

# SEÇİMLİK BORÇLARA İLİŞKİN TEMEL ÖZELLİKLER VE SEÇİMLİK BORÇLARIN İFASI

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL\**

## I. GİRİŞ

Seçimlik borca ilişkin temel düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 87. maddesinde yer almaktadır. “*Seçimlik borç*” kenar başlığını taşıyan söz konusu hüküm, “*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 71. maddesinin metninde yapılan düzeltme ve sadeleştirme dışında TBK m. 87 hükmü herhangi bir değişiklik içermemektedir. Bu çerçevede ilk olarak “*Birden ziyade şeylere taalluk eden borç*” şeklindeki BK m. 71 hükmünün kenar başlığının, TBK m. 87’de “*Seçimlik borç*” olarak değiştirildiğini görüyoruz<sup>1</sup>. Bunun yanında BK m. 71 hükmündeki “*Borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup da ...*” ibaresi TBK 87’de “*Seçimlik borçlarda...*”; “*işin mahiyetinden hılaftı anlaşılmadıkça...*” ibaresi ise “*hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden anlaşılmadıkça...*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

818 sayılı BK’da olduğu gibi 6098 sayılı TBK da seçimlik borcu tek madde olarak düzenlemiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 72. mad-

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> BK m. 71 hükmünün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 72. maddesinin karşılığını oluşturmasına rağmen kenar başlığının tercüme hatası sonucu “*Birden ziyade şeylere taalluk eden borçlar*” olarak çevrildiği; bu ifadenin borcun konusunun birden çok edimi içerdiği ve bunların hepsinin ifa edilmesinin gerekli olduğu gibi bir yanılgıya yol açabileceği yönünde eleştirilerin (bkz. SELİÇİ, Özer, Seçimlik Borçların İfasi, İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, s. 375) dikkate alınarak BK m. 71 hükmünün karşılığını oluşturan TBK m. 87’deki kenar başlığının “*Seçimlik borç*” olarak değiştirilmesi yerinde olmuştur. Aynı yönde bkz. İŞINTAN, Pelin Çavuşoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 59, 60.

<sup>2</sup> TBK m. 87 hükmünün bir yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve sözleşme ile aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu, dolayısıyla “*hukuki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça...*” ibaresinin madde metnine eklenmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz. İŞINTAN, s. 60.

desinde de seçimlik borç tek madde olarak ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde birbirine paralel bir biçimde seçimlik borçta işin niteliğinden aksinin anlaşılmadığı veya sözleşme ile aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda seçim hakkının borçluya ait olacağı ifade edilmektedir. Ancak, özellikle ekonomik gelişmelere ve ticari ilişkilere bağlı olarak günümüzde sıklıkla karşılaşılan<sup>3</sup> seçimlik borç, ilerleyen bölümlerde de görüleceği üzere bünyesinde pek çok uyumsuzluğu barındırmaktadır. Gerek İsviçre, gerekse Türk hukukunda bu meselelerle ilgili olarak yoğun tartışmalar yaşanmasına ve çoğu sorun, seçimlik borcu birden fazla maddede ele alan diğer hukuk düzenleri çerçevesinde çözülmeye çalışılmasına rağmen 6098 sayılı TBK'da da önceki hükmün tekrar edilmiş olması önemli bir eksiklik olarak göze çapmaktadır.

Gerçekten, seçimlik borca örneğin Alman Medeni Kanunu (BGB) dört paragraf (§ 262-265), Fransız Medeni Kanunu altı madde (1189-1196) ayırmış olmasına rağmen İsviçre ve Türk hukuklarında tek madde olarak düzenlenmesi eleştiri konusu olmuş<sup>4</sup>; meselenin Türk hukukunda çözümlenmesi fırsatı ise seçimlik borcun 6098 sayılı TBK m. 87'de de aynı şekilde ele alınması ile kaçırılmıştır. Öyle görünüyor ki, seçimlik borcun tek madde olarak düzenlenmesi, ortaya çıkacak meselelere ilişkin önceki tartışmaları hala diri tutacak ve bunların çözümü hususunda da TBK'nın prensipleri ile uyumlu olduğu şüpheli görülen başka hukuk düzenlemelerinden hareketle sonuç çıkarma yoluna gidilmeye devam edilecektir<sup>5</sup>.

## II. GENEL OLARAK SEÇİMLİK BORÇLAR

### A. Seçimlik Borç Kavramı

Seçimlik borcu düzenleyen TBK m. 87 hükmü bu konuda herhangi bir tanım getirmemektedir. Sadece bu nitelikteki bir borç ilişkisinde ifanın ne

---

<sup>3</sup> PALANDT, Otto/HEINRICHS Helmut, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, München 2000, §262, N. 4; ERLER, Joachim, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Mainz 1964, s. 9 vd.

<sup>4</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. WEBER, Rolf H., Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Art. 68-96, Bern 2005, Art. 72, N. 6; SELİÇİ, s. 375.

<sup>5</sup> 818 sayılı BK döneminde seçimlik borcun yine tek maddede (m. 71) düzenlenmesine ve yabancı kanun hükümlerinden hareketle bir sonuca varmanın sakıncalı sonuçlar doğurabileceğine yönelik eleştiriler için bkz. SELİÇİ, s. 375.

şekilde olacağı belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemeden hareketle ve öğretide yapılan tanım uyarınca seçimlik borcun (Wahlobligation, Wahlschuld, Alternativobligation), birden çok edimin borcun konusunu teşkil ettiği ve bunlardan sadece birisinin ifasının gerekli olduğu hallerde söz konusu olacağını ifade etmek mümkündür<sup>6</sup>. Görüldüğü üzere seçimlik borçta en az iki edim borcun konusunu teşkil etmekte ve borçlunun, alacaklının ya da bunlar dışında üçüncü bir kimsenin iradesine bağlı olarak bu edimler içinden birinin seçilmesiyle borcun ifası söz konusu olmaktadır<sup>7</sup>. Örneğin belirli bir satım parası karşılığında S'nin A'ya dilerse cep telefonunu dilerse saatini vermeyi borçlandığı satım sözleşmesinde borcun konusu birden fazla olduğu için seçimlik borç ilişkisi bulunmaktadır. Aksi kararlaştırılmamışsa ya da işin niteliği aksini gerektirmedikçe TBK m. 87 uyarınca satıcı S dilerse cep telefonunu dilerse saatini vererek borcundan kurtulabilecektir.

### B. Hukuki Niteliği

Seçimlik borcun niteliği hususunda öğretide önceleri şarta bağlı borç kavramı çerçevesinde bir niteleme yapıldığını görüyoruz. Bozucu askı teorisi (resolutiven Pendenztheorie) taraftarları seçimlik borçta başlangıçtan itibaren tüm edimlerin borçlanıldığını, ancak borcun seçim hakkı kullanıldıktan sonra içeriksel olarak sınırlandırıldığı görüşünü savunmuşlar; buna karşılık geciktirici askı teorisini (suspensiven Pendenztheorie) savunanlar ise seçimlik borcun söz konusu olduğu hallerde borcun baştan itibaren içi boş bir

<sup>6</sup> **BECKER**, HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 9; **GAUCH**, Peter/**SCHMID**, Jörg/**SCHRANER**, Marius, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Teilband V1e, Die Erfüllung der Obligationen Art 68-96 OR, Freiburg 2000, Art. 72, N. 3; **SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958, s. 604; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku, 1. Cilt Genel Hükümler, İstanbul 1969, s. 50; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 923; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2011, s. 301; **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.811; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, İstanbul 2004, s. 74; **NOMER**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 206.

<sup>7</sup> **OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR, Zürich 1929, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 11; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 3; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 811; **SEROZAN**, s. 74; **SELİÇİ**, s. 376.

edimi içerdiği, ancak seçim hakkının kullanılmasıyla ilk defa borcun somut olarak ortaya çıktığını ileri sürmüşlerdir<sup>8</sup>.

Ancak bugün için her iki görüş de ikna edici bulunmamaktadır. Zira seçimlik borçta sadece baştan itibaren birden fazla alternatif şeye ilişkin seçme hakkı söz konusudur. Bu çerçevede başlangıçta birden fazla olan, ancak asıl ifası gereken bakımından belirsiz olan edim, seçim hakkının kullanılmasıyla belirgin hale getirilmekte ve seçilen şey borcun tek edimi olarak ortaya çıkarılmaktadır<sup>9</sup>. Diğer bir anlatımla seçimlik borçta edim nisbi olarak belirsiz olmakla birlikte seçim hakkı tarafların bağlanma iradelerine dayanan bir sonuçtur. Dolayısıyla seçimlik borçta alacaklı için alternatif içeriğe sahip edimlerden sadece birinin ifasını talep hakkı bulunmaktadır ve her bir edim ifa edilme sonucu borcu sona erdirmeye sahiptir<sup>10</sup>.

### C. Seçimlik Borcun Meydana Gelmesi

Seçimlik borç ilişkisi genellikle sözleşmeye dayanmaktadır. Özellikle, taraflar henüz sözleşmenin yapıldığı sırada belirleyemedikleri ya da tahmin edemedikleri veya tereddüt ettikleri menfaatlerinin ilerideki bir takım maddi, hukuki ya da fiili olgulara göre somutlaştırılmasının arzu edildiği hallerde seçimlik borcun kararlaştırıldığı görülmektedir<sup>11</sup>. Örneğin maliki olduğu iki adet yarış atından birini satmak isteyen S ve bu atlardan birini almak isteyen A arasında yapılan sözleşmede, seçim hakkı kendisine bırakılan tarafın farklı düşünce, beklenti ya da amacına göre seçimlik borç ilişkisi

---

<sup>8</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 4-5; Görüşleri savunan yazarlar ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. ERLER, s. 15; SAYMEN/ELBİR, s. 604.

<sup>9</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 9; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 6; SAYMEN/ELBİR, s. 604. Seçimlik borcun aynı anda borçlanıldığı edim çeşidinde (örneğin bir taşınmazın veya taşınırın) seçim hakkının ne yönde kullanılacağına ilişkin irade açıklaması anına kadar sadece asıl borcun hangi edim olduğu belirsiz olmadığı, aynı zamanda çıkacak uyuşmazlıklar bakımından yargılama yeri ve cebir icra çeşidinin de belirsiz olduğu yönünde bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 17.

<sup>10</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 1; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 6; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 1; ERLER, s. 19; SELİÇİ, s. 376, 377; EREN, s. 923.

<sup>11</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 16; ERLER, s. 23; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; SELİÇİ, s. 377.

meydana getirilebilecektir<sup>12</sup>. Belirtelim ki seçimlik borç, sözleşmenin yapıldığı sırada asıl borç konusunun hangisini teşkil ettiği henüz belirlenmemiş iki ya da daha fazla edimi içeren bir borç ilişkisidir. Dolayısıyla, edimin içeriği belirlenemez nitelikte olmamalıdır. Taraflar sözleşmenin meydana gelmesi anına kadar seçimlik borca konu edimleri belirlemelidir. Ancak, seçimlik borçta ifaya ilişkin taşıma çeşidi, teslim yeri, teslim zamanı veya ödeme biçimi gibi bazı hususların belirsiz bırakılması mümkündür<sup>13</sup>.

Seçimlik borç ilişkisinin mutlaka sözleşme ile meydana gelmesi zorunlu değildir. Bu çerçevede seçimlik borç, bir ölüme bağlı tasarrufa, mahkeme kararına ya da kanuni düzenlemeye de dayanabilir<sup>14</sup>. Gerçekten, vasiyetname ile lehine mal vasiyet edilen kimseye ya da vasiyet borçlusuna iki veya daha fazla şey arasında seçim hakkının tanındığı hallerde seçimlik borç meydana gelir<sup>15</sup>. Bunun gibi, haksız fiil sonucu oluşan zararlarda hakimin tazminatın irat şeklinde ya da tamamının bir defada ödenmesine hükmedebileceğinden söz eden TBK m. 51 hükmü çerçevesinde seçimlik borcun hakim kararıyla meydana gelmesi mümkündür<sup>16</sup>. Aynı şekilde seçimlik borç doğrudan Kanun'dan da doğabilmektedir. Örneğin, komisyoncuya bizzat malın alıcısı veya satıcısı olma imkanı veren TBK m. 543 (OR Art. 436) hükmünde seçimlik borç söz konusudur<sup>17</sup>.

#### **D. Seçimlik Borcun Konusu**

TBK m. 87 çerçevesinde borç ilişkisinin seçimlik borç olarak nitelendirilebilmesi için en az iki edimin borçlanılmış olması zorunludur. Ancak Kanun

---

<sup>12</sup> Aynı şekilde, borcun farklı para birimleriyle ödenmesi koşulunu içeren sözleşmelerde, ortaklar arasındaki tasfiyenin o şeyin satılmasına, ihale edilmesine veya nitelik değiştirilmesine ilişkin anlaşmalarda, farklı rotayı veya yeri seçme hakkının söz konusu olduğu toplu taşıma araçları için alınan biletlerde, birden fazla tiyatro gösterisini izleme imkanı veren tiyatro bilet ya da abonmanlığında sözleşme ile seçimlik borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu yönde verilen örnekler için ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8; **WEBER**, Art. 72, N. 17; **MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 2005, §19, N. 185.

<sup>13</sup> **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 1; **WEBER**, Art. 72, N. 9, 10.

<sup>14</sup> **WEBER**, Art. 72, N. 13; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 18.

<sup>15</sup> **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8.

<sup>16</sup> Ayrıca krş. **WEBER**, Art. 72, N. 13.

<sup>17</sup> **WEBER**, Art. 72, N. 17; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 8.

seçimlik borca konu edimlerin niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemektedir. Dolayısıyla seçimlik borç farklı nitelik ve vasıfta edimleri içerebilir. Bu çerçevede edimlerden bir ya da bir kaçını verme, yapma ya da yapmama edimlerinden oluşabilir. Bir işin görülmesi ya da bölünebilen ya da bölünemeyen bir malın verilmesi veya rekabet etmeme gibi yapmama edimlerini içeren seçimlik borç ilişkileri meydana getirilebilir<sup>18</sup>. Örneğin, borçlu ya bir miktar paranın ödenmesini ya da belirli bir malın teslimini veya bir hizmet ediminde bulunmayı seçimlik borç ilişkisi çerçevesinde yüklenmiş olabilir. Belirtelim ki, seçimlik borca konu edimlerin eşit değerde olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>19</sup>.

