor. Medeni Kanun’da hangi maddedeyiz? 705’teyiz. Fıkra 1:

“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.”

Dikkat ikinci fıkra, ayıklayarak okuyacağım:

“Miras, mahkeme kararı, ... hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. ...”

Mahkeme kararı halinde mülkiyet tescilden önce kazanılır. 716. maddeye de bakmamız gerekiyor. 716 madde de bize aynen şöyle söylüyor:

“Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten ...” (örneğin satıcıdan) *“... mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, ...”* (örneğin alıcı) *“... malikin kaçınması hâlinde, ...”* (örnekte satıcının kaçınması halinde) *“... hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”*

Peki demek ki İcra ve İflas Kanununun yardımına muhtaç olmadan kararın kesinleşmesi ile beraber taşınmazın mülkiyeti davacı tarafa geçti.

Yani gördüğümüz gibi menkul malın tesliminde veya menkul malın mülkiyetinin naklinde İcra ve İflas Kanunu madde 24’e muhtaç oluyorduk. Ama gayrimenkul mülkiyetinin naklinde veya bir irtifak hakkının tesisinde veya bir gayrimenkul yükünün tesisinde İcra ve İflas Kanununun herhangi bir yardımına ihtiyacımız yok.

Kararın kesinleşmesi ile beraber taşınmaz mülkiyeti ne yapılıyor gerçekten de? Alacaklı tarafından kazanılıyor. Dediğim gibi bu hüküm irtifaklar bakımından da uygulama alanı bulabiliyor. Aynı şekilde gayrimenkul mükellefiyeti yani taşınmaz yükü bakımından da uygulama alanı bulabiliyor.

3-) Alacağın Devri

Bir başka ihtimal alacağın devri. Verme borçlarındayız. Üç ayırmamız gerekiyor dedim. Zilyetliğin nakli, taşınır nesnenin mülkiyetinin nakli, gayrimenkul mülkiyetinin nakli, irtifakların tesisi, gayrimenkul yükünün tesisi gibi konularda açıklamalarda bulundum.

Şimdi alacağın temlikindeyim. B --- A1 --- A2. A1 ne yapmış? B’den olan alacağımı A2’ye devretmeyi vaat etmiş. Alacağın devri tasarrufi işlem mi? Tasarrufi işlem. Alacağın devri

vaadi borçlandırıcı işlem mi? Borçlandırıcı işlem. Peki bu sözleşmeye rağmen A1 bir türlü hangi cümleyi kurmuyor? “Devrettim.” cümlesini kurmuyor. Bir türlü devir sözleşmesine, temlik sözleşmesine imza atmıyor. Alacağın devri vaadi herhangi bir şekilde tabi değil hatırlarsanız. Ama isterseniz biz onu adi yazılı şekilde yapmış olalım. Devri vaat eden imzalamış. Yani A1 “Ey A2, B’den olan 1.000 TL’lik olan alacağımı sana devredeceğim.” demiş. Ama bir türlü alacağın devri için yapılması gereken sözleşmeyi imzalamaya gelmiyor.

Bu eli tutup zorla imzalatabilir misin? İmzalamıyor. Ne yapacağız? Cebri icra organlarının yardımını rica edelim mi? Siz “Bu kişiyi bir hapse atın, aklı başına gelsin! Ondan sonra bunu imzalar!” der misiniz?

Kanun koyucular yine abesle işigal etmiyorlar ve Borçlar Kanunu m. 185, yine bizi İcra ve İflas Kanununa muhtaç etmez bir şekilde kaleme alınmış. Diyor ki kanun koyucu, ayıklayarak okuyacağım. Madde 185:

“Alacağın devri ... mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekilde ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”

Gördüğünüz gibi ne yapıyor kanun koyucu? Diyor ki alacağın devrini taahhüt eden bir A1’e karşı aynen ifa davası açtınız. Mahkemenin kararı kimin irade açıklaması yerine geçiyor? A1’in irade açıklaması yerine geçiyor ve bu çerçevede mahkeme kararının kesinleşmesi ile beraber tekrar herhangi bir yazılı belgeye ihtiyaç olmaksızın, tekrar A1’in imzasına gerek olmaksızın A2 kararın kesinleşmesi ile beraber kendiliğinden söz konusu alacak hakkına sahip oluyor diyoruz.

