

PAPER DETAILS

TITLE: SEÇİMLİK YARISMA KAVRAMI VE BUNA DUYULAN İHTİYAÇ ÜZERİNE

AUTHORS: Emir GÖKA

PAGES: 881-947

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3173686>

SEÇİMLİK YARIŞMA KAVRAMI VE BUNA DUYULAN İHTİYAÇ ÜZERİNE

On the Concept of Elective Concurrence and the Need Thereof

Emir GÖKA*

ÖZ

Seçimlik yarışma, hak sahibinin, aralarından yalnızca birini kullanmak üzere birden fazla hakkının bulunduğu durumları, yani seçimlik hak çokluklarını ifade etmektedir. Alman öğretisindeki hakim görüş bunu hem hukuki yapısı hem de bazı sonuçları itibarıyla seçimlik borç ve yetkiden ayırmakta, bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır. Ancak bu kavramı, ifade ettiği durumlardaki sorunlara yeknesak çözümler sunamadığı sebebiyle eleştiren yazarlar olduğu gibi tamamen reddeden yazarlar da vardır. Bu tartışmalar henüz Türk ve İsviçre öğretisini etkilememiştir. Hatta burada seçimlik yarışma kavramına da oldukça az sayıda yazar tarafından yer verilmektedir. Fakat bu kavramı kullanmayan yazarlar da bununla ifade edilen durumları çoğunlukla seçimlik borç, yetki veya başka bir kavramla açıklamamakta, sadece hak sahibinin “seçimlik hakları” bulunduğundan söz etmektedir. Bu çalışmada önce Alman hukukunda seçimlik borç, yetki ve yarışma kavramları ele alınmış ve seçimlik yarışmayla ilgili tartışmalar açıklanmıştır. Sonrasında Türk ve İsviçre hukukunda aynı kavramlar incelenmiş, seçimlik yarışmanın bağımsız bir kavram olarak kabul edilmesi ihtiyacını arka planda bırakan sebeplere değinilmiş ve böyle bir kabulün isabetli olup olmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Seçimlik Yarışma, Seçimlik Borç, Seçimlik Yetki, Seçimlik Haklar, Seçim Hakkı

Makalenin Geliş Tarihi: 29.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 21.06.2023.

* Doktora Öğrencisi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk Programı), E-posta: emir.goka@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0129-1685.

Bu makale, İ. D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinde öngörülen, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının sağlanması amacıyla tez konusundan türetilerek yazılmıştır.

ABSTRACT

Elective/alternative concurrence refers to situations where the right holder has more than one right, but only entitled to exercise one of them; *i.e.* a plurality of elective/alternative rights. The prevailing view in the German legal doctrine distinguishes this from alternative and facultative obligations and considers it an independent concept. There are, however, authors who criticize this concept for its inability to provide uniform solutions to the problems in the situations it refers to, as well as those who reject it completely. These discussions have not yet affected Turkish and Swiss doctrines. In fact, here, only a few authors mention the concept of elective/alternative concurrence. But the authors who do not mention elective/alternative concurrence, mostly, do not either explain the situations categorized under this concept with alternative or facultative obligations or any other concept; they merely say that the right holder has “elective/alternative rights”. In this study, first, the concepts of alternative and facultative obligations, and elective/alternative concurrence in German law are examined. Then the same examination is carried out for Turkish and Swiss laws. Then the reasons that push aside the need to acknowledge the elective/alternative concurrence as an independent concept are explained, and justifiability of this acknowledgement is discussed.

Keywords: Elective/Alternative Concurrence, Alternative Obligations, Facultative Obligations, Elective Rights, Right to Choose

I. GİRİŞ

Seçimlik yarışma kavramı son yıllarda Alman hukukunda giderek yoğunlaşan tartışmalara konu olmaktadır. Bu tartışmalar kavramın hukuki yapısının nasıl açıklanacağı ve bunu diğer kavramlardan ayıran unsurların neler olduğu hakkında uyuşmazlıklardan öteye geçmekte; böyle bir kavramın var olup olmadığı, daha doğrusu dogmatik olarak var olmayı hak edip etmediği (*Existenzberechtigung*) üzerinde yoğunlaşmaktadır. *Bachmann* ve *Samhat*'ın seçimlik yarışma üzerine yakın tarihli monografilerinde¹ her

¹ Thomas Bachmann, *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010); Abbas Samhat, *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB* (Tübingen: Mohr

yönüyle ele alınmış bu kavramın gerçekte var olmayı hak etmediğinin ileri sürülmesi hukuk öğretisinde sık karşılaşılan nitelikte bir iddia olmamasına rağmen, *Stamm*’ın anılan monografilerden kısa süre sonra bu iddiayla kaleme aldığı makalesi öğretilde destek görmeye başlamıştır². Ana sorun, biri doğrudan kanunda düzenlenmiş, diğeri ise belli başlı münferit düzenlemelerden çıkarılmaya alışılmış seçimlik borç ve seçimlik yetki kavramlarının yanında, kanuna yabancı sayılabilecek seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olup olmadığıdır. Aslında *Stamm*’dan önce başka yazarlar da kavramla ilgili benzer tereddütler ileri sürmüş, ancak özellikle seçimlik hakların arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların seçimlik borç veya yetki kavramlarına dahil edilemeyeceğini belirterek seçimlik yarışmaya yine de varlık alanı tanımışlardır³. Alman hukukundaki hakim görüş ise aşağıda açıklanacak teorik gerekçeler ve pratik kaygılarla bağımsız bir seçimlik yarışma kavramını kabul etmektedir. Pratik kaygıların belki de en önemlisi Alman Medeni Kanunu (“BGB”) §§ 262-265’teki fazla ayrıntılı ve pratik bakımından elverişsiz görülen seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin içerdiği kısıtlamalardan arı bir kavramın el altında bulundurulmasıdır⁴.

Siebeck, 2012). Ayrıca bkz. Volker Wiese, *Alternativität in Schuldverhältnissen* (Tübingen: Mohr Siebeck 2017).

² Bkz. Jürgen Stamm, “Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten,” *Juristen Zeitung* 70, Nr. 19 (Oktober 2015): 920-929. Alternatif edim çokluklarını en tutarlı şekilde açıklayan bu görüşün memnuniyetle karşılanması gerektiği yönünde bkz. Alexander Krafka, “§ 262 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 13.4 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023). Seçimlik yarışmaya yöneltilen eleştirileri dikkate alarak bunu “gerçek olmayan seçimlik borç” (*unechte Wahlschuld*) başlığı altında ele alan bir görüş için bkz. Stephan Scholz, *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 193 vd.

³ Bkz. Moritz Pöschke, “Die elektive Konkurrenz,” *Juristen Zeitung* 65, Nr. 7 (April 2010): 350-351, 354; Ulrich Büdenbender, “Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik beider Rechtsinstitute,” *Archiv für die civilistische Praxis* 205, no. 3-4 (2005): 397 vd., 400.

⁴ Özellikle bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 68 vd., 71 vd., 77-79; Karl-Heinz Ziegler, “Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog.

Alman hukukundaki tartışmaların henüz Türk ve İsviçre hukuklarını etkilediğini söylemek güçtür. Aksine, Türk ve İsviçre öğretilerinde, bu tartışmaların ele alınması bir yana, seçimlik yarışmaya bağımsız bir kavram veya hukuki kurum olarak yer veren yazar sayısı dahi oldukça azdır⁵. Keza bu yazarlar arasında olan Koller de İsviçre öğretisinde, özellikle de ders kitabı niteliğinde genel eserlerde, seçimlik yarışmanın nadiren anılan bir hukuki kurum olduğunu ifade etmektedir⁶. Kanımca aynı tespit Türk öğretisi için de geçerlidir: Türk ve İsviçre öğretilerinde seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örnekler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlı haklar (Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 125)⁷, satım sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme ile sözleşmeden dönme ve bedelden

Wahlschuld (§§ 262-265 BGB),” *Archiv für die civilistische Praxis* 171, no. 3 (1971): 194 vd., 203 vd.

⁵ Başlıca örnekleri için İsviçre hukukunda bkz. Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht, Band 6: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Einleitung, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 1984), 132, 141; Marius Schraner, “Art. 72,” içinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR*, ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2000), N. 28; Rolf H. Weber, “Art. 72,” içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR*, ed. Heinz Hausheer, 2. Auflage (Bern: Stämpfli, 2004), N. 24; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage (Bern: Stämpfli, 2017), N. 2.131-2.132; Daniel Zemp, *Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018), N. 21. Türk hukukunda bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2017), N. 328; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 2 (Haziran 2013): 24; Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt: II – Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin, 2021), N. 644 vd.

⁶ Koller, OR AT, N. 2.131, dn. 86.

⁷ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Weber, “Art. 72 OR,” N. 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24; Antalya, *Metodoloji*, N. 644. Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkını dışarıda tutarak: Koller, OR AT, N. 2.131; Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (Zürich: Dike, 2015), N. 621.

indirim hakları⁸ (TBK m. 227/I) ve eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarıdır (TBK m. 475/I)⁹. Ancak Türk öğretisindeki başlıca ders kitapları ve sistematik eserlerde bu durumlarda genellikle alacaklının seçimlik haklara sahip olduğu belirtilmekte ve bu seçimlik haklar arasında nasıl bir ilişki olduğu ayrıca değerlendirilmeden her bir seçimlik hak özelinde inceleme yapılmaktadır¹⁰. Yine seçimlik yarışmayı inceleyen yazarlardan Serozan, bu kavramın öğretilde pek benimsenmediğini belirtmektedir¹¹. Oysa tespit edebildiğim kadarıyla kavrama yer veren yazarların büyük çoğunluğu buna karşı çıkmazken, yer vermeyenler de değinilen durumları çoğu kez seçimlik borç veya yetki kavramları altında ele almadığı gibi başkaca bir kavram/ilişki üzerinden de nitelendirmemektedir. Dolayısıyla kanımca ortada benimsenmemeden ziyade arka planda kalma söz konusudur. Bu pasif tutumun önemli bir istisnasını oluşturan Merz ise açıkça seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir seçimlik yarışma kavramını benimseyen Alman hukukundaki ince ayrımın kabul edilmemesi gerektiğini, seçimlik yarışma altında sayılan durumların seçimlik borç olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir¹².

Bu çalışmada öncelikle Alman hukukunda ayrıntılı olarak incelenmiş olan seçimlik yarışma kavramı ele alınmış, buna ihtiyaç duyulmasının sebepleri, yüklendiği işlevler ve hangi sebeplerle karşı çıkıldığı açıklanmıştır.

⁸ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Weber, “Art. 72 OR,” N. 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24; Antalya, *Metodoloji*, N. 647.

⁹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131; Koller, *Werkvertrag*, N. 621; Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage (Zürich: Schulthess, 2019), N. 1490. Karş. Philippe Seiler, “Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag,” *Aktuelle Juristische Praxis* 18, no. 8 (2009): 990 vd.

¹⁰ Örneğin bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 27. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), N. 3485 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1*, 20. Bası (İstanbul: Vedat, 2022), N. 1664 vd., 1676 vd.; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Bası (İstanbul: Beta, 2021), N. 197.2 vd.; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-1*, 3. Bası (İstanbul: Vedat, 2013), 94 vd.; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-2*, 3. Bası (İstanbul: Vedat, 2013), 63 vd. Karş. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, 4. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2019), N. 746.

¹¹ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası (İstanbul: Filiz, 2016), § 7, N. 18. İnceleme için bkz. Serozan, *Yöntem*, N. 328.

¹² Merz, *OR AT*, 132, 141.

Sonrasında Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetki kavramlarıyla ilgili hakim anlayış ortaya koyularak bunlardan ayrı bir seçimlik yarışma kavramını (ya da buna eşdeğer bir kavramı) kabul etmenin anlamlı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Şimdiden belirtilebilir ki, Türk ve İsviçre hukuklarında bu kavrama karşı mesafeli veya belki daha doğrusu ilgisiz durulmasının kanaatimce iki ana sebebi vardır. İlki, TBK m. 87 ve İsviçre Borçlar Kanunu (“İBK”) m. 72’deki seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin, yukarıda anılan §§ 262-265 BGB’den farklı olarak, başka kavramlar üzerinden çıkış noktaları aranmasını acilen gerektirecek ölçüde ayrıntılı ve sınırlayıcı olmamasıdır. İkincisi ise Türk ve İsviçre öğretisinde – en azından buna değinen yazarlarca – seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak sayılan durumlarda her bir seçimlik hakkı kullanmakla tükenen ve geri alınamaz birer yenilik doğuran hak olarak nitelendirme yönündeki güçlü eğilimdir¹³. Bu eğilime karşı giderek taraftar toplayan iki önemli itiraz söz konusudur. İlki bazı seçimlik hakların yenilik doğurucu nitelikte olmadığını kabulüdür. Gerçi, elbette, sırf seçimlik yarışma kavramını tartışmaya açmak üzere böyle bir kabulde bulunulması söz konusu değildir. Öğretide böyle bir çabadan bağımsız şekilde giderek taraftar toplayan bir görüş, oldukça güçlü gerekçelerle, ayıplı ifadan kaynaklanan ayıpsız benzeriyle değiştirme ve ücretsiz onarım (ayıbın giderilmesi) haklarının yenilik doğurucu niteliğini reddetmekte ve bunları aynen ifa talebinin devamı niteliğinde haklar (başla bir ifadeyle alacak hakları) olarak görmektedir. İkincisi ve daha önemlisi, öğretide giderek güçlenen bir diğer görüş kullanılan hakkın geri alınamaması “ilkesini” yenilik doğuran haklar bakımından da tartışmaya açmakta, bunun kategorik geçerliliğini reddetmekte, bazı şartlar altında hak sahibine bir değiştirme hakkı (*ius variandi*)¹⁴ tanınması gerektiğini savunmaktadır. Aslında bunu açıklayabilmek için (bu görüşteki yazarlarca geniş olarak yer verilen menfaat değerlendirmelerinin yanında) seçim hakkının hukuki niteliğinin ve seçimlik haklar arasındaki ilişkinin irdelenmesi de gereklidir.

Bu çalışmada ileri sürülen sava göre, yukarıda anılan yaklaşımlardan hangisi kabul edilirse edilsin, seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak

¹³ Seçimlik yarışmaya değinen başlıca yazarlar için bkz. yukarıda dn. 5. Bu cümleden itibaren, bu paragrafta değinilen görüşler için bkz. aşağıda III, B, 2.

¹⁴ *Ius variandi* kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 400 vd.; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 181 vd., 265-267, 271 vd.; Wiese, *Alternativität*, s. 560 vd.; Vedat Buz, “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners,” *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)* 15, no. 5 (1997): 200 vd.; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin, 2005), 443 vd., 452 vd., 486 vd.

sayılan durumların Türk ve İsviçre hukuklarında hakim anlayışın seçimlik borç ve yetki kavramlarına çizdiği çerçeveye dahil edilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda her bir seçimlik hakkın geri dönülemez yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi sadece seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir kavrama duyulan ihtiyacın arka planda kalmasını kolaylaştırmaktadır. Buna karşılık, özellikle seçimlik haklardan bazıları alacak hakkı niteliğinde sayıldığı ve/veya kullanılan hakkın niteliğinden bağımsız olarak hak sahibine belli şartlar altında bir *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakıldığı takdirde bağımsız bir kavrama olan ihtiyaç daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışma hem hukuki yapısı itibariyle söz konusu örnekleri kapsayabilen hem de seçimlik borç ve yetkiden ayrı bazı sonuçları bulunan bağımsız bir kavramdır.

II. ALMAN HUKUKUNDA SEÇİMLİK YARIŞMA

A. Genel Olarak Seçimlik Borç ve Yetki

Alman hukukunda seçimlik borç kavramı §§ 262-265 BGB’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. § 262 BGB’de “*birden fazla edim yalnızca biri ya da diğeri yerine getirilecek şekilde borçlanılmışsa*”¹⁵ şüphe halinde seçim hakkının borçluda olduğu öngörülmüştür. Seçimlik borç düzenine yöneltilen pratik değersizlik eleştirisi daha buradan başlamaktadır. Bir yandan sözleşme yoluyla seçim hakkının genellikle alacaklıya verilmesi sebebiyle bu hükmün neredeyse hiç uygulanmadığı, daha vahim olan diğer yandan ise BGB’nin hiçbir yerde borçlunun seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borç öngörmemek suretiyle kendi kurguladığı düzeni takip etmediği belirtilmektedir¹⁶. Öğretideki hakim görüş, yukarıda doğrudan alıntılanan ifadeye uygun şekilde, seçimlik borcun var olduğu durumlarda birden fazla edimi seçimlik olarak içeren tek bir borcun/alacağın bulunduğu ve sadece seçilecek olan edimin yerine getirileceğini kabul etmektedir¹⁷. Yani ortada

¹⁵ “Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist...”

¹⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 69-70.

¹⁷ Wolfgang Krüger, “§ 262 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 2; Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen* (Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1989), 254-256; Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 22. Auflage

alternatif içerikli tek bir alacak hakkı vardır ve geçerli bir seçimle bu içerik somutlaştırılmaktadır.

§ 263 f. 1 BGB'ye göre, seçim (hakkı), diğer tarafa açıklanmakla kullanılacaktır. Bu bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekte¹⁸, taraflar aksini kararlaştırmadıkça (irade sakatlığı sebebiyle iptal hakkı saklı olmak üzere) bunun kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁹. Ancak yenilik doğuran hakların geri alınamayacağı dogmasının genel olarak amacına göre (özellikle de muhatabın korunması ihtiyacı doğrultusunda) ele alınması ve bununla sınırlandırılması gerektiği düşüncesinden²⁰ yola çıkarak bunun seçimlik borçlardaki seçim hakkının kullanılması bakımından da geçerli olduğunu savunan yazarlar da vardır²¹. Alman Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar seçim hakkının geri alınamamasını (bağlayıcı etkisini) bunu geçmişe etkili sayan, hemen aşağıda değinilecek § 263 f. 2 BGB'ye dayandırmaktadır²². Bu görüş eleştirilmekte, bağlayıcı etkinin seçilmemiş

(München: Beck, 2021), § 17, N. 18; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Auflage (Göttingen: De Gruyter, 2017), N. 256; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94, 102, 106. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 132 vd.

