



SEÇİMLİK BORCUN İFA VE İCRASI

Dr. Öğr. Üyesi Aslı ARAS*

Öz

Seçimlik borç ilişkisi, basit bir borç ilişkisinden farklı olarak birden fazla edimin borçlanıldığı ancak edimlerden birisinin seçimle belirlenip ifasının gerektiği bir borç ilişkisidir. Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda seçimlik borç ve seçimlik davaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Kanuni düzenlemeye rağmen uygulamada borcun ifası ve icrasıyla ilgili çeşitli olasılık ve sorunlarla karşılaşmak mümkündür. Çalışmamızda, seçimlik borcun ifa ve icrasına ilişkin çeşitli durumlar, Türk ve yabancı hukukun seçimlik borç ile ilgili hükümleri ve öğretici görüşleri dikkate alınarak incelenecek ve çözüm önerileri değerlendirilecektir. Bu anlamda, özellikle seçim hakkının kullanılmaması durumunda diğer tarafın başvurabileceği hukuki yollar ve seçimlik borcun ifa ve icrası analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Seçimlik Borç • Seçim Hakkı • Seçimlik Borcun İfası • Seçimlik Borcun İcrası • Seçimlik Hüküm

* Dr. Öğr. Üyesi, Kıbrıs İlim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Girne, KKTC | Asst. Prof., Cyprus Science University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, Kyrenia, TRNC.

✉ asliaras@csu.edu.tr • ORCID 0000-0002-5510-2157

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ARAS Aslı, "Seçimlik Borcun İfa ve İcrası", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1111-1144.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

PERFORMANCE AND EXECUTION OF ALTERNATIVE OBLIGATION

Abstract

Unlike a simple obligation, alternative obligation is an obligation wherein several prestations are in debt but one of them shall be determined by the choice and performed. The Turkish Code of Obligations and the Code of Civil Procedure contain regulations on alternative obligation and alternative litigation. Despite the legal regulation, it is possible to encounter various possibilities and problems related to the performance and execution of the debt in practice. In this study, considering the provisions and doctrine related to alternative obligation in Turkish and foreign law, various situations regarding the performance and execution of the debt will be examined and solution suggestions will be evaluated. In this context, particularly in case of not exercising of right of choice, the legal remedies that the other party can apply for and the performance and execution of the alternative obligation will be analyzed.

Key Words

Alternative Obligation • Right of Choice • Performance of Alternative Obligation • Execution of Alternative Obligation • Alternative Verdict

GİRİŞ

Türk Hukukunda seçimlik borç, Borçlar Kanunu'nun 87. maddesinde "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda, seçimlik borcun tanımı yapılmamış, sadece ifanın nasıl olacağına yer verilmiştir. Seçimlik borcu tek bir maddede düzenleyen Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR Art.72) aksine Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 262 vd.) daha ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

Seçimlik borçta birden fazla edim, borç ilişkisinin içindedir; ancak sadece bunlardan birinin ifası gerekmektedir. İfa, öncelikle belirli olmayan edimlerden birinin borcun konusu olarak belirlenmesine bağlıdır. Edimlerden birinin belirlenmesi seçim hakkı sahibine aittir. Seçim hakkı sahibi, hakkını kullanıp borç konusunu belirli hale getirirse, irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte borç artık basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur. Basit bir borç ilişkisinde, borçlunun edimini ifa et-

memesi halinde, borcun zorla icrası konusunda genel hükümler uygulanacaktır. Burada özellik gösteren husus, seçim hakkı sahibinin seçim hakkını kullanmaması durumunda diğer tarafın borcun ifasına ilişkin nasıl bir yol takip edeceğidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesindeki seçimlik borçlarda seçim hakkının borçlu veya üçüncü kişi tarafından kullanılmaması durumunda seçimlik dava açılabilmesine ilişkin düzenleme bize yol gösterici niteliktedir. Ayrıca, seçimlik dava sonunda verilen hükmün icrası da bazı özellikler göstermektedir. Bu kapsamda, öncelikle seçimlik borç kavramını açıklayıp daha sonra seçim hakkının kullanılıp kullanılmamasına göre seçimlik borcun ifa ve icrasıyla ilgili ortaya çıkabilecek çeşitli durumlara değineceğiz.

I. GENEL OLARAK SEÇİMLİK BORÇ

Seçimlik borç, iki veya daha fazla edimin borç ilişkisi içinde yer aldığı; ancak seçim hakkı sahibinin iradesiyle bu edimlerden birinin belirlenip ifasının gerektiği borç ilişkisidir¹. Borçlar Kanunu'nun 87. maddesine göre, seçim hakkı hukuki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça kural olarak borçluya ait olacaktır. Seçim hakkının açıkça kararlaştırılmasıyla

¹ Seliçi, Özer, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 376; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 811; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.962; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 284; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, s. 85; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983, s. 70; Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 303; Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2010, s. 93; Grüneberg, Christian in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013, § 262 N. 1; Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012, s. 422; Gauch, Peter/Schleup, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, Zürich/Basel/Genf. 2008, s. 32; Leu, Urs in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 72 N. 1; Gross, Balz/Sprecher, Franziska in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008, Art. 72 N. 1; Funk, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938, s. 121-122.

veya işin niteliği gereği alacaklıya veya üçüncü kişiye ait olması mümkündür².

Seçimlik borçlarda başta birden çok edim bulunduğu için yerine getirilecek edim belli değildir. Seçim hakkı sahibi, hakkını kullanıp borç konusunu belirli hale getirirse diğer edimler borç konusu olmaktan çıkar ve borç, artık basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur³.

Seçim hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır ve şekle bağlı olmayan, varması gerekli tek taraflı bir beyanla kullanılır⁴.

Seçimlik borçta, belirsizlik, borçlanılmış olan edimlerden hangisinin ifa edileceği ile ilgilidir; oysa koşula bağlı bir borçta borcun doğması için koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, koşula bağlı borçlarda belirsizlik, borçlanılıp borçlanılmadığına ilişkindir⁵.

Seçimlik borçta, seçimlik edimler çeşitli şekillerde tespit edilebilir. Edimlerin tümü parça borcu olabileceği gibi cins borcu da olabilir. Yine, edimlerden biri cins borcu diğeri parça borcu olarak tespit edilebileceği gibi edimlerden biri bir şeye diğeri ise bir faaliyete ilişkin de olabilir⁶.

Seçim hakkının ne zaman kullanılacağı konusunda taraflar anlaşmış olabilir. Ancak seçim hakkının hangi süre içinde kullanılacağına ilişkin bir belirleme yoksa seçim hakkı sahibinin, hakkını en geç borcun ifası için belirlenen sürenin sonuna kadar kullanması gerekmektedir⁷.

² Oğuzman/Öz, s. 285-286; Eren, s. 964; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 813; Seliçi, s. 388; von Tuhr, s. 72.

³ Seliçi, s. 389; Şengül, Mehmet, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, Erzincan 2011, s. 227. Ayrıca bkz. Eren, s. 962; Oğuzman/Öz, s. 286; von Tuhr, s. 73; Reisoğlu, s. 303.

⁴ Eren, s. 964; Oğuzman/Öz, s. 285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.814; Seliçi, s. 386; von Tuhr, s. 72; Şengül, s. 221, 226-227; Reisoğlu, s. 303; Berger, s. 423; Medicus/Lorenz, s. 98; Leu, Art. 72 N. 2; Gross/Sprecher, Art. 72 N. 5.

⁵ Eren, s. 962; Seliçi, s. 385; von Tuhr, s. 71.

⁶ Seliçi, s. 378; Oğuzman/Öz, s. 285; von Tuhr, s. 71; Eren, s. 963; Şengül, s. 212.

⁷ Şengül, s. 226.

II. SEÇİMLİK BORÇLARDA SEÇİM HAKKININ KULLANILMASI

Seçimlik borçlarda, seçim hakkı sahibi borçlu, alacaklı veya üçüncü kişinin seçim yapmasıyla borç ilişkisinde hangi borcun ifa edileceği belirlenmektedir. Borç konusunun belirlenmesiyle, artık borç ilişkisi basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur. Bu aşamadan sonra, borç ilişkisinde borcun ifa edilmemesi halinde açılacak dava ve dava sonunda verilen hükmün cebri icrasına ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Seçim hakkının kullanılması suretiyle belirlenen edim, borçlu tarafından yerine getirilmezse borçluya karşı seçimlik dava değil, basit bir eda davasının açılması gerekmektedir. Eda davasında verilen hükme uyulmaması durumunda ise alacaklı ilamlı icra yoluna başvuracaktır.