Seçimlik borç verme edimlerinden oluşmakta ise, bunların aynı vasıf ve özellikte olmaları zorunlu değildir. Birlikte borçlanılan seçimlik borca ilişkin edimler somut ve ferdan belirlenmiş parça ya da çeşit borcunu içerebilir<sup>20</sup>. Seçimlik borca konu edimlerin tamamı parça borcuna veya tamamı çeşit borcuna ilişkin olabileceği gibi hem parça hem de çeşit borcunun kararlaştırılması da mümkündür<sup>21</sup>. Benzer şekilde borcun belirli bir çeşitle sınırlı

18 **VON TUHR**, Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, s. 78; **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 2; **WEBER**, Art. 72, N. 11; **EREN**, s. 924. Seçimlik borçlarda borcun konusu en az iki veya daha fazla edimi içerdiğinden edimin niteliğine, yani verme, yapma veya yapmama edimi olmasına göre, doğrudan ifanın konusu üzerinde etki edeceği gibi, dolaylı olarak ifa yeri, zamanı, ifanın şekli veya mahsup gibi ifa biçimleriyle de ilintilidir. Bu konuda ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 7.

19 **WEBER**, Art. 72, N. 11; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 3; **EREN**, s. 924.

20 **VON TUHR/PETER**, s. 78; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 16; **SELİÇİ**, s. 378. Aynı yüzölçümü veya değerdeki taşınmazları içeren seçim hakkında seçimlik borcun söz konusu olabileceği yönünde bkz. BGE 95 II 311 (**WEBER**, Art. 72, N. 12). Federal mahkemenin bu yönde verdiği kararların Türk hukukundaki tapu uygulaması bakımından mümkün olmadığı, sadece noterlerce düzenlenecek taşınmaz satış vadinin böyle bir imkan sağlayabileceği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 813. Buna karşılık, konut satım sözleşmesi çerçevesinde otomobil park yerinin belirlenmesi hakkının bir seçimlik borca konu olabileceği yönündeki Federal mahkeme kararı (BGE 118 II 35 (**WEBER**, Art. 72, N. 17))Türk hukuku bakımından da uygulanabilir niteliktedir.

21 **VON TUHR/PETER**, s. 78; **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 4; **WEBER**, Art. 72, N. 11. Seçimlik borç ve çeşit borcunun aynı anda söz konusu olduğu hukuki ilişkide esasen, alacaklı çeşidi belirleme yetkisine sahipken, borçlu da TBK m. 87 hükmüne göre ifanın konusunu belirlenen çeşitle sınırlı olmak üzere ve TBK m. 86 hükmündeki şartlar çerçevesinde seçim hakkına sahip olmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 16.

olmak üzere niteliğinin belirlenerek satıcıya bildirilme hakkının alıcıya verildiği hallerde de seçimlik borç ilişkisi bulunmaktadır<sup>22</sup>. Bununla birlikte, şayet seçimlik borca konu edimler çeşit borcu ise, edimlerin dahil olduğu çeşitlerden her birinin diğerlerinden kendine özgü farklı nitelikleriyle ayırt edilmesi gerekmektedir<sup>23</sup>.

Öte yandan TBK m. 87 hükmü ve aynı şekilde OR Art. 72, “edim” (Leistung) kavramından söz etmiş ve seçimlik borcun edim bakımından nisbi olarak belirsiz olmasına sonuç bağlamıştır. Öğretide bazı yazarlar, söz konusu düzenlemenin sadece ifa vasıtasına atıf yaptığı, dolayısıyla “edim” kavramının dar yorumlanarak seçimlik borcun sadece ifa konusundaki belirsizlik hallerinde söz konusu olabileceği görüşündedirler. Bu nedenle, ifa yeri, ifa zamanı veya ifa biçimine ilişkin diğer hususların belirsiz bırakılarak, bunları belirleme yetkisinin taraflardan birine verilmesinin seçimlik borç meydana getirmeyeceği, söz konusu hallerde ifa yeri veya zamanı gibi hususlarda bir seçim hakkını içeren basit bir borç ilişkisinin bulunduğunu ileri sürmektedirler<sup>24</sup>.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, seçimlik borçta edimlerdeki farklılık edimin bizzat konusunda ya da yerine getirilme biçiminde olabilir<sup>25</sup>. Gerçekten, taraflar edimin içeriğinde seçimlik borç ilişkisi meydana getirebileceği gibi, ifa yeri, ifa zamanı ya da ifa biçimi gibi diğer hususları belirsiz bırakmak suretiyle de böyle bir borç ilişkisi oluşturabilirler. Örneğin satım konusu malın İstanbul veya İzmir’de teslimine ya da 1 Ekim veya 1 Kasım’da teslim edilmesine ilişkin sözleşmelerde durum bu şekildedir. Belirtelim ki, ifade ettiğimiz sonuca TBK 87 hükmünün geniş yorumuyla ulaşılabilecektir. Zira söz konusu düzenleme “edim”den söz etmekle birlikte, bunun mutlaka asli edim yükümlülüğü şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin bir ifade içermemektedir. Aksine, asli edim yükümlülüğünün tek olduğu, buna karşılık yan yükümlerin birden fazla seçim hakkına dayalı olarak kararlaştırıldığı hallerde de seçimlik borçtan söz etmek gereke-

---

22 **EREN**, s. 924.

23 **SELİÇİ**, s. 378.

24 **SELİÇİ**, s. 377, 378; **ERLER**, s. 27.

25 **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 4; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 812; **EREN**, s. 924.

cek, dolayısıyla yine TBK m. 87 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>26</sup>. Örneğin satım konusu malın, 1 Ekim veya 1 Kasım'da teslim edilmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede seçimlik borç söz konusudur ve aksi belirtilmedikçe veya hal ve şartlardan aksi anlaşılmadıkça TBK 87 uyarınca bu tarihlerden birini seçerek ifada bulunma hakkı borçluya ait olacaktır.

## E. Seçimlik Borcun Benzer Borçlarla Karşılaştırılması

### 1. Çeşit Borcu – Seçimlik Borç

Çeşit (cins-nevi) borcu (Gattungsschuld) TBK m. 86 hükmünde ele alınmış ve hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçiminin borçluya ait olduğu, fakat borçlunun ortalama nitelikten daha düşük bir edimi seçemeyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm çeşit borcuna ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Öğretide yapılan tanım uyarınca çeşit borcu, borcun konusunun ferdi olarak ve somut bir biçimde belirlenmediği, aksine sadece çeşidiyle belirtilmek suretiyle miktar olarak tespit edildiği ve borcun ancak söz konusu çeşide dahil şeylerden kararlaştırılan miktarda olmak üzere herhangi bir şeyle ifasının mümkün olduğu hallere özgü bir borç niteliğindedir<sup>27</sup>.

TBK m. 86 hükmü ve öğretide yapılan tanımdan yola çıkıldığında çeşit borcunun özellikle borcun içeriğinin belirsiz olması ve aksi hukuki ilişkiden veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluya ait bulunması gibi hususlarda seçimlik borç ile benzerlik taşıdığı görülecektir<sup>28</sup>. Ancak çeşit borcu ile seçimlik borç birbirinden ayrı kavramlardır. Her şeyden önce hem çeşit hem seçimlik borçta borcun içeriği her ne kadar belirsiz ise de, çeşit borcunda sadece belirli bir çeşit içerisinde bir belirsizlikten söz edilebi-

<sup>26</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 812; **EREN**, s. 924. Belirtelim ki, asli edim yükümlülüğünün tek olduğu, buna karşılık yan edimlerin birden fazla kararlaştırıldığı hallerde seçimlik borçtan söz etmek mümkün ise de, sözleşmesel ilişkide somut bir belirleme olmaksızın taraflardan biri borcun ne şekilde ifa edileceği hususunda tamamen serbest bırakılmışsa (mesela taşıyıcı dilediği yol veya vasıta ile şeyi taşıyabilecekse) seçimlik borçtan söz edilemez. Aynı yönde bkz. **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 9; Ayrıca krş. **WEBER**, Art. 72, N. 10.

<sup>27</sup> **WEBER**, Art. 71, N. 13; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 71, N. 12; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 299; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 12; **EREN**, s. 918.

<sup>28</sup> **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 22; **SELİÇİ**, s. 373; **EREN**, s. 924.



lir. Halbuki seçimlik borçta genel nitelikte herhangi bir şey değil, birden çok belirli şeyden birinin borçlanması mümkündür<sup>29</sup>. Örneğin satım konusu vazonun veya tablonun teslimine ilişkin seçimlik borçta durum bu şekildedir. Bu çerçevede seçimlik borçta ferden muayyen bir şey (parça borcu) ya da çeşidiyle belirlenmiş bir şey (çeşit borcu) borcun konusunu oluşturabilirken, çeşit borcunda sadece belirli bir çeşit (cins, nevi) borcun konusunu teşkil eder ve belirlenen çeşitten olmak koşuluyla borç herhangi bir şeyle ifa edilebilir<sup>30</sup>.

Öte yandan her iki borç ilişkisi seçim hakkı sahibinin menfaat durumu bakımından da farklılık gösterir. Zira seçimlik borçta, borçlunun ya da alacaklının sözleşmenin doğumu sırasında henüz belirsiz olan ve ileride seçim hakkının kullanılacağı zamanda somutlaşacak menfaatlerin dikkate alınması söz konusudur<sup>31</sup>. Örneğin, seçimlik borç ilişkisinin söz konusu olduğu bir sözleşmede alıcı A'nın X malına veya Y malına ilişkin seçim hakkını ileride kullanacak olması, sözleşmenin yapıldığı sırada henüz belirsiz olan menfaatinin ilerideki bazı olay ya da olgulara göre somutlaşması anlamına gelmektedir. Oysa çeşit borcunda, sözleşmenin yapıldığı sırada o çeşitle sınırlı olarak alacaklının zaten belirli olan bir menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla çeşit borcunda alacaklının sözleşmenin yapıldığı sırada var olan menfaatinin aynı çeşitten ve belirlenen ya da belirleme yoksa orta kalitede bir şeyle karşılanması söz konusudur<sup>32</sup>.

Çeşit borçlarında borçlu, edim konusu şeyi bazen belirli bir stoktan veya belirli bir yerdeki şeyden vermeyi borçlanmış olabilir. Bu türdeki çeşit borçları sınırlı çeşit borcu (stok borcu – beschränkte Gattungsschuld) olarak ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Belli bir stoktan seçimin söz konusu olduğu, örneğin hayvan yetiştiricisi H'nin maliki olduğu 5 attan birini A'ya sattığı hallerde borcun seçimlik borç mu yoksa sınırlı çeşit borcu mu olduğu hususunda tereddüt

<sup>29</sup> von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 71, N. 28; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 20; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 5; EREN, s. 924; SEROZAN, s. 75.

<sup>30</sup> WEBER, Art. 72, N. 23; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 20; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 5; EREN, s. 924; SEROZAN, s. 75.

<sup>31</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 22; WEBER, Art. 71, N. 28.

<sup>32</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 23; WEBER, Art. 71, N. 28; SEROZAN, s. 75.

<sup>33</sup> WEBER, Art. 71, N. 19; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 71, N. 16; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 71, N. 6; OĞUZMAN/ÖZ, s. 300; EREN, s. 919.

yaşanabilir. Şayet taraflar hayvanları farklı özellikleriyle birlikte bireysel olarak dikkate almışlarsa ve bu çerçevede seçim hakkı alıcı ya da satıcıya bırakılmışsa, bir seçimlik borç söz konusudur<sup>34</sup>. Bu çerçevede seçim hakkı sahibi beş attan herhangi biri için seçim hakkını kullanabilir. Buna karşılık, atların bireysel özelliklerine göre belirlenmediği, sadece edimin o stoktaki şeylerden her birinin birbirine eşit numune olarak kabul edildiği hallerde sınırlı çeşit borcundan söz edilir<sup>35</sup>. Bu durumda satıcı seçtiği atlardan birini teslimle borcundan kurtulabilirse de, bunun için seçtiği atın orta kaliteden aşağı olmaması gerekir. Görüldüğü üzere, burada seçimlik borçtan ayrı olarak satıcının borcunu, sınırlı çeşit borcundan herhangi biri ile borcunu ifa edememesi yönüyle ayrılmaktadır.

## 2. Seçimlik Yetki – Seçimlik Borç

“Edimi değiştirme yetkisi” veya “yedek edim yetkisi” olarak da ifade edilen<sup>36</sup> seçimlik yetki (Alternativermächtigung - Ersetzungsbefugnis), borçlunun veya alacaklının, borçlanılan asıl edim yerine geçmek veya ona karşılık teşkil etmek üzere diğer bir edimi ifa veya talep etme yetkisidir<sup>37</sup>. İsviçre ve Türk Borçlar Hukukunda özel olarak düzenlenmeyen<sup>38</sup> ancak

<sup>34</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 3; EREN, s. 957; SELİÇİ, s. 378, 379.

<sup>35</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 3; EREN, s. 956, 957. Stoku teşkil eden şeylerin az sayıda olduğu ve seçim hakkının da alacaklıya tanındığı hallerde, tarafların iradesinin sınırlı çeşit borcundan ziyade seçimlik borca yönelmiş olmasının daha kuvvetli bir ihtimal olduğu yönünde bkz. SELİÇİ, s. 379.

<sup>36</sup> Kavram için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 817; SELİÇİ, s. 381.

<sup>37</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 25; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 5; WEBER, Art. 72, N. 67; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 7, 8; TUNÇOMAĞ, s. 51; EREN, s. 929; OĞUZMAN/ÖZ, s. 301; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 817; SELİÇİ, s. 381; NOMER, s. 207.