¹⁸ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 14; Claudia Bittner ve Sebastian Kolbe, “§ 262 BGB,” içinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht 1*, ed. Manfred Löwisch (Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019), N. 23; Alexander Krafka, “§ 263 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 1 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 264.

¹⁹ Claudia Bittner ve Sebastian Kolbe, “§ 263 BGB,” içinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht 1*, ed. Manfred Löwisch (Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019), N. 2, 14; Krafka, “§ 263 BGB,” N. 1, 14, 16.

²⁰ Bu tartışma konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 141 vd., 146 vd.; Keivan Mohasseb ve Hans Caspar von der Crone, “Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten,” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, no. 4 (2019): 431; Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd.

²¹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 189 vd., 432-435; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 165 vd., 207 (fakat bağlayıcı etkinin bu şekilde zayıflatılmasının mutlaka *ius variandi* tanındığı anlamına gelmediğini belirterek).

²² BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 - V ZR 124/05, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1199 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Harm Peter Westermann, “§ 439 BGB” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen*

olan edimi hiç borçlanılmamış sayan § 263 f. 2 BGB'den değil, seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinin dayandırıldığı § 263 f. 1 BGB'den kaynaklandığı ifade edilmektedir²³.

§ 263 f. 2 BGB'de seçilen edimin baştan itibaren tek başına borçlanılmış sayılacağı öngörülmüştür²⁴. Seçilmeyen edim hiç borçlanılmamış gibi tamamen ortadan kalkmaktadır²⁵. Öğretide bu olağandışı düzenlemenin taraf menfaatlerine bazı durumlarda aykırı düşebildiği belirtilmektedir. Buna örnek olarak, sıklıkla, seçilebilecek edimlerden birinin ipotekle temin edilmiş para verme edimi olduğu seçimlik borç ilişkilerinde borçlunun salt diğer edimi seçmek suretiyle hem hiç borçlanılmamış sayılan para verme edimini hem de buna bağlı olan ipoteği bertaraf edebilmesini engellemek için Alman mahkemelerinin çeşitli gerekçelerle § 263 f. 2 BGB'yi uygulamadığı kararlar gösterilmektedir²⁶. Diğer taraftan edimlerden birinin ifasının baştan imkansız olduğu veya daha sonra seçim hakkı kullanılmadan imkansızlaştığı durumlarda (imkansızlıktan dolayı seçim hakkına sahip olmayan tarafın sorumlu olması imkansızlaşan edimin yerine geçen tazminat ediminin seçilme imkanı saklı olmak kaydıyla²⁷) § 265 BGB uyarınca borç ilişkisi kalan edimlerle sınırlı olarak devam etmektedir. Bu düzenlemeyle § 263 f. 2 BGB'nin ifa imkansızlığı durumlarında yol açabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁸. Kanun koyucunun buradaki tutumunun § 263 f. 2 BGB'nin pratikte istenmeyen sonuçlara yol açtığını ortaya koyan diğer bir gösterge olduğu ileri sürülmektedir²⁹.

Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB, ed. Bettina Limperg *et al.*, 8. Auflage (München: Beck, 2019), N. 6; Clemens Höpfner, “§ 439 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.12.2022 (München: C. H. Beck, 2023), N. 23.1 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

²³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 395-396, 407, dn. 160.

²⁴ Taraflar seçim hakkı kullanılıncaya dek bunun aksini kararlaştırabilir. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70. Seçim hakkına bu şekilde geçmişe etki tanınması sonucunda zamanaşımı süresi de seçim hakkının kullanıldığı andan değil, borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlar. Krafka, “§ 263 BGB,” N. 22.

²⁵ Wolfgang Krüger, “§ 263 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 7.

²⁶ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70; Ziegler, “Wahlschuld,” 201.

²⁷ Birçoğu yerine sadece bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 190.

²⁸ Bittner ve Kolbe, “§ 263 BGB,” N. 12; Krüger, “§ 263 BGB,” N. 7.

²⁹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 71.

§ 264 BGB’de seçim hakkına sahip olanın bunu zamanında kullanmaması halinde karşı tarafın ne şekilde hareket edebileceği düzenlenmiştir. § 264 f. 1 BGB’de seçim hakkına sahip olan borçlu bunu kendine karşı icra takibine geçilmeden kullanmamışsa³⁰ alacaklının edimlerden birine veya diğerine karşı takip yapabileceği, ancak alacaklı takibe konu edimi kısmen veya tamamen elde etmediği sürece borçlunun diğer edimi de ifa ederek borcundan kurtulabileceği öngörülmüştür³¹. § 264 f. 2 BGB’de ise seçim hakkına sahip olan alacaklı temerrüde düşmüşse borçlunun ondan makul bir süre içinde seçim yapmasını isteyebileceği, sürenin sonunda seçimin yapılmaması halinde seçim hakkının borçluya geçeceği düzenlenmiştir. Öğretideki hakim görüş, bu düzenlemelerden, seçim hakkına sahip olan tarafın aynı zamanda bir seçim *yükümlülüğü* altında olduğunu çıkarılamayacağı yönündedir³². Buna göre, seçim hakkının kullanılması borçlu için bir ifaya hazırlık işlemi (*Leistungsvorbereitungshandlung*), alacaklı için ise bir külfet (*Obliegenheit*) teşkil etmektedir³³. *Bachmann* hukukten bir seçim yükümlülüğünün var olmadığını kabul ederek sonuç itibarıyla hakim görüşe paralel tavır almakla birlikte, en azından seçim hakkının alacaklıya ait olduğu durumlarda bunu borçluya kaptırmaktan korkacak olan alacaklının *de facto* böyle bir yükümlülük altında olduğunu ileri sürmektedir³⁴. Bu anlayışa karşı çıkarak seçimlik borcun ayırt edici özelliğinin seçim yükümlülüğünün varlığında aranmasının uygun olacağını savunan *Samhat* ise seçim hakkının alacaklıya ait olduğu durumlarda § 264 f.

³⁰ Alacaklı icra takibine geçmeden önce borçluya karşı seçimlik (alternatif talepli) dava açarak seçimlik mahkumiyet hükmü elde edebilecektir. Borçlu buna rağmen seçim hakkını kullanmazsa, alacaklı artık edimlerden birini seçerek icra takibine geçebilecektir. *Samhat*, *elektive Konkurrenz*, 234-235.

³¹ Alacaklının edimlerden birine karşı icra takibine geçmesinin borçlunun seçim hakkını değiştirdiği kabul edilmektedir. Buna göre, icra takibini izleyen süreçte borçlu seçim hakkını irade açıklaması yoluyla değil, yalnızca fiilen ifade bulunarak kullanabilir. Wolfgang Krüger, “§ 264 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 4; Ziegler, “Wahlschuld,” 202, 211.

³² Krüger, “§ 264 BGB,” N. 1; Alexander Krafka, “§ 264 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 3; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 266-267; Wiese, *Alternativität*, 23. Ancak taraflar seçim hakkına sahip olanın bunu kullanmasının dava edilebilir bir yükümlülük oluşturduğunu kararlaştırabilir.

³³ Krafka, “§ 264 BGB,” N. 3; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 266.

³⁴ *Bachmann*, *elektive Konkurrenz*, 357 vd., 367-368.

2 BGB'den onun aynı zamanda bunu kullanmakla yükümlü olduğu lehinde sonuç çıkartılabileceğini, bu fıkranın *de lege ferenda* borçlunun seçim hakkına sahip olduğu durumlarda da uygulanmasının isabetli olacağını, ancak bu ihtimal dışarıda bırakılsa dahi özellikle borçlunun seçim hakkını kullanması aynı zamanda alacaklının da menfaatine olduğu için onun da gerçek bir seçim yükümlülüğüne tabi sayılması gerektiğini savunmaktadır³⁵. Seçimlik borçla ilgili yukarıda anılan diğer düzenlemeler gibi § 264 BGB'dekiler de zahmetli ve pratiklikten uzak olmaları sebebiyle eleştirilmektedir³⁶.

Seçimlik yetki ise BGB'de açıkça düzenlenmiş bir kurum olmamasına rağmen Alman hukukunda genel olarak kabul görmektedir³⁷. Seçimlik yetkinin var olduğu durumlarda baştan borçlanılmış (yani kural olarak ifa ve talep edilebilen³⁸) tek bir edim mevcuttur, ancak hak sahibi bu edimi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisini/gücünü haizdir³⁹. Seçimlik borçtaki gibi alternatif içerikli (ve dolayısıyla borçlunun neyi ifa edebileceğinin, alacaklının da neyi talep edebileceğinin seçim hakkı kullanılıncaya dek belirsiz olduğu) değil, içeriği baştan belli olmakla birlikte sonradan başka bir içerikle değiştirilebilen tek bir borç söz konusudur⁴⁰. Yani burada seçim hakkı borç ilişkisini alternatif içeriklerden biriyle somutlaştırmamakta; borç ilişkisinin zaten belli/somut olan baştaki içeriğini sonradan değiştirme imkanı vermektedir⁴¹. Dolayısıyla seçim hakkı kullanılsın veya kullanılsın neyin ifa edileceğinin belirsiz olduğu bir an yoktur⁴².

Hakim görüşe ve Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre, bu kez seçimlik borçtaki duruma paralel şekilde, seçimlik yetkiye hangi taraf sahip olursa olsun seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran hak niteliğindedir⁴³.

³⁵ Samhat, *elektive Konkurrenz*, 222 vd., 226 vd., 231 vd., 237, 242-243, 296 vd., 436-437.

³⁶ Krüger, “§ 264 BGB,” N. 1.

³⁷ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Ziegler, “Wahlschuld,” 195.

³⁸ Ziegler, “Wahlschuld,” 203-204; Erik Hahn, *Die zivilrechtliche Ersetzungsbefugnis* (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), 37.

³⁹ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 11; Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Ziegler, 203; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 258-259; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37, 43.

⁴⁰ Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37.

⁴¹ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 191-192.

⁴² Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37.

⁴³ BGH, Urteil vom 9. 2. 1970 - VIII ZR 97/68, Neue Juristische Wochenschrift 1970, 992; BGH, Urteil vom 14. 7. 1999 - XII ZR 215-97, Neue Juristische

Yine seçimlik borca benzer şekilde bunun da kural olarak geri alınması mümkün görülmemekte; ancak dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaları olabileceği kabul edilmektedir⁴⁴. Azınlıkta kalan görüş ise seçim hakkının hangi tarafta bulunduğuna göre ayırım yapmakta ve yalnızca alacaklıda olduğu durumlarda yenilik doğurucu niteliğini kabul etmektedir⁴⁵. Buna göre, borçlunun seçim hakkını bir irade açıklaması yoluyla kullanması borç ilişkisine herhangi bir etki yapmamaktadır. Borçlu bu etkiyi yalnızca yedek edimi ifa ederek sağlayabilir.

Seçimlik borca ilişkin §§ 262-265 BGB'deki düzenlemelerin seçimlik yetkinin var olduğu durumlarda uygulanamayacağı genellikle kabul edilmektedir⁴⁶. Borcun konusu olan edim baştan itibaren belli olduğundan, seçim hakkına alacaklının sahip olduğu durumlarda, borçlunun borcunu ifa edebilmek amacıyla alacaklıya seçim hakkını kullanması için uygun bir süre tanınması gerekmediğinden § 264 f. 2 BGB burada uygulanmaz⁴⁷. Seçim hakkı borçludaysa alacaklının ona karşı seçimlik dava açması ve sonra edimlerden birini seçerek icra takibi yapması şart olmadığından § 264 f. 1 BGB'nin uygulanmasına da yer yoktur⁴⁸. Yine edimlerden birinin ifası imkansızlaşırsa borç ilişkisinin kalan edim(ler)le devam edeceğini öngören § 265 BGB de

Wochenschrift 1999, 2808 vd. (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 11 (bu hakkın kullanılması borç ilişkisinin içeriğinin belirlenmesi için şart olmadığından “ilave yenilik doğuran hak” şeklinde); Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 40 vd., 43; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 191 ile orada dn. 1007'de anılan diğer yazarlar ve kararlar.

⁴⁴ Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage (München: Vahlen, 2022), § 13, N. 30; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 22; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 119 vd., 122-123. Konuya genel olarak yenilik doğuran hakların geri alınması tartışması üzerinden yaklaşarak aynı yönde: Scholz, *Gestaltungsrechte*, 192. Ancak özellikle karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.1.

⁴⁵ Krüger, “§ 263 BGB,” N. 10. Ayrıca karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.

⁴⁶ Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 27; Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14; Ziegler, “Wahlschuld,” 203 (ama taraflar sözleşmede bazı alanlarda seçimlik borç düzeninin uygulanacağını kararlaştırabileceğinden somut olay bazında inceleme yapılması gerekeceği yönünde); Samhat, *elektive Konkurrenz*, 10. Karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.1.

⁴⁷ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14.

⁴⁸ Bkz. Ziegler, “Wahlschuld,” 203. Fakat asıl edim için icra takibine geçilmesiyle borçlunun seçim hakkının değişikliğe uğradığını ve bu hakkın artık yalnızca yedek edim ifa edilerek kullanabileceğini seçimlik yetki bakımından da kabul eden yazarlar vardır. Bkz. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 251-252. Seçimlik borçta aynı sorunun benzer şekilde çözümü için bkz. yukarıda dn. 31.

burada uygulama alanı bulmayacaktır. Asıl edimin ifasının imkansızlaşması halinde (yedek edimin ifasının mümkün olmasına bakılmaksızın) ifa imkansızlığının genel sonuçları geçerli olacak, yedek edim imkansızlaşırsa seçim hakkı ortadan kalkacaktır⁴⁹. Ayrıca seçimlik yetki durumlarında § 263 f. 2 BGB'nin de uygulanamayacağı, yani seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmadığı kabul edilmektedir⁵⁰.

B. Seçimlik Yarışma

1. Kavramın Lehindeki Hakim Görüş

Alman öğretisinde kanunun bir kişiye birden fazla talep hakkını veya yenilik doğuran hakkı, arasından yalnızca birini ileri sürmek üzere, seçimlik olarak sunduğu durumlar “seçimlik yarışma” (*elektive/alternative Konkurrenz*) kavramıyla ifade edilmektedir⁵¹. Aşağıda bu kavramı seçimlik borçtan ayırdığı kabul edilen önemli yönler maddeler halinde (i) ilâ (iv) arasında aktarılmıştır. Kavramı seçimlik yetkiden ayıran önemli hususlar ise konusu itibarıyla ilgili olan maddenin altında ayrıca belirtilmiştir. Yazar bazında inceleme yapmaktan kaçınmak için seçimlik yarışma kavramını kabul etmesine rağmen aşağıda sayılan maddelerde hakim görüşten ayrılan veya bunu bazı yönlerden eleştiren yazarların görüşleri de bu çalışmanın kapsamı elverdiği ölçüde ilgili maddelerin altında metne veya dipnota işlenecektir. Bunlardan bazıları ayrıca II, B, 2’de de kısaca açıklanmıştır.

(i) Hukuki Yapıda Farklılık: İlk olarak seçimlik borç, seçimlik yetki ve seçimlik yarışma kavramlarının hukuki yapıları arasında fark olduğu kabul edilmektedir. Hakim görüşe göre, seçimlik borçta alternatif içerikli, seçimlik yetkide ise içeriği baştan belli olmakla birlikte sonradan değiştirilebilen tek bir talep/alacak hakkı⁵² mevcutken, seçimlik yarışmada (bir arada ileri

⁴⁹ Birçoğu yerine sadece bkz. Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 28.

⁵⁰ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14; Krüger, “§ 263 BGB,” N. 10; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 258.

⁵¹ Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage (München: Beck, 2020), § 21, N. 3; Gregor Bachmann, “§ 241 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, §§ 241-310 BGB, ed. Franz Jürgen Sackner et al., 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 44; Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19.

⁵² Alman öğretisindeki hakim görüşe göre borçlar hukuku alanında “talep” ile “alacak” özdeş kavramlardır. Birçoğu yerine sadece bkz. Bachmann, “§ 241 BGB,” N. 6; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 1, N. 9.

sürülmesi mümkün olmayan) birden fazla talep ve/veya yenilik doğuran hak söz konusudur⁵³. İlkinde edim çokluğu, ikincisinde edimin değiştirilebilmesi anlamında edim çokluğu, üçüncüsünde ise hak çokluğu mevcuttur. *Bachmann*'ın açıklamasına göre, seçimlik yarışma; taleple talep, taleple yenilik doğuran hak veya yenilik doğuran hakla yenilik doğuran hak arasında belli bir ilişkiyi ifade ederken, seçimlik borç ve yetki yalnızca edimin belirlenmesiyle ilgili sayılmalıdır⁵⁴. Bunların yanında, özellikle hak sahibine seçimlik olarak bir veya birden fazla yenilik doğuran hak tanınan durumların seçimlik borç veya yetki kavramları altında değerlendirilemeyeceği genellikle kabul edilmektedir⁵⁵.

Seçimlik yarışan haklar, ilgili normun/normların olgular bütünü (Tatbestand) sağlanmasıyla doğmakta ve hak sahibinin elinde bir hak yığını oluşturmaktadır⁵⁶. Örneğin, borçlunun temerrüde düşmesi halinde §§ 281 ve 323 BGB'den kaynaklanan ifa yerine tazminat ve dönme hakları⁵⁷, satım

⁵³ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage (München: Beck, 1987), 159; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 259; Ziegler, "Wahlschuld," 205; Krüger, "§ 262 BGB," N. 11; Krafka, "§ 262 BGB," N. 13 (devamında kavramla ilgili tereddütlerle beraber); Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., 102.