Seçimin yapılmasından sonra borçlu tarafından yerine getirilmeyen borcun konusu bir miktar para ise, alacaklının eda davası açmasına gerek kalmadan doğrudan icra dairesinden ilamsız icra takibi başlatması mümkün olacaktır. Konusu para olmayan diğer alacaklar için ise alacaklının öncelikle bir dava açarak ilam alması ve ondan sonra icra dairesine başvurup ilamı icraya koyması gerekir. Para ve teminat alacakları için de ilam alınarak icraya başvurulması mümkündür; bir başka ifadeyle para ve teminat alacakları için ilamlı ve ilamsız icraya başvurmak konusunda alacaklı serbesttir⁸.

İlamların nasıl icra edileceği, alacağın çeşidine göre İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir: Para ve teminat alacaklarına ilişkin ilamların icrası (İİK m. 32 vd.), taşınır teslimine ilişkin ilamların icrası (İİK m. 24), taşınmaz tahliye ve teslimine ilişkin ilamlar (İİK m. 26 vd.), çocuk teslimine hakkındaki ilamların icrası (İİK m. 25-25/b), bir işin yapılmasına ve yapılmamasına ilişkin ilamların icrası (İİK m. 30), çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrası (İİK m.25/a-b), irtifak hakkına ilişkin ilamın icrası (İİK m. 31), gemilere ve bunlara ilişkin aynı haklara ilişkin ilamların icrası (İİK m.31/a).

⁸ Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 283; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 282; Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 891; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 381.

Takip talebini ve ilamı alan icra müdürü, ilama uygun bir icra emri düzenleyerek borçluya gönderir. İcra emrinde borçlunun ilamda belirtilen borç konusunu kural olarak yedi gün içinde ödemesi, teslim etmesi veya yapmasını ya da bu süre içinde icranın geri bırakılmasına ilişkin karar getirmesini, buna uymaması durumunda ilamın zorla icra edileceğini ihtar eder⁹. Para alacaklarına ilişkin ilamların icrasında, borçlu yedi gün içinde parayı ödemez ve icranın geri bırakılması kararı getirmezse alacaklı borçlu hakkında haciz veya iflâs isteyebilecektir. Para dışındaki alacaklar için ise borçlu yedi gün içinde ilamın gereğini yerine getirmezse ilam zorla icra edilecektir.

Bir işin yapılmasına ve yapılmamasına ilişkin ilamların zorla icrası yöntemi özellik göstermektedir¹⁰. Bir işin yapılmasına ilişkin ilamlarda icra emrinde ilamda gösterilen süre içinde işin yapılması ihtar edilir. Borçlu, belirtilen sürede işe başlamaz veya bitirmezse ilamdaki işin niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekecektir. İlamın konusu olan iş, başkası tarafından da yapılabilecek bir iş ise alacaklının istemesi halinde işin masrafı ileride borçludan tahsil edilerek kendisine verilmek üzere alacaklıdan alınarak iş başkasına yaptırılır; alacaklı istemezse borçlunun yeterli malı haczedilip paraya çevrilerek o iş yaptırılır (İİK m. 30/II). Eğer, ilamın konusu olan iş, ancak borçlu tarafından yapılabilecek bir iş ise ve belirtilen sürede iş yapılmamışsa alacaklının şikâyeti üzerine borçlu İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılır (İİK m. 343). Bir işin yapılmamasına ilişkin ilamlarda ise icra emrinde borçlunun belirtilen işi yapmaması; aksi halde cezalandırılacağı ihtar edilir. İcra emrine rağmen borçlu işi yapmaya devam ederse alacaklının şikâyeti üzerine borçlu İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılır (İİK m. 30/III, m. 343).

Görüldüğü üzere, bir işin yapılmamasına ve sadece borçlu tarafından yapılabilecek işlere ilişkin ilamların zorla icrasında işin niteliği gereği aynen ifa mümkün olmayacaktır.

⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 292; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s. 906; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, s. 388.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan, Mine, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul 2020.

III. SEÇİMLİK BORÇLARDA SEÇİM HAKKININ KULLANILMAMASI

A. BORÇLU TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkının borçluda bulunduğu durumlarda, borcun ifa edilebilmesi, seçim hakkının kullanılmasına bağlıdır. Borçlunun seçim hakkını kullanması yükümü, bağımsız bir borç niteliğinde değildir. Bu sebeple, seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmaması durumunda, seçim hakkının kullanılmasının bağımsız bir ifa davasına konu olması mümkün değildir¹¹. Bir başka ifadeyle, seçim hakkının kullanılmaması durumunda, eda davası yoluyla borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi söz konusu olmayacaktır. Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece bir borç olarak yüklenilmesi halinde, bunun yerine getirilmesi bir ifa davasına konu olabilir. Bu konuya ileride değinilecektir¹².

Seçim hakkının hangi anda veya hangi süre içinde kullanılacağı taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu şekilde açıkça seçim hakkının kullanılma zamanı taraflarca kararlaştırılmışsa, borçlunun kararlaştırılan bu sürede seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Seçim hakkının kullanılma zamanı açıkça kararlaştırılmamışsa seçim hakkının en geç ifa zamanına kadar kullanılması gerekir. İfa gününün açık ve belirli bir tarih olarak belirlendiği hallerde, seçim hakkı en geç bu tarihe kadar kullanılmazsa, borcunu ifada geciken borçlu, bu sürenin geçmesiyle ihtara gerek kalmadan mütemerrit olacaktır.

Borçlunun seçim hakkını kullanmayarak seçimlik borcunu yerine getirmemesi, temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Ancak, buna rağmen borçlunun seçim hakkı sona ermez; borçlunun temerrüde düşmesi

¹¹ Seçimlik borç, seçme mükellefiyeti tesis etmez. Bu sebeple, taraflar, seçim hakkının kullanılmasını dava konusu yapamaz. Bu konuda bkz. Schulze, Reiner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019, § 264 Rn. 1 (HK-BGB/Schulze); Lorenz, Stephan in: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 53. Edition, München 2020, § 264 Rn. 2 (BeckOK BGB/Lorenz); Krüger, Wolfgang in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019, § 264 Rn. 1 (MüKoBGB/Krüger).

¹² Bkz. III. D. 1.

seçim hakkına etki etmez¹³. Seçim hakkı, cebri icraya kadar borçluda kalmaya devam eder; alacaklının, bir süre veya son tarih vererek bu seçim hakkının alacaklıya geçmesi söz konusu değildir¹⁴.

Borçlunun en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmaması durumunda, alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilecektir¹⁵. Alacaklının aynen ifayı istemesi durumunda açacağı dava ve dava sonucunda verilen hükmün icrası ise özellik göstermektedir. İsviçre Hukuku'nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ağırlıklı görüş Alman Medeni Kanunu'ndaki (BGB § 264/I) düzenlemenin uygulanması yönündedir¹⁶. Nitekim, Türk Hukuku'nda da Alman Hukuku'ndaki düzenlemenin etkisiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda benzer bir hüküm benimsenmiştir. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu, bu hakkını yerine getirmekten kaçınırsa, alacaklı seçimlik dava açabilir (HMK m. 112). Seçimlik davada, mahkeme, talebin uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü verecektir. Bir başka ifadeyle, mahkeme, borçluya ait olan seçim hakkını kullanıp borçluyu seçimlik borçlardan birini ifaya mahkûm etmeyecek; aksine seçimlik mahkûmiyet hükmüyle davalının seçimine göre seçimlik borçlardan birini ödemesini isteyecektir. Mahkeme, davacıyı haklı görürse seçimlik borçların hepsine birden karar verip bunların seçimlik olduğunu kararında belirtecektir¹⁷. Seçimlik mahkûmiyet hükmüne rağmen davalı, seçimlik borçlardan birini

¹³ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 2; Stadler, Astrid in: Stürmer, Rolf (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, München 2018, § 264 Rn. 1 (Jauernig/Stadler).

¹⁴ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 2.

¹⁵ Weber, Rolf H. in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Band VI, Bern, 2005, Art. 72 N. 45; Leu, Art. 72 N. 3.

¹⁶ Weber, Art. 72 N. 48; Schraner, Marius, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Band V, Zürich 2000, Art. 72 N. 46; Leu, Art. 72 N.3, 6; Gauch/Schluep, s. 32-33; Gross/Sprecher, Art. 72 N.6.