<sup>38</sup> Kanun’da özel olarak düzenlenmemişse de, seçimlik yetki sözleşmesel ilişki çerçevesinde meydana getirilebilir. Örneğin, vekalet sözleşmesinde avukat, müvekkiline vekalet ücreti olan 5.000 TL’yi belirli bir mal vermek suretiyle ödeme imkanı verirse seçimlik yetki söz konusu olur. Bkz. EREN, s. 930. Sözleşme ile meydana getirilebilecek seçimlik yetki örnekleri için ayrıca bkz. WEBER, Art. 72, N. 82; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 71. Öte yandan tarafların seçimlik yetkiyi sözleşmede kararlaştırmadıkları, ancak Kanun’da seçimlik yetkiye ilişkin sonuçların doğabildiği bazı borç ilişkileri de mevcuttur. Nitekim BK m. 99/II uyarınca şayet borç ülke parası dışında bir para birimi olarak ödenecekse ve sözleşmede aynen ödeme ya da buna benzer bir kayıt bulunmamak-

uygulamada sıklıkla rastlanan seçimlik yetki, seçimlik borçtan ayrı bir kavramdır. Öncelikle seçimlik yetkide borcun konusu tek bir asli edimi (Hauptleistung) içerir ve hukuki ilişkinin meydana gelme anından itibaren belirlidir. Ancak borcun yedek edimle değiştirilerek ifası mümkündür. Buna karşılık seçimlik borçta iki veya daha çok asli edim borcun konusunu teşkil etmektedir. Seçim hakkı sahibi bunlardan dilediğini seçerek ve ifa ederek borcu sona erdirebilir<sup>39</sup>.

Öte yandan seçimlik yetkide edim, seçimlik borçta olduğu gibi yan yana borçlanılmamaktadır; asıl borç vardır ve onun arkasına diğeri eklenmektedir<sup>40</sup>. Diğer bir anlatımla seçimlik yetkide borçluya belirli bir edimi yerine getirme borcu yüklenmekte, ancak esasında borçlanmadığı başka bir edimle de (yedek edim) borcunu ifa edebilme imkanı tanınmaktadır. Bu nedenle borç sona erinceye kadar, borca ve edime ilişkin hüküm ve sonuçlar asıl borçlanılan edime bağlı olarak meydana gelir. Bu durum özellikle ifanın imkansız olması bakımından önem arz eder. Zira ileride görüleceği üzere seçimlik borçta edimlerden birinin imkansız hale gelmesi, borcu kendiliğinden sona erdirmez. Halbuki seçimlik yetkide borçlanılan asli edim borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelmişse, onun yerini kendiliğinden yedek edim almaz. Bu halde borç sona erer ve alacaklı yedek edimin ifasını talep edemez<sup>41</sup>. Aynı şekilde, yedek edimin ifasının imkansız hale gelmesi de, asli

---

ta ise, borçlu borcunu dilerse o yabancı para, dilerse ödeme zamanındaki değer üzerinden ülke parası ile ödeme yetkisine sahiptir. Kanunen seçimlik yetkinin söz konusu olduğu diğer haller için ayrıca bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 83; ; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 5; **PALANDT/HEINRICH**S, §262, N. 7; **TUNÇOMAĞ**, s. 51; **SELİÇİ**, s. 384, 385; **ERLER**, s. 53-55; **NOMER**, s. 207. Satış için bırakma sözleşmesinde durum tartışmalıdır. Öğretide ağırlık görüşü ve Federal mahkeme kararları, satım için şey kendisine bırakılan kişinin kararlaştırılan tahmini bedeli ya da satım parasını ödeme hususunda seçimlik bir borcu bulunduğu yönündedir (BGE 55 II 43; BGE 58 II 347 (**GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 10); **von TUHR/PETER**, s. 78 **SEROZAN**, s. 74, 75). Bazılarına göre ise, kendine özgü yapısı olan satım için bırakma sözleşmesinde, satım için şey kendine bırakılan tarafın teknik anlamda bir seçimlik borcu bulunmamaktadır. Aksine bu durumda seçimlik yetkiden söz etmek daha uygundur. Bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 18.

<sup>39</sup> **WEBER**, Art. 72, N. 28; **SAYMEN/ELBİR**, s. 605; **TUNÇOMAĞ**, s. 51; **SELİÇİ**, s. 381, 382; **EREN**, s. 929.

<sup>40</sup> **WEBER**, Art. 72, N. 28; **SAYMEN/ELBİR**, s. 605; **SELİÇİ**, s. 382.

<sup>41</sup> **von TUHR/PETER**, s. 82; **WEBER**, Art. 72, N. 28, özellikle N. 73; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 75, 76; **PALANDT/HEINRICH**S, §262, N. 8; **SAYMEN/ELBİR**, s. 605, 606; **TUNÇOMAĞ**, s. 51, 52;

edim üzerinde herhangi bir etki doğurmaz. Bu durumda borçlu asli edimi ifa yükümlülüğü altına girer. Şayet asli edim borcu borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse, borçlu tazminat ödeyerek ya da yedek edimi yerine getirerek borcundan kurtulma imkanına sahiptir<sup>42</sup>.

Seçimlik borç ve seçimlik yetki, hakkın veya yetkinin kullanılmasının niteliği bakımından da birbirinden ayrılır. Zira seçimlik borçta seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran bir hak kullanımıdır<sup>43</sup>. Oysa seçimlik yetkide yetkinin kullanımı ancak yedek edimin fiilen yerine getirilmesi suretiyle olur. Dolayısıyla burada borçlu tek taraflı iradesiyle kullanabileceği bir yenilik doğuran hakka sahip değildir. Borçlu yedek edimi yerine getireceği yönünde bir irade açıklamasında bulunmuş olsa dahi, seçimlik yetkide asli edim borcun asıl konusu olmaya devam eder ve bu durumda borçlunun asıl borçlanılan edimi yerine getirmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>44</sup>.

### 3. Koşula Bağlı Borç – Seçimlik Borç

Seçimlik borç koşula bağlı borçlardan ayrı bir kavramdır. TBK m. 170-176 maddeleri arasında düzenlenen koşulda, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir olay veya olguya hukuki işlemin hükümlerini doğurması ya da hükümden düşmesi sonucunun bağlanması söz konusu-

---

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 818; SELİÇİ, s. 382; EREN, s. 929; NOMER, s. 207.

42 WEBER, Art. 72, N. 76; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 76. Seçimlik yetki genellikle borçluya tanınan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın alacaklıya da bırakılabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda ise alacaklının yedek edimle ifayı talep anına kadar borçlu borçlandığı asıl edimle borcunu ifa edebilecektir. Şayet alacaklı yedek edim yetkisini kullanmadan asli edim imkansız hale gelirse, borçlu yine borcundan kurtulacak ve alacaklının yedek edim yetkisi de sona erecektir. Ayrıca bkz. SELİÇİ, s. 384. Ancak, borçlunun kusuru ile asıl edim imkansız hale gelmişse ve yedek edim yetkisi alacaklıda ise, alacaklının imkansızlaşan asıl edim yerine tazminatı ya da yedek edimin ifasını talep edebileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. WEBER, Art. 72, N. 80; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 78; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 9.

43 von TUHR/PETER, s. 79; WEBER, Art. 72, N. 29.

44 von TUHR/PETER, s. 82; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 67; WEBER, Art. 72, N. 72; PALANDT/HEINRICH, §262, N. 7; SELİÇİ, s. 383; EREN, s. 931. Borçlunun seçimlik yetkisini kullanmasında irade açıklamasının yeterli sayılacağı, bu nedenle yenilik doğuran bir işlem niteliğinde olduğu ve borçlunun ifaya yönelik irade açıklamasından dönemeyeceği yönünde aksi fikir için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 52; ERLER, s. 42 vd.

dur<sup>45</sup>. Bu çerçevede koşul, hukuki işlemin sonuçlarının doğmasına bağlan-  
mışsa geciktirici; hukuki sonuçlarının kendiliğinden sona ermesine bağlan-  
mışsa bozucu koşul niteliğindedir. Görüldüğü üzere, seçimlik borç ve koşu-  
lun karşılaştırılmasında esas olan, geciktirici koşuldur.

Geciktirici koşulda borçlunun yükümlendiği borcun doğumu gelecekte  
gerçekleşeceği belirsiz bir olay veya olgudur. Dolayısıyla geciktirici koşul-  
da, borçlunun edimi borçlanıp borçlanmayacağı yönünde bir belirsizlik söz  
konusudur ve bu belirsizliğin sona ermesi, koşulun gerçekleşmesine veya  
gerçekleşmemesine bağlıdır. Koşul gerçekleşmedikçe borç doğmaz; alacaklı  
herhangi bir ifa talebinde bulunamaz<sup>46</sup>. Buna karşılık seçimlik borçtaki be-  
lirsizlik, borcun borçlanılıp borçlanılmayacağına ilişkin değildir. Aksine  
burada borçlanılmış olma durumu baştan itibaren mevcuttur, ancak bu borç  
birden çok edimi içermektedir. Bu nedenle seçimlik borçtaki belirsizlik bir-  
den çok borçlanılan edimin hangisinin yerine getirileceğine ilişkindir<sup>47</sup>

#### 4. Alacaklı Lehine Seçimlik Haklar – Seçimlik Borç

Seçimlik borç ilişkisinden söz edebilmek için, çeşitli edimlerden birini  
seçme hakkının taraflardan birisine bırakılmış olması gerekmektedir. Ancak  
bazı durumlarda alacaklı lehine tek bir borç ilişkisinden niteliği itibariyle  
farklı bazı talep ya da yenilik doğuran haklar doğabilir. Şayet bu şekildeki  
bir seçim hakkı alacaklı veya borçlunun iradesi dışında ortaya çıkan bir olay  
veya olguya bağlı olarak oluşmakta ise burada alacaklı lehine birbiriyle yarı-  
şan seçimlik hak (elektive Konkurrenz) söz konusudur<sup>48</sup>. Örneğin, alacaklı-  
nın borçlunun temerrüdü nedeniyle sahip olduğu ifadan vazgeçerek müsbet  
zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep hakkı (TBK m.  
125), satım konusu şeydeki ayıplara ilişkin alacaklının sahip olduğu haklar

<sup>45</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 330; TUNÇOMAĞ, s. 573.

<sup>46</sup> von TUHR/PETER, s. 78; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 26; SELİÇİ, s. 385; EREN, s. 924.

<sup>47</sup> von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 72, N. 26; TUNÇOMAĞ, s. 50; SELİÇİ, s. 385; EREN, s. 924. Tarafların edimin belirlenmesi yetkisini üçüncü kişiye bıraktıkları durumda dahi koşulun değil, sadece seçimlik borçta edimi belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılmasının, diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin seçim hakkını kullanmasının söz konusu olduğu yönünde bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 26.

<sup>48</sup> von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 72, N. 24; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; SELİÇİ, s. 380; EREN, s. 924, 925; SEROZAN, s. 76.

(TBK m. 227), eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin hakları (TBK m. 475) seçimlik haklardandır.

Seçimlik borç, alacaklı lehine oluşacak seçimlik haklardan farklıdır. Zira, seçimlik borçta borcun konusu başlangıçtan itibaren birden fazladır ve seçim hakkının kullanılmasıyla edim belirli hale gelir. Dolayısıyla seçimlik borçta seçim, edime ilişkin belirsizliği giderme amacı taşır. Buna karşılık alacaklı lehine seçimlik haklarda, borçlunun edimi tek bir şeyin ifasına ilişkin olup, seçim hakkının doğumu tarafların iradesi dışında borçlunun borcuna aykırı bir davranışının ürünüdür<sup>49</sup>. Diğer bir anlatımla, borçlunun borcuna aykırı davranışı alternatif nitelikte talep hakları veya yenilik doğuran haklar meydana getirmekte, alacaklı ancak bu durumda farklı ve birbiriyle yarışır nitelikteki bu haklar arasında seçim hakkına sahip olabilmektedir<sup>50</sup>.

### III. SEÇİMLİK BORCUN İFASI

#### A. Seçim Hakkının Kullanılması

##### 1. Seçim Hakkının Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar

Seçimlik borç, taraflardan birinin ya da diğerinin sözleşmenin doğumu sırasında henüz belirsiz olan ve ileride seçim hakkının kullanılacağı zamanda somutlaşacak menfaatlerin dikkate alınmasıyla meydana gelmektedir. Seçim hakkını kullanacak taraf kendince özel sebeplere ya da hukuki ilişkinin durumuna göre seçim hakkının kullanılacağı ana kadar bu hakkını öteleyebilmektedir. Böylece seçim hakkı sahibi borçlu ise kanunun kendisine verdiği menfaati düşünerek, alacaklıda ise sözleşmenin meydana geldiği zamanda kapsamı, niteliği ve miktarı henüz yeterli derecede belirli olmayan menfaati düşünerek seçim hakkını kullanma imkanına kavuşmaktadır<sup>51</sup>. Ancak seçim hakkının kullanılmasının hukuki niteliğine ilişkin İsviçre-Türk hukukunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu'nun (BGB §263) alacaklı veya borçlunun seçiminin diğer tarafa yöneltilebilecek bir beyan ile gerçekleşeceği şeklindeki düzenlemeden hareketle, her iki hukuk bakımından da seçim hakkının yenilik doğuran bir hak kulla-

49 von TUHR/PETER, s. 78; WEBER, Art. 72, N. 24; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; ERLER, s. 63; SELİÇİ, s. 380, 381; EREN, s. 925.

50 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 28; SELİÇİ, s. 380, 381.

51 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 22.

nımı olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Ayrıca, hak sahibinin tek taraflı iradesi ile borcun konusunu belirli bir tek edim haline getirdiğinden, seçim hakkının kullanılması değiştirici yenilik doğuran hak özelliği taşımaktadır<sup>53</sup>.