⁵⁴ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., özellikle 102'deki tablo. *von Tuhr*'a göre de seçimlik borcun var olduğu durumlarda seçimlik yarışan haklar yoktur. Seçimlik borçta (seçim hakkına sahip olan) alacaklı başta bir alacak hakkına ve buna bağlı bir yenilik doğuran hakka sahiptir; ancak bu hakkı kullandıktan sonra seçilen edime yönelik bir talep hakkına sahip olacaktır. Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1910), 286. Hahn ise seçimlik yetki üzerine monografisinde seçimlik yarışmanın gerçek anlamda bir hukuki kurumdan ziyade yalnızca birden fazla talep hakkı ya da yenilik doğuran hak arasındaki belli bir ilişkinin ifadesi olduğunu belirtmektedir. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44.

⁵⁵ Samhat, *elektive Konkurrenz*, 266; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., özellikle 102'deki tablo; Pöschke, "elektive Konkurrenz", 350-351, 354; Büdenbender, "Nacherfüllungsanspruch," 397 vd., 400. Karş. Stamm, "elektive Konkurrenz," 925-926.

⁵⁶ Neuner, *BGB AT*, § 21, N. 3; Wiese, *Alternativität*, 234.

⁵⁷ Bittner ve Kolbe, "§ 262 BGB," N. 9a; Krafka, "§ 262 BGB," N. 14; BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 - V ZR 124/05, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1199 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

sözleşmesinin ayıplı ifası halinde § 439 BGB uyarınca alıcının artık⁵⁸ kural olarak öncelikle başvurması gereken – “sonraki ifa” (*Nacherfüllung*) başlığı altında yer alan – ayıbın giderilmesini ve ayıpsız mal teslimini talep hakları⁵⁹ ve bunların yanında alıcının ek bazı şartların sağlanması halinde kullanabileceği bedelden indirim ve dönme hakları⁶⁰ böyledir. Bu hakların seçimlik yarışmasının kabulü evvela bunların kullanılmasıyla ilgili belli bir sınırlandırmaya işaret etmektedir: Seçim hakkına sahip olan taraf (seçimlik borç ve yetkiden farklı şekilde ilke olarak alacaklı⁶¹; karş. § 635 f. 1 BGB) bu haklardan yalnızca birini kullanabilir⁶². Seçim hakkının kullanılmasıyla birlikte, birden fazla hak arasındaki seçimlik yarışma ilişkisi, bunlar arasından seçilen hak lehine çözülür ve çözünür⁶³. Fakat hak sahibinin bir *ius variandi*’ye sahip olduğunun kabul edildiği her durumda bu kural esnetilir⁶⁴.

Seçimlik yarışmanın hukuki yapısı bağlamında son olarak yarışmaya dahil olabilen ayıbın giderilmesi veya ayıpsız mal teslimi gibi aynen ifanın devamı niteliğindeki talep haklarının nasıl ileri sürülmekle sonuçlarını doğurduğunun açıklanması gerekmektedir. Aslında § 271 f. 1 BGB uyarınca taraflarca belirlenmiş veya durumun gerektirdiği bir ifa zamanı söz konusu değilse, alacaklı borcun ifasını derhal talep edebileceği gibi borçlu da borcunu derhal ifa edebilir. Ancak seçimlik yarışmanın mevcut olduğu bazı durumlarda öyle bir talep hakkı düşünülmelidir ki, bu hak doğmuş olmakla

⁵⁸ 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu’yla (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) §§ 437 BGB vd.’nda yapılan değişiklikleri takiben.

⁵⁹ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 9a; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 24; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31. Ancak bu hakların seçimlik borç niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Örneğin bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 171. Tartışmayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Westermann, “§ 439 BGB,” N. 6-7.

⁶⁰ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 9a; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 14; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44.

⁶¹ Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461.

⁶² Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 46-47.

⁶³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 46-47, 448.

⁶⁴ Aslında bu durumlarda seçimlik yarışma ilişkisinin tam anlamıyla sona ermesi hakkın kullanılmasıyla değil, *ius variandi*’nin kullanılma imkanının ortadan kalkmasıyla gerçekleşir. Benzer şekilde karş. Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2019), N. 2652. *Ius variandi*’nin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda dn. 81’de anılan yazarlar.

birlikte, ne alacaklı bunun ifasını istemeden muaccel olacak ne de borçlu bunu alacaklı istemedikçe ifa edebilecektir. Alman öğretisinde bunu ifade etmek üzere “durgun talep” (*verhaltener Anspruch*) kavramına başvurulmaktadır⁶⁵. Buna göre, ilgili normun/normların olgular bütünü sağlanmasıyla bir talep hakkı vücut bulmuştur, ancak bunun hem muacceliyeti hem de ifa edilebilirliği alacaklı tarafından ileri sürülmesine bağlıdır. Böylece seçimlik yarışmaya talep haklarının dahil olduğu bazı durumlarda, alacaklı seçim hakkını kullanmadığı sürece borçlunun henüz ileri sürülmemiş olan talebi ifa ederek seçimini engellemesinden korunurken, borçlu da seçim hakkı kullanılmaya dek ilgili talebi ifa etmekle yükümlü sayılmaktan korunmaktadır⁶⁶. Hemen belirtelim ki, seçimlik yarışmaya “adi/normal” talep haklarının da dahil olabileceği kabul edilmektedir. Buna aynen ifayı talep etmeyi sürdürmek gibi hak sahibinin özel olarak ileri sürmesi gerekmeyen birincil talepler örnek gösterilmektedir⁶⁷. Borçlu baştan itibaren bunu ifayla yükümlü olduğundan ihlalin (mesela borçlu temerrüdü) gerçekleşmesini takiben alacaklının borçluyu bununla yükümlü kılmak amacıyla ayrıca bir davranışta/açıklamada bulunması gerekmemekte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için salt ifaya olan ilgisini kaybetmemesi yeterli olmaktadır⁶⁸.

(ii) Seçim Hakkının Hukuki Niteliğinde Farklılık: İkinci önemli farklılık seçim hakkının hukuki niteliğine ilişkindir. Bu da aslında hukuki yapıda farklılığa dahildir. Yukarıda açıklandığı üzere seçimlik borç ve yetki hallerinde seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğinde görülmektedir. Buna karşılık, baskın görüşe göre, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı bir yenilik doğuran hak olmadığı gibi bunun kullanılması da yenilik doğurucu bir işlem değildir⁶⁹. Kısaca konudan sapmak pahasına belirtilmelidir ki, kanımca seçim hakkının bir yenilik doğuran hak sayılmaması seçimlik yarışmanın hukuki yapısıyla uyumludur. Gerçekten de seçim hakkına yenilik doğuran hak niteliği atfedilirse, bunun nasıl bir yenilik doğurduğunun ortaya koyulması gerekmektedir. Şayet doğuracağı yenilik seçilen hakkın doğması ise o zaman

⁶⁵ Bkz. Westermann, “§ 439 BGB,” N. 8; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 9, 24; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 164 vd., 353 vd.; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 195 vd.

⁶⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 166.

⁶⁷ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 349 vd.

⁶⁸ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 349.

⁶⁹ Krüger, “§ 263 BGB,” N. 11; Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 8; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 23.2; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 268 vd., 271; Krafka, “§ 263 BGB,” N. 1, 6.

daha baştan seçimlik yarışan haklardan söz edilemeyecektir. Ayrıca zamanaşımını ve hak düşürücü süreleri seçimlik yarışan haklar için (yoksa seçim hakkı için değil) öngören normların altı boşa çıkacaktır (örneğin bkz. § 438 BGB). Böyle değilse, doğacak yenilik seçilen (halihazırda doğmuş) hakkın salt hukuki sonuçlarını doğurması olabilir. Bu sefer de bir yandan seçimlik yarışan talep haklarının bir yenilik doğuran hak yoluyla kullanılması, diğer yandan zaten tek taraflı hukuki işlemle kullanılabilen seçimlik yarışan yenilik doğuran hakların bunlardan ayrı bir yenilik doğuran hak üzerinden kullanılması ve hatta bunun sayesinde hukuki sonuç doğurması gibi tereddütlü teorik sonuçlara ulaşılacaktır⁷⁰. Doğacak yeniliğin diğer hakların sona ermesi de olamayacağı aşağıda IV, B, 1’de açıklanacaktır. Devam etmek gerekirse, tespit edebildiğim kadarıyla, seçim hakkının yenilik doğurucu nitelikte olmadığını belirtmekle kalmayıp bunun ne nitelikte olduğunu da ele alan az sayıda yazardan olan *Bachmann*’a göre, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı yalnızca seçilebilecek her hakka içkin olan bir *ihimali/imkanı* ifade etmektedir⁷¹. Aynı yazar, ayrıca, seçim hakkının kullanılmasının seçilmemiş olan hakları nasıl sona erdirdiğine de bir açıklama sunarak bu hakların mantık ilkeleri gereği aynı anda (birlikte) kullanılmasının mümkün olmadığını ve birinin kullanılmasının mantıken diğerlerini dışlayacağını belirtmektedir⁷². Yazara göre, seçimlik yarışan haklar arasındaki bu “mantıkî seçimlik ilişki/uygulama” (*logische Alternativität*) dolayısıyla birden fazla hakkın aynı anda ileri sürülmesinin mümkün olmaması seçimlik yarışmanın esaslı bir unsurudur⁷³.

Bir konuya daha açıklık getirilmelidir: Seçimlik yarışma durumlarında, taleplerin yarışmasından (*Anspruchskonkurrenz*) farklı olarak, yarışan hakların aynı amaca ve dolayısıyla aynı alacaklı menfaatini tatmine yönelmesi şart değildir⁷⁴. Örneğin, ayıbın giderilmesi hakkı ile bedelden indirim veya dönme hakları arasında bir amaç veya menfaat ortaklığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla seçimin yapılmasının diğer hakları ortadan kaldırıcı etkisinin, bunun üzerinden açıklanması mümkün olmamaktadır.

⁷⁰ Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 268 vd.

⁷¹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd., 405-406.

⁷² Yazarın burada aktarılması mümkün olmayan ayrıntılı incelemesi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 104 vd., 124 vd.

⁷³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 323.

⁷⁴ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 45-47; Koller, *OR AT*, N. 2.132. Karş. von Tuhr, *BGB AT I*, 285.

(iii) *Seçim Hakkının Kullanılmasının Bağlayıcılığında Farklılık*: Üçüncü farklılık seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisiyle ilgilidir. Yukarıda açıklandığı üzere, Alman öğretisinde seçimlik borcun var olduğu durumlarda § 263 f. 1 (veya bir görüşe göre f. 2) BGB uyarınca hak sahibi yaptığı seçimle bağlı sayılmaktadır⁷⁵. Aynısı kural olarak seçimlik yetkide de geçerlidir. Zira bunlarda seçim hakkı, bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir. Gerçi yukarıda değinildiği üzere, artık birçok yazar kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın kategorik olarak geri alınamayacağını kabul etmemekte, bu “ilkeyi” özellikle muhatabin korunması amacına uygun şekilde sınırlandırmaktadır⁷⁶. Buna rağmen, tespit edebildiğim kadarıyla, Alman öğretisinde seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmemesi en azından bunun bağlayıcılığıyla ilgili teorik tartışmalardan kurtulmayı da amaçlar görünmektedir⁷⁷:

“Seçimlik yarışmada alacaklının seçimi bir yenilik doğuran açıklama teşkil etmez. Dolayısıyla bir bağlayıcı etkiden de söz edilemez.”⁷⁸

“Bir borç ilişkisinin seçimlik yarışma olarak sınıflandırılmasından kaynaklanan

⁷⁵ Bkz. yukarıda II, A.

⁷⁶ Bkz. yukarıda dn. 20’de sayılan yazarlar.

⁷⁷ Söz konusu tartışmadan (menfaatlere ilişkin değerlendirmelerin yanında) kavramsal bir müdahale yoluyla kaçınma çabasının başka örnekleri de vardır. Mesela mülga § 326 BGB uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri temerrüde düşmüşse, diğer taraf aynen ifa dışındaki seçimlik hakları kullanabilmek için ona ek süre verirken mutlaka aynen ifadan vazgeçtiğini de belirtmek zorundaydı. Bu ek süre geçtikten sonra hak sahibi ancak müspet zararın tazmini ve dönme hakları arasında seçim yapabiliyordu. *Leser* dönme hakkı üzerine monografisinde “yenilik doğuran haklar” (*Gestaltungsrechte*) ve “yenilik doğuran yetkiler” (*Gestaltungsbefugnisse*) şeklinde bir ayırım yaparak yalnızca ilkinde bağlayıcı etkinin hemen doğduğunu, ikincisinde ise bunun ancak bir süre sonra gerçekleştiğini savundu. Yazara göre aynen ifadan vazgeçme açıklamasının kendi gerçek bir yenilik doğuran hak teşkil ederken, müspet zararın tazmini ile kanuni dönme hakkı arasındaki seçim basit bir yenilik doğuran yetki oluşturmaktaydı ve bunlar arasında hak sahibine bir *ius variandi* tanınabilirdi. Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen* (Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1975), 252 vd., 256, 259 vd., 273 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 194-195; Buz, *Yenilik Doğuran*, 460 vd.

⁷⁸ “Bei der elektiven Konkurrenz stellt die Wahl des Gläubigers keine Gestaltungserklärung dar. Von einer Bindungswirkung kann daher nicht gesprochen werden.” Krüger, “§ 263 BGB,” N. 11.

*hukuki sonuçlar açıkça tanımlanmamıştır. Sonuç itibariyle, alacaklının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borç ... ile yarışan alacaklı hakları içeren bir borç ilişkisi arasındaki fark, ikincisinde seçimin bir yenilik doğuran işlem teşkil etmemesi ve dolayısıyla alacaklının § 263 BGB'deki durumdan farklı olarak yaptığı seçimle bağlı olmamasıdır (ius variandi)...*⁷⁹

Bu bağlamda, seçimlik yarışmanın diğer bir ayırt edici özelliği, seçim hakkının kullanılmasına kategorik olarak hak sahibini bağlayıcı etki tanınmaması ve *ius variandi*'ye açık kapı bırakılmasıdır⁸⁰. Yalnız bir taraftan hak sahibine *ius variandi* tanınmasının seçimlik yarışmanın varlığı için zorunlu bir unsur olup olmadığı, diğer taraftan *ius variandi*'nin tanındığı durumlarda bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı tartışmalıdır (ikinci tartışmaya burada değinilmeyecektir⁸¹). Bir görüşe göre, hak sahibine *ius variandi* tanınmış olması seçimlik yarışmanın varlığı için belirleyici bir unsurdur⁸². Diğer bir görüş *ius variandi*'nin seçimlik yarışmanın esaslı bir unsuru olduğunu ifade etmekle birlikte, sonuç itibariyle, bunu seçilen hakkın hukuki niteliğine göre belirlemeye ve böylece bazı genel kurallara bağlamaya çabalamaktadır: Eğer hak sahibi bir talep hakkı kullanmışsa kural olarak *ius variandi*'ye sahipken, bir yenilik doğuran hak kullanmışsa kural olarak bununla bağlıdır⁸³. Çoğunlukta görülen görüş ise seçimlik yarışma

⁷⁹ “Die Rechtsfolgen, die sich aus der Einordnung eines Schuldverhältnisses als elektive Konkurrenz ergeben, sind nicht klar definiert. Im Ergebnis besteht der Unterschied zwischen der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht ... und dem Schuldverhältnis mit konkurrierenden Gläubigerrechten darin, dass bei letzterem die Wahl kein Gestaltungsakt ist, der Gläubiger folglich nicht wie im Fall des § 263 BGB an die von ihm getroffene Wahl gebunden ist (ius variandi)...” Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 8.

⁸⁰ Özellikle bkz. Larenz, *Schuldrecht I*, 159.

⁸¹ Burada ele alınması mümkün olmayan bu meseleyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 440 vd.; Buz, *Yenilik Doğuran*, 483 vd., 486 vd.

⁸² Bkz. Hermann Weitnauer, “Die elektive Konkurrenz,” içinde *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag*, ed. von Robert Fischer et al. (München: Beck, 1976), 471 vd. Aynı yönde ayrıca bkz. Martin Schwab, “Anmerkung: BGH, 20. 1. 2006 — V ZR 124/05. Nachfristsetzung, weiteres Erfüllungsverlangen und Rücktrittsrecht,” *Juristen Zeitung* 61, no. 20 (2006): 1031’de paragraf II.b.

⁸³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 323, 405 vd., 433. Benzer yönde ayrıca bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 194-195. Bachmann atıf yapılan yerde açıkça *ius variandi*'nin bulunmadığı seçimlik yarışma halleri de olabileceğini ifade etmektedir. Hatta yukarıda değinildiği üzere, yazara göre, seçimlik borç hallerinde de bazen hak sahibine bir *ius variandi* tanınması mümkündür. Dolayısıyla bu ölçüt

durumlarında hak sahibine bir *ius variandi* tanınma ihtimalini sadece açık tutmakta, ancak bunu kavramsal bir zorunluluk olarak görmediği gibi seçimlik hakkın hukuki niteliği üzerinden bazı kurallara da bağlamamaktadır. Bu görüşe göre, hak sahibine *ius variandi* tanınıp tanınmayacağı seçimlik hakkı öngören normun içeriğine ve amacına (bazen seçilen hakkın içeriği ve amacına şeklinde de formüle edilmektedir) göre değerlendirilmelidir⁸⁴. Bu yazarlar arasında seçimlik borçtaki seçim hakkının bağlayıcı etkisinin de benzer sebeplerle zayıflayabileceğini savunanlar, hak sahibine *ius variandi* tanınabilmesini seçimlik yarışmayı seçimlik borçtan ayırt eden bir özellik olarak kabul etmemektedir⁸⁵.