Mantıklı mı? Mantıklı. Gerçekten de kanun koyucunun başka bir şey yapması beklenmezdi. Çünkü irade beyanında bulunmaya mahkûm olan birisi irade beyanında bulunmadığı takdirde ne yapacaksınız? Ona o irade beyanında bulunmasını sağlayacak şekilde ancak ve ancak belki hapisle tazyik uygulamaları düşünülebilir ama onun ötesinde gerçekten de başka bir şey düşünülmesi mümkün olamaz.

İşte kanun koyucu verme borçlarında böylesine düzenlemeler yapmış. Biz gayrimenkul mülkiyetini nakil borcu doğan akitler bakımından, irtifak tesis edilmesi borcu bakımından, gayrimenkul yükünün tesisi borcu bakımından İcra ve İflas Kanununun yardımına muhtaç değiliz. Alacağın devri bakımından İcra ve İflas Kanununun yardımına muhtaç değiliz. Çünkü mahkeme kararlarının kesinleşmesiyle beraber söz konusu borçlar ifa edilmiş hale geliyorlar.

II-) Yapma Borçları Açısından

Peki, geldik o zaman nereye? Yapma borçlarına. Yapma borçlarında acaba durum ne? Yapma borçlarında bir borçlunuz var. Gerçekten de bir duvarı boyama borcu altında veya bir eseri meydana getirme borcu altında. Örneğin bir ressamla sözleşme yaptınız. Örneğin bir heykeltıraşla sözleşme yaptınız. Bir eseri meydana getirme borcu altındalar. Tahmin edileceği

üzere ressamın kişisel özellikleri önem arz ediyor. Heykeltraşın kişisel özellikleri önem arz ediyor. Ancak ve ancak bu ressam tarafından ifa edilebilen bir borçla karşı karşıyayız. Ancak bu heykeltraş tarafından ifa edebilecek bir borçla karşı karşıyayız değil mi? Başkası tarafından ifa mümkün değil.

Ama başkası tarafından ifası mümkün olan yapma borçları da söz konusu olamaz mı? Olabilir neden olmasın. Bir duvarın basitçe boyanması, bir çitin tamir edilmesi veya efendim işte bir çitin kurulması, bir duvarın örülmesi, gayet basit, borçlunun kişisel özelliklerinin önemsiz olduğu borçlar da söz konusu olabilir.

1-) Yapma Borcunun Başkası Tarafından İfası Mümkünse

Borcun ifası mümkün olduğu müddetçe siz ne yapmak durumundasınız? Aynen ifayı talep etmek zorundasınız. Açtınız bir dava. Aynen ifayı talep ettiniz. Borçlu borcu aynen ifaya mahkûm edildi. Denildi ki *“Sen bu duvarı boyama borcu altındasın. Bu duvarı boyayacaksın.”* denildi.

Borçlu, söz konusu mahkeme kararına itibar ederse, uyarsa, duvarı boyarsa sorun yok. Söz konusu mahkeme kararına itibar etmezse, duvarı boyamazsa? Borçlu *“Boyamıyorum, hadi bakalım ne yapacaksan yap!”* diyor. Dava açtın, zaten 7 sene sürdü. 8. seneye girdik. *“Cebri icra organları aracılığıyla ne yapacaksan yap, elinden geleni ardına koyma!”* diyor.

Ne yapacaksınız? İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi var. 30. maddeyi bizim mutlaka ve mutlaka bilmemiz gerekiyor. 30. maddenin 1. fıkrası, kenar başlığını da söyleyeyim. *“Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar.”*

“Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.”

Bir şeyin yapılmasına mütedair ilam, bir şeyin yapılmasına ilişkin ilam anlamına geliyor, değil mi?

Siz mahkeme kararı kesinleştikten sonra icra dairesine gittiniz. Takip talebinde bulundunuz. İcra dairesindeki memur bir icra emri düzenledi. Dedi ki borçluya *“Sana şu kadar süre veriyorum çünkü ilamda zaten şu kadar süre içinde bu borcu ifa etmen gerektiği yazıyor.”* İlamda süre yoksa? O işin yapılması için gerekli makul süreyi icra memuru saptar o süreyi verir. Böyle bir icra emri tebliğ etti.