¹⁷ Pekcantez, Hakan, Pekcantez Usûl, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1091.

seçip borcunu ödemezse, alacaklı, ilamlı icra yoluna başvurabilecektir. İlamlı icrada icra konusunun belirli olması gerektiği için, alacaklı, takip konusunu seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasretmek zorundadır¹⁸. Ancak, cebri icraya kadar borçlunun seçim hakkı devam eder. Cebri icra aşamasından sonra ise borçlunun seçim hakkı değişikliğe uğrar. Bu bakımdan, konuyu cebri icra aşamasından önce ve sonra olarak incelemek daha uygun olacaktır.

1. Cebri İcra Aşamasından Önce Seçim Hakkı

Borçlu, en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmazsa, alacaklının borçluya karşı seçimlik dava açabileceğini ve verilecek kararın da seçimlik bir mahkûmiyet kararı olduğunu belirtmiştik. Borçlunun zamanında seçim hakkını kullanmaması, seçim hakkını kaybettiği anlamına gelmez. Borcunu ifa etmemesine rağmen borçlu, seçim hakkını, cebri icra aşamasına kadar muhafaza eder. Dolayısıyla borçlu, seçimlik dava devam ederken ya da seçimlik mahkûmiyet kararından sonra kararda belirtilen edimlerden birini seçtiğini beyan ederek borcunu somutlaştırabilir. Artık seçimin yapılmasıyla birlikte seçimlik borç adi borç haline gelir. Seçim hakkını kullanmasına rağmen borçlu borcunu yerine getirmezse alacaklı, borçlunun seçtiği edimin ifası için cebri icra yoluna başvurabilir. Bu durum, cebri icra bakımından bir özellik arz etmeyecektir.

Borçlu, seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen, seçim hakkını kullanmazsa, alacaklı, bu kez cebri icrayı seçimlik mahkûmiyet kararında belirtilen edimlerden birine hasredecektir. Cebri icranın başlamasının ise borçlunun seçim hakkı üzerinde etkileri olacaktır. Özel olarak kararlaştırılmadıkça ortada bir seçim yükümlülüğü bulunmadığı için borçlunun seçim hakkını kullanmaması tek başına tazmin borcu doğurmaz.

2. Cebri İcra Aşamasından Sonra Seçim Hakkı

Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim hakkını kullanıp borcunu ifa etmemesi üzerine, alacaklı, seçimlik mahkûmiyet

¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeden önce de, seçimlik mahkûmiyet kararının nasıl icra edileceğine ilişkin olarak doktrinde, icra takibinin konusunun belirli olması esasına uygun olarak seçimlik mahkûmiyet kararını ilamlı icraya koyan alacaklının, icra takibini seçimlik borç konusunu oluşturan edimlerden birinin ifası ile sınırlaması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 80-81.

kararında yer alan edimlerden birini seçerek cebri icra yoluna başvuracaktır. Cebri icranın başlamasına rağmen, borçlu seçim hakkını cebri icranın sonuna kadar yine de muhafaza eder; ancak bu aşamadan itibaren borçlu seçim hakkını artık irade açıklaması şeklinde değil, irade faaliyeti şeklinde yerine getirecektir¹⁹. Bir başka ifadeyle, borçlu cebri icraya konu olan edim yerine diğer edimi seçmek isterse, diğer edimi doğrudan ifa ederek seçim iradesini ortaya koymalıdır. Alacaklı, ifa edilen edimi kabul ederse, borç sona erecektir. Borçlunun böyle bir yol izlemesi durumunda yargılama ve icra masraflarından sorumlu olması gerekmektedir²⁰.

Borçlunun seçim hakkını etkileyen cebri icra anı, alacaklının takip talebi ile değil, icra organının ilk icra işlemiyle değerlendirilmelidir²¹. Borçlu, cebri icranın sonuna kadar seçim hakkına sahiptir²². Seçim hakkı, cebri icranın sonunda alacaklının tatmin edilmesiyle sona erer²³. Alacaklının, başlangıçta yürüttüğü takibin sonuçsuz kalması veya başarı şansının düşük olacağını anlaşılmaması halinde diğer edimin cebri icrasını isteyebileceği belirtilmektedir²⁴.

Alacaklı, seçimlik edimlerden birine yönelik cebri icra faaliyetine başladıktan sonra, borçlu cebri icranın başlamasından önce diğer edime yönelik seçim hakkını kullandığını veya cebri icranın başlamasından sonra diğer edimi yerine getirdiğini iddia ederse bu iddiasını ispatla yükümlüdür²⁵. Buna karşılık, alacaklı, borçlu tarafından yerine getirilen başka bir edimi kabul etmek istemiyorsa, cebri icra yoluna başvurduğu edimi kısmen veya tamamen aldığını iddia ve ispatla yükümlüdür.

B. ALACAKLI TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkına sahip alacaklının seçimlik dava açması mümkün değildir. Alacaklının seçim hakkını kullanıp belirlediği edimi borçlunun yerine getirmemesi halinde seçimlik dava değil basit bir eda davası aç-

¹⁹ HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1

²⁰ Weber, Art. 72, N. 48.

²¹ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 6; HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1.

²² Weber, Art. 72, N. 48.

²³ HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1; Jauernig/Stadler BGB § 264 Rn. 1.

²⁴ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 5.

²⁵ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 16.

ması gerekir²⁶. Alacaklının seçim hakkını kullanmadan dava açarak borçlunun edimlerin tümüne mahkûm edilmesini istemesi halinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) çerçevesinde alacaklıdan seçim yaparak talep sonucunu belirlemesini istemesi, seçim yapılmaması durumunda da davayı reddetmesi gerekir²⁷.

Seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borç ilişkilerinde seçim hakkının kullanılmaması, alacaklının temerrüde düşmesine sebep olacaktır²⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin birinci fıkrasına göre "Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur". Seçimlik borçta, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için alacaklının seçim hakkını kullanıp edimi belirli hale getirmesi gerekir. Dolayısıyla, alacaklının seçim hakkını kullanmadan borçlunun bir ifa yükümlülüğünden bahsedemeyiz²⁹. Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi halinde borçlunun sahip olduğu imkanlar Türk Borçlar Kanunu'nda gösterilmiştir. Bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir (TBK m. 107); tevdi etmeye uygun olmayan şeylerde o şeyi sattırarak bedelini tevdi (TBK m. 108) ile borcundan kurtulabilecektir. Bunun yanında ifa konusu, bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir (TBK m. 110). Adi borç ilişkilerinde alacaklının temerrüdü halinde borçlunun sahip olduğu bu imkanların seçimlik

²⁶ Tanrıver, s. 81; Pekcanitez, s. 1088-1089; Kuru, Baki, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 142; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 303; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1705; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 349; Kuru, Baki, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara 2020, s. 421.

²⁷ Tanrıver, s. 81; Pekcanitez, s. 1089-1090; Kuru, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, s. 142; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 303; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1496; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2017, s. 139; Kuru, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, s. 421.

²⁸ Weber, Art. 72 N. 50; Leu, Art. 72 N.3; Gauch/Schluep, s. 33.

²⁹ von Tuhr, s. 73; Weber, Art 72 N. 50.

borç ilişkilerinde nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Bu konuda Türk Hukukunda ve İsviçre Hukuku'nda açık hüküm bulunmamaktadır. Alacaklı, seçim hakkını kullanmadan borç konusu belirli hale gelemeyeceğinden borçlunun seçimlik borçların tümünü tevdi ile borçtan kurtulmasını beklemek, menfaat dengesine uygun değildir³⁰. Bu sebeple, borçlunun tevdi ile borçtan kurtulması hükmü doğrudan seçimlik borç ilişkilerinde uygulanmamalıdır. Alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda, bir görüşe göre³¹ borçluya sözleşmeden dönme imkânı vermek gerekir. Bir başka görüş³² ise seçim hakkının borçluya geçmesi gerektiği yönündedir. Yargıtay, bir kararında, seçim hakkının alacaklıya ait olduğu ve kullanılmadığı durumlarda borçlunun alacaklıya uygun bir süre vermesi gerektiğini ve sürenin sonunda seçim yapılmazsa seçim hakkının borçluya geçeceğini belirtmiştir³³. Borçlu, seçeceği edimi tevdi ile veya tevdi mümkün değilse sattırarak bedelini tevdi ile borcundan kurtulabilecek; teslim dışındaki borçlar için de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Alman Hukuku'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmaktadır (BGB § 264/II). Bu hükme göre, alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda borçlu, alacaklıya seçim yapması için uygun bir süre verecek; eğer bu sürenin sonunda alacaklı seçim yapmazsa bu hak borçluya geçecektir. Seçim hakkının alacaklıda olduğu hallerde, alacaklının seçim

³⁰ von Tuhr, s. 73; Weber, Art. 72 N. 50; Leu, Art. 72 N.3.