Alacaklı ya da borçlu tarafından seçim hakkının kullanılması tek taraflı yöneltmesi gerekli olan iradeyle kullanılır. Şekle bağlı olmayan seçim hakkının koşula bağlı olarak kullanılması da mümkün değildir<sup>54</sup>. Yenilik doğuran hak olduğu için seçim hakkı bir kez kullanıldığında değiştirilemez ya da geri alınmaz. Kullanılan seçim hakkından dönme veya onu değiştirme ancak diğer tarafın muvafakati ile mümkündür<sup>55</sup>. Hakkın kullanılması yöneltmesi gerekli olan bir irade beyanı niteliği taşıdığından, kabul edilen görüşe göre karşı tarafa ulaşma anından itibaren seçim hakkı kullanılmış sayılacak, hükümlerini ise hak kullanıldığı andan itibaren doğuracaktır<sup>56</sup>. Karşı tarafın seçim hakkını henüz öğrenip öğrenmediği sonucu değiştirmeyecektir. Ancak seçim hakkının geri alınabilmesi bakımından TBK m. 10 hükmünün burada da kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Bu çerçevede seçimin geri alınmasına ilişkin beyan, hakkın kullanılmasına ilişkin beyandan daha önce veya aynı anda karşı tarafa ulaşırsa ya da sonra ulaşmakla birlikte önce geri alma beyanı karşı tarafça öğrenilirse seçim geri alınmış sayılır<sup>57</sup>. Bu durumda seçim hakkı sahibi yeni bir seçim yapabilir.

Şayet seçim hakkına sahip olan taraf, bu hakkını kullanırken yanılırsa (hata), açıklamada yanılma hükümleri çerçevesinde bu seçimiyle bağlı değildir (TBK m. 30). Özellikle mazur görülebilir bir beyan yanılışı nedeniyle

---

<sup>52</sup> PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 1; von TUHR/PETER, s. 79; WEBER, Art. 72, N. 29; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; SAYMEN/ELBİR, s. 606; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

<sup>53</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 29; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

<sup>54</sup> von TUHR/PETER, 79; PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 37; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

<sup>55</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; SAYMEN/ELBİR, s. 606; TUNÇOMAĞ, s. 53; SELİÇİ, s. 386; EREN, s. 925.

<sup>56</sup> PALANDT/HEINRICHS, §263, N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 37; SELİÇİ, s. 387.

<sup>57</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 606; OĞUZMAN/ÖZ, s. 302; SELİÇİ, s. 388.

asıl seçilmek istenen edim yerine diğer edimin seçilmesi durumunda iptal hakkının varlığı kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bu durumda seçim hakkını kullanmada yanılan kişi, diğer edimi seçme hakkına sahiptir. Şayet yanılmaya rağmen seçilen şey borçlu tarafından teslim edilmişse, ancak sonradan yanılma öğrenilmişse, Kanun'da belirtilen bir yıllık süre (TBK m. 39/I) içerisinde o şeyin iadesi talep edilebilir ve asıl seçilmek istenen edim yerine getirilebilir. Belirtilen ki, seçim hakkı kullanıldıktan sonra, borç ifa edilmiş ya da edilmesin saikte yanılma seçim hakkı sahibine seçimi iptal ve diğer edimi seçme hakkı vermez. Bu durum, ancak saikte yanılma esaslı nitelikte ise mümkün görülebilir (TBK m. 32)<sup>59</sup>. Yanılmaya ilişkin ifade ettiğimiz hususlar, seçim hakkının kullanılması yönündeki iradenin aldatma veya korkutma gibi bir nedenle sakatlandığı haller için de geçerli kabul edilmeli ve mesele TBK m. 36 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle halledilmelidir.

## 2. Seçim Hakkı Sahibi Kişi

TBK m. 87 hükmü, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça seçimlik borçlarda edimlerden birinin seçiminin borçluya ait olacağını ifade etmektedir<sup>60</sup>. Söz konusu düzenleme bu niteliği ile tamamlayıcı hukuk kuralıdır ve seçimin alacaklıya veya üçüncü kişiye kesin bir biçimde tanın-

58 **WEBER**, Art. 72, N. 38; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 35; **SAYMEN/ELBİR**, s. 606. Seçim hakkı sahibi bu hakkını kullanırken yanılabilmesi gibi, bazı hallerde seçimlik borcun yanılma ile adi bir borç olduğu düşüncesi ile ifası da söz konusu olabilir. Şayet seçimlik borcun borçlusu yanılarak kendisini adi bir borcun borçlusu zannederek ifade bulunmuş ise edimin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilir ve seçim hakkını diğer edim lehine kullanabilir. Bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 72, N. 8. Aynı şekilde seçim hakkı sahibi alacaklı da kendisini adi bir borcun alacaklısı zannederek bir edimi talep etmişse, yanılma hükümlerine dayanarak irade beyanını iptal edebilir ve seçim hakkını diğer edim lehinde kullanabilir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **SELİÇİ**, s. 390; **SEROZAN**, s. 75.

59 **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 35.

60 İsviçre (OR Art. 72) ve Alman hukuklarında (BGB §262) da aynı çözüm benimsenmiş ve aksi kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluya ait olacağı belirtilmiştir. Her seçimlik borcun esasının, edimlerden birinin borçlu tarafından ifasını gerektirdiği, böylece borçlunun kendine uygun olan edimi seçip ifa etmesinin daha uygun olacağı, bu hakkın borçlu dışında alacaklıya veya üçüncü kişiye bırakılmasının borçlunun durumunu ağırlaştıracağı ve hukuk düzenlerince seçimlik borçlarda seçim hakkının kural olarak borçluya ait olması prensibinin bu düşünceye dayandığı yönünde bkz. **SELİÇİ**, s. 388.



madığı ya da işin özelliğinden seçim hakkının alacaklıya ait olduğunun anlaşılmadığı hallerde uygulama imkanı bulacaktır<sup>61</sup>.

Taraflar arasındaki sözleşme, seçim hakkının alacaklıya veya borçluya ya da üçüncü kişiye ait olacağına ilişkin açık bir hüküm içerebilir. Uygulamada tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki TBK m. 87 hükmünden sapıldığı ve seçim hakkının alacaklıya bırakıldığı sıklıkla görülmektedir. Özellikle, sözleşmenin yapıldığı sırada alacaklı lehine olabilecek birden fazla edim, alacaklının ileride ortaya çıkabilecek ve fakat şu anda öngörülemeyen menfaatine uygun olarak seçimlik borç haline getirilmekte ve bu çerçevede taraflar arasındaki sözleşmede seçim hakkı alacaklıya bırakılabilmektedir<sup>62</sup>. Bunun yanında seçimlik borca konu edimlerin alacaklı bakımından aynı menfaati temin ettiği ya da değişik saiklerle borçluya alternatif ödeme kolaylığının sağlanması gibi hallerde taraflar sözleşmede seçim hakkının borçluya ait olduğunu da açıkça kararlaştırabilmektedirler. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, seçim hakkının borçluya ait olduğuna ilişkin açık sözleşme hükmü bulunmasa dahi, TBK 87 gereğince bu hak borçluya aittir. Borçluya verilen böyle bir seçim yetkisi sadece işin özelliğinden seçim hakkının alacaklıya ait olacağına anlaşılacağı durumlarda pratik bir önem taşıyacaktır.

Seçim hakkı sahibi alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla kişiden oluştuğu hallerde sözleşme ile seçim hakkının ne şekilde kullanılacağı belirlenmiş olabilir. Örneğin, seçimlik borcun borçlusu birden fazla kişiden oluşmakla birlikte, taraflar seçim hakkının borçlulardan sadece biri ya da herhangi biri tarafından kullanılabileceğini kararlaştırabilir. Aynı şekilde sözleşmede seçim hakkının öncelikle talep edene veya ifayı teklif edene ait olacağı şeklinde bir belirlemenin söz konusu olduğu haller de geçerlidir<sup>63</sup>. Böyle bir belirleme yoksa seçime ilişkin irade açıklaması ya seçim hakkı sahibi alacaklı veya borçluların tamamının katılımıyla sağlanmalı ya da birinin yapmış olduğu seçime ilişkin irade açıklamasına diğer(ler)i onay vermiş

---

<sup>61</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 7; WEBER, Art. 72, N. 33; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 36; SAYMEN/ELBİR, s. 606, 607; OĞUZMAN/ÖZ, s. 302; EREN, s. 925.

<sup>62</sup> BECKER, Art. 72, N. 3; WEBER, Art. 72, N. 33; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 37.

<sup>63</sup> WEBER, Art. 72, N. 33; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 41.

olmalıdır<sup>64</sup>. Elbette bu konuda belli bir çoğunluğu ilgilendiren hususlarda varılacak ortak çözüm niteliğindeki kararlar bakımından, Kanun'da belirtilen çoğunluğun seçim hakkını kullanması yeterli görülmelidir. Örneğin, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunu gerektiren kararlar bakımından (TMK m. 691), bu çoğunluğun seçim hakkını kullanması diğerleri bakımından da bağlayıcı olacaktır.

Öte yandan taraflar, menfaatleri gerektiriyorsa seçim hakkının üçüncü kişiye bırakılması hususunda da anlaşılabilir. Özellikle edim menfaatinin sözleşmenin kurulması sırasında belirlenmemesi ya da edime ilişkin bilgi ya da tecrübe eksikliği gibi nedenlerle tarafların seçim hakkını uzman, eksper ya da bilirkişiye bırakmaları mümkündür. Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşmede üçüncü kişinin menfaatinin önemli olduğu hallerde de seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılabilmektedir. Örneğin, yüklenici ve malzeme temin eden kimse arasında yapılan sözleşmede yapıda kullanılacak parkelerin ya da mutfak dolaplarının eser sahibince belirleneceği kararlaştırılabilir<sup>65</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, seçim hakkı sözleşme ile açıkça alacaklıya ya da üçüncü kişiye tanınmış olabilir. Ancak bazı hallerde seçim hakkı böyle açık bir belirleme olmasa dahi yine borçlu dışında alacaklıya veya üçüncü kişiye aittir. TBK m. 87 hükmünün "...işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça..." edimlerden birini seçme hakkının borçluya ait olacağı şeklindeki ifadenin aksiyile yorumundan hareketle, hal ve şartlardan ya da hukuki işlemin amaç ve yorumundan seçim hakkının alacaklıya veya üçüncü kişiye ait olacağı anlaşılabilir<sup>66</sup>. Seçim hakkının kime ait olacağı hususu ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde anlaşılamiyorsa alacaklı seçim hakkının kendisine ait olduğunu ileri sürebilirse de bunu ayrıca ispat etmelidir. Özellikle alacaklının edimin belirlenmesinde herhangi bir menfaati yoksa ya da bu husus tartışmalı ise ve alacaklı seçim hakkının işin özelliği gereği kendisine ait olması

<sup>64</sup> PALANDT/HEINRICH, §263, N. 1; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 41.

<sup>65</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 40; SAYMEN/ELBİR, s. 607; EREN, s. 925. Yüklenici ve alt yüklenici arasındaki sözleşmede her ne kadar seçim hakkı iş sahibine yani üçüncü kişiye bırakılmış ve bu kişinin menfaatine göre asıl edim belirlenecek ise de, söz konusu durumun sözleşmeyi şarta bağlı ya da üçüncü kişi lehine sözleşme haline getirmeyeceği yönünde bkz. WEBER, Art. 72, N. 35.

<sup>66</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 7; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 38; SELİÇİ, s. 388.

gerektiğini ispat edememişse seçim hakkının borçluya ait olacağı açıktır<sup>67</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın edimi seçimlik olarak birbirine bağlanmış olabilir. Örneğin, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde zemin kattaki dairenin 500 TL'ye veya birinci kattaki dairenin 700 TL'ye kiralandığına ilişkin sözleşmede tarafların her birinin seçimlik edimi karşılıklı olarak meydana gelmiştir. Bu gibi durumlarda kimin seçim hakkına sahip olduğu için özelliklerine, ticari teamüllere göre belirlenmelidir<sup>68</sup>. Özellikle satım sözleşmesinde alıcının, kira sözleşmesinde kiracının, vekalet sözleşmesinde vekalet verenin öncelikli olarak seçim hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>69</sup>.

Borç ilişkisinin bir unsuru olarak ortaya çıkan seçim hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde değildir. Bu nedenle seçim hakkı temsil yoluyla kullanılabilir. Bu durumda temsilcinin ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir. Ayrıca seçim hakkının kullanılması bakımından özel temsil yetkisi şart değildir<sup>70</sup>. Ancak seçim hakkı ister hak sahibince bizzat ister temsilci marifetiyle kullanılıyor olsun, seçim hakkı sahibinin tasarruf yetkisinin varlığı zorunludur<sup>71</sup>.

Seçim hakkı, bu hakka sahip kişinin külli halefleri ya da alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi gibi hallerde cüzi halefleri tarafından da kullanılabilir. Ancak seçim hakkının kendiliğinden bir hak olma özelliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla seçim hakkının bir başkasına geçebilmesi için hukuki işleme ilişkin seçime konu hakkın sözleşme, kanun ya da mahkeme kararı ile devri zorunludur; yoksa sadece seçimi kullanma hakkının devri mümkün

---

<sup>67</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 39.

<sup>68</sup> von TUHR/PETER, 79; WEBER, Art. 72, N. 34. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede edim yükümlülükleri seçim durumuna bağlanmışsa (örneğin A'nın B'ye X malını 100 TL'ye veya Y malını 90 TL'ye satması) her iki taraf da birbirine karşı borçlu olduklarından seçimlik borç ilişkisinden söz edilemeyeceği ve TBK m. 87 (Art. 72) hükmünün uygulanabilirliğinin bulunmadığı yönünde aksi görüş için bkz. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 38.

<sup>69</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 7; WEBER, Art. 72, N. 34.

<sup>70</sup> BECKER, Art. 72, N. 7; WEBER, Art. 72, N. 36; EREN, s. 925.