(iv) Seçim Hakkının Kullanılmasının Külfet veya Yükümlülük Teşkil Etmesinde Farklılık: Dördüncü ve son önemli farklılık, seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının bir külfet veya yükümlülük teşkil etmemesidir. Yukarıda değinildiği üzere, seçimlik borçta seçim hakkının zamanında kullanılmaması halinde karşı tarafın başvurabileceği yollar § 264 BGB’de özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme seçimlik yetkiye hukuki yapısı itibarıyla uygulanmamaktadır; çünkü seçimlik yetki hallerinde zaten borç ilişkisinin içeriği baştan itibaren bellidir. Seçimlik yarışma özelinde ortaya çıkan soru, seçim hakkına sahip olmayan tarafın (kural olarak borçlu), seçim hakkının kullanılmaması halinde bu hakka sahip olan tarafı bunu kullanmaya zorlayıp zorlayamayacağı veya en azından § 264 f. 2 BGB’de olduğu gibi ona seçim hakkını kullanması için (kullanılmadığı takdirde süre sonunda seçim hakkı kendine geçecek şekilde) bir ek süre tanıyıp

üzerinden iki kavramın ayrılmasını isabetli saymayan yazarlar vardır. Bkz. yukarıda dn. 20, 21 ve bunların bağlı olduğu metin. Buna karşılık, bu çalışmada, özellikle seçimlik borçtaki ve yarışmadaki seçim haklarının niteliklerinin farklı olması ve Türk ve İsviçre hukukunda seçimlik borçtaki seçimin bağlayıcılığıyla ilgili hakim görüş dikkate alınarak, alacaklıya *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakılabilmesinin seçimlik yarışmayı, seçimlik borçtan ayıran bir husus sayılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda IV, B, 2 ile V.

⁸⁴ Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 352; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 265-267 ile orada dn. 113’te anılan diğer yazarlar; Stephan Lorenz, “§ 262 BGB,” içinde *Beck’sche Online Kommentar zum BGB*, ed. Wolfgang Hau, Roman Poseck, 61. Auflage, Son Güncelleme: 01.02.2022 (München: C. H. Beck, 2022), N. 5; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19. Benzer yönde ayrıca bkz. Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11.

⁸⁵ Özellikle bkz. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 165 vd., 207, 265 vd., 437-439. Aynı yönde ayrıca bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 432-435.

tanıyamayacağıdır. Yukarıda II, A'da açıklanan tartışmada benimsenecek görüşe göre seçimlik borçtaki seçim hakkı ister bir yükümlülük ister bir külfet olarak nitelendirilsin, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkına sahip olan tarafın bir seçim yükümlülüğü veya külfeti altında olmadığı belirtilmektedir⁸⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı kural olarak alacaklıdadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde “alacaklı” ile ne kastedildiğinde tereddüt olabilir. Kastedilen, örneğin, temerrüde düşmemiş olan ya da ayıplı ifaya muhatap olmuş olan taraftır. Seçim hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olan alacaklı bunu ilgili zamanaşımı veya hak düşürücü süreler içinde kullanmazsa yalnızca bunun sonuçlarına katlanacaktır. Olsa olsa bu anlamda bir külfetten söz edilebilecektir. Yalnız § 635 f. 1 BGB’de eser sözleşmesinin ayıplı ifası halinde iş sahibinin, yükleniciden “sonraki ifa” (*Nacherfüllung*) talep etmesi halinde bunun eserdeki ayıp giderilerek mi yoksa yeni bir eser yaratılarak mı gerçekleştireceği konusundaki seçim hakkı iş sahibine değil, yükleniciye tanınmıştır⁸⁷. Çoğunlukta görünen görüşe göre, burada da seçimlik borç değil, seçimlik yarışma mevcuttur⁸⁸. İş sahibinin yüklenicinin seçim hakkını

⁸⁶ Bkz. Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 23.2; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 279, 296 vd., 319; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 361-362. Fakat bu yazarlardan Samhat bunu seçimlik yarışmanın bir sonucundan ziyade onu var eden yegâne belirleyici özellik olarak görmektedir. Yazara göre, seçimlik borç ile seçimlik yarışmanın birbirinden ayrılmasında somut olaydaki seçim hakkının kullanılmasının hak sahibi için bir yükümlülük teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Özellikle seçim hakkına sahip olan taraf bunu kullanmadıysa, karşı tarafın ona ek süre vererek bunun yararsız geçmesi halinde hakkın kendine geçmesini sağlayıp sağlayamaması, yani § 264 f. 2 BGB’nin uygulanabilirliği konusunda varılacak sonuç önem taşımaktadır. Bu değerlendirme sonucunda hak sahibinin bir seçme yükümlülüğü altında olmadığı sonucuna varılıyorsa, o ilişki seçimlik yarışma olarak nitelendirilebilecektir. Ayrıca bkz. Abbas Samhat, “Gläubigerwahlrechte im BGB,” *Juristische Schulung* 56, no. 1 (2016): 6 vd.

⁸⁷ Bu tercihin altında eser sözleşmesine özgü bir menfaat değerlendirmesi yatmaktadır. Burada bir eser yaratma süreci söz konusu olduğundan ayıbın ne şekilde düzeltilmesinin uygun olacağına bu konuda deneyim sahibi olan yüklenicinin karar vermesi gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Maximilian Preisser, “§ 635 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 25.1.

⁸⁸ Preisser, “§ 635 BGB,” N. 26; Jan Busche, “§ 635 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil*

sınırlandırması kural olarak mümkün değildir⁸⁹. Eğer yüklenici kendine tanınan ek süre içinde seçimini yapıp sonraki ifayı yerine getirmezse, §§ 634, 636 BGB uyarınca iş sahibinin diğer haklarını kullanmasına katlanmak zorunda kalacaktır.

Sonuç itibarıyla, tıpkı seçimlik yetki gibi seçimlik yarışma da BGB’de açıkça düzenlenmiş değildir ve kanunun münferit hükümlerinden çıkarılmaktadır. Yine seçimlik yetkiye benzer şekilde seçimlik yarışma da pratik kaygılarla seçimlik borcu düzenleyen hükümlerden bağımsız tutulmaya çabalanmaktadır. Bu doğrultuda, Alman öğretisindeki hakim görüş ve Federal Mahkeme içtihadı seçimlik borca ilişkin §§ 262-265 BGB’nin seçimlik yarışma hallerinde (kıyasen dahi) uygulanmaması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁰.

2. Kavramın Eleştirileri ve Aleyhindeki Azınlık Görüş

Seçimlik yarışma kavramının sınırlarını açık şekilde çizerek bunu seçimlik borç ile yetkiden ayırmak için ciddi çaba harcanmış olmasına rağmen, seçimlik yarışmayı bağımsız bir kavram olarak ele alan yazarların bazıları bile bunu tatmin edici bulmamaktadır. Örneğin, *Medicus* ve *Lorenz*’e göre⁹¹, görece belirsiz olan bu kavram, son tahlilde, yalnızca bunun altında yer aldığı kabul edilen durumların seçimlik borç ve yetkiden farklı olduğunu ortaya koymaya hizmet etmektedir. Zira “seçimlik yarışma” nitelemesi, yarışan hakların birbiriyle ilişkisi veya alacaklıya tanınan *ius variandi*’nin

III, §§ 631-704 BGB, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 3. Seçimlik borç yönünde: Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 171, dn. 42. Burada yüklenicinin karşı tarafa açıklaması gereken gerçek anlamda bir seçim mevcut olmadığından ne seçimlik borç ne de seçimlik yarışmadan söz edilebileceği, ortada yalnızca sonraki ifayı yerine getirme tarzını belirleme konusunda yükleniciye tanınmış bir fiili yetki olduğu yönünde: Samhat, *elektive Konkurrenz*, 210-213.

⁸⁹ Preisser, “§ 635 BGB,” N. 29.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, s. 1198 vd., N. 17 (beck-online.beck.de, E. T. 10.01.2023); Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Ziegler, “Wahlschuld,” 205; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44. Bu hükümlerin en azından doğrudan uygulanamayacağı yönünde: Larenz, *Schuldrecht I*, 159. Ayrıca bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 72-73, 78. Karş. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 4.1-4.2, 13.3.

⁹¹ Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19.

maddi ve zaman itibariyle sınırları gibi konulardaki soruların yanıtlanmasına pek bir katkı sunmamaktadır. Dolayısıyla seçimlik yarışma kavramı, mevcut haliyle, belli bir problemlili durumu ifade etse dahi henüz buna ilişkin çözümleri ortaya koyamamaktadır. Yine örneğin, hakim görüşün seçimlik yarışma ile seçimlik borcu birbirinden ayırmak için kullandığı ölçütleri eleştiren *Pöschke*'ye göre, seçimlik yarışma kavramına olan ihtiyaç, seçilebilecek hakların arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların seçimlik borç veya yetki kavramları altında sınıflandırılmaması sebebiyle ortaya çıkmaktadır⁹². Yazar, *Medicus* ve *Lorenz*'in açıklamalarına paralel şekilde, seçimlik yarışmanın ne zaman mevcut olduğu veya mevcut sayıldığında buna hangi kuralların uygulanacağı konusunda genel ilkeler ortaya koyulmadığı için bunun özel bir hukuki kurum olmadığını, olsa olsa seçimlik borç veya yetki altında değerlendirilemeyen tüm durumları içine alan bir “kolektif kavram” (*Sammelbegriff*) sayılabileceğini ifade etmektedir⁹³. Bu doğrultuda, yazara göre, bir durumun seçimlik yarışma olarak nitelendirilmesi tek başına hiçbir özel hukuki sonuca yol açmamaktadır. Böyle nitelendirilen bir duruma hangi hukuki sonuçların uygulanması gerektiği olay bazında yarışan hakların dayandığı hukuki işlemin ve/veya kanun hükümlerinin yorumu yoluyla belirlenecektir⁹⁴. Hemen belirtelim ki, anılan yazarların ortak özelliği *ius variandi*'yi seçimlik yarışmanın belirleyici ya da esaslı bir unsuru saymayan çoğunluk görüşe katılmalarıdır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iii)). Olumsuz bir diğer ortak özellikleri de seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının seçimlik borca ilişkin § 264 BGB'den farklı olarak bir yükümlülük veya külfet teşkil etmemesi ölçütünü dikkate almamalarıdır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iv)).

Bunların yanında tek bir talep/alacak hakkının içerdiği edim çoklukları söz konusu olduğunda seçimlik borcun, doğrudan talep/alacak hakkı çokluklarında ise seçimlik yarışmanın mevcut olacağına dair formülün içi boş ve sonuç odaklı bir kavram içtihatçılığı oluşturduğunu belirten yazarlar da vardır⁹⁵. Buna göre, ortada bir edim çokluğu mu, yoksa talep çokluğu mu bulunduğunu kesin olarak tespit etmeye yarayan bir yöntem bulunmamaktadır; dolayısıyla hangi kavramın sonuçları uygulanmak

⁹² Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 350-351, 354.

⁹³ Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 352, 354. Benzer yönde ayrıca bkz. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 249-250.

⁹⁴ Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 354.

⁹⁵ Bündenbender, “Nacherfüllungsanspruch,” 401; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 193.

isteniyorsa ona göre niteleme yapılması mümkündür. Bağımsız bir kavram olarak seçimlik yarışmayı reddetmemekle birlikte gönül rahatlığıyla da kabul edemeyen bu ve benzeri görüşlerin hepsinin burada aktarılması mümkün değildir. Bunun yerine seçimlik yarışmayı bir “mit” olarak nitelendirerek büsbütün reddeden *Stamm*’ın görüşü genel hatlarıyla açıklanacaktır.

Stamm’a göre, bazı durumları nitelendirmek üzere Alman öğretisinde ve yargı kararlarında başvuru “seçimlik yarışma” kavramı, bu durumlara uygulanması isabetsiz görülen §§ 262-265 BGB’deki seçimlik borç düzenini saf dışı etmek haricinde bir gerekçeye dayanmamaktadır⁹⁶. Söz konusu durumlarda seçimlik borç düzeninin münferit hükümlerinin uygulanmaması gerektiği konusundaki düşünceler haklı sayılsa bile (ki yazar böyle olduğunu da düşünmemektedir), metodolojik olarak bu hükümler amaca uygun sınırlandırılmaya çabalanmadan kanuna yabancı bir kavrama kaçılması şaşırtıcıdır⁹⁷. Yazara göre, yukarıda açıklanan hakim görüşün ve Federal Mahkeme içtihadının aksine, BGB’deki seçimlik borç düzeni iyi düşünülmüş ve dengelenmiştir. Buna rağmen bazı durumlarda münferit hükümlerin uygulanmasının isabetli olmayabileceği konusundaki tereddütler kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir kurumun tamamen reddedilmesini değil, ancak menfaat bazlı olarak amaca uygun sınırlandırılmasını haklı çıkarabilecektir⁹⁸. Böyle yapılmayarak BGB’de ortaya koyulmuş bir temel kavramdan kopulmaktadır. Ancak bu tutum sadece bununla da sınırlı değildir: Seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisini kırmak amacıyla (yine seçimlik yarışma kavramına işaret eder şekilde) yer verilen *ius variandi* kavramı da aslında hukuki işlem teorisinin temel ilkelerinden bir kopuşu temsil etmektedir⁹⁹. Seçim hakkının kullanılmasının en azından irade açıklamasıyla mukayese edilebilecek bir hukuki işlem benzeri fiil teşkil etmesi gerektiği düşünüldüğünde, hukuki işlem öğretisinin ve yapılan seçimle

⁹⁶ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 920. Benzer yönde ayrıca bkz. Büdenbender, “Nacherfüllungsanspruch,” 400.

⁹⁷ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 921. *Büdenbender*’e göre belli durumların seçimlik yarışma olarak nitelendirilmesi, aslında, metodolojik olarak seçimlik borca ilişkin hükümlerin amaca uygun sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Büdenbender, “Nacherfüllungsanspruch,” 400. Seçimlik borca ilişkin hükümlerin amaca uygun sınırlandırılmasının lehinde ayrıca bkz. Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 353-354.

⁹⁸ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

⁹⁹ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

bağlılığın buna da uygulanacağı sonucuna varılacaktır¹⁰⁰. Bunun tek istisnası hakkını kullanırken hataya düşmüş olan hak sahibinin bunu iptal etmesidir; ancak bu durumda da, varsa, muhatabın onun açıklamasına güvenerek yaptığı tasarruflardan kaynaklanan zararlar gibi sebeplerle tazminat ödemesi gerekecektir. Yoksa hak sahibinin salt kullandığı haktan “pişman olması” sebebiyle muhatabın aleyhine bunu serbestçe geri alarak başka bir hakkı kullanmasına izin verilemez¹⁰¹. Seçimlik yarışma kavramının yardımıyla hukuki işlem teorisi ortadan kaldırılmakta, baş aşağı edilmektedir. Yazara göre, kanunda öngörülmüş istisnalar haricinde, hak sahibine “seçimlik yarışma” kisvesi altında tanınan geri alma hakkı kanuna yabancıdır¹⁰².

Yazar, buraya kadar genel hatlarıyla açıklanmış eleştirilerden sonra, kanunda öngörülmüş seçimlik borç ile açıkça düzenlenmiş olmasa da bilinen ve münferit hükümlerden çıkarılan seçimlik yetki kavramlarının yanında ayrı bir seçimlik yarışma kavramına yer olmadığını desteklemek üzere söz konusu iki kavramı alışılmış olandan daha soyut şekilde birbirinden ayıran bir formül önermektedir. Buna göre, seçimlik borç “eş düzeydeki sorumlulukların” bulunduğu durumları kapsarken, seçimlik yetki “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsamaktadır¹⁰³. İkincisinde kanun koyucuya bir ön seçim/belirleme yapma imkanı sunulmaktadır. Yazar buna örnek olarak yukarıda satım sözleşmesinin ayıplı ifası halinde Alman hukukunda kural olarak öncelikle başvurulması gerektiği açıklanmış olan “sonraki ifa” altındaki ayıbın giderilmesi ve ayıpsız mal teslimi hakları ile ancak bazı ek şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilen dönme ve bedel indirimi haklarını göstermektedir. Yazara göre, evvela (önden belirlenmiş şekilde) ayıbın giderilmesi ve ayıpsız mal teslimi hakları arasında alacaklının seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borç, ek şartların gerçekleşmesi halinde ise diğer haklara başvurulabilmesi bakımından bu kez alacaklının seçim hakkına

¹⁰⁰ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

¹⁰¹ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

¹⁰² Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922. Hatta yazara göre, kanuni istisnalar istikrarlı bir şekilde uygulandığı takdirde, “seçimlik yarışma” kavramı bağlamında bile ayrı bir geri alma hakkı tanınmasına gerek kalmayacaktır.

¹⁰³ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 924. Türk hukukunda sorumluluklar üzerinden olmasa da edimler üzerinden benzer bir soyutlama için bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 21: “Bir benzetme yapmak gerekirse şöyle denebilir: Seçimlik borçta seçenekli edimler eşdüzeyde yan yana dururlarken, seçimlik yetkide arka arkaya dizilidirler.”

sahip olduğu bir seçimlik yetki söz konusudur¹⁰⁴. Asıl aciliyet bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi ve seçimlik yarışma yerine seçimlik borçtan daha esnek bir hukuki kurum olarak seçimlik yetkinin ortaya koyulmasındadır. Yalnız seçimlik yetki durumlarında da seçim hakkının kullanılması bağlayıcıdır¹⁰⁵.