³¹ von Tuhr s. 73-74; Becker, Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Band VI, Bern 1945, Art. 72 N. 8; Eren, s. 965.

³² Seliçi, s. 394-395; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 815; Serozan, s. 87; Schraner, Art. 72 N. 49; Gross/Sprecher, Art. 72 N.6; Leu, Art. 72 N.3.

³³ "Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde alacaklının seçim hakkını kullanmamasının nasıl bir sonuç doğuracağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda borçlu seçimini yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa oluşan alacaklı temerrüdü karşısında bu seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdiyle borcundan kurtulabilme ve sözleşmeden dönme hakkına sahiptir." HGK T. 24.12.2014 E. 2013/19-1103 K. 2014/1084 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

hakkını kullanmaması, borçlunun aksine seçim hakkını kaybetmesine yol açar³⁴.

C. ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkının üçüncü kişiye bırakıldığı hallerde seçim hakkının kullanılmamasına bağlı hukuki sonuçları belirleyebilmek açısından seçim hakkının ne şekilde üçüncü kişiye bırakıldığını tespit etmek gerekir.

İlk ihtimalde, seçim hakkının kullanılması üçüncü kişinin serbest iradesine bırakılmışsa, bir başka ifadeyle, borç ilişkisinin doğması üçüncü kişinin seçim hakkına bağlanmışsa borç ilişkisi, geciktirici koşula bağlı borç niteliğinde olacaktır³⁵. Zira, bu ihtimalde üçüncü kişi seçim hakkını kullanmazsa, şart gerçekleşmediği için borç ilişkisi de doğmayacaktır.

İkinci ihtimalde ise üçüncü kişiye bırakılan seçim hakkı birkaç edim arasından seçim yapması şeklinde olabilir. Bu ihtimalde, borç ilişkisinin kurulması seçim hakkının kullanılması koşuluna bağlanmamış; aksine, önceden kurulan borç ilişkisinde borç konusunu belirlemesi işi üçüncü kişiye bırakılmıştır. Böyle bir durumda, seçim hakkını kullanmayan üçüncü kişinin dava veya icra yoluyla seçim yapmaya zorlanması mümkün değildir. Seçim hakkının üçüncü kişi tarafından kullanılmaması durumunda seçimlik borç nasıl ifa edilecektir?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun seçimlik davaya ilişkin düzenlemesinde, seçim hakkına sahip olan üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması halinde de alacaklının seçimlik dava açabileceği belirtilmiştir. Kanunda, seçim hakkına sahip borçlunun veya üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması hali birlikte düzenlenmiş olup seçim hakkına sahip üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi sebe-

³⁴ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 10.

³⁵ İsviçre Hukukunda da bu yödedir. Bkz. Becker, Art. 72 N. 10; Schraner, Zürcher Kommentar, Art. 72 N. 53. Alman Medeni Kanunu (BGB § 319), borç konusunun üçüncü kişi tarafından belirlenmesinde, bu belirlemenin üçüncü kişinin serbest iradesine "nach freiem Belieben" veya hakkaniyete dayalı takdir hakkına "nach billigem Ermessen" bırakılmasına göre farklı hukuki sonuçlar öngörmektedir. İlk durumda, borcun doğması edimin belirlenmesine bağlanmıştır; dolayısıyla koşula bağlı bir borç niteliğini taşır. İkinci durumda ise belirleme, hakkaniyete uygun olmayan bir durumda yapılır veya yapılmazsa bu belirleme hâkim tarafından yapılır.

biyle açılacak seçimlik davanın sonuçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin hakkını yerine getirmemesi halinde açılan seçimlik dava sonucu yine seçimlik mahkûmiyet hükmü verilip alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvuru-bileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak, seçimlik davaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki sonuçlar, seçim hakkının borçluya ait olması ve seçimlik davayla bile seçim hakkının mahkemeye geçmemesi düşüncesiyle kabul edilmiştir. Seçimlik dava sonucunda seçimlik mahkûmiyet kararı verilmesi ve alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvurabileceği; ancak borçlunun cebri icra sonuna kadar seçim hakkını kullanıp diğer edimi ifa edebileceğine ilişkin hükümler, borçlunun seçim hakkının korunması amacıyla getirilen hükümlerdir. Bu açıdan bakıldığında, kanunda her ne kadar seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde alacaklının açtığı seçimlik davanın sonuçları ayrıca düzenlenmemiş olsa da bu halde mahkemenin seçimlik mahkûmiyet kararı vermesi yerine tarafların menfaatlerine uygun olarak hâkim tarafından bir seçim yapılarak karar verilmesi daha uygun olacaktır. Nitekim, doktrinde ağırlık verilen görüşe göre³⁶, üçüncü kişi seçim hakkını kullanmazsa, bu seçim hâkim tarafından yapılacaktır. Alman Hukuku'nda da seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde edimi belirleme yetkisine sahip üçüncü kişinin bunu yerine getirmemesinde belirlemenin hâkim tarafından yapılacağına ilişkin hükmün (BGB § 319/I) uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, edimi belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda edim üçüncü kişi tarafından hakkaniyete aykırı olarak belirlenir veya belirlenmezse edimi belirleme işi hâkim tarafından yapılacaktır. Edimi belirleme yetkisine ilişkin bu hüküm, kıyasen seçimlik borçlarda seçim hakkının üçüncü kişiye ait olduğu ve seçimin yapılmadığı durumda da uygulanacaktır.

³⁶ HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1; Jauernig/Stadler BGB § 264 Rn. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 816; Seliçi, s. 395.

Kanımızca, ifa anına kadar üçüncü kişinin seçimi yapmayarak edimi belirlememesi, borçlunun temerrüde düşmesine sebep olabilecektir. Bu sebeple, alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilir. Ancak, borçlunun temerrüde düşmesinde kusuru olmadığı için, borçlu, borçlu temerrüdünün tazminatla ilgili sonuçlarından sorumlu olmayacaktır.

D. ÖZEL DURUMLAR

1. Seçim Hakkının Borç Olarak Yüklenilmesi

Seçimlik borçlarda, taraflar arasında yapılan sözleşmede seçim yükümlülüğü kararlaştırılabilir³⁷. Taraflar arasında seçimin yapılması bir taahhüt olarak yüklenilmişse, bu yükümlülük edim yükümlülüğünün bir parçası olacaktır. Seçimin yapılmaması halinde taahhütte bulunan taraf, ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır. Seçimin yapılmaması halinde bundan zarara uğrayan taraf tazminat talep edebilmelidir³⁸. Seçimin bir yükümlülük olarak kararlaştırıldığı hallerde, seçimin yapılmasının bir ifa davasına konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁹, seçimin yapılmamasını düzenleyen yasal hüküm nedeniyle ifa davasının açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır; bir başka görüşe göre⁴⁰, yasal hükmün bulunması, seçim yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı bir ifa davası açılmasını engellemez. Ancak, edimlerden biri seçildiğinde (icra yoluyla) veya seçim hakkı devredildiğinde ifa davası açmaktaki hukuki yarar ortadan kalkar.

Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece borçluya bir borç olarak yüklenilmesi halinde, bunun yerine getirilmesi bir ifa davasına konu olabilir. Bu halde, irade beyanında bulunma borcuna aykırılık sebebiyle ifa davası açılarak karşı tarafın irade beyanında bulunmaya mahkûmiyetinin söz konusu olabileceği düşünülebi-

³⁷ BeckOK BGB/Lorenz BGB 264 Rn.2.

³⁸ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 14.

³⁹ BeckOK BGB/Lorenz BGB 264 Rn. 2.