Peki şimdi durum ne? Borçlu gayet gönül rızasıyla duvarı boyayabilir ya da borçlu hâlâ diyebilir ki: *“Boyamıyorum. Ne yapıyorsan yap. Elinden geleni ardına koyma!”* Ne yapacaksınız? İcra ve İflas Kanunu diyor ki, icra memuru bir bilirkişi tayin eder. Bu bilirkişi bu işin yapılması için ne kadarlık bir masraf gerektiğini takdir eder. Bu duvarın boyanması için ödenmesi gereken ücret 1.000 lira tutuyor. Döner alacaklıya sorar: *“Ey alacaklı sen bu borcun*

böyle aynen ifasını istiyor musun? Aynen ifasını istiyorsan bu 1.000 lirayı, daha sonra borçludan alınmak kaydıyla, peşin olarak ödemeyi düşünür müsün? Eğer bu 1.000 lirayı sen verirsen ben bu duvarı kendi denetimim altında, kendi gözetimim altında boyatacağım. Sen merak etme!”

Alacaklısınız. 7 sene davanız sürmüş, 8. senedesiniz, cebri icra organları önündesiniz. Bir de size tekrar diyorlar ki: *“1.000 lira daha verirsen söz konusu duvarın boyanması işlemini gerçekleştireceğiz. İçin rahat olsun!”*

Yattı mı kafanıza? Yattı diyenler, yatmadı diyenler? Peki gerçekten de aklınıza yatması mümkün değil. İcra ve İflas Kanunu yine derdimize derman olmaya çalışıyor. Diyor ki; alacaklıya sorulur. Söz konusu bedeli ödemeye yanaşmazsa o zaman söz konusu bedelin kimden tahsili gerekir? Borçludan tahsili gerekir. Borçlu gönül rızasıyla öderse sorun yok ama uyuşmazlığı buraya kadar getirmiş ve borcunu bir türlü ifa etmemiş bir borçlu gönül rızasıyla ödemezse - ki hayatın doğal akışında, olayların birçoğunda ödemeyecektir - yine ne yapılacak? O işin ifası için gereken 1.000 lira için ne yapılacak? Borçlunun haczi mümkün mal varlığı değerleri haczedilecek ve cebri icra yoluyla açık arttırma suretiyle paraya çevrilecek. Ele geçen paradan 1.000 lira ne yapılacak gerçekten de? İcra organlarının denetimi altında o duvarın boyanmasına harcanacak. Peki, durum böyle.

Şimdi bakınız gördüğünüz gibi ne ile karşı karşıyayız? İşin başkası tarafından yapılması mümkün. Ünlü ressam Bay R'nin yapacağı bir resimden bahsetmiyoruz. Ünlü heykeltıraş Bay S'nin yapacağı bir heykelden bahsetmiyoruz. Sıradan bir duvarın boyanmasından bahsediyoruz. Dolayısıyla şöyle buraya tekrar bir odaklanmamız lazım. Orada da İİK 30. maddenin şu hükmünü okumam lazım size:

“Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazımgelen masraf icra memuru tarafından ehlivukufa takdir ettirilir. Bu masrafin ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır.”

Ehlivukufa takdir ettirilir = Bilirkişiye takdir ettirilir anlamına geliyor.

Dikkat ederseniz aynen ifa davası açtınız. Mahkeme kararını aldınız. Mahkeme kararına uyulmadı. Cebri icra yoluna gittiniz. İcra ve İflas Kanunu m. 30 çerçevesinde amacınıza ulaştınız. Sonunda o duvarınız boyandı. Ama dikkat ederseniz nelerden söz ediyoruz? Yıllara sari davalardan söz ediyoruz. O yüzden bence sözleşmelerde bu ihtimallere özel düzenlemeler yapmak lazım. Sözleşmede, hemen bir süre sonra ifadan vazgeçip müspet zararın giderilmesi, hemen ifadan vazgeçip cezai şartın talep edilebilmesi gibi düzenlemelere yer vermek lazım.

Ayrıca borçlu temerrüdüne ilişkin kurallarda da bu konuda gerçekten de imdadımıza yetişecek birçok düzenleme var, anlatacağım ilerleyen dakikalarda.

TBK m. 113

Şimdi geldik biz nereye? Dedik ki; borçlu bu şekilde bir ifaya mahkûm edildi fakat uymadı. İcra ve İflas Kanunu 30'dan yararlandık. Bir de Borçlar Kanunu m. 113 var. Bakınız m. 113 bize neyi söylüyor. Hüküm "2. *Yapma ve yapmama borçlarında*" kenar başlığını taşıyor.