<sup>71</sup> WEBER, Art. 72, N. 36.

değildir<sup>72</sup>. Şayet edimlerden birinin borçlunun kişisel özelliklerine dayalı olduğu seçimlik borç, seçim hakkı kullanılmadan üçüncü kişi tarafından üstlenilmişse, bu kimse diğer edimi seçerek borcunu ifa edebilirse de, devreden kişisel özelliğine dayalı edimi seçerek ifa edebilmesi genel hükümlere tabidir. Bu durumda karşı taraf kabul etmedikçe seçim hakkının devreden kişisel özelliğine dayalı edime yönelik kullanılması ve ifası mümkün değildir<sup>73</sup>.

### 3. Seçim Hakkının Kullanılma Zamanı

Seçim hakkının hangi anda veya hangi süre içerisinde kullanılacağı taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir belirleme yoksa hal ve şartlara göre seçim hakkı sahibi bu hakkını makul ve uygun süre içerisinde açık ya da zımni irade beyanı ile karşı tarafa yöneltmelidir<sup>74</sup>. Buna karşılık, sözleşmeden doğan borcun ifası bakımından belirli bir süre kararlaştırılmışsa, seçim hakkının en geç bu süre sonuna kadar kullanılması gerekmektedir. Farklı vadelerin söz konusu olduğu seçimlik borçlarda ise, ilk vade tarihine kadar seçim hakkı kullanılmalıdır<sup>75</sup>. Örneğin borcun 1 Ekim ya da 1 Aralık tarihinde ifasının kararlaştırıldığı seçimlik borçlarda 1 Ekim tarihine kadar seçim hakkı kullanılmalı ve hangi tarihte borcun ifa edileceği karşı tarafa bildirilmelidir. Söz konusu tarihe kadar seçim hakkının kullanılmaması durumunda ise, 1 Ekim'den itibaren seçimlik borç, vade tarihi 1 Aralık olan adi bir borç ilişkisi niteliğine dönüşür.

### 4. Seçim Hakkının Kullanılmasında Şekil

Seçim hakkı tek taraflı, şarta bağlı olmayan, geri alınamaz ve varması gerekli olan bir irade açıklaması ile kullanılır<sup>76</sup>. Taraflarca belli bir şekil

<sup>72</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 34; ERLER, s. 20; SELİÇİ, s. 388; TUNÇOMAĞ, s. 54. Sonradan sadece seçim hakkının devrinin, diğer tarafın muvafakati ile mümkün olduğu yönünde bkz. WEBER, Art. 72, N. 31.

<sup>73</sup> WEBER, Art. 72, N. 32.

<sup>74</sup> PALANDT/HEINRICH, §263, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 41; SAYMEN/ELBİR, s. 606.

<sup>75</sup> OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72, N. 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 812; EREN, s. 924.

<sup>76</sup> von TUHR/PETER, 79; OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72, N. 8; PALANDT/HEINRICH, §263, N. 1; WEBER, Art. 72, N. 37; SAYMEN/ELBİR, s. 606; NOMER, s. 207.

kararlaştırılmadıkça seçim hakkının kullanılması ve bunun diğer tarafa bildirilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Seçim hakkının kullanımına ilişkin irade açık olabileceği gibi zımnî dahi olabilir<sup>77</sup>. Bu çerçevede örneğin seçimlik borca konu yapma edimlerinden birinin yerine getirilmesi ya da verme edimlerinden birinin teslimi seçim hakkının kullanılması niteliğindedir. Aynı şekilde takas def'i ya da seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde cebri icra veya dava yoluyla seçim hakkının kullanılması da mümkündür<sup>78</sup>.

### 5. Seçim Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmasıyla o ana kadar belirsiz olan edim somut olarak belirli hale gelmektedir. Böylece seçimlik borç, basit bir borç ilişkisi niteliğine bürünür. Seçim hakkının kullanılması geriye etkili olarak sonuçlarını doğurur ve seçilen edim borcun tek konusu haline gelirken, diğerinin borcun konusu olma durumu kendiliğinden sona erer<sup>79</sup>. Değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki seçim hakkı kullanıldığında geri alınması veya değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi, diğer tarafın da seçilen edim dışındaki edim ya da edimlerin ifasını talep hakkından söz edilemez. Seçim hakkının kullanılmasıyla seçilmeyen diğer edim ya da edimler borcun konusu olmaktan çıkacağından, seçim hakkı sahibi seçmediği diğer edimler bakımından serbestçe tasarruf edebilir<sup>80</sup>. Ayrıca seçim yapıldıktan sonra hakkın sözleşme, kanun ya da mahkeme kararı ile devredilmesi halinde, devralan bu seçimle bağlıdır.

Yenilik doğuran hak niteliğindeki seçim hakkının kullanımı, elbette bu hakkın sahibi tarafın menfaatleri bağlamında belirlenecektir. Bu nedenle seçim hakkının kullanılması karşı tarafın rıza ya da kabulüne bağlı olmadığı gibi, hak sahibinin diğer tarafın menfaatlerini gözetme gibi bir zorunluluğu

---

<sup>77</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; WEBER, Art. 72, N. 40; TUNÇOMAĞ, s. 53; EREN, s. 925; SELİÇİ, s. 386.

<sup>78</sup> OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 8; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 33; WEBER, Art. 72, N. 40; TUNÇOMAĞ, s. 53.

<sup>79</sup> von TUHR/PETER, 80; PALANDT/HEINRICH, §263, N. 3; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 43; WEBER, Art. 72, N. 42; SAYMEN/ELBİR, s. 606; EREN, s. 925; SELİÇİ, s. 389. Seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmayacağı yönünde aksi fikir için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 303.

<sup>80</sup> PALANDT/HEINRICH, §263, N. 1, 2; WEBER, Art. 72, N. 43; EREN, s. 927.

da bulunmamaktadır<sup>81</sup>. Ancak burada seçimlik borca konu edimlerden birinin çeşit borcu olması ihtimalinde meselenin TBK m. 86 hükmündeki sınırlama çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede, borcun konusunun çeşit borcu olduğu hallerde hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimi belirleme hakkının borçluda olduğu; ancak borçlunun orta nitelikten daha düşük bir edimi belirleyemeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, seçimlik borçlarda borçlunun seçim hakkını kullanırken alacaklının menfaatinin gözetme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, şayet edimlerden biri çeşit borcu ise ve seçim hakkı bu yönde kullanılmışsa TBK m. 86 çerçevesinde borçlu orta kaliteden aşağı bir edimi seçemeyecektir.

## B. Seçim Hakkının Kullanılmamasına Bağlı Sonuçlar

Aksine bir sözleşme yoksa kararlaştırılan zamana kadar seçim hakkının kullanılmaması, seçimlik borç ilişkisini ve aynı zamanda seçim hakkı sahibinin seçim hakkını kendiliğinden sona erdirmez<sup>82</sup>. Belirttiğimiz durumda ne gibi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı meselesinin, seçim hakkının borçluya, alacaklıya ya da üçüncü kişiye ait olması ihtimallerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 1. Seçim Hakkının Borçlu Tarafından Kullanılmaması Halinde

Seçimlik borcun temel özelliği, birden fazla edimin borcun konusunu teşkil etmesi ve seçim hakkının kullanılması anına kadar asıl ifası gereken edimin belirsiz olmasıdır. Bu nedendir ki, borcun ifa edilebilir hale gelmesi için öncelikle borçlunun seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Kanunda

<sup>81</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 42; SELİÇİ, s. 389. Seçimlik borca konu edimlerden birinin seçimi tamamen diğer tarafın menfaatine aykırılık taşısa dahi seçim hakkı sahibinin bu menfaati gözetme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce seçim hakkı bazı hallerde TMK m. 2 hükmüne aykırılık taşıyabilir ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Özellikle sözleşme yapılırken her iki edim de karşı tarafın menfaatine uygun olmakla birlikte, sonradan gelişen bir takım sebepler neticesinde birine ilişkin menfaati hiç kalmamış ve ötekine duyulan ihtiyaç artmışsa; seçim hakkı sahibi taraf bakımından ise hangisini ifa ederse etsin kendisi bakımından herhangi bir fark yoksa sırf karşı tarafın menfaatinin kalmadığı şeyi seçerek ifa etme hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Ayrıca krş. SAYMEN/ELBİR, s. 607; WEBER, Art. 72, N. 30.

<sup>82</sup> OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 9; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 44.

borçlunun seçim hakkını ne zaman kullanması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlu en geç ifa zamanına kadar seçim hakkını kullanmalıdır. Şayet borçlu ifa zamanına kadar seçim hakkını kullanmazsa, diğer şartların da (TBK m. 117 vd.) varlığı halinde borçlu temerrüdü gerçekleşecek; alacaklı borçlunun temerrüdüne ilişkin sonuçlardan yararlanabilecektir. Bu çerçevede borçlu temerrüdüne ilişkin genel sonuçlar (TBK m. 112 vd.) yanında iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçlar (TBK m. 123-125) burada da uygulama alanı bulacaktır<sup>83</sup>.

İfa zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlu seçim hakkını kullanmıyorsa, hala ifayı isteyen alacaklı edimlerden birinin ya da diğerinin seçilmesi yönünde borçluya uygun bir süre verebilir. Ancak bu süreye rağmen borçlu seçim hakkını kullanmazsa, seçim hakkı kendiliğinden alacaklıya geçmez. Alacaklı edimlerden birinin borçlu tarafından seçilmesine ilişkin dava açabilir. Açılacak dava yine seçimlik borçlardan birinin borçlu tarafından seçilmesine zorlama davası niteliğinde olduğundan mahkeme de seçimlik borçlardan birinin seçilerek onun cebri icrasına yönelik bir karar veremez<sup>84</sup>. Acaba alacaklı tarafından açılan dava neticesinde borçlu aleyhine verilen seçim hakkını kullanma mecburiyetine ilişkin karara rağmen, edimlerden biri seçilmez ve ifa yapılmazsa cebri icra ne şekilde gerçekleşecektir?

Belirtelim ki, borçlunun seçim hakkını kullanmaksızın ifa zamanını geçirmesi halinde temerrüde düşeceği ve Kanun'un temerrüde ilişkin hükümleri çerçevesinde alacaklının dava açabileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, söz konusu hukuki durumun ve dava sonucunun seçim hakkı üzerinde nasıl bir etki doğuracağı meselesi tartışmalıdır. Bu yöndeki görüş ayrılığının temelinde İsviçre-Türk hukukunda seçim hakkının kullanılmaması halinde alacaklının ne şekilde cebri icra imkanına sahip olduğu hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması yatmaktadır<sup>85</sup>. Halbuki Alman Medeni Kanunu'nda (§264/I) alacaklının söz konusu

---

83 GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 45; WEBER, Art. 72, N. 45; EREN, s. 927; SELİÇİ, s. 390, 391.

84 von TUHR/PETER, 80; PALANDT/HEINRICH, §264, N. 2; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46; WEBER, Art. 72, N. 41; EREN, s. 927.

85 von TUHR/PETER, 80; OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 10; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 46.

durumda edimlerden birinin cebri icrasını isteyebileceği, ancak alacaklının bu edimi kısmen veya tamamen elde etmesi anına kadar borçlunun diğer edimi seçme bakımından hala yetkili olacağı hususu açıkça düzenleme konusu yapılmıştır<sup>86</sup>.

Bazı yazarlarca<sup>87</sup> Alman hukukunun getirdiği bu hükmün kıyasen uygulanması, İsviçre-Türk hukuku bakımından da amaca uygun bir çözüm yolu olarak görülmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alacaklı söz konusu durumda edimlerden biri ya da diğerine ilişkin kendi seçimini yaparak bunun cebri icrasını isteyebilir; ancak borçlu cebri icra sonuna kadar diğer edimi seçme bakımından hala yetkilidir. O halde, borçlunun böyle bir durumda seçim hakkı devam etmektedir. Ancak borçlu seçim hakkını irade beyanı şeklinde değil (Verbalobligation) doğrudan doğruya ifa ile (Realobligation) yerine getirir. Bu halde alacaklı ifa edilen edimi kabul ettiğinde borç sona erer<sup>88</sup>. Görüldüğü üzere BGB §264/I hükmünün kıyasen uygulanması hem alacaklıya alacağına kavuşma olanağı vermekte, hem de seçimlik borcun özüne uygun bir biçimde cebri icra aşamasında dahi borçluya seçim hakkını kullanabilme imkanı sunmaktadır. Ancak, söz konusu usul çerçevesinde borçlunun seçeceği edim yanında, gerek yargılama gerekse cebri icra masraflarından ayrıca sorumlu olacağını da ifade edelim<sup>89</sup>.

Diğer bir görüşe göre<sup>90</sup> ise alacaklı seçim hakkının kullanılmasını dava edebilir. Ancak, cebri icra sadece belirli bir edimi içerir nitelikte olabilir. Dolayısıyla mahkemece verilecek alternatif nitelikte bir hükmün cebri icrası

---

<sup>86</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **PALANDT/HEINRICH**S, §264, N. 2.

<sup>87</sup> **von TUHR/PETER**, 80; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 46; **TUNÇOMAĞ**, s. 54; **EREN**, s. 927; **SEROZAN**, s. 76; **NOMER**, s. 207. Mevcut durumun Türk hukukunda düzenlenmemiş olmasının bir kanun boşluğu niteliğinde olduğu ve meselenin BGB §264/I hükmü çerçevesinde ele alınmasının daha isabetli olduğu yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 815. Seçimlik borca konu edimler bir işin görülmesine ya da bir şeyin verilmesine ilişkin ise, seçim hakkının kullanılması ve borçlunun temerrüdü nedeniyle bunlardan birinin alacaklı bakımından faydasız hale gelmesi durumunda diğerine ilişkin ifa davası açılabilirliği ya da talep halinde mahkemenin borçluyu alacaklının menfaatine olan o tek edimin ifasına zorlayabileceği; şayet böyle bir durum yoksa meselenin BGB §264/I hükmü çerçevesinde ele alınmasının en adaletili ve makul çözüm yolu olduğu yönünde bkz. **WEBER**, Art. 72, N. 47, 48.