⁴⁰ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 14.

lir⁴¹. İrade beyanında bulunma borcuna aykırı hareket edilmesi halinde, mahkemeye başvurularak irade beyanında bulunulmasına yönelik bir karar alınması (yap emri) mümkündür. İrade beyanında bulunulmasına ilişkin hükmün gereği borçlu tarafından yerine getirilmezse, cebri icra organlarına başvurulup borçluya bir icra emri gönderilerek hükmün zorla icrası yoluna başvurulur (İİK m.30). Ancak, irade beyanında bulunmaya ilişkin borç, niteliği gereği sadece borçlu tarafından ifa edilebilir bir yapma borcu olduğu için, alacaklının şikâyeti üzerine ancak tazyik hapsi ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir (İİK m.343). Mahkemenin verdiği seçim beyanında bulunma kararının da diğer irade beyanında bulunma borçları gibi bu şekilde icra edilebileceği düşünülebilirse de, asıl sorun borçlunun seçim beyanında bulunmaya direnmesi durumunda söz konusu olacaktır. Borçlu, tazyik hapsine rağmen seçim beyanında bulunmazsa cebri icra mümkün olamayacaktır. Alman Medeni Usûl Kanunu'nda borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde kararın kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağı yönünde bir hüküm bulunmaktadır (ZPO § 894). Hukukumuzda ise böyle bir hüküm mevcut değildir. Böyle bir hüküm bulunsaydı bile irade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararları için öngörülen bu hükmün seçim beyanında bulunmaya ilişkin kararlar bakımından uygulanması söz konusu olamazdı. Zira, mahkemenin verdiği seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle borçlunun seçim beyanında bulunmuş sayılması, seçim hakkının mahkemeye geçmesi anlamına gelir ki bu da seçimlik borçların ruhuna aykırıdır. Ayrıca, açık bir kanun hükmü olmadan seçim hakkının kullanılmaması durumunda seçim hakkının alacaklıya geçmesi de söz konusu olamayacaktır. İrade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim beyanında bulunmaması halinde cebri icra mümkün olmayacağından borçluya karşı kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre tazminat davası açmak mümkün olabilmelidir⁴².

⁴¹ Yazıcı Tıktık, Çiğdem, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, s. 2741; Akkan, s. 243.

⁴² Seliçi, s. 393 dn. 60.

Seçimin alacaklıya bir borç olarak yüklenmesi halinde borçlu, alacaklıya karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir⁴³. Borçlu, alacaklıya bir ifa davası açıp seçimin geç yapılmasından doğan zararlarını isteyebilecektir. Ancak, açılan ifa davası sonucunda verilen seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararının gereğinin tazyik hapsine rağmen alacaklı tarafından yerine getirilmemesi halinde zorla icrası mümkün olmayacağından bu durumda borçlunun bu yüzden uğradığı zararları alacaklıdan istemesi mümkündür. Bunun yanında, borçlu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.

Üçüncü kişinin seçim beyanında bulunma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, seçim beyanında bulunulmazsa, üçüncü kişiye seçim beyanında bulunmasını sağlamaya yönelik ifa davası açmak, kararın icra edilebilir olmaması bakımından anlamsız olacaktır⁴⁴. Üçüncü kişinin taahhüdüne uymaması, ancak tazminat yükümlülüğü doğurabilir.

Taraflar, seçim yükümlülüğünü açıkça kararlaştırabileceği gibi, örtülü olarak da kararlaştırabilirler. Seçim beyanında bulunmak için süre öngörülmesine ilişkin bir anlaşma örtülü olarak seçim yükümlülüğünün kararlaştırıldığını gösterir⁴⁵.

2. İrade Beyanında Bulunma Borcunun Seçimlik Borç Olarak Kararlaştırılması

Alman Hukukunda, borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi kararının kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağını (ZPO § 894) belirtmiştik. Bu hükmün uygulanabilmesi için irade beyanında bulunmaya ilişkin mahkûmiyet kararının kesin ve koşulsuz olması gerekmektedir. Oysa, irade beyanında bulunma borcunun bir başka borçla seçimlik olarak kararlaştırıldığı hallerde, borçlunun hangi edimi borçlandığı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. İrade beyanında bulunma borcunun seçimlik borç şeklinde kararlaştırıldığı ve seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmadı-

⁴³ Oğuzman/Öz, s. 286 dn. 131; Schraner, Art. 72 N. 50; Weber, Art. 72 N. 52; Seliçi, s. 394.

⁴⁴ Schraner, Art. 72 N. 55.

⁴⁵ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 15.

ğđ durumda borçluya karşı seçimlik dava açılacak (BGB § 264/I) ve mahkeme seçimlik mahkûmiyet kararı verecektir. Mahkemenin borçluyu irade beyanında bulunmaya veya diğđ bir borcunu yerine getirmesine mahkûm ettiği seçimlik mahkûmiyet kararında, Alman Medeni Usûl Kanunu'ndaki kararın kesinleşmesiyle irade beyanında bulunmuş sayılacağına ilişkin hüküm (ZPO § 894) uygulanmaz. Çünkü seçimlik mahkûmiyet kararı belirsizdir⁴⁶. Kesinleşen mahkeme hükmünün irade beyanı yerine geçeceğđne dair yasal fiksiyon (ZPO § 894), artık icranın başlangıcını teşkil etmeyecektir. Alacaklı, seçimlik mahkûmiyet kararındaki irade beyanında bulunma borcunu seçerse cebri icra, buna ilişkin beyanını sunduğu andan itibaren başlamış sayılacak ve o an itibariyle icra etkisini gösterecektir⁴⁷. Ancak, bu beyana rağmen yapılması gereken ek işlemler varsa, cebri icra bitmiş sayılmaz⁴⁸. Alman Hukuku'nda borçlunun seçimlik olarak irade beyanında bulunmaya veya başka bir edime mahkûm edildiği seçimlik mahkûmiyet kararlarında cebri icranın Alman Medeni Usûl Kanunu (ZPO) § 887'ye göre gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir görüş belirtilmektedir⁴⁹.

İrade beyanında bulunma borcunun seçimlik borç olarak kararlaştırıldığı hallerde seçim hakkının alacaklıda olması halinde, alacaklı seçim hakkını kullanarak, irade beyanında bulunma borcunu seçerse, borç adi borç haline geleceği için mahkemenin borçluyu irade beyanında bu-

⁴⁶ Gruber, Urs in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 5. Auflage, München 2016, § 894 Rn. 12 (MüKoZPO/Gruber); Lackmann, Rolf in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), 17. Auflage, München 2020, § 894, Rn. 8; Rensen, Hartmut in: Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 10/2: §§ 864-915 h, Berlin-Boston 2015, § 894, Rn. 15; Kießling, Erik in: Zivilprozessordnung, Familienverfahren-Gerichtsverfassung-Europäisches Verfahrensrecht, Saenger, Ingo (Hrsg.), 8. Auflage, Baden-Baden 2019, § 894 Rn. 6.

⁴⁷ MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 7; Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis-Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989, s. 270 dn. 62; Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 64. Auflage, München 2006, § 894 Rn.16.

⁴⁸ Gernhuber, s. 270 dn. 62.

⁴⁹ MüKoZPO/Gruber ZPO § 894 Rn. 12; Lackmann, § 894, Rn. 8; Rensen, § 894, Rn. 15.

lunmaya mahkûm eden kararının kesinleşmesiyle birlikte yasal fiksiyon (ZPO § 894) gereğince borçlu irade beyanında bulunmuş sayılacaktır⁵⁰. Aynı durum, seçim hakkının borçluda bulunduğu ve irade beyanında bulunma borcunun seçildiği durumda da geçerlidir.

Hukukumuz açısından konuya yaklaşıldığında, irade beyanında bulunma borcunun icrası bakımından Alman Medeni Usûl Kanunu'ndaki (ZPO § 894) gibi bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. İrade beyanında bulunma borcu, niteliği itibariyle bir yapma borcu ve borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borç olduğundan, icrasında izlenecek yol İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. ve 343. maddesi olacaktır. Buna göre, irade beyanında bulunma emrini içeren mahkeme hükmüne rağmen borcun ifa edilmemesi üzerine borçluya "yap" emri içeren bir icra emri gönderilecek; borçlu, buna rağmen beyanda bulunmaktan kaçınırsa alacaklı, borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesi çerçevesinde üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını isteyebilecektir.

Borçlu, irade beyanında bulunma borcunu bir başka borçla seçimlik borçlanmışsa, seçim hakkının alacaklıda olması durumunda alacaklı, seçim hakkını kullanır ve irade beyanında bulunma borcunu seçerse, irade beyanında bulunma borcunun yerine getirilmemesi halinde önce irade beyanında bulunma borcunun ifası için dava açıp sonra bu mahkeme kararının İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. ve 343. maddesi gereğince icrasını sağlayabilir. Seçim hakkının borçluda olması ve irade beyanını seçmesine rağmen beyanda bulunmaktan kaçınması üzerine alacaklı tarafından yine aynı yol izlenecektir.