Evet İcra ve İflas Kanunu m. 30'un yanı sıra neyi de bilmemiz lazım? Borçlar Kanunu m. 113'ü de bilmemiz lazım. Şimdi Borçlar Kanunu m. 113 de aslında birçok tartışmaya sebebiyet vermiş olan bir hüküm ama biz birçok tartışmaya sebebiyet veren bu hükmü özellikle Yargıtay kararları açısından ele alarak ilerleyeceğiz. Yani yarın öbür uygulamaya çıktığınızda bütün bu doktrin tartışmalarından bağımsız olarak yapmanız gerekene odaklanacağız.

Borçlar Kanunu 113 kenar başlık, "2. *Yapma ve yapmama borçlarında*" Önce yapma borçlarını düzenliyor kanun koyucu:

"Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır."

Şimdi yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.

Şimdi hatırlayın neyi konuşuyoruz? Başkalrı tarafından da ifası mümkün olan bir yapma borcunu konuşuyoruz. Yani mutlaka ve mutlaka bizzat borçlu tarafından ifası gereken bir borçtan söz etmiyoruz. Ona ilerleyen dakikalarda geleceğiz. Dilerse alacaklı klasik bir aynen ifa davası açıp, o davada mahkûmiyet kararı alıp onun arkasından İcra ve İflas Kanunu m. 30 çerçevesinde ilerlemek imkanına sahip. Dilerse de TBK 113. madde çerçevesinde bir dava açmak imkanına sahip. 113. madde çerçevesinde bir dava açtığında neyi talep ediyor? "Ey mahkeme ya bana izin ver bizzat ben yapayım, bu duvarı ben boyayayım ya da bana izin ver, ben bu duvarın boyanması işini bir üçüncü kişiye yaptırayım; ama bütün bunlar için neye ihtiyaç var? Neye ihtiyaç var siz söyleyin? Boya, badana, boyacı, duvarcı vs. fırça, emek, ücret, zaman neye ihtiyaç var? Paraya ihtiyaç var. O zaman ben bu davada neyi talep edeceğim? Borcun benim tarafımdan ifasına izin verilmesini veya borcun üçüncü şahıs tarafından ifasına izin verilmesini ve dikkat, bu borçların ifası için borçlunun avans ödemeye mahkûm edilmesini talep edeceğim. Borçlunun avans ödemeye mahkûm edilmesini talep edeceğim.

Bu işin bedeli 1.000 liraysa borçlu 1.000 lira ödemeye mahkûm edilecek. Gönül rızasıyla öderse sorun yok. O parayı alacağım, gideceğim, ben bu yapma borcun ifasını sağlayacağım. Gönül rızasıyla ifa etmezse cebri icra yoluyla haczi mümkün mal varlığı değerlerini haczettireceğim, cebri icra yoluyla açık arttırma suretiyle sattıracağım. Ele geçen paradan ne yapacağım? Gideceğim söz konusu aynen ifayı sağlayacağım.

“Hocam böylesine enflasyon altında yaşadığımız bir ülkede bugün aldığın 1.000 lira, aradan bir 6 ay geçtikten sonra 500 lira değerine düşerse ne yapacaksın? O duvarı bir türlü boyamayı sağlayamazsan para yetmezse ne yapacaksın?” Üzgünüm yeni bir dava açacaksınız. Yeni bir davada o ilave masrafları talep edeceksiniz. İlk açtığımız dava zaten 5-6 sene sürmüştü. Cebri icra süreci ile beraber 7-8’e geçtiniz. Dolayısıyla ne yapmak lazım sözleşmelere? “Gönül rızasıyla ifayı şu kadar süre içerisinde yaparsan yaparsın, yapmazsan şu kadar cezai şart ödersin.” Bu şekilde sözleşmelere cezai şartlar koymak lazım.

Aynı şekilde buna benzer sonuçları sağlayan başka kurallarımız da var borçlu temerrüdünde anlatacağız.

Dolayısıyla bu sözleşme ilişkisini böyle hukuki zincir olarak tamamen kırılmaz halde bırakmak özellikle davaların uzun sürdüğü yargılamanın uzun sürdüğü ülkelerde büyük sorunlar yaratmaya aday diyoruz. Dolayısıyla bir sözleşmede yazdınız: “1. Taraflar, 2. Konusu, 3. Boyacının yapacağı işler, yapmayacağı işler, 4. Boyatanın yapacağı işler, yapmayacağı işler, 5. Boyatanın ödeyeceği bedeller, 6. Boyacı şu kadar süre içinde boyamadığı takdirde kendisine şu kadar süre verilir. 7. O kadar süre içerisinde yapmadığı takdirde kendisinden şu kadar cezai şart istenir. Boyatanın sözleşme ile bağlılığı sona erer.”