<sup>88</sup> **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 46.

<sup>89</sup> **WEBER**, Art. 72, N. 48.

<sup>90</sup> **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 10.



mümkün değildir. Bu durumda alacaklı açacağı davada, verilen uygun süre içerisinde borçlunun seçim hakkını kullanmaması durumunda seçim hakkının kendisine verilmesini ya da hakimin, tarafların menfaatlerini gözetmek suretiyle edimlerden birini seçerek onun cebri icrasına hükmetmesini talep edebilir<sup>91</sup>. Belirtelim ki, seçim hakkının alacaklıya geçmesi ya da borçlunun hakimin belirleyeceği edime zorlanması hususu, amaca uygun bir çözüm olarak görülebilir. Ancak borçlunun seçim hakkını kullanmaması ihtimalinde bu hakkının kendiliğinden alacaklıya geçmesi yönündeki düşünce, alacaklıya borçluya ait olan seçim hakkını tanıma ve bu çerçevede sahip olduğu ve talep edebileceği haktan daha fazla hak bahsetme anlamına gelecek olması yönüyle haklı olarak eleştirilmiştir<sup>92</sup>.

Bir diğer görüş<sup>93</sup> ise, borçlu tarafından seçim hakkı kullanılmadıkça alacaklının alternatif edimlerden hiçbirini elde edemeyeceğini, bu nedenle seçim hakkı kullanılmazsa alacaklıya bir tazminat davası açma imkanı verilmesinin daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Ancak bu görüş de alacaklının, seçimlik hakkın kullanılmasına zorlama davasının ardından, seçimi yapmayan borçluya karşı bir de tazminat davası açmak zorunda kalmasının hakkaniyete ve pratik düşünceye uygun düşmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>94</sup>.

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş<sup>95</sup> ise seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmaması durumunda TBK m. 101/II (BK m. 85/II) hükmünün kıyasen uygulanarak seçim hakkının alacaklıya geçeceğini ileri sürmektedir. Bu durumda borçlu alacaklının yapacağı seçime derhal itiraz etmezse seçilen edim kesinleşir. Şayet borçlu itiraz ederse, alacaklı alternatif nitelikte bir

---

<sup>91</sup> **OSER/SCHÖNENEGER**, Art. 72 N. 10. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, davacının seçim hakkını kullanması için davalıya süre vermesi gerektiğini, buna rağmen seçim hakkı kullanılmazsa bu hakkın davacıya geçeceğini belirterek bu görüşü benimsemiş görünmektedir. Bkz. Y. 19. HD., 15.05.2003, E. 2002/6470, K. 2003/5090.

<sup>92</sup> **von TUHR/PETER**, s. 80; **WEBER**, Art. 72, N. 48; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 47; **TUNÇOMAĞ**, s. 54. Seçim hakkının açıkça borçluya tanınması ancak borçlunun bu hakkı kullanmaması durumunda, hakkın alacaklıya veya mahkemeye geçeceği hususunda açık bir hüküm bulunmadıkça bu görüşün Türk hukuku bakımından da kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **SELİÇİ**, s. 392.

<sup>93</sup> **SELİÇİ**, s. 392, 393.

<sup>94</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 815; **GAUCH/SCHMID/SCHRANER**, Art. 72, N. 48.

<sup>95</sup> **SAYMEN/ELBİR**, s. 607.

dava açmalıdır. Buna rağmen borçlu seçim hakkını kullanmamakta direnirse BGB §264/I çerçevesinde alacaklı edimlerden birinin cebri icrasını isteyebilir; ancak alacaklının bu edimi kısmen veya tamamen elde etmesi anına kadar borçlu diğer edimi seçme hakkına sahiptir<sup>96</sup>. Bu görüş de, Kanunda açık bir düzenleme bulunmadıkça borçlunun hangi borcu seçtiğini bildirmese dahi seçim hakkının alacaklıya geçmeyeceği ve bu çerçevede TBK m. 101/II (BK m. 85/II) hükmünün kıyasen seçimlik borçlarda uygulanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>97</sup>.

Görüldüğü üzere, borçlunun seçim hakkını kullanmamasının hukuki sonuçları üzerine 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde pek çok farklı görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen meselenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da çözümsüz bırakılması yerinde olmamıştır. Halbuki ifade ettiğimiz sorun en azından seçimlik borçları düzenleyen TBK m. 87 hükmünde ya da ayrı bir madde ile BGB §264/I hükmüne benzer bir biçimde açıklığa kavuşturulabilirdi.

## 2. Seçim Hakkının Alacaklı Tarafından Kullanılmaması Halinde

Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu seçimlik borç ilişkilerinde alacaklının bu hakkını kullanmaması durumunda alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceği kabul edilmektedir<sup>98</sup>. TBK m. 106/I çerçevesinde yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilmiş olmasına rağmen haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden ya da borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma alacaklı temerrüdü bakımından yeterlidir. Acaba seçimlik borçta alacaklı temerrüdünden söz edebilmek için söz konusu düzenlemede belirtilen şartlar ne şekilde gerçekleşmelidir? Seçimlik borçta seçim hakkı alacaklıya ait ise borçlunun ifa hazırlıklarına başlayabilmesi ve sonrasında borcunu ifa edebilmesi için alacaklının seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Alacaklı seçim hakkını kullanmadıkça hangi edimin yerine getirileceği belirsiz niteliktedir ve borçlunun ifa hazırlığında bulunma yükümlülüğünden de söz

---

<sup>96</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 607, 608.

<sup>97</sup> SELİÇİ, s. 392.

<sup>98</sup> von TUHR/PETER, s. 80; OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 11; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 393.

edilemez. Bu nedenle, adi borçlarda alacaklı temerrüdü için gerekli olan borçlunun edimi alacaklıya gereği gibi önermesi (TBK m. 106/I) şartı, niteliği gereği seçimlik borçlarda aranmaz. Borçlunun seçim hakkını kullanmayan alacaklıya seçim beyanında bulunmaya davet etmesi alacaklı temerrüdü bakımından yeterli görülmelidir<sup>99</sup>.

Alacaklı temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi halinde borçlunun sahip olduğu imkanlar TBK m. 107-110 hükümleri arasında belirtilmiştir. Bu çerçevede şayet borç bir şeyin teslimine ilişkinse borçlu o şeyi tevdi ederek (TBK m. 107) ya da tevdi mümkün değilse o şeyi sattırarak bedelini tevdi (TBK m. 108) ile borcundan kurtulabilmektedir. Buna karşılık şayet ifa bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklı temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönebilmektedir (TBK m. 110). İşte adi borç ilişkileri bakımından kolaylıkla uygulanabilirliği bulunan söz konusu düzenlemelerin seçimlik borçlarda ne şekilde uygulanacağı hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe<sup>100</sup> göre, alacaklının temerrüdü halinde borçlu zarar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere vereceği şeyi tevdi ile borcundan kurtulabilirse de, seçimlik borçlarda edim birden fazla olduğu için borçlunun bunlardan hangisini tevdi ile borcundan kurtulabileceği belirsizdir. Bu halde seçimlik borca konu edimlerin tamamının tevdi edilmesi de istenemez. Zira hem alacaklı seçim yapmadıkça edimlerden hiçbiri borçlanılmış şey niteliğinde değildir, hem de edimlerin tamamının tevdi, borçlu bakımından daha ağır sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle alacaklı seçim hakkını kullanmayarak temerrüde düşmüşse, borçlu edimlerin hiçbirini tevdi etmeyerek TBK m. 110 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönebilmelidir.

Buna karşılık bir diğer görüş<sup>101</sup>, borçlunun ancak tevdi ile borcundan kurtulamayacağı borçlarda TBK m. 110 hükmünün sözleşmeden dönme hakkı verdiğini belirterek söz konusu düzenlemenin açık ifadesi karşısında vermeye ilişkin seçimlik borçlarda uygulanabilirliğinin bulunmadığını ifade

---

<sup>99</sup> von TUHR/PETER, s. 80; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; TUNÇOMAĞ, s. 54; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 393.

<sup>100</sup> von TUHR/PETER, s. 80; BECKER, Art. 72, N. 8; WEBER, Art. 72, N. 50; TUNÇOMAĞ, s. 54; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 726. Ayrıca krş. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SELİÇİ, s. 393.

<sup>101</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 11. Ayrıca krş. GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SELİÇİ, s. 393, 394.

etmiştir. Bu nedenle bu görüşe göre borçlu uygun bir süre vererek alacaklının seçim hakkını kullanmasını talep edebilir. Süresi içinde seçim hakkı kullanılmazsa borçlu alacaklıyı seçim hakkını kullanması hususunda dava etmelidir. Ancak bu görüş de seçim hakkının alacaklı bakımından bir hak olduğu ve alacaklının bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbest bulunduğu, dolayısıyla borçlunun alacaklıyı bu hakkını kullanması hususunda zorlayıcı bir dava açamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>102</sup>. Yapılan eleştirilere rağmen, seçimi yapma alacaklı bakımından bir yükümlülük niteliğinde ise borçlunun temerrüt halindeki alacaklıya seçim hakkını kullanması hususunda dava açma hakkının varlığı da genel olarak kabul edilmektedir<sup>103</sup>. Bu durumda zamanında seçim hakkını kullanmayan alacaklı borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir ve örneğin borçlu ek süre vererek ya da süreye gerek olmayan hallerde doğrudan doğruya ifadan vazgeçerek müsbet zararını veya sözleşmeden dönerek menfi zararını alacaklıdan talep edebilir (TBK m. 125)<sup>104</sup>.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş<sup>105</sup> ise alacaklının seçim hakkını kullanmaması halinde BGB § 264/II hükmünün kıyasen uygulanmasının daha uygun olacağı düşüncesindedir. Buna göre borçlu seçimi yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa bu hak borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilme imkanına sahiptir<sup>106</sup>. Görüldüğü üzere, basit ve pratik bir sonucu içermesi nedeniyle böyle bir çözüm yoluna gidilmesi daha uygundur.

---

<sup>102</sup> von TUHR/PETER, s. 80; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 394.

<sup>103</sup> von TUHR/PETER, s. 80; WEBER, Art. 72, N. 51; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 50; EREN, s. 726; SELİÇİ, s. 394.

<sup>104</sup> WEBER, Art. 72, N. 51, 52; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 50; SELİÇİ, s. 394.

<sup>105</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 49; SAYMEN/ELBİR, s. 608; SEROZAN, s. 76; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SELİÇİ, s. 394.

<sup>106</sup> PALANDI/HEINRICH, §264, N. 3. Federal mahkemeye göre de seçim hakkını kullanmayan alacaklıya hakkını kullanması için uygun bir süre verilmeli, süre sonunda da seçim hakkı kullanılmazsa seçim hakkı borçluya geçmelidir. Borçlu seçeceği edime göre alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde tevdi veya bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilir ya da sözleşmeden dönebilir. Bkz. BGE 110 II 148 (WEBER, Art. 72, N. 50).

### 3. Seçim Hakkının Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılmaması Halinde

Şayet seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılmışsa, üçüncü kişi seçim hakkını kullanmadıkça alacaklının borçludan ifa talebinde bulunması mümkün değildir. Seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılmışsa onun seçim hakkını hakkaniyete uygun bir biçimde kullanması, keyfi bir şekilde davranmaması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak seçim hakkının üçüncü kişiye bırakılmasının niteliği, farklı sonuçları da beraberinde getirecektir. Öncelikle seçim hakkı üçüncü kişinin tamamen serbest arzusuna bırakılmışsa, diğer bir ifadeyle bu kişi seçimi yapıp yapmamakta tamamen serbest ise borç ilişkisi geciktirici koşula bağlı bir borç niteliğindedir<sup>107</sup>. Bu durumda meseleye koşula bağlı borçları düzenleyen hükümler çerçevesinde çözüm üretilecek ve üçüncü kişi seçim hakkını kullanmaya zorlanamayacağı gibi seçim hakkı kullanılmadıkça şart da gerçekleşmeyeceği için asıl edim borcu da doğmayacaktır. İfade ettiğimiz durumda üçüncü kişi seçim hakkını kullanmamışsa onun yerine hakimin edimi belirlemesi de mümkün değildir.

Buna karşılık seçim hakkı üçüncü kişinin tamamen serbest arzusuna değil de, sırf birkaç edim arasından taktir edeceği birini seçmesine ilişkin olabilir. İfade ettiğimiz durum seçimlik borcun üçüncü kişinin seçimi yapması koşuluna bağlı bir nitelik taşımamakta, aksine hüküm ifade eden borç ilişkisinde borcun konusunu belirleme üçüncü kişiye bırakılmış sayılmaktadır. Böyle bir durumda seçim hakkını kullanmaktan kaçınan üçüncü kişinin cebri icra ya da dava yoluyla seçim hakkını kullanmaya zorlanması elbette ki mümkün değildir<sup>108</sup>. Ancak seçim hakkı kullanılmazsa, sözleşmeye veya sözleşmede kararlaştırılmasa dahi o andaki hal ve şartlar çerçevesinde ve edime ilişkin seçim hakkının devrini haklı gösterebilecek hususlara göre seçim hakkı taraflardan birine geçebilir<sup>109</sup> veya üçüncü kişi seçim hakkını kullanmaktan kaçınırsa onun yerine seçimi hakimin yapması talep edilebi-

---

<sup>107</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 12; BECKER, Art. 72, N. 10; WEBER, Art. 72, N. 50; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 53; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; EREN, s. 727; SELİÇİ, s. 395.

<sup>108</sup> WEBER, Art. 72, N. 53; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 55.