Asıl sorun, seçim hakkının borçluda olup seçim hakkının kullanılmaması durumunda ortaya çıkacaktır. Alacaklı, açacağı seçimlik davada borçlunun irade beyanında bulunmasına veya diğer edimi yerine getirmesine mahkûm edilmesini isteyecek ve mahkeme de bu talebe uygun seçimlik bir mahkûmiyet kararı verecektir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun edimlerden birini yerine getirmemesi halinde, alacaklı, cebri icrayı irade beyanında bulunma borcuna hasrederse, sadece borçlu tarafından yapılabilen işlerdeki cebri icra usûlünün uygu-

⁵⁰ MüKoZPO/Gruber ZPO § 894 Rn. 12.

lanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, irade beyanında bulunma borcunun cebri icra aşaması tamamlanuncaya dek borçlu, diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulabilir. Doktrinde, alacaklının, seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan ve sadece borçlu tarafından yapılması gereken bir işi takibin konusu olarak belirlemesi halinde, borçlunun diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulma hakkı devam ettiğinden işi yapması için tazyik hapsinin uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir⁵¹. Kanımızca, irade beyanında bulunmaya ilişkin icra emrinin gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde tazyik hapsinin uygulanmaması ve borçlunun diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulma hakkı bulunmasına rağmen diğer edimi de yerine getirmemesi, alacaklının mağduriyetine yol açabilir. Böyle bir mağduriyetin önüne geçmek için iki yol düşünülebilir: Bunlardan birincisi, böyle bir durumda alacaklıya doğrudan takip konusunu değiştirme imkânı verilerek diğer edimin icra konusu yapılmasıdır. İkincisi ise tazyik hapsinin uygulanmasıdır. Ancak, irade beyanında bulunma borcu, tazyik hapsine rağmen yerine getirilmezse borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borcun zorla icrası mümkün değildir. Burada, kusurlu imkânsızlık söz konusudur. Bu durumda alacaklı için cebri icra faydasız kalmış olacağından alacaklının diğer edimin icra edilmesini ve ayrıca uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi gerekir.

III. SEÇİMLİK BORÇLARDA İMKÂNSIZLIK VE SONUÇLARI

A. SEÇİM HAKKININ KULLANILMASINDAN ÖNCEKİ İMKÂNSIZLIK

1. Edimlerin Tamamının İmkânsızlığı

Seçimlik borca konu edimlerin tamamının imkansızlaşması halinde seçim hakkının kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Edimlerin imkânsız hale gelmesinde borçlunun bir kusuru varsa bu durumda kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlunun alacaklıya tazminat ödemesi gerekecektir (TBK m. 112). Bu durumun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun karşı edimine etkisi konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte hâkim görüşe göre, alacaklı, di-

⁵¹ Akkan, s. 154.

lirse karşı edimi aynen ifa edip bunun karşılığında tazminatı alabilir; dilerse karşı edimi ile ödenecek tazminat arasındaki farkı borçludan talep edebilir⁵². Bu konuda Alman Hukuku'nda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olsun veya olmasın borç sona erecek ve borçlu karşı edimi isteyemeyecektir (BGB § 326/I). Kusurlu ifa imkânsızlığı halinde alacaklı, borçludan tazminat isteyebilecek ancak karşı edimin değeri bu tazminattan indirilecektir.

Edimlerin imkânsız hale gelmesinde alacaklının bir kusuru varsa, borç yine sona erecektir (TBK m.136/I). Alacaklının kusuruyla edimlerin imkânsızlaşmasının karşı edime etkisi konusunda yine açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda Alman Hukuku'nda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre edimlerin imkânsızlaşmasında alacaklının bir kusuru bulunmaktaysa borçlu karşı edimi isteyebilecektir (BGB § 326/II). Dolayısıyla alacaklının kusuruyla edimlerin imkânsız hale gelmesinde edim hasarı alacaklıdadır.

Edimler borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bu durumda, kusursuz ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlu, sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m.136/I). Kusursuz ifa imkânsızlığında borç sona erdiği için borçlu, karşı edimi isteme hakkını kaybeder (136/II).

2. Edimlerden Birinin İmkânsızlığı

a. Genel Olarak

Edimlerden birinin tarafların kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesiyle seçimlik borç, ifası mümkün olan edimler bakımından devam edecek; ancak, edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla geriye sadece bir edim kalmışsa artık borcun konusunu o edim oluşturacaktır.

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması haline ilişkin olarak Türk ve İsviçre Hukuku'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmaktadır. Alman Hukuku'ndaki düzenleme (BGB § 265), seçimlik borçlarda edimlerden birinin baştan veya sonradan imkânsız olması halinde borç ilişkisinin konusunu diğer edimin oluşturacağını; ancak imkânsızlığa seçim hakkına sahip olmayan tarafın yol açması ha-

⁵² Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 326 vd.

linde ise bu sınırlamanın söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Alman Hukukuna göre, seçim hakkının kime ait olduğu uygulanacak hükümler bakımından önemlidir. Bu sebeple, edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması halini ikiye ayırarak incelemek yararlı olacaktır.

b. Seçim Hakkının Borçluya Ait Olması

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan diğer edim oluşturacaktır⁵³. Borçlu, ifası mümkün olan edime karşılık karşı edimi isteme hakkına sahiptir. Bu görüşe göre, ifası mümkün olan edim sonradan borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşırsa alacaklı borçlunun kusuru ile imkansızlaşan ilk edim için tazminat isteyebilecektir⁵⁴.

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda ise borçlu, imkânsız olan edimi seçip ifadan kurtulabilir⁵⁵. Borçlu, imkânsız edimi seçerse karşı edimini talep edebilir⁵⁶. Bunun yerine ifası mümkün olan edimi seçip ifa edebilir ve imkânsızlığına sebep olduğu edim için haksız fiil hükümlerine göre alacaklıdan tazminat isteyebilir⁵⁷.

c. Seçim Hakkının Alacaklıya Ait Olması

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde borç ilişkisinin konusunu

⁵³ Eren, s. 967; Oğuzman/Öz, s. 287-288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; von Tuhr, s. 75; Leu, Art. 72 N.4; Gauch/Schluep, s. 33. Aksi görüşte Becker, Art. 72 N. 14. Becker, borçlunun kusuruyla imkansızlaşan edimin yerine tazminatın geçtiğini ve seçim hakkının sona ermeyerek borçlunun tazminatı veya diğer mümkün olan edimi yerine getirebileceğini ifade etmektedir.

⁵⁴ Eren, s. 967-968; von Tuhr, s. 75; Oğuzman/Öz, s. 287 dn. 137.

⁵⁵ Becker, Art. 72 N.15; von Tuhr, s. 74; Eren, s. 967; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 816-817. Aksi görüşte Oğuzman/Öz, s.288. Oğuzman/Öz, alacaklının kusuruyla imkansızlaşan edimin borcun konusu olmaktan çıkacağı ve ifanın konusunu diğer edimin oluşturup imkansızlaşan edimin seçilemeyeceği görüşündedir.

⁵⁶ Eren, s. 967; Weber, Art. 72 N. 64; Leu, Art. 72 N.4. Aksi görüşteki Becker, borçlunun imkânsız edimi seçtiğinde karşı edimi isteme yetkisini kaybettiğini belirtmektedir (Becker, Art. 72 N. 15).

⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 287; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; von Tuhr, s. 74 dn.23; Eren, s. 967.

ifası mümkün olan edim oluşturacaktır⁵⁸. Borçlu, bu durumda ifası mümkün edimi ifa ederek karşı edimini talep edebilecektir. Ancak, alacaklının kendi kusuruyla imkânsızlaşan edim için borçluya tazminat ödemesi gerekecektir⁵⁹.

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde alacaklının seçim hakkı sona ermez; alacaklı imkânsız olan edimi seçip imkansızlıktan doğan zararlarını talep edebileceği gibi ifası mümkün diğer edimi de seçebilecektir⁶⁰. Alacaklı, imkânsız edimi seçerek tazminat isterse, borçlunun karşı edimi talep etme yetkisi yoktur. Ancak, karşı edimin değerinin alacaklıya ödenecek tazminattan indirilmesi gerekir. Alacaklı, ifası mümkün diğer edimi seçerse bu durumda borçlunun karşı edimi talep edebileceğini kabul etmek gerekir.