Dosya süratle kapanır, değil mi? Sözleşmeleri bu şekilde düzenlemek lazım. Şimdi TBK 113. maddenin birinci fıkrasının son cümle parçasını da okuyayım tekrar.

“... her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.”

Hani açtık bir dava dedik ya “Buranın boyanması için bize 1.000 TL avans ödenmesi gerekiyor ey mahkeme. Buna karar ver.” dedik ve buranın boyanmasını sağladık. Bu duvarın boyanmasından sonra da örneğin o duvarın üzerine ilanlar almaya başladık. İlanlar almaya başladık. Ondan önce duvarın yapısı uygun olmadığı için ilanlar alamıyorduk. Yani o duvar zamanında boyanmış, teslim edilmiş olsaydı ben o duvarı kiralayıp kira geliri elde edebilecektim. O duvar zamanında boyanmadığı için, teslim edilmediği için ben o duvarı kiraya veremedim. Kira geliri elde edemedim. O zaman ben bu borçludan bu giderimi de istemek hakkına sahip miyim? Sahibim, değil mi? Bu duvar bana zamanında teslim edilmediği için uğradığım zararın giderilmesini isteme hakkına sahibim. Dikkat, bu zararın giderilmesi için ne gerekir? Borçlunun kusurlu olması gerekir. Hatırlayın, 112. madde şunu söylüyordu:

“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

Prensip itibarıyla borçlu kusurlu kabul edilir, kusur karinesi söz konusudur. Borca aykırılıktan kaynaklanan tazminat davalarında alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez. Borçlu kusur karinesi çerçevesinde kusurlu kabul edilir. O kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Örneğin “Bu duvarı boyama konusunda benim herhangi bir kusurum yoktu.

Bilincim kapalı şekilde hasta yatağında yattım. Ayırt etme gücünden yoksundum. Kusurum yoktu.” gibi, değil mi?

Bu noktada kendisinin kusuru olmadığını ispat etmedikçe giderim yükümlülüğü söz konusu olacak. Söz konusu yapma borcunun hiç ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermeye mahkûm edilecek diyoruz.

2-) Yapma Borcunun Başkası Tarafından İfası Mümkün Değilse

Peki, geldik şimdi inatçı heykeltraşa, inatçı ressama. *“Yapmıyorum büstünü!”* diyor. *“Yapmıyorum resmini!”* diyor. Zaten hepimiz farkındayız. Zorla güzellik olmaz. Böyle zorla heykel yapsa ne olur yapmasa ne olur, zorla resmi çizse ne olur çizmese ne olur? Ama hukuk düzeninin bakış açısını öğrenmemiz lazım. *“Yapmıyorum, hodri meydan, ne yaparsan yap!”* diyor.

İcra ve İflas Kanunu, bu şahsa bir hapis cezası uygulanmasına imkân sağlıyor. Bu hapis cezasının süresi azami 3 ay. Alacaklı hapisle tazyik talep ederse, hapisle baskı kurulmasını talep ederse, söz konusu inatçı ressam ya da inatçı heykeltraş hapis cezasına çarptırılıyor. Ama 3 ay boyunca ressam içeride fırçasını oynatmadı. 3 ay boyunca heykeltraş içeride parmağını kıpırdatmadı. Çıktı dışarı diyor ki, *“Hodri meydan, ne yapacaksan yap!”* Şimdi neredeyiz İcra ve İflas Kanunu 343'teyiz.

Hatırlayalım; bir ressamımız var, resmi onun yapması gerekiyor. Bir heykeltraşımız var, heykeli onun yapması gerekiyor. Bir bilgisayar programcısı var, bilgisayar programını onun yapması yazması gerekiyor.