Son olarak yazarın seçimlik haklar arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların § 262 BGB’de “edim yükümlülükleri” dikkate alınarak tanımlanmış seçimlik borç kavramı altında değerlendirilemeyeceği yönündeki mutabakata karşı çıkmaktaki gerekçesi aktarılmalıdır. Gerçi yazar bu sorunu yalnızca dönme hakkı özelinde ele almaktadır. Yazara göre, dönme hakkının altında bir iade yükümlülüğünün doğması yatmaktadır. Yenilik doğuran haklar daima tek bir işlemle kullanıldığı için dönme hakkından kaynaklanan iade yükümlülüğü aslında ön plandadır. Bu da § 262 BGB’nin böyle durumlara en azından kıyasen uygulanabilmesini haklı çıkartmaktadır¹⁰⁶. Diğer yandan, eğer bir kavramın varlık sebebi yalnızca yenilik doğuran

¹⁰⁴ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 924.

¹⁰⁵ Bkz. Stamm, “elektive Konkurrenz,” 925. Aslında yazarın kendi anlayışına göre burada ulaştığı sonuç hakim görüşü savunan bazı yazarlarca da kabul edilmektedir. Yazarın seçimlik yetki olarak ifade ettiği durumlarda alacaklı birinci basamaktaki haklardan (aynen ifa veya bunun devamı niteliğinde talepler) dönme gibi ikinci basamaktaki haklara geçiş yapmaktadır. Yazara göre ikincil haklardan biri ileri sürüldüğünde seçimlik yetkinin bağlayıcı etkisi gereği artık aynen ifa talebine geri dönülemeyecektir. İşte *Stamm*’ın aksine seçimlik yarışmayı kabul ederek *ius variandi*’ye açık kapı bırakan bazı yazarlar da ikinci basamaktan ilkinde geçişe izin vermemektedir. Örneğin, dönme hakkının kullanılmasından sonra artık “sonraki ifa”nın istenemeyeceği yönünde: Harm Peter Westermann, “§ 437 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina Limperg et al., 8. Auflage (München: Beck, 2019), N. 52. Türk ve İsviçre hukukunda ayıbın giderilmesi hakkı ayıplı ifadan doğan diğer haklar karşısında birincil nitelikte olmamasına rağmen bunu kullananın daha sonra dönme veya bedel indirimi haklarını, dönme veya bedel indirimini kullananın da daha sonra ayıbın giderilmesi hakkını kullanamayacağı yönünde ayrıca bkz. Eugen Bucher ve Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları,” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Ankara: Seçkin, 2004), 151, dn. 10’daki Buz’a ait işleyen notu.

¹⁰⁶ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 925-926.

haklardan doğan yükümlülüklerin kanunda öngörülmuş başka bir kavrama doğrudan dahil edilememesi ise, bu durum tek başına dogmatik bir iflas açıklaması gibidir¹⁰⁷.

Sonuç itibariyle *Stamm*'a göre, seçimlik yarışma kavramı tekil bir amaçla, seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisinden kaçınmak için yaratılmış, dogmatik temelden ve gerekçelendirmeden yoksun, BGB hükümleri karşısında çifte ilke ihlali (kanunda düzenlenmiş bir temel kavramın uygulanamaz kılınması + hukuki işlem teorisinin baş aşağı edilmesi) teşkil eden, sonuç odaklı bir kavram içtihatçılığında başka bir şey değildir¹⁰⁸. Halihazırda yeterince kompleks olan BGB'nin içerdiği hukuki belirsizliklerin bir de seçimlik yarışma gibi açık olmayan bir kavramla artırılması engellenmelidir; BGB seçimlik yarışma kurumunu haklı sebeplerle tanımamıştır¹⁰⁹.

III. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA SEÇİMLİK YARIŞMA

A. Genel Olarak Seçimlik Borç ve Yetki

Giriş kısmında değinildiği üzere, §§ 262-265 BGB'den farklı olarak TBK ve İBK seçimlik borcu detaylı olarak düzenleyen hükümler içermemektedir. Bunlardan sadece kanun koyucuların seçimlik borcun hukuki yapısına ilişkin anlayışı ve seçimlik borç hallerinde seçim hakkına kural olarak borçlunun sahip olacağı çıkarılabilmektedir. Gerçekten de İBK m. 72'ye göre, "*Borç yalnızca biri ya da diğeri gerçekleştirilecek şekilde birden fazla edime yönelikse, hukuki ilişkiden başka bir sonuca varılmadıkça, seçim borçluya aittir.*" TBK m. 87'ye göre de "*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir.*" Gerçi aynı konuyu düzenleyen 818 sayılı BK m. 71'deki "*Borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup ta borçlu bunlardan yalnız biriyle mükellef tutulabilirse*" şeklindeki seçimlik borç kavramını ortaya koyan ifade TBK m. 87'nin metinden çıkarılmıştır. Bununla beraber, madde gerekçesinde bu ifadenin yerine "*seçimlik borçlarda*" ifadesine yer verildiği ve bir hüküm değişikliğinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun dışında seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcılığı ve zaman bakımından etkisi (§ 263 BGB), seçim hakkının zamanında kullanılmaması halinde karşı tarafın

¹⁰⁷ Stamm, "elektive Konkurrenz," 926.

¹⁰⁸ Stamm, "elektive Konkurrenz," 926.

¹⁰⁹ Stamm, "elektive Konkurrenz," 929.

başvurabileceği yollar (§ 264 BGB) ve edimlerden birinin imkansızlaşmasının sonuçları (§ 265 BGB) konusunda düzenleme yapılmamıştır. Bununla beraber, ortaya çıkan hareket alanının genişliğine karşın Türk ve İsviçre öğretlerinde genellikle BGB'deki düzenlemelere paralel çözümlerin kabul edildiği görülmektedir.

İBK m. 72 ve gerekçesiyle beraber değerlendirilen TBK m. 87'de, § 262 BGB'de öngörüldüğü ve Alman hakim öğretisince savunulduğu gibi¹¹⁰, seçimlik borç kavramının birden fazla edim içeren (alternatif içerikli) tek bir alacak/borç şeklinde yapılandırıldığı görülmektedir. Öğretideki hakim görüş de buna paralel şekilde, seçimlik borcun var olduğu durumlarda birden fazla edimi seçimlik olarak içeren tek bir borç olduğunu ve bunlar arasından sadece seçilecek olan edimin yerine getirileceğini benimsemektedir¹¹¹. Seçim hakkı bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekte¹¹² ve kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı kabul edilmektedir¹¹³. Yukarıda II, A'da açıklandığı üzere,

¹¹⁰ Bkz. yukarıda II, A.

¹¹¹ Schraner, "Art. 72 OR," N. 6; Weber, "Art. 72 OR," N. 9; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1984), 77; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 11. Auflage (Zürich: Schulthess, 2020), N. 92; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Susan Emmenegger, *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 11. Auflage (Zürich: Schulthess, 2020), N. 2252; Eren, *Borçlar Genel*, N. 2995; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 35; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Tıpkı 6. Bası (İstanbul: Filiz, 2014), § 7, N. 1; Şirin Aydıncık, "TBK m. 87," içinde *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt 2-3: Madde 83-206*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat, 2019), N. 2.

¹¹² Schraner, "Art. 72 OR," N. 33; Weber, "Art. 72 OR," N. 29; Ulrich G. Schroeter, "Art. 72," içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 11; Merz, *OR AT*, 136; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 79; Ingeborg Schwenzer ve Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage (Bern: Stämpfli, 2020), N. 9.03; Koller, *OR AT*, N. 37.26; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 4, 7; Eren, *Borçlar Genel*, 3001; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 898; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 156; Aydıncık, "TBK m. 87," N. 5.

¹¹³ Schraner, "Art. 72 OR," N. 33; Weber, "Art. 72 OR," N. 37; Schroeter, "Art. 72 OR," N. 11; Merz, *OR AT*, 136; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 79; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2254; Koller, *OR AT*, N. 37.26; Eugen Bucher,

Alman hukukundaki hakim görüş de § 263 f. 1 BGB'den hareketle aynı nitelendirmeyi yaparak aynı kabulde bulunmaktadır; ancak seçim hakkının geri alınamazlığını Alman Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar § 263 f. 2 BGB uyarınca seçim hakkının geçmişe etkili oluşuna dayandırmaktadır¹¹⁴. Türk ve İsviçre hukukunda § 263 f. 2 BGB'nin aksine seçim hakkının kullanılmasının geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Böylece Alman hukukunda eleştirilen geçmişe etkiye alan açılmamaktadır. Bununla birlikte, görüldüğü üzere, bundan seçim hakkına sahip olan tarafa *ius variandi* tanınabileceği şeklinde bir çıkarım da yapılmamaktadır. Alman hukukundan farklı olarak seçimin geleceğe etkili sayılması sonucunda, zamanaşımı süresi, borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren değil, seçim hakkının kullanılabileceği andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹⁶. Bu sonuca İBK m. 130 f. 2 (TBK m. 149/II) seçimlik borçlara da uygulanarak varılmaktadır¹¹⁷.

Seçim hakkına sahip olan borçlunun bunu kullanmayı ihmal etmesi halinde Türk ve İsviçre pozitif hukuklarında fark vardır. Seçim hakkının borçluya (veya üçüncü kişiye¹¹⁸) ait olduğu durumu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") m. 112'de, § 264 f. 1 BGB'yle paralel bir çözüm yolu benimsenmiştir¹¹⁹. Buna göre, seçim hakkı kullanılmadığı

Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage (Zürich: Schulthess, 1988), 298; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 4, 7; Eren, *Borçlar Genel*, 3002; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 900; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 5.

¹¹⁴ Bkz. yukarıda II, A.

¹¹⁵ Weber, "Art. 72 OR," N. 42; Schroeter, "Art. 72 OR," N. 12; Paola Wulschleger, "Art. 72," içinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2016), N. 4; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 902; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 5. Aksi yönde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 3001.

¹¹⁶ Tarafların seçim hakkının kullanılabileceği anı ayrıca kararlaştırılabileceği konusunda bkz. Aslı Aras, "Seçimlik Borcun İfa ve İcrası," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1114.

¹¹⁷ Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1984), 220; Robert K. Däppen, "Art. 130," içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 14. Alman hukukundaki durum için bkz. yukarıda dn. 24.

¹¹⁸ Bu çalışmada ele alınmayacak olan bu ihtimal hakkında bkz. Aras, "Seçimlik Borç", 1123 vd.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Aras, "Seçimlik Borç", 1118, Bkz. yukarıda II, A.

takdirde alacaklı bir seçimlik dava açabilecek, talebin uygun olduğunu tespit eden mahkeme bir seçimlik mahkumiyet hükmü verecek, icra takibi aşamasında alacaklı edimlerden birini seçerek takibe konu edebilecek ve fakat borçlu diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulma hakkına sahip olmayı sürdürecektir. HMK m. 112'nin gerekçesinde belirtilmemiş olmakla birlikte, kanımca, 3. fıkrada yer alan “*diğer edimi ifa etmek suretiyle*” ifadesi de, Alman hukukuyla paralel şekilde¹²⁰, icra aşamasına geçilmesiyle borçlunun seçim hakkının içerik değiştirdiğinin, artık irade açıklamasıyla değil, fiilen diğer edim ifa edilerek kullanılabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir.¹²¹ İsviçre hukukunda HMK m. 112 veya § 264 f. 1 BGB gibi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, öğretideki çoğunluk görüş de aynı çözümü benimsemektedir.¹²² Özellikle bazı yazarlarca önerilen, alacaklının borçluya seçmesi için ek süre verip bunun faydasız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçeceğini veya seçimi hakimın yapacağını bildirerek dava açması şeklindeki çözüm reddedilmektedir.¹²³

Bu açıklamalardan seçim hakkına sahip olmayan alacaklının mutlaka seçimlik dava açarak aynen ifade direktmesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Hakim görüşe göre, borçlunun seçim hakkını kullanmaması halinde borcun ifa edilmemesi ve borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler ile mümkünse TBK m. 212 gibi özel hükümler uygulanacaktır.¹²⁴ Mesela karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifade direktmek istemeyen alacaklı, seçimlik dava açmak yerine, TBK m. 125'teki diğer hakları kullanabilecektir.¹²⁵ Yalnız burada bir soruna dikkat çekilmesi gerekir. Eğer atfı yapılan yazarların ifade ettiği şekilde salt “seçim hakkının kullanılmaması”na borçlu temerrüdü sonucu bağlanıyorsa, kanımca, Alman hukukundaki hakim görüşün aksine¹²⁶, seçim hakkının kullanılması borçlu için bir yükümlülük sayılmış olmaktadır. Buna karşın eğer tek başına seçim hakkının kullanılmamasına değil, bu yolla ifa

¹²⁰ Bkz. yukarıda dn. 31.

¹²¹ Aynı yönde bkz. Aras, “Seçimlik Borç”, 1120.

¹²² Schraner, “Art. 72 OR,” N. 46; Weber, “Art. 72 OR,” N. 48; Merz, *OR AT*, 136-137; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 80; Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2254.

¹²³ Bkz. Schraner, “Art. 72 OR,” N. 47.

¹²⁴ Weber, “Art. 72 OR,” N. 45; Wullschleger, “Art. 72 OR,” N. 5; Bucher, *OR AT*, 298; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 8.

¹²⁵ Weber, “Art. 72 OR,” N. 45; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 18; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3007; Aras, “Seçimlik Borç”, 1118.

¹²⁶ Bkz. yukarıda II, A.

zamanının geçirilmesine (gerekliyse ihtar şartıyla birlikte) borçlu temerrüdü sonucu bağlanıyorsa, bu takdirde Alman hukukuyla böyle bir fark ortaya çıkmamaktadır. Kanaatimce HMK m. 112’de öngörülen ve İsviçre öğretisinde de kabul edilen alacaklı açısından oldukça külfetli süreç ile borçluyu seçim hakkını kullanmakla yükümlü saymayı bağdaştırmak güçtür¹²⁷. Seçim hakkının kullanılabilmesi an ile borcun ifa edilmesi gereken an arasında bir süre varsa, seçim hakkının kullanılması aksi kararlaştırılmadıkça borçlanılmadığı için borçlunun bu konuda temerrüde düştüğünden de söz edilemez. Dolayısıyla alacaklı vadeden önce borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklara başvuramaz. Ancak seçim yapmayarak vadeyi geçiren borçlunun seçim hakkını kullanmakla yükümlü olmaması sebebiyle ifadan kaçınılabileceği savunması dinlenmez¹²⁸. Bu andan itibaren borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilir.

Seçim hakkına sahip olan alacaklının bunu kullanmayı ihmal etmesi durumunda borçlunun başvurabileceği yol ise iki hukuk düzeninde de kurala bağlanmamıştır. Seçim hakkını kullanmayı ihmal eden alacaklının alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmektedir¹²⁹. Ancak alacaklı seçim hakkını kullanmadığı sürece borcun içeriği belli olmadığından, edimlerin tevdi edilme imkanı olsa bile, borçlunun edimlerden birini seçip tevdi etmeye hakkı olmadığı gibi kendi istemedikçe bütün edimleri tevdi etmesi de ondan beklenemeyecektir¹³⁰. Tartışmalı olmakla beraber, çoğunluktaki görüş bu sorun karşısında da Alman hukukunda § 264 f. 2 BGB’de getirilen seçim hakkının borçluya geçmesi çözümünü benimsemektedir¹³¹. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü kabul etmekle birlikte, seçim hakkının borçluya geçebilmesi için İBK m. 107’ye (TBK m. 123) kıyasen alacaklıya ek süre

¹²⁷ Seçim hakkının kullanılmasının ayrıca borçlanılmadığı yönünde bkz. Aras, “Seçimlik Borç”, 1117.

¹²⁸ Keza Alman hukukunda bkz. Krafka, “§ 264 BGB,” N. 6.

¹²⁹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 49; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 19; Wullschleger, “Art. 72 OR,” N. 6; Bucher, *OR AT*, 298; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3005; Serozan, *İfa*, § 7, N. 17; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9; Aras, “Seçimlik Borç”, 1121.

¹³⁰ Bkz. Weber, “Art. 72 OR,” N. 50; Bucher, *OR AT*, 298; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9.

¹³¹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 49; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 19; Merz, *OR AT*, 137; Bucher, *OR AT*, 298; Serozan, *İfa*, § 7, N. 17; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9. Karşı yöndeki görüş ve özellikle TBK m. 110’un genişletilmesi hakkında bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 3005.

verilmesi ve bunun faydasız geçmiş olması gerektiğine hükmetmiştir¹³². Yargıtay HGK'nın da aynı yönde bir kararı mevcuttur¹³³. Mahkemelerin yaklaşımı sonucu itibariyle § 264 f. 2 BGB'yle tamamen uyumludur.

Seçim hakkı kullanılmadan önce edimlerden birinin ifası tarafların sorumlu olmadığı sebeplerle imkansızlaşırsa ne olacağı tartışmalıdır. Çoğunlukta görülen görüş burada da Alman hukukundaki çözümü takip ederek § 265 BGB'ye paralel şekilde borç ilişkisinin kendiliğinden diğer edim(ler)e inhisar ettirilerek (konsantre edilerek) devam edeceğini savunmaktadır¹³⁴. Yalnız hatırlanacağı üzere, § 265 BGB hükmü, seçim hakkını geçmişe etkili sayan § 263 f. 2 BGB'nin söz konusu imkansızlık durumunda doğuracağı olumsuz sonuçları törpülemeyi amaçlamaktadır. Diğer görüşe göre, tarafların sorumlu olmadığı sebeplerle edimlerden birinin ifasının imkansızlaşması borç ilişkisinin ifası mümkün edim(ler)e konsantre edilmesini gerektirmez; seçim hakkına sahip olan taraf pekâlâ ifası imkansızlaşan edimi de seçebilir¹³⁵.