<sup>109</sup> WEBER, Art. 72, N. 53.

lir<sup>110</sup>. Ayrıca, her ne kadar üçüncü kişinin seçim hakkını kullanmaması durumunda onun cebri icra ya da dava yoluyla seçim hakkını kullanmaya zorlanması mümkün değilse de, üçüncü kişi seçim hakkını kullanacağı yönünde bir taahhütte bulunmuşsa, örneğin seçim hakkı ücretli bir şekilde ekspere veya bilirkişiye bırakılmışsa, bu kişiler taahhütlerine uymamanın sonuçlarına katlanmalıdır<sup>111</sup>. Bu çerçevede taraflar uğradıkları zararı seçim hakkını kullanmaktan kaçınan veya zamanında kullanmayan üçüncü kişiden talep edebilmelidirler. Buna karşılık tarafların seçim hakkını üçüncü kişiye bıraktıkları, ancak bu kimsenin seçime ilişkin herhangi bir taahhüdünün bulunmadığı hallerde, elbette tarafların bu kimseden tazminat talebinde bulunmalarından da söz edilemez.

### C. Seçimlik Borçta Edimin İmkansız Olması ve Sonuçları

#### 1. Genel Olarak

İsviçre-Türk hukuklarında seçimlik borca konu edimlerden birinin imkansız olmasının sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Halbuki Alman Medeni Kanunu §265 hükmü bu hususu ayrı bir madde olarak ele almıştır. İfanın imkansız olmasına bağlı olarak her iki hukuk düzeni bakımından da mesele BGB §265 hükmünün de yardımıyla genel hükümler çerçevesinde çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede seçimlik borca konu edimlerden birinin borcun doğumundan önce, doğumundan sonra ve fakat seçim hakkının kullanılmasından önce ve seçim hakkının kullanılmasından sonra meydana gelmesi ihtimallerinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

#### 2. Başlangıçtaki İmkansızlık

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olması halinde seçim hakkı sahibinin ifası mümkün olan diğer edimi seçebileceği kabul edilmekle birlikte, öğretide sözleşmenin ancak seçim hakkı sahibinin imkansız edimin durumunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı sonucuna varılırsa TBK m. 27/II hükmü çerçevesinde geçersiz

---

<sup>110</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 12; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 54; TUNÇOMAĞ, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 815; SAYMEN/ELBİR, s. 608; SELİÇİ, s. 395; NOMER, s. 207.

<sup>111</sup> WEBER, Art. 72, N. 53; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 55.

sayılacağı ileri sürülmüştür<sup>112</sup>. Kanaatimizce sözleşmenin geçersizliğine ilişkin böyle bir sınırlamaya gitme, seçimlik borcun niteliği ile örtüşmemektedir. Zira seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıncaya kadar asıl yerine getirilmesi gereken edim belirsizdir ve bunu belirli hale getirecek kişi seçim hakkı sahibidir. Dolayısıyla seçimlik borca konu edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmasına bağlı olarak diğer edimin seçilerek borcun ifası ya da sözleşmenin geçersizliği sonucunun doğması seçim hakkı sahibinin seçimine bağlıdır. Ancak seçim hakkının kullanılarak ifade ettiğimiz ihtimallerin doğabilmesi, seçim hakkı sahibinin bu imkansızlığı bilip bilmemesine göre farklılık arz edecektir.

Hemen ifade etmek gerekirse, seçim hakkı taraflardan hangisine ait olursa olsun başlangıçtaki imkansızlık kendiliğinden sözleşmenin geçersiz olması sonucunu elbette doğurmaz. Seçim hakkı borçluya aitse ve borçlu imkansızlığı bilmiyorsa ifası mümkün olan edimi seçerek borcunu ifa edebilir<sup>113</sup>. Fakat borçlu menfaati gerektiriyorsa imkansız olan edimi seçerek sözleşmenin TBK m. 27/I çerçevesinde geçersiz hale gelmesini de sağlayabilir<sup>114</sup>. Dolayısıyla meseleyi sınırlandırarak TBK m. 27/II çerçevesinde ele alan ve sadece borçlunun imkansız edimin durumunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağına anlaşılması halinde geçersizliği ileri sürmenin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. İmkansızlığı bilmeyen borçlu dilerse mümkün olan edimi seçerek ifa edebilmeli, dilerse imkansız olanı seçerek sözleşmeyi geçersiz hale getirebilmelidir.

Buna karşılık borçlu seçimlik borçta edimlerden birinin daha sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olduğunu biliyorsa ona hala tam bir seçim hakkı verme hakkaniyete uygun bir çözüm olmasa gerektir. Bu nedenle borçlunun imkansızlığı bildiği durumda onun diğer edimi seçme hakkının bulunmadığı genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu durumda diğer edimin borcun tek konusu haline mi geleceği yoksa sözleşmenin kendiliğinden TMK 27/I çerçevesinde geçersiz hale gelerek alacaklının menfi zararının tazmininin mi gerekeceği hususu belirsizdir<sup>115</sup>. Kanaatimizce bu durumda

---

<sup>112</sup> WEBER, Art. 72, N. 55; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; TUNÇOMAĞ, s. 55; SAYMEN/ELBİR, s. 609; EREN, s. 927, 928.

<sup>113</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 14; WEBER, Art. 72, N. 55.

<sup>114</sup> BECKER, Art. 72, N. 13; WEBER, Art. 72, N. 55.

<sup>115</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, s. 396 vd.; WEBER, Art. 72, N. 55, 56.

alacaklının menfaatine uygun bir çözüm benimsenerek ya seçim hakkı alacaklıya tanınmalı ya da hakim, tarafların menfaatlerini gözeterek edimlerden birini seçerek onun ifasına karar verebilmelidir. Zira öğretide<sup>116</sup> seçim hakkının kullanılmaması halinde dahi alacaklının mahkemeden seçim hakkının kendisine verilmesini isteyebileceği kabul edildiğine göre borçlunun başlangıçtaki objektif imkansızlığı bildiği halde sözleşme yapmasında bu sonuca katlanması en makul çözüm yolu olarak görülmelidir.

Öte yandan seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde borçlunun edimlerden birinin sözleşme yapılırken objektif olarak imkansız olduğunu bilip bilmemesinin alacaklının seçim hakkına etki etmeyeceği düşüncesindeyiz. Zira bu durumda da sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecektir. Alacaklı ifası mümkün olan edimi seçerek onun yerine getirilmesini talep edebileceği gibi, menfaati gerektiriyorsa imkansız olan edimi de seçebilir. Şayet imkansız olan edim seçilirse, sözleşme her durumda geçersiz sayılacak, fakat alacaklının menfi zararını talep edebilmesi borçlunun edimin imkansızlığını bilmesine bağlı olacaktır. Elbette menfi zararının karşılanmasını talep edebileceği düşünülecek olursa alacaklının imkansız olan edimi seçmesi, daha çok borçlunun imkansızlığı bilmesi halinde işlevseldir. Ancak somut olay çerçevesinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulmak isteyen alacaklının borçlunun objektif imkansızlığı bilmediği durumda da imkansız edimi seçmesi ve herhangi bir tazminat talebinde bulunamasa da sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi olasıdır.

### **3. Borcun Doğumundan Sonra Seçim Hakkının Kullanılmasından Önceki İmkansızlık**

#### **a. Tarafların Kusurunun Bulunmaması Halinde**

Seçimlik borca konu edimlerden biri borcun doğumundan sonra ancak henüz seçim hakkının kullanılmasından önce tarafların kusuruna dayanmayan herhangi bir nedenle imkansız hale gelmiş olabilir. TBK m. 136/I hükmü adi borç ilişkilerinde tarafların kusuru olmaksızın borcun doğumundan sonraki imkansızlık halini düzenlemekte ve bu durumda borcun sona ereceğini ifade etmektedir. Acaba seçimlik borçlarda edimlerden birine ilişkin kusursuz ifa imkansızlığı hangi sonucu doğuracaktır?

---

<sup>116</sup> OSER/SCHÖNENEGER, Art. 72 N. 10.



Bu konudaki hakim görüş<sup>117</sup> “temerküz prensibi”dir. Buna göre edimlerden biri taraflardan hiç birinin imkansızlıktan sorumlu tutulmadığı mücbir sebep, olağanüstü neden ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi bir nedene dayalı olarak sonradan imkansızlaşır veya baştaki imkansızlık sübjektif ise, seçim hakkı ister borçluya, ister alacaklıya isterse üçüncü kişiye ait olsun diğer edim kendiliğinden borcun konusu haline gelir. Zira borçlanılmış olarak kalan şey sadece diğer edimdir. Yine bu görüşe göre seçimlik borca konu edimler ikiden fazla ise ve bunlardan sadece biri taraflara yüklenemeyecek bir nedene dayalı olarak imkansız hale gelmişse, seçim hakkı yine yalnızca geri kalan edimler bakımından kullanılabilir; imkansız olan edim borcun konusu olmaktan çıkar<sup>118</sup>.

Görüldüğü üzere savunulan bu görüş çerçevesinde seçim hakkı borçluda ise o, imkansız hale gelen edimi seçtiğini beyan ederek borcundan kurtulamayacak; bu hak alacaklıda ise somut olay çerçevesinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulmak isteyen alacaklı herhangi bir tazminat talebi bulunmasa dahi imkansız olan edimi seçemeyecektir<sup>119</sup>. Bu durumda kime ait olursa olsun seçim hakkı sona erecek ve borcun diğer edimle ifası zorunluluğu doğacaktır.

Bizim de katıldığımız, ancak azınlıkta kalan diğer bir görüşe<sup>120</sup> göre ise şayet seçimlik borca konu edimlerden biri sözleşmenin yapılmasından sonra fakat henüz seçim hakkı kullanılmadan önce imkansız hale gelmişse ve bu imkansızlık taraflardan herhangi birinin kusuruna dayanmıyorsa, ifası mümkün olan edim kendiliğinden borcun tek konusu haline gelmez. Bu durumda seçim hakkı sahibi ifası mümkün olan edimi seçerek ifasını talep edebileceği gibi imkansız olan edimi seçerek buna ilişkin sonuçların (TBK m. 136) meydana gelmesini de sağlayabilir. Zira seçimlik borçta temel ilke, seçim hakkının kullanılması anına kadar seçim hakkı sahibinin menfaatlerinin

---

<sup>117</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; SAYMEN/ELBİR, s. 609; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; TUNÇOMAĞ, s. 55; EREN, s. 928; SELİÇİ, s. 396.

<sup>118</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; SELİÇİ, s. 396.

<sup>119</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 609.

<sup>120</sup> WEBER, Art. 72, N. 57; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 58.

önemli olmasıdır<sup>121</sup>. Böyle bir menfaat ise seçim anında ifası mümkün edimde ya da imkansız olan edimde bulunabilir. Örneğin ifası hala mümkün olan edim taşınır bir mala ilişkin olsa ve seçim zamanında söz konusu mala talep artmış bulursa, seçim hakkı sahibi borçlu malın az bulunması ve değerinin daha da artabileceği yönündeki saiklerle menfaatinin gerektirdiği şekilde hareket edebilir ve imkansız olan edimi seçebilir<sup>122</sup>.

Bu görüşe paralel olarak seçimlik borca konu edimlerin ikiden fazla olduğu ve bunlardan sadece birinin imkansız hale geldiği hallerde, seçim hakkının yalnızca geri kalan edimler bakımından kullanılabilmesi düşüncesine de<sup>123</sup> katılmamaktayız. Zira ikiden fazla edimi içeren seçimlik borçta taraflara yüklenemeyecek bir nedene dayalı olarak edimlerden biri imkansız olsa dahi seçim hakkı sahibi menfaatinin gerektirdiği şekilde diğer edimlerden birini ya da imkansız olanı seçebilmelidir. Görüldüğü üzere, seçimlik borcun konusu iki veya daha fazla edimi içerse de, TBK m. 136/I çerçevesinde borcun kendiliğinden sona ermesi ve borçlunun borcundan kurtulması, sadece bu edimlerin tamamının taraflara yüklenemeyen bir nedenle imkansız olması halinde gerçekleşecektir<sup>124</sup>.

Öte yandan, edimlerden birinin sonradan imkansızlaştığı ve taraflardan hiç birinin imkansızlıktan sorumlu tutulmadığı hallerde imkansızlaşan edimin yerine kaim değer elde edilmişse (surrogat), seçim hakkı imkansızlaşmayan edimle bu kaim değer arasında yine devam edecektir<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> WEBER, Art. 72, N. 57; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 58.

<sup>122</sup> WEBER, Art. 72, N. 57. Kusura dayanmayan imkansızlık durumunda dahi seçim hakkının varlığını kabul eden bu görüş, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen seçimlik borç ilişkisinin niteliğine uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; EREN, s. 928.

<sup>123</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; SELİÇİ, s. 396.

<sup>124</sup> Ayrıca krş. OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 18; TUNÇOMAĞ, s. 55; SELİÇİ, s. 396.

<sup>125</sup> İmkansızlaşan edimin yerine kaim değer elde edilmişse (surrogat), seçim hakkının imkansızlaşmayan edimle bu kaim değer arasında devam etmesinin, sadece seçim hakkının alacaklıda olduğu durumlarda söz konusu olabileceği yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 303. Ancak, katıldığımız görüşe uygun olarak, böyle bir durumda seçim hakkı borçluya ait olsa da sonuç değişmemeli ve borçlu dilerse ifası mümkün edimi, dilerse imkansızlaşan edimin yerine elde edilen kaim değeri seçerek borcunu ifa edebilmelidir.

**b. İmkansızlığın Tarafların Kusuru İle Gerçekleşmesi Halinde**

Borcun doğumundan ancak seçim hakkının kullanılmasından önce edimlerden birinin imkansız olması tarafların kusurlu bir davranışına dayanabilir. Gerçekten yapılan sözleşme çerçevesinde 10.000 TL satım bedeli ile vazo ya da tablo teslimine ilişkin meydana gelen bir seçimlik borç ilişkisinde borçlu örneğin vazoyu dikkatsizliği sonucu kırmış ve onun ifasını kusuruyla imkansız hale getirmiş olabilir. Bunun yanında böyle bir durumun alacaklının kusuruyla meydana gelmesi de olasıdır. Özellikle seçimlik borca konu edimlerden birinin herhangi bir nedenle örneğin tecrübe ve muayene amacıyla alacaklıya teslim edildiği sırada, alacaklı kusuru ile bu edimin imkansızlığına neden olmuş olabilir<sup>126</sup>.