Hüküm şöyle:

“Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, ...” (yani alacaklının şikâyeti üzerine) *“... üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.”*

Son derece de böyle “şefkatli” ! bir yaklaşımı var kanun koyucunun. Diyor ki ressam hakikaten resmi yapmaya kalkışırsa ve teslim ederse sorun ortadan kalkar. Heykeltraş büstü yapmaya kalkışıp arkasından büstü teslim ederse sorun ortadan kalkar. Hapisle tazyik sona erer diyor ama 3 ayın sonunda hâlâ inatçı ressam, hâlâ inatçı heykeltraş size borcunu ifa etmiyorsa yapacağınız ne var? Siz söyleyin, elinizde ne kaldı başka? Dava açtınız, davada mahkûmiyet kararı aldınız. Cebri icra yoluna gittiniz, cebri icra yolunda kişiyi hapis cezasına çarptırdınız. Hapiste tazyik ettiniz. Hâlâ karşınızda borcunu ifa etmeyen bir borçlu var. Elinizde artık tazminat davasından başka seçenek yok. Gerçekten de baktığımız zaman ne yapacağız? Burada artık borcun ifasının imkansızlaştığını kabul etmemesi kaçınılmaz. Bu kadar çabamıza rağmen

hâlâ borçlu borcunu ifa etmiyorsa artık bu borcun ifası imkansızlaştı diye kabul etmemiz lazım ve gerçekten de bu resmin yapılmaması sebebiyle bu heykelin yapılmaması sebebiyle uğradığımız ne zarar varsa o zararım giderilmesi için tazminat davası açmamız lazım. Borçlu da borcun hiç ifa edilmemesi noktasında, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacak diyoruz.

Peki, geldik nereye? Verme borçlarını konuştuk, yapma borçlarını konuştuk. Geldik yapmama borçlarına.

III-) Yapmama Borçları Açısından

Yapmama borçlarında meseleyi birazcık daha böyle hassas ele almak gerekiyor. “*Bir sırrı ifşa etmeyeceğim.*” demişim, bir kimyasal formülün bir parçasına dair bilgilere sahibim. “*O formülü ifşa etmeyeceğim.*” demişim. Ama arkasından da ifşa etmişim internette, web sitesinde bütün dünyaya duyuruyorum. Diyorum ki “*X içeceğinin içindeki maddeler; a’dır, b’dir, c’dir, tüm merak edenlere duyurulur, hayırlı olsun!*”

Yapmama borcunun cebri icrası, aynen ifası mümkün mü? Artık bu borcun ifası mümkün mü? Hâlâ ben bunu bütün dünyaya duyurduktan sonra böyle açıkladıktan sonra bunun aynen ifası mümkün mü? Mümkün değil. Geçmiş olsun. Bu borcun ifası artık imkansızlaştı. Üstelik kimin kusuruyla imkansızlaştı? Borçlunun kusuruyla imkansızlaştı. O zaman borçlu söz konusu borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermek zorunda kalacak, değil mi? Alacaklının uğradığı zararı gidermek zorunda kalacak.

Bakınız aynen şöyle söylüyor Borçlar Kanunu m. 113 fıkra 2:

“Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Demek ki borçlu söz konusu sırrın ifşa edilmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü.

Arkasından bir tane daha hüküm var. Ona da geleceğim ama gelmeden önce İcra ve İflas Kanununa tekrar kısaca geri döneyim. Bazen de yapmama borçları böyle bir zamana yayılır, bir süreye yayılır. 5 sene boyunca rekabet etmeyeceksin denilmiş. Borçlu rekabet etmeme borcunu 1. sene ihlal etti. Zaten yapmama borcunun ifası bu 1. sene açısından artık imkânsız hale geldi. Ama siz onun 2. sene 3. sene, 4. sene, 5. sene artık onun bu yapmama borcunun ifasına hürmet etmesine dair bir mahkeme kararı almak istiyorsunuz. Bir aynen ifa davası açabilir misiniz? Aynen ifa davası açabilirsiniz. Yani “*Senin bu eylemin bizim sözleşmede kararlaştırdığımız yapmama borcunun ihlalini teşkil etti. Bundan sonra böyle davranacak olursan gerçekten de bu ihlali gerçekleştirmeye devam edeceksin.*”

Çünkü taraflar arasında tartışma olabilir. “*Sözleşme rekabet bakımından bu eylemi yasaklamıyor, şu eylemi yasaklıyor, şu eylemi yasaklıyor, bu eylemi yasaklamıyor.*” gibi. Böyle bir durumda mahkemenin kararına ihtiyaç duyulabilir. Mahkeme taraflar arasındaki bu

tartışmaları çözüp senin a, b ve c davranışlarını sergilememen gerekiyor diye bir mahkûmiyet kararı verebilir.