Alman hukukunda olduğu gibi Türk ve İsviçre hukuklarında da seçimlik yetki kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen kabul edilen ve münferit kanuni düzenlemelerde mevcut sayılan (örneğin, TBK m. 99/II; İBK m. 84 f. 2) bir kurumdur¹³⁶. Hukuki yapısı da Alman hukukundakinden farklı ele alınmamaktadır: Seçimlik yetkinin bulunduğu durumlarda baştan

¹³² BGE 110 II 148, 152. Fransızca kaleme alınmış bu karar hakkında bkz. Weber, "Art. 72 OR," N. 50.

¹³³ Y. HGK, E. 2013/19-1103, K. 2014/1084, 24.12.2014 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023): "Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde alacaklının seçim hakkını kullanmamasının nasıl bir sonuç doğuracağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda borçlu seçimini yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa oluşan alacaklı temerrüdü karşısında bu seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilme ve sözleşmeden dönme hakkına sahiptir."

¹³⁴ von Tuhr ve Peter, OR AT I, 81; Koller, OR AT, N. 37.27; Gauch, Schluep ve Emmenegger, OR AT II, N. 2263 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3011 (yazar seçim hakkının geçmişe etkili olduğunu da kabul etmektedir: N. 3001); Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 904; Serozan, *İfa*, § 17, N. 18; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 156; Aras, "Seçimlik Borç", 1131.

¹³⁵ Schraner, "Art. 72 OR," N. 58; Weber, "Art. 72 OR," N. 57 vd.; Merz, OR AT, 138; Aydıncık, "TBK m. 87," N. 13.

¹³⁶ Bkz. Schraner, "Art. 72 OR," N. 64 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3018.

borçlanılmış tek bir edim mevcuttur, ancak hak sahibi bu edimi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisini haizdir¹³⁷. Yalnız Alman hukukundan farklı olarak seçim hakkının kullanılmasının hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yedek edimi seçme hakkı hangi tarafta olursa olsun bunun kullanılması yenilik doğuran hak değildir; bu sebeple karşı taraf bunu kabul etmedikçe dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla geri alınabilir¹³⁸. Bu yazarlar arasında borçlunun yedek edimin fiilen ifasını teklif ederek asıl edim yükümlülüğünü düşürebileceğini kabul edenler de vardır¹³⁹. Ancak seçimlik yarışmadan farklı olarak (bkz. yukarıda II, B, 1 (iii) ve aşağıda III, B ile IV, B 2), bu görüş, hak sahibine bir *ius variandi* tanınmasının gerekebileceği gözetilerek değil, seçimlik yetki durumlarında halihazırda borçlanılmış bir edimin var olmasından yola çıkılarak savunulmaktadır. Diğer bir görüş seçim hakkının borçluda olduğu durumlar için yalnızca fiilen ifa teklifiyle asıl edimin düşeceği konusunda aynı kanaattedir; ama alacaklıda olduğu durumlarda bunu yenilik doğuran nitelikte saymaktadır¹⁴⁰. Bu görüşün İsviçre'deki yüksek mahkeme içtihadı tarafından desteklenmekte ve giderek yerleşmekte olduğu görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında seçimlik cezai şartı seçimlik yetki olarak nitelendirmiş ve alacaklının sahip olduğu bu yetkinin geri alınamaz bir yenilik doğuran hak teşkil ettiğine hükmetmiştir¹⁴¹. Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi 28.04.2022 tarihli bir kararında Federal Mahkeme içtihadının isabetli olduğuna karar vermiş; bu içtihadın hem seçimlik borçtaki seçim hakkına oldukça benzeyen seçimlik yetkiye alacaklının sahip olduğu durumlarda seçim hakkını seçimlik borçtakiyle aynı şekilde nitelendirerek yeknesaklık sağladığını hem de alacaklının yedek edimi seçmesi halinde borçlunun bu açıklamanın

¹³⁷ Schraner, "Art. 72 OR," N. 25, 65; Weber, "Art. 72 OR," N. 67-68; Merz, *OR AT*, 139; Koller, *OR AT*, N. 2.129; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3019; Serozan, *İfa*, § 7, N. 21; Aydıncık, "TBK m. 87," N. 4.

¹³⁸ von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 82; Weber, "Art. 72 OR," N. 72, 78.

¹³⁹ Weber, "Art. 72 OR," N. 73. Fiilen ifa teklifinin anlamı ve bu konudaki tartışmayla ilgili olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 8.

¹⁴⁰ Schraner, "Art. 72 OR," N. 66-67, 73; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 7-8; Serozan, *İfa*, § 7, N. 26-27. Aynı yönde bkz. Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2269, 2271. Ayrıca bkz. Bucher, *OR AT*, 300.

¹⁴¹ BGE 63 II 84 vd. Mahkemenin daha yeni tarihli kararlarında da seçim hakkının yenilik doğuran niteliği ve kural olarak geri alınamazlığıyla ilgili içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. Örneğin bkz. BGer 4A_306/2018, E. 5.3.2. Bir alttaki dipnotta anılan kararın atıf yapılan paragrafında aynı yönde başka kararlar da vardır.

kesinliğine güvenebilmesini sağlayarak hukuki güvenliğe hizmet ettiğini belirtmiştir¹⁴². Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi 22.01.2022 tarihli başka bir kararında da seçimlik yetki durumunda seçim hakkına sahip olan borçlunun ancak fiilen ifa teklifiyle asıl edim yükümlülüğünü düşürebileceğini kabul etmiştir¹⁴³. Sonuçta, özellikle seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik yetki durumlarında bu hakkın kullanılmasını (tıpkı seçimlik borçta olduğu gibi) kural olarak geri alınamaz bir yenilik doğuran işlem olarak nitelendiren görüş baskın hale gelmiş görünmektedir. Borçlunun seçim hakkının bu nitelikte sayılmaması seçimlik yarışmayla yapılacak karşılaştırma bakımından önem taşımamaktadır; zira Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışmada seçim hakkı (en azından TBK’da düzenlenen aşağıda açıklanacak tipik örneklerinde) alacaklıya aittir.

Son olarak, seçimlik yetki durumlarında borcun konusu baştan belli olduğu için seçim hakkına sahip olmayan tarafın bir seçimlik dava açarak ya da ek süre vererek karşı tarafı *de facto* seçim yapmaya zorlaması mümkün değildir. Aslında bu, seçimlik yarışmanın da belirleyici özellikleri arasında sayılmaktadır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iv)). Ancak seçimlik yetkide bu özellik salt bunun hukuki yapısından ileri gelmektedir. Halihazırda kural olarak ifa ve talep edilebilir tek bir edim mevcut olduğundan seçim hakkına sahip tarafın bu hakkı kullanmaya itecek mekanizmalara ihtiyaç yoktur. Seçimlik yarışmada ise aynı sonuca hak sahibinin negatif seçim özgürlüğünün sınırlandırılmaması gereği üzerinden ulaşılmaktadır¹⁴⁴. Seçimlik yetkiyle ilgili inceleme, bunun ifa imkansızlığı durumlarında da seçimlik borçtan ayrı değerlendirildiği belirtilerek burada sonlandırılabilir¹⁴⁵.

B. Seçimlik Yarışma

1. Kavram

Türk ve İsviçre hukukunda tespit edebildiğim kadarıyla seçimlik yarışma kavramına değinen yazarlar bunu Alman hukukundakiyle aynı şekilde tanımlamaktadır: Kanunun bir kişiye iki veya daha fazla talep hakkını ya da

¹⁴² Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 28. April 2022, Nr. RT220033, E. III, N. 2.4.

¹⁴³ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil vom 22. Januar 2021, Nr. LB200033, E. II, N. 7.

¹⁴⁴ Bkz. aşağıda dn. 200 ve buna bağlı metin.

¹⁴⁵ Bu konuda birçoğu yerine sadece bkz. Serozan, *Ifa*, § 7, N. 22.

yenilik doğuran hakkı, arasından yalnızca birini ileri sürmek üzere, seçimlik olarak sunduğu durumlarda seçimlik yarışma söz konusudur¹⁴⁶. Seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örnekler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlı haklar (TBK m. 125), satım sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme ile sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakları (TBK m. 227/I) ve eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarıdır (TBK m. 475/I)¹⁴⁷. Hemen belirtelim ki, borçlar hukuku alanında da talep ile alacak hakkının özdeş kavramlar olmadığını, talebin yalnızca alacak hakkından doğan en önemli yetki olduğunu benimseyen Türk hukukundaki hakim görüş¹⁴⁸ takip edilirse, kanaatimce, tanımda talep hakkı yerine alacak hakkı kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Yine bu bağlamda, söz konusu kavramları özdeş sayan görüşün hakim olduğu Alman hukukunda, seçimlik yarışmaya dahil olduğu kabul edilen bazı talep haklarının ne ifa edilebilir ne de talep edilebilir olmasının “durgun talep” kavramıyla ifade edildiği yukarıda II, B, 1, (i)’de açıklanmıştı. Aynı kavramsal sorun Türk hukukunda da ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını yenilik doğuran hak saymayan, aşağıda değinilecek görüş kapsamında ortaya çıkmaktadır. İşte talep ile alacak hakkı kavramları arasındaki ilişki bakımından Türk hukukundaki hakim görüş takip edilirse, “durgun talep”lerden değil; TBK m. 90’daki derhal muacceliyet ve m. 96’daki erken ifayla ilgili tamamlayıcı kuralların uygulanmadığı, talep ve ifa edilebilirliğin seçim hakkının o hak lehinde kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıktığı alacak haklarından söz edilecektir. Yalnız Alman hukukunda olduğu gibi Türk ve İsviçre hukuklarında da seçimlik yarışmaya dahil olabilen tüm alacak hakları bu nitelikte değildir. Örneğin, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede temerrüde düşmüş borçluya verilen ek süre sonuçsuz geçtikten sonra alacaklı aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan

¹⁴⁶ Bkz. Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131-2.132; Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Buz, “TBK m. 60,” 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328.

¹⁴⁷ Bkz. yukarıda I.

¹⁴⁸ Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 214 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 48 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Galip Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 1993), 13-14; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 71-72. Karş. Serozan, *İfa*, § 5, N. 3, 5; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 4, N. 8.

zararın tazmini ya da dönme haklarını kullanmak yerine pekala aynen ifada directmeye de devam edebilir. Bu halde ilk iki hakkın kullanılabilmesi için tekrar ek süre verilmesi gerekecektir¹⁴⁹. Bu örnekte aynen ifa talebi adi/normal bir alacak hakkıdır.

Alman hukukunda seçimlik yarışma kavramını seçimlik borç ve yetkiden ayırdığı kabul edilen önemli dört husus yukarıda II, B’de açıklanmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında bunlardan özellikle kavramların hukuki yapısındaki farklılık öne çıkmaktadır. Buna göre, seçimlik yarışma durumlarında seçimin konusu birden fazla farklı edim değil, farklı talep hakları veya yenilik doğuran haklardır¹⁵⁰. Seçimlik yarışan hakların bir arada kullanılmasının mümkün olmadığı ve seçimin yapılmasıyla diğer hakların sona ereceği de oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁵¹. Bunlar dışında, tespit edebildiğim kadarıyla, seçimlik yarışma olarak adlandırılan kurumun varlığına tanınan sonuçlar ortaya koyulmamıştır. Yalnız *Koller* seçimlik cezai şart ile ifa talebi arasında seçimlik yarışma ilişkisi olduğunu kabul etmesine rağmen, seçimlik borçtakine paralel şekilde, borçlunun, seçim hakkını kullanmayan alacaklıya ek süre vererek bunun yararsız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayabileceğini belirtmektedir¹⁵². Böylece Alman hukukunda kabul edilen, yukarıda II, B, 1, (iv)’de açıklanmış olan kavramsal farklılığı reddetmiş olmaktadır. Alman hukukunda aynı durum incelendiğinde, seçimlik cezai şart ile ifa talebi arasındaki ilişkiyi seçimlik yarışma olarak nitelendiren hakim görüşteki yazarlar, *Koller’in* aksine, özellikle seçim hakkının borçluya geçmesinin mümkün sayılmaması – yani § 264 f. 2 BGB’nin uygulanmaması – gerektiğini dikkate almaktadır¹⁵³. Bu istisna haricinde, hukuki yapıdaki

¹⁴⁹ Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2759.

¹⁵⁰ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131.

¹⁵¹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.132; Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24.

¹⁵² Koller, *OR AT*, N. 81.60-81.61. Yazar ayrıca cezai şart ile ifa talebi arasında ister seçimlik borç ister seçimlik yarışma ilişkisi olduğu kabul edilsin, her iki talebin de ifa edilebilirliğinin alacaklı seçimini yapana kadar ertelenmiş olacağını belirtmektedir. Ancak seçimlik talep haklarının talep ve ifa edilebilirliğinin seçime dek ertelenmesi seçimlik yarışmanın zorunlu bir unsuru değildir. Daha önce değinildiği üzere, seçimlik yarışmaya “durgun talep”ler konu olabileceği gibi adi/normal talepler de dahil olabilir. Bkz. yukarıda dn. 67 civarı.

¹⁵³ Peter Gottwald, “§ 340 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II*, §§ 311-432 BGB, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 9; Bernhard Ulrici, “§

farklılık dışında kalan üç hususta (seçim hakkının hukuki niteliği, kullanılmasının bağlayıcı etkisi ve kullanılması konusunda hak sahibini zorlayabilme imkanı) kavramlar arasında bir karşılaştırma yapılmamıştır. Bununla birlikte, bazı yazarlar, böyle bir karşılaştırmadan bağımsız olarak, seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkiden yoksun olabileceğine ve hak sahibine bir *ius variandi* tanınabileceğine dikkat çekmektedir¹⁵⁴. Koller de böyle bir karşılaştırma yapmaksızın seçimlik yarışmanın çözülmesinde yenilik doğuran açıklama niteliği görülemeyeceğini, buna yenilik doğuran açıklamalara ilişkin geliştirilen kuralların yalnızca uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmektedir¹⁵⁵. Yazara göre¹⁵⁶, eser sözleşmesinin ayıplı ifası sebebiyle iş sahibinin elde ettiği ayıbın giderilmesi hakkı bir alacak hakkı niteliğindedir. Her ne kadar bunun kullanılması diğer seçimlik hakları sona erdirmek suretiyle hukuki durumda değişiklik yaratsa da, bu değişiklik doğrudan kanuna (hukuk düzenine) dayanmaktadır; yoksa bir yenilik doğuran açıklamaya değil¹⁵⁷.

2. Kavramın Önemini Azaltan Hususlar ve Görüşler

Giriş kısmında değinildiği üzere Alman hukukundan farklı olarak Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir kavrama olan ihtiyaç bazı sebeplerle azalmaktadır. Bunlardan ilki TBK m. 87 ve İBK m. 72'deki seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin, §§ 262-265 BGB'ten farklı olarak, başka kavramlar üzerinden çıkış noktaları aranmasını acilen gerektirecek ölçüde ayrıntılı ve sınırlayıcı olmamasıdır. Bu hükümlerden sadece kanun koyucunun seçimlik borcun hukuki yapısına ilişkin anlayışı ve böyle bir borcun bulunduğu durumlarda seçim hakkına kural olarak borçlunun sahip olacağı çıkarılabilmektedir. Alman öğretisinde §§ 262-265 BGB'nin kanundan kaldırılması gerektiğini savunan Ziegler, İBK m. 72'deki gibi füzuli ama en azından zararsız bir hüküm getirilmesinin pratik açıdan en iyi çözümü

340 BGB," içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.09.2021 (München: C. H. Beck, 2023), N. 29 ve orada dn. 119'da anılan yazarlar (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

¹⁵⁴ Bkz. Serozan, *Borçlar Özel*, N. 746; Koller, *OR AT*, N. 46.30.

¹⁵⁵ Koller, *OR AT*, N. 3.70.

¹⁵⁶ Koller, *Werkvertrag*, N. 708.

¹⁵⁷ Karş. Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Auflage (Bern: Stämpfli, 2017), 316-317. Seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının yenilik doğuran nitelikte sayılmamasının isabetli olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda II, B, 2, (ii) ve aşağıda IV, B, 1.

sağlayacağını belirtmektedir¹⁵⁸. Özellikle § 263 f. 2 BGB'deki düzenlemenin aksine Türk ve İsviçre hukuklarında hakim görüşün seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmadığını kabul etmesi Alman hukukunda bu kavramın pratikteki değersizliğine yöneltilen eleştirilerin önemli bir alt başlığını¹⁵⁹ sorun olmaktan çıkarmaktadır. Fakat İBK m. 72'de hukuki ilişkiden ve TBK m. 87'de buna ek olarak işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluda olacağını öngören kurallar aynı eleştirilere tabidir¹⁶⁰. Alman öğretisinde § 262 BGB'de yer alan aynı yöndeki kuralı kanun koyucunun bile takip etmediği, BGB'de borçlunun seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borçla karşılaşmadığı yukarıda açıklanmıştı¹⁶¹. İBK ve TBK'ya bakıldığında, kanunen öngörülmüş seçimlik borca özellikle komisyoncunun kendiyle işlem yapmasını düzenleyen İBK m. 436 (TBK m. 543) örnek gösterilmektedir¹⁶². Burada komisyoncunun seçim hakkının aksine anlaşmayı dahi gerektirmeyecek şekilde vekalet verenin bir çift sözüyle ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Aynı sebeple vekalet verenin edimin belirlenmesi için komisyoncuya seçim hakkını kullanması için ek süre vermesi de gerekmemektedir. İtiraf etmek gerekir ki, BGB'den farklı olarak TBK ve İBK'da seçimlik borç ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olmasına karşın, seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkisi dışında neredeyse her konuda en azından baskın görüş BGB'de öngörülmüş çözümleri benimsemektedir. Dolayısıyla Alman hukukunda seçimlik borç düzenine yöneltilen eleştirilerin çoğunun Türk ve İsviçre hukukları için de geçerli olduğu söylenebilir. Yine de geçmişe etkinin kabul edilmemesi bu kavramın uygulama alanının başka kavramlar üzerinden daraltılması ihtiyacını önemli ölçüde hafifletmektedir.