B. SEÇİM HAKKININ KULLANILMASINDAN SONRAKİ İMKÂNSIZLIK

Seçim hakkının kullanılmasından sonra borç ilişkisi seçilen edimle sınırlanacak ve diğer edim borcun konusu olmaktan çıkacaktır. Bir başka ifadeyle, seçim hakkının kullanılmasıyla seçimlik borç adi borç haline gelecektir. Buna bağlı olarak, borç konusu olmaktan çıkan diğer edimin imkânsızlaşmasının borç ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacak; ancak

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 288; Seliçi, s. 397; Becker, Art. 72 N. 15. Bazı yazarlar ise alacaklının imkânsız olan edimi seçebileceğini belirtmektedirler. Bkz. Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; Schraner, Art. 72 N.62; Gauch/Schluep, s. 33; Weber, Art. 72 N.63-64.

⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 288; Seliçi, s. 397. Eren ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da alacaklının kusuruyla imkânsızlaşan edim için borçluya tazminat ödeyeceğini kabul etmekle birlikte, alacaklının imkânsız edim ile ifası mümkün edim arasında seçim hakkı bulunduğunu, ifası mümkün edimi seçerse borçlunun zararını ödemekle yükümlü olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bkz. Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817. Aynı yönde bkz. Weber, Art. 72 N. 63; Schraner, Art. 72 N. 62; Gauch/Schluep, s. 33.

⁶⁰ von Tuhr, s. 74-75; Becker, Art. 72 N. 14; Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 816; Leu, Art. 72 N. 4; Funk, s. 122. Aksi görüşte Oğuzman/Öz, s. 288. Borçlunun kusuruyla imkânsızlaşan edimin borcun konusu olmaktan çıkacağı ve ifanın konusunu diğer edimin oluşturup imkânsızlaşan edimin seçilemeyeceği görüşündedir. Ancak, seçim hakkı sahibi, imkânsızlık yüzünden bir zarara uğramış ise bu zararı imkânsızlıktan sorumlu olanın tazmin etmesi gerektiğini belirtmiştir.

seçilen edimin imkânsızlaşması durumunda ise borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. Sonraki imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olması halinde borçlu, alacaklının zararını ödemek zorunda kalacak (TBK m. 112); borçlunun sorumlu olmaması halinde ise borç sona erecektir (TBK m. 136).

SONUÇ

Seçimlik borç ilişkisinin ifasını ve seçim hakkının kullanılmaması durumunda zorla icrasını incelediğimiz bu çalışmada yukarıda yapılan açıklamalar ışığında şu sonuçlara varılmıştır:

1. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı sahibi tarafından seçim yapılmasıyla borç konusu belirlenmekte ve artık borç ilişkisi basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olmaktadır. Bu aşamadan sonra, belirlenen borcun ifa edilmemesi halinde açılacak dava ve dava sonunda verilen hükmün cebri icrasına ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Seçim hakkının kullanılması suretiyle belirlenen edim, borçlu tarafından yerine getirilmezse borçluya karşı seçimlik dava değil, basit bir eda davasının açılması gerekmektedir. Eda davasında verilen hükme uyulmaması durumunda ise alacaklı ilamlı icra yoluna başvuracaktır.

2. Borçlunun en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmaması, temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilecektir. Alacaklının aynen ifayı istemesi durumunda seçimlik dava açması gerekecektir. Mahkeme, talebi uygun görürse seçimlik mahkûmiyet hükmü verecektir.

3. Borçlunun zamanında seçim hakkını kullanmaması, seçim hakkını kaybettiği anlamına gelmez. Borcunu ifa etmemesine rağmen borçlu, seçim hakkını, cebri icra aşamasına kadar muhafaza eder. Dolayısıyla borçlu, seçimlik dava devam ederken ya da seçimlik mahkûmiyet kararından sonra kararda belirtilen edimlerden birini seçtiği beyan ederek borcunu somutlaştırabilir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim hakkını kullanıp borcunu ifa etmemesi üzerine, alacaklı, seçimlik mahkûmiyet kararından yer alan edimlerden birini seçerek cebri icra yoluna başvuracaktır. Cebri icranın başlamasına rağmen, borç-

lu seçim hakkını cebri icranın sonuna kadar yine de muhafaza eder; ancak bu aşamadan itibaren borçlu seçim hakkını artık irade açıklaması şeklinde değil, irade faaliyeti şeklinde yerine getirecektir. Başka bir ifadeyle borçlunun cebri icra aşamasının sonuna kadar diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilmesi mümkündür. Borçlu cebri icraya konu olan edim yerine diğer edimi seçmek isterse, diğer edimi doğrudan ifa ederek seçim iradesini ortaya koymalıdır.

4. Seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borç ilişkilerinde seçim hakkının kullanılmaması, alacaklının temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Adi borç ilişkilerinde alacaklının temerrüdü halinde borçlunun sahip olduğu bu imkanların seçimlik borç ilişkilerinde nasıl uygulanacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Seçimlik borçlarda alacaklı, seçim hakkını kullanmadan borç konusu belirli hale glemeyeceğinden adi borç ilişkilerindeki alacaklının temerrüdüne ilişkin sonuçların seçimlik borç ilişkilerinde uygulanmasını beklemek (borçlunun seçimlik borçların tümünü tevdi ile borçtan kurtulmasını beklemek gibi), menfaat dengesine uygun olmayacaktır. Bu bakımdan, Türk Hukuku'nda da yapılacak kanuni bir düzenlemeyle Alman Hukuku'nda olduğu gibi alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda borçlunun, alacaklıya seçim yapması için uygun bir süre vermesi; eğer bu sürenin sonunda alacaklı seçim yapmazsa bu hakkın borçluya geçeceği kabul edilmelidir. Kanımızca, açık bir kanuni düzenleme olmadıkça, seçim hakkının alacaklıdan borçluya geçmesi mümkün olmamalıdır.

5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun seçimlik davaya ilişkin düzenlemesinde, seçim hakkına sahip olan üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması halinde de alacaklının seçimlik dava açabileceği belirtilmiştir. Kanunda, seçim hakkına sahip borçlunun veya üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması hali birlikte düzenlenmiş olup seçim hakkına sahip üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi sebebiyle açılacak seçimlik davanın sonuçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, seçimlik davaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki seçimlik mahkûmiyet kararı verilmesi ve alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvurabileceği; ancak borçlunun cebri icra sonuna kadar seçim hakkını

kullanıp diğer edimi ifa edebileceğine ilişkin hükümler, borçlunun seçim hakkının korunması amacıyla getirilen hükümlerdir. Bu açıdan bakıldığında, kanunda her ne kadar seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde alacaklının seçimlik dava açabileceği düzenlenmiş olsa da bu halde mahkemenin seçimlik mahkûmiyet kararı vermesi yerine tarafların menfaatlerine uygun olarak hâkim tarafından bir seçim yapılarak karar verilmesi daha uygun olacaktır.

6. Seçimin alacaklıya, borçluya veya üçüncü kişiye bir borç olarak yüklenilmesi halinde ise şu sonuçlara varılmıştır:

a. Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece borçluya bir borç olarak yüklenmesi halinde, irade beyanında bulunma borcuna aykırılık sebebiyle ifa davası açılarak karşı tarafın irade beyanında bulunmaya mahkûmiyeti başka bir ifadeyle mahkemeden irade beyanında bulunulmasına yönelik bir karar alınması (yap emri) mümkündür. İrade beyanında bulunulmasına ilişkin hükmün gereği borçlu tarafından yerine getirilmezse, cebri icra organlarına başvurulup borçluya bir icra emri gönderilerek hükmün zorla icrası yoluna başvurulur (İİK m.30). Ancak, irade beyanında bulunmaya ilişkin borç, niteliği gereği sadece borçlu tarafından ifa edilebilir bir yapma borcu olduğu için, alacaklının şikâyeti üzerine ancak tazyik hapsi ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir (İİK m.343). Borçlu, tazyik hapsine rağmen seçim beyanında bulunmazsa cebri icra mümkün olmayacaktır. Hukukumuzda, Alman Medeni Usûl Kanunu'nda (§ 894 ZPO) olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde kararın kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. İrade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim beyanında bulunmaması halinde cebri icra mümkün olmayacağından borçluya karşı kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre tazminat davası açmak mümkün olabilmelidir.

b. Seçimin alacaklıya bir borç olarak yüklenmesi halinde borçlu, alacaklıya karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Borçlu, alacaklıya bir ifa davası açıp seçimin geç yapılmasından doğan zararlarını isteyebilecektir. Ancak, açılan ifa davası sonucunda verilen seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararının gereğinin tazyik

hapsine rağmen alacaklı tarafından yerine getirilmemesi halinde zorla icrası mümkün olmayacağından bu durumda borçlunun bu yüzden uğradığı zararları alacaklıdan istemesi mümkündür. Bunun yanında, borçlu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.

c. Üçüncü kişinin seçim beyanında bulunma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, seçim beyanında bulunmazsa, üçüncü kişiye seçim beyanında bulunmasını sağlamaya yönelik ifa davası açmak, kararın icra edilebilir olmaması bakımından anlamsız olacaktır. Üçüncü kişinin taahhüdüne uymaması, ancak tazminat yükümlülüğü doğurabilir.