Peki bu mahkûmiyet kararına yine uyulmaması ihtimalinde yine elimizde sadece ve sadece ne var? Biraz önce okuduğum hüküm var. İcra ve İflas Kanununun 343. maddesi var. Diyor ki,

“... bir işin yapılmaması ... hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.”

Yani yapmama borçları için de bir aynen ifa davası açılması düşünülebilir. Bunun için de cebri icra sürecine gidilmesi düşünülebilir. Yine cebri icra sürecinde hapisle tazyik noktasına varabiliriz İİK 343. madde çerçevesinde. Hal böyle olmasına rağmen hâlâ kişi hapisle tazyik edilmesine rağmen çıktığında örneğin rekabet etmeme borcunu ihlal etmeye devam ediyorsa yapmama borcunu ihlal etmeye devam ediyorsa elimizde hangi seçenek var? Yine borcun ifası imkansızlaşmıştır diye kabul edip tazminat davası açma imkânı var. O kadar, başka imkân yok.

Yine borçlu borcu ihlal etmekte herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat etmediği müddetçe söz konusu uğradığımız zarar gidermekle yükümlü olacak.

Geldik 113. maddenin son fıkrasına. TBK 113. maddenin son fıkrası yine bu yapmama borçları ile ilgili. Şöyle söylüyor:

“Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.”

Bir tane somut örnek kurarsak çok kolaylaşacak işimiz. Efendim işte benim burada bir neyim var arazim var. Bu arazi üzerinde bir otelim var. Bu otelin önünde de bir başka arazi var. Burada da bir deniz manzarası var. Bu deniz manzarası sayesinde ben otelin odalarını makul fiyatlarla, anlamlı fiyatlarla kiraya verebiliyorum. Öndeki arazideki kişiyle de bir sözleşme yapmışız. demişiz ki: *“Şu kadar metrenin üzerinde inşaat yapmayacaksın. Şu kadar metrenin üzerinde duvar inşa etmeyeceksin ki benim otelim odalarının da “satılabilir” olma kabiliyeti devam etsin.”* Bir yapmama borcu altında, örneğin *“10 metreyi aşan bir duvar yapmayacağım.”* demiş. Ona rağmen 30 metre yapmış. Duvar aynen orada duruyor.

Ne yapacağız? Kaldır diyoruz, kaldırmıyor. Zaten yapmama borcunu ihlal etmiş bir kişi, duvarı ördükten sonra onu kaldır dediğimizde de duvarı kaldırmaya yanaşmıyor. Ne yapacağız? Siz söyleyin. Bakınız m. 113 fıkra 3:

“Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını ...” (yani şu 10 metrenin üzerindeki duvar kısmının yıkılmasını) “... veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.”

Yani arkadaşlar, “*Ey mahkeme söz konusu duvarın yıkılmasını sağla.*” veya “*Söz konusu duvarın benim tarafımdan yıkılması için bana izin ver. Bir zahmet de, borçluyu bu duvarın o kısmının yıkılması bakımından gereken parayı ödemeye, avansı ödemeye mahkûm et.*” şeklinde bir dava açmak imkanına sahip miyim? Bir dava açma imkanına sahibim. Tamam.

TBK m. 113/f. 2’ye tekrar bir dönün:

“Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Hatırlayın sözleşmede dedik ki: “*10 metrenin üzerinde duvarı inşa etmeyeceksin ki ben otelimin odalarını kiraya verebileyim.*” 20 metre yapmış. Bütün manzara kapanmış. Ben de o duvar orada kaldığı müddetçe o otelin odalarını kiraya veremediysem eğer ne yaptım? Ben de gerçekten zarara uğradım. Bu zararımın giderilmesi bakımından da o borçlu eğer borca aykırı davranışında kusurlu olmadığını ispat edemiyorsa ne yapmak zorunda kalacak? Benim uğradığım o zararı da gidermek zorunda kalacak.

Bu biraz önceki o örnekteki duvara ilan alma örneğindeki zarar, bu otelin odalarını kiraya vermekteki zarar nasıl bir zarar kalemi? Yoksun kalınan kâr niteliğinde zarar kalemi. Yoksun kalınan kâr niteliğinde zarar kalemi. İlerleyen derslerde zarar kavramına geleceğiz. Maddi zarar, manevi zarar, olumlu zarar, olumsuz zarar kavramlarını konuşacağız. Fiili zarar konuşacağız. Kâr yoksunluğunu konuşacağız.

www.ilhanhelvacidersleri.com