Taraflardan birinin imkansızlıktan sorumlu olduğu bu gibi hallerin seçim hakkına ne şekilde etki edeceği hususu İsviçre-Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Bu konuda genel kabul gören görüş<sup>127</sup> Alman hukukundaki düzenleme (BGB §265) çerçevesinde sorunu ele almakta ve seçim hakkının imkansızlıktan sorumlu tutulana ait olduğu durumlarda ifası mümkün olan edimin kendiliğinden borcun tek konusu haline geleceğini, buna karşılık seçim hakkının imkansızlıktan sorumlu olmayana ait olduğu hallerde bu kişinin dilerse imkansızlaşmış edimi dilerse de ifası mümkün olanı seçebileceğini kabul etmektedir. Şu halde meselenin imkansızlıktan borçlunun veya alacaklının sorumlu olmasına göre ayrı ayrı ele alınması ve her biri bakımından seçim hakkının kime ait olduğu perspektifinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

**aa. Borçlunun Kusuru İle Meydana Gelen İmkansızlık**

Şayet seçim hakkı borçluda ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, meselenin ne şekilde çözümleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelir<sup>128</sup>. Belirtelim ki, bu görüşün temelinde borca aykırılık niteliğinin

---

<sup>126</sup> TUNÇOMAĞ, s. 55.

<sup>127</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59. SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304; TUNÇOMAĞ, s. 55; SELİÇİ, s. 396.

<sup>128</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 15; von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304; TUNÇOMAĞ, s. 55.

deki kusurlu ifa imkansızlığını da düzenleme konusu yapan TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünün farklı yorumlanması yatmaktadır. Zira burada savunulan düşünceye göre, imkansızlık borçlunun kusuruna dayansa da, TBK m. 136/I (EBK m. 117) hükmünde olduğu gibi TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünce borç sona erer; sadece imkansızlıktan sorumlu olan borçlu alacaklının zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girer. Şu halde, seçimlik borçlarda da edimlerden biri borçlunun kusuru ile imkansız hale gelirse, borç imkansızlaşan edim bakımından sona erdiği için seçim hakkı da sona erecektir. Fakat bu görüşe göre ifası mümkün olan edim sonradan borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse, borçlu ilk edimin imkansızlaşmasından dolayı sorumlu olmaya devam edecek ve alacaklı uğradığı zararın tazminini imkansızlıktan sorumlu olan borçludan talep edebilecektir<sup>129</sup>. Yine bu görüşe göre edimlerin tamamı borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse, her birinin yerini tazminat sorumluluğu alacağından, borçlu seçimlik tazminatlardan birini seçerek borcunu ifa edebilecektir<sup>130</sup>.

Diğer bir görüşe<sup>131</sup> göre ise imkansızlığa kendi kusuru ile neden olsa da borçlu hala seçim hakkına sahip olmalıdır. Bu görüşün temelinde de kusurlu ifa imkansızlığını düzenleme konusu yapan TBK m. 112 (EBK m. 96) hükmünün bir diğer yorumu yatmaktadır. Zira bu görüşe göre söz konusu düzenleme çerçevesinde, borcun konusu borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmişse borç sona ermez; yerini tazminat borcu alır. Dolayısıyla seçimlik borçlarda edimlerden biri borçlunun kusuruyla imkansız hale gelse dahi, seçim hakkı sona ermez ve imkansızlaşan edimin yerini alan tazminat edimi dahi seçilerek borç ifa edilebilir<sup>132</sup>. Bu çerçevede borçlu ifası hala mümkün olan edimi seçerek borcunu ifa ya da imkansız olan edimi seçerek TBK m. 112 (OR Art. 97) hükmü çerçevesinde alacaklının zararını tazmin edebilir.

Belirtelim ki, Alman hukukunda yer alan özel düzenleme bizim hukukumuzda bulunmamakla birlikte ilk görüş hem hakkaniyete hem de Borçlar

<sup>129</sup> von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304, dn. 137; TUNÇOMAĞ, s. 55.

<sup>130</sup> von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TUNÇOMAĞ, s. 55; SELİÇİ, s. 398.

<sup>131</sup> BECKER, Art. 72, N. 13; WEBER, Art. 72, Art. 60.

<sup>132</sup> BECKER, Art. 72, N. 13; WEBER, Art. 72, Art. 60.

Kanunu'nun sistemine daha uygundur<sup>133</sup>. Öte yandan edimi kendi kusuruyla imkansız hale getiren borçluya, hala seçim hakkının tanınması, borca uygun davranmayan tarafa, buna rağmen kendi menfaatini gözetebilme hakkı verme anlamına da gelebilecektir<sup>134</sup>. Dolayısıyla seçim hakkı borçluya aitse ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelmeli ve borçlu imkansız olan edimi seçme hususunda herhangi bir seçim hakkına sahip olamamalıdır.

Şayet imkansızlık borçlunun kusuru neticesinde meydana gelmiş ve seçim hakkı da alacaklı ya da üçüncü kişide ise, seçim hakkı sahibinin dilerse imkansız olan edimi seçerek TBK m. 112 (OR Art. 97) çerçevesinde zararların tazminini dilerse ifası mümkün olan edimi tercih ederek borcun ifasını seçebileceği genel olarak kabul edilmektedir<sup>135</sup>. Buna karşılık, edimlerden birinin borçlunun kusuru ile imkansızlaşması halinde borcun söz konusu edim bakımından sona ereceği, dolayısıyla bu edim bakımından seçim hakkının da ortadan kalkacağı ve seçim hakkı sahibi alacaklının ya da üçüncü kişinin sadece ifası mümkün olan edimi seçebileceği de savunulmaktadır<sup>136</sup>. Kanaatimizce borçlunun kusuruyla edimin imkansız olmasına bağlı sonuçlara alacaklının katlanması anlamına gelebilecek ikinci görüş yerine ilk görüşün üstün tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla alacaklı ya da üçüncü kişi seçim hakkını imkansız edimi seçerek tazminat ödenmesi ya da ifası mümkün edimi seçerek ifa edilmesi yönünde kullanabilir. Ancak, şayet alacaklı ya da üçüncü kişi ifası mümkün olan edimi seçerse, seçim hakkı kullanılarak tüketildiği için ifadan önce borçlunun kusuru olmaksızın seçilen edim imkansız hale gelirse borç sona erer. Bu durumda alacaklının artık borçlunun kusuruyla imkansız hale gelen ve seçilmeyen diğer edime ilişkin menfaatini TBK m. 112 çerçevesinde talep etmesi mümkün değildir.

#### **bb. Alacaklının Kusuru İle Meydana Gelen İmkansızlık**

Daha önce de ifade edildiği üzere, alacaklı herhangi bir nedenle seçim hakkı kullanılmadan önce seçimlik borca konu edimlerden birine zilyet bu-

---

<sup>133</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 304; SELİÇİ, s. 397.

<sup>134</sup> GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 59.

<sup>135</sup> von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 60; SAYMEN/ELBİR, s. 609; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; OĞUZMAN/ÖZ, s. 304; TUNÇOMAĞ, s. 55; EREN, s. 928, 929.

<sup>136</sup> WEBER, Art. 72, N. 61; SELİÇİ, s. 399.

lanabilir ve alacaklının kusuruyla bu edim imkansız hale gelebilir. Bu durumda da meselenin, seçim hakkının alacaklıya, borçluya ya da üçüncü kişiye ait olması bağlamında ele alınması gerekmektedir.

Şayet seçim hakkı alacaklıya aitse ve edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkansızlaşmışsa alacaklının seçime ilişkin durumu tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre<sup>137</sup>, imkansızlık alacaklının kusurlu bir davranışı ile gerçekleşse dahi seçim hakkı sahibi alacaklı dilerse ifası mümkün olan dilerse imkansız olan edimi seçebilmelidir. Şayet alacaklı imkansız olan edimi seçerse, o edimden vazgeçmiş sayılır, ancak bu durumda alacaklı borçlunun imkansızlık nedeniyle uğradığı zararlardan ayrıca sorumlu tutulur. Şu halde alacaklı kendisi için en az zararlı durumu değerlendirerek seçim hakkını kullanabilmelidir. Alacaklı sadece imkansız edim için zararı tazmin yükümlülüğü altında olmadığından, aksine diğer ifası mümkün edimi kabul ve kendi edimini de yerine getirmek zorunda kalacağından, ona imkansız olan edimi de seçme hakkının verilmesi bu görüşün dayandığı bir diğer gerektir<sup>138</sup>.

Bizim de katıldığımız görüş<sup>139</sup> ise, BGB § 265/II hükmünün İsviçre-Türk hukuku bakımından uygulanması ile meselenin çözüme kavuşturulabileceği yönündedir. Buna göre edimlerden birinin alacaklının kusuru ile imkansızlaşması halinde alacaklı imkansızlaşmamış edimi seçmiş gibi borcun konusu bu edim olur. Bu çerçevede borçlu bir taraftan ifası mümkün olan edimi yerine getirme borcu altına girerken, diğer taraftan alacaklının imkansızlaştırdığı edim nedeniyle malvarlığına ilişkin zararın tazminini ondan talep edebilir<sup>140</sup>. Hakkaniyete daha uygun düşen bu görüş özellikle edimi kendi kusuruyla imkansız hale getiren alacaklının, buna rağmen kendi menfaatini gözetebilme yönündeki aksaklığı da ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla

<sup>137</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 16; ; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 62; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; TUNÇOMAĞ, s. 55; EREN, s. 928, 929.

<sup>138</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art 72, N. 16; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 62.

<sup>139</sup> BECKER, Art. 72, N. 15; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; SAYMEN/ELBİR, s. 609.

<sup>140</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; SAYMEN/ELBİR, s. 609. Seliçi, bu görüşü TBK m. 136/I (EBK m. 117) bağlamında Kanuna uygun bir çözüm olarak görmekte birlikte, alacaklının bizzat kendisinin sorumlu olduğu bir davranış nedeniyle borçlunun hukuki durumunun kötüleşebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. SELİÇİ, s. 399.

seçim hakkı alacaklıya aitse ve imkansızlık da kendi kusuru neticesinde meydana gelmişse, ifası mümkün olan diğer edim borcun tek konusu haline gelmeli ve alacaklı imkansız olan edimi seçme hususunda herhangi bir seçim hakkına sahip olamadığı gibi buna ilişkin borçlunun zararını tazmin yükümlülüğü altına girmelidir.

Edimlerden biri alacaklının kusuru ile imkansız hale gelmişse ve seçim hakkı da borçluda veya üçüncü kişide ise bu kimseler ifası mümkün edimi ya da imkansız olan edimi seçebilir<sup>141</sup>. Seçim hakkı sahibi borçlu veya üçüncü kişi halen mümkün olan edimi seçerse, borçlu o edimi ifa eder ve imkansızlığına sebebiyet verdiği edim için de haksız fiil hükümlerince alacaklıdan tazminat talep edebilir<sup>142</sup>. Eğer borçlu imkansız olan edimi seçerse, diğer edim borcun konusu olmaktan çıkar ve mesele TBK m. 136/I çerçevesinde çözümlenir. Belirtelim ki, böyle bir durumda borçlunun iki tarafa borç yükleyen sözleşmede karşı edimi talep edip edemeyeceği Kanunda düzenlenmemiştir. Taraflardan herhangi birinin neden olmadığı imkansızlığa ilişkin risk paylaştırıldığı için burada TBK m. 136/II hükmünün uygulanmasından söz edilemez. Fakat İsviçre-Türk hukukunda düzenlenmeyen bu hususa ilişkin BGB §324 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir<sup>143</sup>. Şu halde, söz konusu düzenleme çerçevesinde borçlu kendi edimini ifa etmiş gibi davranarak, karşı edimin hesaplanacak değeri nispetinde hem kendi edimini ifadan kurtulma, hem de aradaki farkın kendisine ödenmesini talep hakkına sahip olabilir.

#### 4. Seçim Hakkının Kullanılmasından Sonraki İmkansızlık

Şayet seçim hakkı kullanıldıktan sonra borcun konusu imkansız hale gelirse, o ana kadar bir tek edim borçlanılmış ve imkansız hale gelmiş gibi sonuç doğurur. Diğer bir anlatımla imkansızlık seçim hakkı kullanıldıktan sonra meydana gelmişse, seçimlik borç adi bir borç haline geleceğinden, ifası hala mümkün olan, ancak seçilmeyerek borcun konusu olmaktan çıkan diğer edimin ifası talep edilemez. Buna karşılık seçilerek basit bir borcun

---

<sup>141</sup> von TUHR/PETER, s. 81; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 61; WEBER, Art. 72; N. 63; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816, 817; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TUNÇOMAĞ, s. 55.

<sup>142</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816, 817; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305.

<sup>143</sup> von TUHR/PETER, s. 134; WEBER, Art. 72, N. 64; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 61.

konusu haline gelen imkansız olan edime ilişkin olarak da kusurlu (TBK m. 112) veya kusura dayanmayan (TBK m. 136) ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> WEBER, Art. 72, N. 66; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 72, N. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 305; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816; SELİÇİ, s. 395.



### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- BECKER, HERMANN**, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- ERLER**, Joachim, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Mainz 1964.
- GAUCH**, Peter/**SCHMID**, Jörg/**SCHRANER**, Marius, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen Art 68-96 OR, Freiburg 2000,
- İŞINTAN**, Pelin Çavuşoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 2005.
- NOMER**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- PALANDT**, Otto/**HEINRICH**S Helmut, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, München 2000.
- SELİÇİ**, Özer, Seçimlik Borçların İfası, İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2011.
- OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR, Zürich 1929.
- SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958.
- SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, İstanbul 2004.
- TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku, 1. Cilt Genel Hükümler, İstanbul 1969.
- von TUHR**, Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979.

**WEBER**, Rolf H., Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Art. 68-96, Bern 2005.