¹⁵⁸ Ziegler, "Wahlschuld," 217.

¹⁵⁹ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70-71.

¹⁶⁰ Keza bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 14: "*Zaten pek ender rastlanan seçimlik borçtan hep çeşit borcuna kaçılır. Borçlu, kolay kolay edimi seçme serbestliğine kavuşturulmaz. Böylece alıcı kollarlanmış olur.*"

¹⁶¹ Bkz. yukarıda II, A.

¹⁶² Schraner, "Art. 72 OR," N. 8; Weber, "Art. 72 OR," N. 8; Georg Gautschi, "Art. 436," içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR* (Bern: Schulthess, 1965), N. 2b.

İkinci sebep Türk ve İsviçre öğretisinde – en azından buna değinen yazarlarca – seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak sayılan durumlarda her bir seçimlik hakkı kullanmakla tükenen, kategorik veya kural olarak geri alınamaz birer yenilik doğuran hak olarak nitelendirme yönündeki güçlü eğilimdir. Her bir seçimlik hak böyle nitelendirildiğinde, bir yandan bunların ne zaman doğduğu ve hangi anda sonuçlarını meydana getirdiği konusunda yenilik doğuran haklarla ilgili genel öğretilerden sonuç çıkartılabilmekte, diğer yandan bunların diğer seçimlik haklarla nasıl bir ilişki içinde olduğu görece önemsizleşmektedir.

Birçok yazar, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle doğan hakların kullanıldıktan sonra geri alınamayan yenilik doğuran haklar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir¹⁶³. Elbette bu hakların yenilik doğurucu niteliğinde herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak giderek taraftar toplayan aksi yöndeki görüş, kullanılan hakkın en azından kategorik olarak geri alınamayacağına karşı çıkmakta, bunu söz konusu “ilkenin” kabul edilmesinin amacı olan muhatabın korunması doğrultusunda yeniden değerlendirmekte ve belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınabileceğini savunmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶³ BGE 123 III 16, 22; von Tuhr ve Escher, *OR AT II*, 153-154; Bucher, *OR AT*, 373; Rolf H. Weber ve Susan Emmenegger, “Art. 107,” içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, 2. Auflage (Stämpfli: Bern, 2020), N. 113, 117; Wolfgang Wiegand, “Art. 107,” içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 14-15; Y. 14. HD, E. 2007/11905, K. 2007/14401, 16.11.2007 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023); Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 1668, 1671, 1673; Eren, *Borçlar Genel*, N. 187-188, 3490.

¹⁶⁴ Gauch, Schluep ve Schmid, *OR AT I*, N. 157; Koller, *OR AT*, N. 46.30; Koller, *Werkvertrag*, N. 380; Christa Kissling, “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug,” *Aktuelle Juristische Praxis* 6, no. 10 (1997): 1289 vd.; Mohasseb ve von der Crone, “Widerrufbarkeit,” 430 vd.; Serozan, *İfa*, § 17, N. 6, 14, 18; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası (İstanbul: Vedat, 2007), 463-464; Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd., 452 vd.; Buz, “recht,” 200 vd.

Eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan dönme¹⁶⁵, bedel indirimi ve ücretsiz onarım (ayıbın giderilmesi) hakları da birçok yazara ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre kullanıldıktan sonra geri alınamayan yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁶⁶. Yine satım sözleşmesinin ayıplı ifası halinde davalar üzerinden düzenleme getiren 818 sayılı BK m. 202-203 ve hala bu şekilde olan İBK m. 205 bağlamında yapılan, TBK m. 227'nin yürürlüğe girmesiyle hukukumuzda büyük ölçüde önemini yitirmiş tartışmalar bir kenara bırakılırsa¹⁶⁷, Türk öğretisinde TBK m. 227'den doğan hakları da (ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme dahil) geri alınamayan yenilik doğuran hak niteliğinde gören yazarlar vardır¹⁶⁸. Yargıtay içtihadının da bu yönde olduğu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11'de düzenlenen hakların istikrarlı şekilde geri dönülemez yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesinden anlaşılabılır¹⁶⁹. Bu görüşlere karşı çift itiraz söz konusudur. Bir yandan Türk ve İsviçre öğretilerinde giderek taraftar toplayan bir görüş, ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını yenilik doğuran haklar olarak değil, aynen ifanın devamı niteliğinde haklar olarak görmektedir¹⁷⁰. Bu yazarların diğer ortak özelliği, Alman

¹⁶⁵ İBK m. 368'de iş sahibinin eserin kabulünden feragat/imtina edebileceği düzenlenmiştir. Bundan (uygulanma koşulları daha farklı olmakla birlikte) satım sözleşmesinin ayıplı ifasını düzenleyen İBK m. 205'teki "dönüştürme" hakkı anlaşılmakta ve bunun bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmektedir. Birçoğu yerine sadece bkz. Gauch, *Werkvertrag*, N. 1528 vd.

¹⁶⁶ BGer 4A_177/2014, 8.09.2014, E. 4.1 (ücretsiz onarım özelinde); BGE 109 II 40, 41-42; 107 III 106, 108; Theodor Bühler, "Art. 368," içinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1998), N. 52, 107, 130, 132; Gauch, *Werkvertrag*, N. 1581, 1588, 1688, 1835 (en azından kural olarak geri alınamayacağı yönünde; ancak bkz. N. 1842 vd.); Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin, 2017), 647; Gümüş, C. 2, 63.

¹⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 170-182; Gümüş, C. 1, 94 vd., 97.

¹⁶⁸ Eren, *Borçlar Özel*, 129-131; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt*, 11. Baskı (İstanbul: Beta, 2022), 172-173, 193.

¹⁶⁹ Örneğin bkz. Y. 3. HD, E. 2020/7336, K. 2020/6337, 10.11.2020; Y. 13. HD, E. 2016/30596, K. 2019/6097, 14.5.2019 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023).

¹⁷⁰ Honsell, *OR BT*, 317 (ayıbın giderilmesi hakkı özelinde); Koller, *Werkvertrag*, N. 708-709; Serozan, *Borçlar Özel*, N. 776, 778; Buz, *Yenilik Doğuran*, 170 vd.; Yeşim Atamer ve Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak

öğretisinde seçimlik yarışma hallerinde hakim görüşçe kabul edilen *ius variandi* 'ye, yani hak sahibi seçimlik haklarından birini kullandıktan sonra belli şartlar altında bunu başka bir hakla değiştirebilmesine açık kapı bırakmalarıdır¹⁷¹. Hatta, Alman öğretisine paralel şekilde, söz konusu hakların aynen ifanın devamı niteliğinde sayılması belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınması lehine bir argüman olarak da kullanılmaktadır¹⁷². Bununla birlikte, *ius variandi* sadece böyle bir nitelendirmeye bağlı olarak tartışılmamakta, yenilik doğuran hakların da kategorik olarak bir kere kullanılmakla tükeneyeceği ve geri alınamayacağı “ilkesi” de eleştirilmektedir¹⁷³.

Monografik çalışmalara konu edilen genişlikte bu tartışmaların tümünün bir kavrama yüklenen/yüklenebilecek anlamı ve ihtiyaç duyulup duyulmadığını ele alan bu çalışmada değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁷⁴. Ancak özellikle ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını birer talep/alacak hakkı olarak gören ve bu nitelendirmeden aynı zamanda hak sahibine *ius variandi* tanımakta faydalanan görüş ile bunları kural olarak geri alınamaz yenilik doğuran haklar olarak gören görüşün bu kurala sunduğu istisnalar arasındaki yakınlığa belli başlı örnekler üzerinden dikkat çekilmesi yararlı olacaktır. Örneğin, ilk görüşe katılan Atamer ve Baş'a göre: “*Nasıl ki ifa talebi bir yenilik doğuran hak değilse ve icra edilmesi gerekiyorsa, aynı şekilde onarım veya yenisi ile değiştirme de edaya yönelik icra edilebilir taleplerdir. Dolayısıyla ancak sonuca ulaştırmaları, yani ayıpsız ifanın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcının talep hakkı sona erer. Satıcının malı tamir edememesi veya verilen yeni malın da ayıplı çıkması ihtimalinde ise alıcının*

6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk,” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, Sayı 1 (2014): 35; Murat İncoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu,” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar*, der. Murat İncoğlu (İstanbul: On İki Levha, 2015), 191 vd.

¹⁷¹ Honsell, *OR BT*, 117, 314; Koller, *Werkvertrag*, N. 380, 624 vd.; Serozan, *Borçlar Özel*, N. 746; Buz, *Yenilik Doğuran*, 452 vd., 469-470, 483 vd.; Atamer ve Baş, “Ayıptan Doğan Sorumluluk,” 35-36; İncoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül,” 191 vd.

¹⁷² Bkz. Atamer ve Baş, “Ayıptan Doğan Sorumluluk,” 35-36; İncoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül,” 191.

¹⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd., 452 vd.

¹⁷⁴ Bu çalışmada hiç değerlendirilmemiş olan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden doğan haklar bağlamındaki *ius variandi* tartışması için özellikle bkz. Buz, “recht,” 200 vd.

*diğer seçimlik haklarına başvurmasına engel olamaz.*¹⁷⁵ Bu hakların talep hakkı olarak görüldüğü Alman hukukunda bununla aynı yönde, yani yalnızca satıcının seçilen talebi yerine getirmemesi üzerine alıcıya *ius variandi* tanımak lehinde bir görüş olduğu gibi, daha geniş şekilde, satıcı seçilen hakkı ifaya başlamadığı sürece alıcının (dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla) seçimini değiştirmekte serbest olduğunu savunan bir görüş de vardır¹⁷⁶. İsviçre hukukunda eser sözleşmesinin ayıplı ifası özelinde tüm seçimlik hakları kural olarak geri alınamaz yenilik doğuran haklar olarak gören¹⁷⁷ *Gauch*'un görüşü incelendiğinde, eserdeki ayıbın giderilmesi hakkının yerine getirilmemesi halinde, sonuç itibarıyla, iş sahibine *ius variandi* tanıdığı görülmektedir. Yazara göre, örneğin, yüklenici ayıbı gidermekte temerrüde düşerse, istenilen giderim objektif olarak imkansızlaşırsa veya yüklenicinin bazı iyileştirmeler yaptığı mal hala ayıplıysa, şartları sağlanmış olmak kaydıyla, iş sahibi diğer haklarını kullanabilir¹⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bir yenilik doğuran hak kullanmış olan iş sahibinin seçimiyle bağlı olduğunu belirtmekle birlikte, yüklenici tekrar ayıplı bir eser teslim ederse iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan tüm haklarını kullanabilmesi gerektiğine, diğer türlü ayıplı ifaya ilk kez muhatap olduğu durumdan daha kötü bir duruma düşürülmüş olacağına hükmetmiştir¹⁷⁹. Görüldüğü üzere, bu görüşler ile ayıbın giderilmesini bir talep hakkı olarak niteleyen ve buna muhatap olan satıcının/yüklenicinin bunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde hak sahibine *ius variandi* tanıyan görüşler sonuçları itibarıyla oldukça yakındır.

Bunların yanında *ius variandi* 'ye daha geniş alan açan yazarlar da vardır. Örneğin, *Huguenin* 'e göre¹⁸⁰, yenilik doğuran haklar homojen bir kategori olduğu için bunların genel ve soyut olarak geri alınamazlığından söz etmek doğru değildir. Ayıptan kaynaklanan haklardan biri lehinde yapılan seçimin

¹⁷⁵ Atamer ve Baş, “Ayıptan Doğan Sorumluluk,” 35. Aynı yönde ayrıca bkz. İnceoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül,” 191-192.

¹⁷⁶ Bkz. Bittner ve Kolbe, “§ 439 BGB,” N. 9. Ayrıca karşı. Westermann, “§ 439 BGB,” N. 7.

¹⁷⁷ Gauch, *Werkvertrag*, N. 1581, 1588, 1688, 1835.

¹⁷⁸ Gauch, *Werkvertrag*, N. 1801, 1843, 1844, 1846. Aynı yönde ayrıca bkz. Jörg Schmid, Hubert Stöckli ve Frédéric Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Auflage (Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2016), N. 1788.

¹⁷⁹ BGE 109 II 40, 41-42. Ayrıca bkz. Buz, “recht,” 201-202 ve orada dn. 27; Serozan, *Dönme*, 463-464.

¹⁸⁰ Huguenin, *OR AT-BT*, N. 2652.

geri alınmasının sınırı dürüstlük kuralı, özellikle de çelişkili davranış yasağı ve güven ilkesinden çizilmelidir. Çoğaltılabilecek bu örnekler en azından ayıplı ifa durumlarında bazı seçimlik haklar bakımından, bunların nasıl nitelendirildiklerinden bağımsız olarak, hak sahibine *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakma lehindeki görüşün güçlendiğini göstermektedir.

Son olarak, yukarıda değinilen güçlü eğilime dahil olan bazı yazarlar seçimlik haklarla birlikte seçim hakkının kendini de – tıpkı seçimlik borçta ve alacaklının seçimlik yetkisinde olduğu gibi¹⁸¹ – yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir¹⁸². Bu yapı izlenecek olursa, sonuçları itibariyle seçimlik borçtakine oldukça yaklaşan bir durum ortaya çıkmaktadır. Seçim hakkı bir kez kullanılmakla tükenecek ve yapılan tercih sonradan değiştirilemeyecektir. Bir de *Stamm* takip edilerek¹⁸³ seçimlik borcun “eş düzeydeki sorumlulukları” kapsadığı benimsenir ve yenilik doğuran haklar da bu kavrama dahil edilirse, İsviçre öğretisinde *Merz*’in ileri sürdüğü seçimlik yarışmayı reddeden ve böyle adlandırılan durumları seçimlik borç sayan görüş¹⁸⁴ güçlenmiş olacaktır. Ancak tüm bunlar kabul edilse bile sonuçları itibariyle seçimlik yarışmaya dahil edilen durumlar seçimlik borç kavramıyla açıklanamayacaktır. Zira TBK m. 125, 227, 475’teki haklar bakımından borçlunun, alacaklıyı seçim hakkını kullanmaya *de facto* zorlayabilme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi de mümkün görünmemektedir. Bunlar aşağıda IV, B’de ele alınacaktır.

IV. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kavrama Olan İhtiyacın Değerlendirilmesi

Buraya kadar yapılan açıklamalardan, Türk ve İsviçre hukuklarında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden veya ayıplı ifadan kaynaklanan haklar gibi durumları açıklamak üzere seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir seçimlik yarışma kavramına (ya da eşdeğer bir kavrama) ihtiyaç duyulup duyulmadığının iki açıdan incelenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. İlki, alışılmış seçimlik borç ve yetki kavramlarına sadık kalınırsa, bunlardan bağımsız bir kavramın kabulünün uygun olup olmadığı

¹⁸¹ Bkz. yukarıda III, A.

¹⁸² Örneğin bkz. Eren, *Borçlar Özel*, 129-131; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel C. 1*, 173.

¹⁸³ *Stamm*’ın görüşü için bkz. yukarıda II, B, 2.

¹⁸⁴ Bkz. yukarıda dn. 12.

yönündendir. İkincisi ise seçimlik borç ve yetki kavramlarını genişleterek seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olmadığını ileri süren *Stamm*’ın görüşü üzerindendir. Aşağıda öncelikle ikincisi ele alınacak, bu görüşün isabetliliği ve böyle bir çabanın henüz tam anlamıyla gösterilmemiş olduğu Türk ve İsviçre hukuklarına uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu olumsuz yönde yanıtlandıktan sonra ilki incelenecektir.

A. Seçimlik Borç ve Yetki Kavramlarının Genişletilmesinin İsbetliliğinin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere¹⁸⁵, *Stamm*’a göre seçimlik borç ve yetki kavramlarının yanında kanuna yabancı bir kavram olan seçimlik yarışmanın kabulü gereksizdir. Yazar, bu iddiasını gerekçelendirebilmek için ek bir soyutlamadan yararlanarak seçimlik borcu “eş basamaktaki sorumlulukları”, seçimlik yetkiyi ise “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsayan kavramlar olarak ele almaktadır. Böylece seçimlik borç ve yetki kavramlarını edim çokluklarının yanında (yenilik doğuran haklar da dahil olmak üzere) hak çokluklarına da genişletmektedir. Bu arada, seçimlik borç ve yetkiden farklı olarak seçimlik yarışma durumlarında belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınabileceğini savunan Alman hukukundaki hakim görüşü de bir bütün olarak reddetmektedir. Ayrıca BGB’de yer alan seçimlik borca dair kapsamlı düzenlemelerin gerekli yerlerde amaca uygun sınırlandırılabilceğini, seçimlik yarışma gibi kanuna yabancı kavramlar yaratmadan önce bu yola başvurulması gerektiğini belirtmektedir.

Kanımca yazarın görüşü isabetli değildir. Bağımsız bir kavram olarak seçimlik yarışmayı eleştirmek veya reddetmek ile bunun altında sınıflandırılan durumları yerleşmiş (yani içeriği ve sonuçları üzerinde büyük ölçüde uzlaşmış) başka kavramların altında sınıflandırmaya çabalamak arasında fark vardır. Seçimlik borç kavramı açıklanan şekilde genişletildikten sonra BGB’de buna bağlanan sonuçlar, uygun düşmedikleri her durumda amaca uygun sınırlandırılacaksa, yerleşmiş ve kanuna yabancı olmayan bir kavramı kullanmanın faydası ortadan kalkacaktır. Gerçi Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borcun varlığına bağlanan sonuçlar büyük ölçüde öğreti ve mahkeme içtihatlarınca geliştirildiğinden ötürü “amaca uygun sınırlama”dan ziyade kavramın teorik yapısının genişletilmesinden söz

¹⁸⁵ Bkz. yukarıda II, B, 2.

edilecektir. Yine de kavramın içeriği belirsizleştirildiği ve sonuçlarına istisnalar tanındığı ölçüde faydasını kaybetmesi sorunu bakidir. Aynısı, elbette, seçimlik yetki kavramı için de geçerlidir.