7. İrade beyanında bulunma borcunun başka bir borçla seçimlik borç olarak karşılaştırılması da özellik göstermektedir. Seçim hakkının alacaklıda olması durumunda borçlu, irade beyanında bulunma borcunu bir başka borçla seçimlik borçlanmışsa, alacaklı, seçim hakkını kullanarak irade beyanında bulunma borcunu seçerse, irade beyanında bulunma borcunun yerine getirilmemesi halinde önce irade beyanında bulunma borcunun ifası için dava açıp sonra bu mahkeme kararının İİK m.30 ve İİK m.343 gereğince icrasını sağlayabilir. Seçim hakkının borçluda olması ve irade beyanını seçmesine rağmen beyanda bulunmaktan kaçınması üzerine alacaklı tarafından yine aynı yol izlenecektir.

Seçim hakkının borçluda olması durumunda ise seçim hakkının kullanılmaması üzerine alacaklı, açacağı seçimlik davada borçlunun irade beyanında bulunmasına veya diğer edimi yerine getirmesine mahkûm edilmesini isteyecek ve mahkeme de bu talebe uygun seçimlik bir mahkûmiyet kararı verecektir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun edimlerden birini yerine getirmemesi halinde, alacaklı, cebri icrayı eğer irade beyanında bulunma borcuna hasrederse, sadece borçlu tarafından yerine getirilebilecek yapma borçlarının icrasına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan sadece borçlu tarafından yapılması gereken bir işin takibe konu olması halinde cebri icra aşaması tamamlanıncaya dek borçlu diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulabileceği için tazyik hapsinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Hem tazyik hapsinin uygulanmaması hem de borçlunun diğer edimi yerine getirmemesi, alacaklının mağduriyetine yol açabilir. Böyle

bir mağduriyetin önüne geçmek için iki yol düşünülebilir. Bunlardan birincisi, böyle bir durumda alacaklıya doğrudan takip konusunu değiştirme imkânı verilerek diğer edimin icra konusu yapılmasıdır. İkincisi ise tazyik hapsinin uygulanmasıdır. Ancak, irade beyanında bulunma borcu, tazyik hapsine rağmen yerine getirilmezse borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borcun zorla icrası mümkün değildir. Burada, kusurlu imkânsızlık söz konusudur. Bu durumda alacaklı için cebri icra faydasız kalmış olacağından alacaklının diğer edimin icra edilmesini ve ayrıca uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi gerekir.

8. Seçimlik borç ilişkisindeki edimlerin tamamının veya birinin imkânsız hale gelmesinde şu sonuçlara varılmıştır:

a. Seçimlik borca konu edimlerin tamamının imkansızlaşması halinde seçim hakkının kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Edimlerin imkânsız hale gelmesinde borçlunun bir kusuru varsa bu durumda kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlunun alacaklıya tazminat ödemesi gerekecektir (TBK m. 112). Edimlerin imkânsız hale gelmesinde alacaklının bir kusuru varsa, borç sona erecektir (TBK m.136/I). Edimler, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bu durumda kusursuz ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlu sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m.136/I).

b. Edimlerden birinin tarafların kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesiyle, seçimlik borç ifası mümkün olan edimler bakımından devam edecek; ancak, edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla geriye sadece bir edim kalmışsa, artık borcun konusunu o edim oluşturacaktır.

c. Seçimlik borçlarda edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması haline ilişkin olarak Türk ve İsviçre Hukuku'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda seçimlik borçlarda edimlerden birinin baştan veya sonradan imkânsız olması halinde borç ilişkisinin konusunu diğer edimin oluşturacağını; ancak imkânsızlığa seçim hakkına sahip olmayan tarafın yol açması halinde ise bu sınırlamanın söz konusu olmayacağını belirten düzenlemedeki (BGB § 265) çözüm tarzının, hukukumuzda da açık bir kanuni düzenleme yapılana kadar benimsenerek bir sonuca varılması, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır. Buna göre:

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan diğer edim oluşturacaktır. Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda ise borçlu, imkânsız olan edimi seçip ifadan kurtulabilir. Bunun yerine ifası mümkün olan edimi seçip ifa edebilir ve imkânsızlığına sebep olduğu edim için haksız fiil hükümlerine göre alacaklıdan tazminat isteyebilir.

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan edim oluşturacaktır. Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde alacaklının seçim hakkı sona ermez; alacaklı imkânsız olan edimi seçip imkansızlıktan doğan zararlarını talep edebileceği gibi ifası mümkün diğer edimi de seçebilecektir.

d. Seçim hakkının kullanılmasından sonra borç ilişkisi seçilen edimle sınırlanacak ve diğer edim borcun konusu olmaktan çıkacaktır. Buna bağlı olarak, borç konusu olmaktan çıkan diğer edimin imkânsızlaşmasının borç ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacak; ancak seçilen edimin imkânsızlaşması durumunda ise borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. Sonraki imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olması halinde borçlu, alacaklının zararını ödemek zorunda kalacak (TBK m. 112); borçlunun sorumlu olmaması halinde ise borç sona erecektir (TBK m. 136).

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	Bakınız
E.	Esas
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
N.	Nummer (Numara)
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	Randnummer (Kenar Numarası)
s.	Sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
vd.	Ve devamı
ZPO	Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

KAYNAKLAR

- AKKAN, Mine**, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul 2020.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema**, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin**, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang/ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter**, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 64. Auflage, München 2006.
- BECKER, Hermann (Hrsg.)**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Band VI, Bern 1945.
- BERGER, Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol**, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2017.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.
- FUNK, Fritz**, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938.
- GAUCH, Peter/SCHLEUP, Walter R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, Zürich/Basel/Genf. 2008.
- GERNHUBER, Joachim**, Das Schuldverhältnis-Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989.
- GROSS, Balz/SPRECHER, Franziska** in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008.
- GRUBER, Urs** in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 5. Auflage, München 2016. (MüKoZPO/Gruber)
- GRÜNEBERG, Christian** in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013.

- GÜNDOĞDU, Fatih**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- KIEßLING, Erik** in: Zivilprozessordnung, Familienverfahren-Gerichtsverfassung-Europäisches Verfahrensrecht, Saenger, Ingo (Hrsg.), 8. Auflage, Baden-Baden 2019.
- KRÜGER, Wolfgang** in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019. (MüKoBGB/Krüger)
- KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- KURU, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016.
- KURU, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016.
- KURU, Baki**, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- KURU, Baki**, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara 2020.
- LACKMANN, Rolf** in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), 17. Auflage, München 2020.
- LEU, Urs** in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.
- LORENZ, Stephan** in: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 53. Edition, München 2020. (BeckOK BGB/Lorenz)
- MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 16. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan**, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019.

- REİSOĞLU, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014.
- RENSSEN, Hartmut** in: Wicczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 10/2: §§ 864-915 h, Berlin-Boston 2015.
- SCHRANER, Marius**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR-Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Band V, Zürich 2000.
- SCHULZE, Reiner** (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019. (HK-BGB/Schulze)
- SELİÇİ, Özer**, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 375-399.
- SEROZAN, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.
- STADLER, Astrid** in: Stürner, Rolf (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, München 2018. (Jauernig/Stadler)
- ŞENGÜL, Mehmet**, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, Erzincan 2011, s. 207-248.
- TANRIVER, Süha**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- VON TUHR, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Çev. Cevat Edege), Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983.
- WEBER, Rolf H.** in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Band VI, Bern, 2005.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem**, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fa-

kültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), Prof.
Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2735-2776.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Baskı,
Ankara 2017.