Seçimlik borç ve yetki kavramlarının *Stamm*'ın yaptığı şekilde genişletilmesi halinde faydalarını yitirmelerinin sebebi, kanaatimce, bu kavramların ifa aşaması ve buna dair menfaat dengeleri gözetilerek düzenlenmiş/geliştirilmiş olmasıdır. Biri borca konu olacak edimin somutlaştırılmasını, diğeri ise borcun konusu edimin başkasıyla değiştirilmesini ifade eden kavramların genişletilerek sorumluluk rejiminde de uygulanabilir hale getirilmesi, mecburen, bunların içeriklerinin ve sonuçlarının da buna göre daraltılması ve/veya genişletilmesini gerektirmektedir. İki tarafın da borca aykırı davranmamış olduğu bir ilişkide borçlunun neyi ifayla yükümlü olduğunu veya alacaklının borçludan neyin ifasını talep edebileceğini belirleyen seçim ile borçlunun borca aykırı davranışını takiben onun sorumluluğunu belirleyen seçim arasında hem kavramsal hem de gözetilecek menfaatler bakımından fark vardır. Örneğin, seçimlik borç ve yetkideki seçim hakkı, borcun içeriğini belirleyen veya değiştiren etkisi sebebiyle, haklı olarak, yenilik doğuran nitelikte sayılmaktadır. Bu haklar, söz konusu niteliklerinin yanında, borçlunun ifa hazırlığını yapılan seçime göre belirlemesi sebebiyle de geri alınamamaktadır. Borca aykırı davranmamış borçlu bu konuda korunmaya layık görülmektedir. Fakat aynısı halihazırda borca aykırı davranmış borçlu için geçerli değildir. Gerçekten, Alman hukukunda alacaklının kural olarak öncelikle başvurusu gereken, aynen ifanın devamı niteliğindeki ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları arasındaki tercihi seçimlik borç olarak nitelendiren bazı yazarlar dahi, bu halde, yükümlülüğünü ihlal eden borçlunun bu korumadan yararlanmasının amaca uygun düşmeyeceğini, dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla alacaklının diğer hakka geçiş yapabileceğini (*ius variandi*) kabul etmektedir¹⁸⁶. Borcun konusunu belirleyen/değiştiren seçimden farklı olarak, seçimlik yarışmadaki seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi ise mümkün görünmemektedir¹⁸⁷. Dolayısıyla seçimlik borç ve yetki kavramları açıklanan şekilde genişletilirse, evvela, bunların geleneksel olarak uygulandığı durumlarda yenilik doğuran, genişletilmesiyle uygulanacaklarında ise doğurmayan bir seçim hakkı aynı kavramlarla ifade edilmiş olacaktır. Diğer yandan, hatırlanacağı üzere, Alman

¹⁸⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 435 vd., 446.

¹⁸⁷ Bkz. yukarıda II, B, 1, (ii) ve aşağıda IV, B, 1.

öğretisinde haklı olarak seçim hakkının yenilik doğuran işlem niteliğinde olmamasından alacaklıya bazı durumlarda *ius variandi* tanınabileceği lehinde sonuç çıkartılmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında tüm seçimlik hakları geri alınamaz yenilik doğuran hak olarak nitelendiren görüşteki yazarların bile bazı durumlarda, sonuç itibarıyla, alacaklıya başka bir hakka geçiş imkanı tanıdığı yukarıda açıklanmıştır. *Stamm*'ın görüşünde böyle bir esnekliğe de yer yoktur. Yine örneğin, seçimlik borçlarda seçim hakkına sahip olmayan tarafın karşı tarafı *de facto* seçim yapmaya zorlayabilme imkanına sahip kılınması da bu kavramın ifa aşamasındaki işlevinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğu belirleyen seçimde bu da söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda, seçimlik yarışma kavramını ciddi şekilde eleştiren *Scholz* bile *ifa aşamasında (Erfüllungsstadium)* borçlunun yükümlülüğünün nihai olarak belirlenmesini amaçlayan seçimlik borç (ve yetki) kavramları ile *tasfiye aşamasında (Abwicklungsstadium)* sorumluluğunun belirlenmesini amaçlayan “seçimlik yarışma” kavramını birbirinden ayırmaktadır¹⁸⁸.

Bu açıklamalara seçimlik borç ve yetki kavramlarına bazı durumlarda borcun konusunun belirlenmesinin ya da değiştirilmesinin ötesine geçen işlevler yüklenebildiği üzerinden karşı çıkılabilir. Örneğin gerek Alman gerek Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borçta seçim hakkına sahip olan alacaklı bu hakkı kullanmadan önce edimlerden biri borçlunun sorumlu olacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, alacaklının ifası imkansızlaşan edimi seçerek borçlunun sorumluluğuna başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁹. Ancak burada üç hukuk düzeninde de hakim görüşün borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında asli edim yükümlülüğünün içerik değiştirerek tali edim yükümlülüğüne dönüştüğünü ve böylece varlığını sürdürdüğünü kabul ettiği (*Fortsetzungstheorie*) gözden kaçırılmamalıdır¹⁹⁰. Diğer bir örnek olarak Türk ve İsviçre öğretisindeki ifa talebi ile seçimlik cezai şart arasında

¹⁸⁸ Scholz, *Gestaltungsrechte*, 193.

¹⁸⁹ Alman hukukunda bkz. yukarıda II, A. Türk ve İsviçre hukukunda bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 18; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 16.

¹⁹⁰ Alman hukukunda bkz. Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 27, N. 5, § 34, N. 1; Larenz, *Schuldrecht I*, 9, 333. Türk ve İsviçre hukuklarında bkz. von Tuhr ve Escher, *OR AT II*, 104; Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2871; Schwenger ve Fountoulakis, *OR AT*, N. 64.20; Bucher, *OR AT*, 328, 424; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 853-854; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 2, N. 7; Eren, *Borçlar Genel*, N. 86, 3301; Serozan, *İfa*, § 16, N. 3. Karş. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 1472 vd.

tercih yapma imkanını seçimlik yetki olarak nitelendiren görüş anılabilir¹⁹¹. Konuyla ilgili monografisinde *Santoro* bu nitelendirmeyi haklı olarak eleştirmiş; cezai şartı ya da ifa yerine bunun yerine getirilmemesinden doğan hakları seçme imkanının ancak borçlunun borca aykırı davranışıyla ortaya çıktığına dikkat çekmiştir¹⁹². Ayrıca bu nitelendirme sonucunda alacaklının borçlunun ifasını kabul etmek zorunda kalacağı, bunun da alacaklıya hiç veya gereği gibi ifa etmemenin sonuçları ile cezai şart arasında tercih yapabilme imkanını sunarak onu ayrıcalıklı bir konuma getiren kanunun amacına uygun düşmeyeceğini belirtmiştir¹⁹³. Diğer taraftan, seçim hakkının geri almamalı bir yenilik doğuran hak teşkil ettiği seçimlik borç kavramının kullanılmasının da isabetli olmayacağını, çünkü seçimin bağlayıcı etkisinin bazı durumlarda ertelendiğini ifade etmiştir¹⁹⁴. Yazara göre, burada bir seçimlik yarışma söz konusudur¹⁹⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan seçimlik borç ve yetki kavramlarını *Stamm*'in önerdiği şekilde genişletilirse, bu sayede uygulanacakları neredeyse her durumda seçimlik borç kavramının en az üç, seçimlik yetki kavramının ise en az iki konuda sınırlandırılması gerekeceği anlaşılmaktadır. Örnekler üzerinden açıklamak gerekirse, *Stamm*'in görüşü doğrultusunda, Türk ve İsviçre hukuklarında ayıplı ifadan doğan haklar “eş düzeydeki sorumluluklar” olarak seçimlik borç¹⁹⁶, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu

¹⁹¹ Örneğin bkz. Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 3799; Huguenin, *OR AT-BT*, N. 1263; Schraner, “Art. 72 OR,” N. 74.

¹⁹² Dimitri Santoro, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag* (Bern: Stämpfli, 2001), 17.

¹⁹³ Santoro, *Konventionalstrafe*, 17-18.

¹⁹⁴ Santoro, *Konventionalstrafe*, 18-19.

¹⁹⁵ Santoro, *Konventionalstrafe*, 19. Seçimlik yarışma yönünde ayrıca bkz. Vedat Buz, “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung,” *Aktuelle Juristische Praxis* 26, no. 4 (2017): 496; Koller, *OR AT*, N. 81.60-81.61. Açıklamaları itibariyle Santoro da, Koller'in görüşüne paralel olarak, bu durumda “durgun talepler”in söz konusu olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu nitelendirme sonuç itibariyle isabetlidir, ancak bunun seçimlik yarışmanın zorunlu bir sonucu veya unsuru olmadığı unutulmamalıdır. Bkz. yukarıda dn. II, B, 1, (i) ve III, B, 1.

¹⁹⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, Alman hukukunda artık ayıplı ifaya muhatap olanın kural olarak öncelikle “sonraki ifa” altında sayılan ayıbın giderilmesi veya ayıpsız mal teslimi haklarına başvurusu gerekmektedir. Bedel indirimi ve dönme haklarına kural olarak ek bazı şartların gerçekleşmesi halinde başvurabilmektedir. Bu hakların arasındaki ilişkiyi seçimlik yarışma olarak nitelendiren Alman öğretisindeki hakim görüşe karşı çıkan *Stamm*, seçimlik yetkinin “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsar şekilde ele alınabileceğini ileri

temerrüdünden doğan haklar ise “basamaklandırılmış sorumluluklar” olarak seçimlik yetki kavramıyla açıklanacaktır¹⁹⁷. İfa talebi ile seçimlik cezai şart arasındaki ilişki ise TBK m. 179/I'deki “*alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir*” düzenlemesinin yorumu sonucunda alacaklı ifayı “seçmeden” önce de borçlunun ifasını kabul etmekle yükümlü sayılırsa seçimlik yetki, sayılmazsa seçimlik borç söz konusu olacaktır¹⁹⁸. Sonuncunun eleştirileri yukarıda aktarılmıştır. Ayıplı ifadan doğan haklar seçimlik borç olarak nitelendirilirse, seçim hakkının yenilik doğuran nitelikte olmadığı, alacaklının bazı durumlarda başka bir hakka geçiş yapabildiği ve borçlunun alacaklıyı *de facto* seçim yapmaya zorlayamadığı bir seçimlik borçtan söz edilmiş olacaktır. İlk ikisi aynen ifa ve şartları sağlandıysa gecikme tazminatı talep etmeden diğer haklara geçiş seçimlik yetki olarak nitelendirilirse de geçerlidir. Üçüncü farklılığın ortaya çıkmaması ise salt seçimlik yetkinin hukuki yapısı dolayısıyladır¹⁹⁹. Oysa seçimlik yarışmada alacaklının *de facto* seçim yapmaya zorlanamaması, doğru bakış açısına göre, alacaklıya (bu hakları kullanmamak da dahil) seçim özgürlüğü sağlamayı amaçlamaktadır²⁰⁰. Kanun koyucu yalnızca borçluyu alacaklının spekülasyonuna karşı korumak için farklı mekanizmalar öngörmüştür²⁰¹. Öyleyse sonuç itibarıyla, *Stamm*'ın

sürerek bunları seçimlik yetki kavramı altında değerlendirmektedir. Bkz. yukarıda II, B, 2. Oysa Türk ve İsviçre hukuklarında bu haklar arasında böyle bir aslilik-talilik ilişkisi yoktur. Yalnızca bazı hakların kullanılabilmesi için ihlalin yanında olumlu ya da olumsuz ek şartlar aranabilmektedir (örneğin bkz. TBK m. 227/I-3, 227/V, 475/I-3, 475/III). Ayrıca bkz. aşağıda dn. 211.

¹⁹⁷ Gerçekten de, borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklar arasında *Stamm*'ın ifade ettiği şekilde basamaklı bir ilişki vardır. Hemen belirtelim ki bu basamaklı ilişki, aynen ifa ve gecikme tazminatının yanında aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini ya da dönme haklarını seçebilmek için kural olarak ek süre verilmesinden kaynaklanmamaktadır. Zira ek süre verilmesi bu hakların doğumu için şart olmadığı gibi (Bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 168) TBK m. 124 uyarınca bu hakların kullanılabilmesi için her zaman ek süre verilmesi de lazım değildir. Basamaklı ilişki daha ziyade aynen ifa talebinin önceliğinden ve aynen ifadan vazgeçilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Burada, *Stamm*'ın kurguladığı şekilde, kanun koyucunun aynen ifadan (ve şartları varsa gecikme tazminatından) yana bir ön tercihte bulunduğu söylenebilir. Bkz. yukarıda II, B, 2.

¹⁹⁸ Keza bkz. Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 3799.

¹⁹⁹ Bkz. yukarıda III, A.

²⁰⁰ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 361-362. Karş. *Samhat*'ın yukarıda dn. 86'da özetlenen görüşü.

²⁰¹ Bkz. aşağıda IV, B, 2.

görüşü, yerleşmiş kavramların içeriğini ve sonuçlarını belirsizleştirdiği ve bunun sonucunda söz konusu kavramları başka durumlar için kullanmanın faydası kalmadığı için isabetli görünmemektedir.

B. Yerleşik Seçimlik Borç ve Yetki Kavramlarına Sadık Kalınması Halinde Seçimlik Yarışma Kavramına Olan İhtiyacın Değerlendirilmesi

Yerleşik seçimlik borç ve seçimlik yetki kavramları sadece edim çokluklarını içerdiğinden²⁰², daha baştan, hukuki yapıları itibarıyla, bunların seçimlik haklar arasında yenilik doğuran hakların bulunduğu durumları açıklaması mümkün olmayacaktır. Halihazırda Türk ve İsviçre hukuklarındaki durum böyledir²⁰³. BGB'den farklı olarak, TBK ve İBK'da seçimlik borç ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olmasına karşın, seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkisi dışında neredeyse her konuda en azından baskın görüş BGB'de öngörülmüş çözümleri benimsemektedir. Kavramın kanunda belirtilmiş hukuki yapısından sapmaya ve özellikle bunu edim çoklukları yanında hak çokluklarını da içerecek şekilde genişletmeye dair bir çaba tespit edilememiştir²⁰⁴. Gerçi İBK m. 72'deki tanım ve gerekçesiyle birlikte değerlendirilen TBK m. 87'deki “edimler” ifadesi karşısında böyle bir çabanın doğrudan “seçimlik borç” kavramı üzerinden gösterilmesinin güç olduğu düşünülebilecektir. Fakat sevimsiz olmalarına rağmen hukuk öğretisinde sıkça başvurulanan “dar/geniş anlamda” veya “gerçek/gerçek olmayan” gibi sıfatlar üzerinden dahi bu kavram, örneğin, borçlu temerrüdünden ya da ayıplı ifadan kaynaklanan hakları içerecek şekilde genişletilmemiştir²⁰⁵. Aynısı seçimlik yetki için de geçerlidir.

Tespit edebildiğim kadarıyla yalnızca Seiler eser sözleşmesinin ayıplı ifası halinde doğan seçimlik hakları seçimlik borç kavramı altında sınıflandırmaya çabalamıştır²⁰⁶. Buna göre, iş sahibi eserin bedelini ödemişse,

²⁰² Bkz. yukarıda II, A ve III, A.

²⁰³ Bkz. yukarıda III, A.

²⁰⁴ Bkz. yukarıda II, B, 2'de yer alan *Stamm*'ın görüşü.

²⁰⁵ Bkz. yukarıda dn. 2'de yer alan *Scholz*'ün kullanımı. Gerçi hemen yukarıda değinildiği üzere, *Stamm*'ın yaptığı gibi seçimlik borç “eş basamaktaki sorumlulukları” kapsar şekilde ele alınsa bile bunun sonuçları itibarıyla seçimlik yarışma durumlarını açıklaması mümkün görünmemektedir. Bkz. yukarıda III, B, 2 ve aşağıda IV, B, 2.

²⁰⁶ Seiler, “Nachbesserungsrecht,” 990 vd. Ancak ayrıca bkz. Koller, *Werkvertrag*, N. 709, 716 vd.

sahip olduğu (yazara göre aynen ifanın devamı niteliğinde olan) ayıbın giderilmesi ve (tartışmalı olmakla birlikte) yeni eser teslimi hakları arasında seçimlik borç ilişkisi vardır. Bedel ödenmemişse bunların yanında yenilik doğuran hak niteliğindeki bedel indirimi ve dönme haklarının seçim imkanına dahil olması da farklı bir sonuca ulaştırmamaktadır. Yazara göre, burada da durumun seçimlik borca benzerliği sebebiyle seçimlik yarışma değil, en azından seçimlik borca benzer bir ilişki vardır; çünkü seçimlik yarışmadan ayrı olarak içeriği birbirinden farklı haklar söz konusu değildir. Yalnızca ayıpsız ifanın gerçekleştirilmesi ile sözleşme ilişkisinin değiştirilmesi yoluyla sinallagmatik ilişkinin tekrar tesisini sağlayan bir hukuki ilişkinin seçimlik içerikleri mevcuttur. Oysa kanımca yazarın yenilik doğuran hakları nasıl olup da aynen ifanın devamı niteliğinde olan haklarla aynı hukuki ilişkinin farklı içerikleri saydığı açık değildir. Bunun yenilik doğuran hakların değiştirici işlevinin vurgulanması yoluyla da yapılması mümkün görünmemektedir. Ayrıca dönüşüm teorisi değil, aynı dönme teorisi kabul edildiği takdirde halihazırda isabetli görünmeyen bu açıklamalar tamamen temelsiz kalacaktır. Açıkçası *Stamm*'ın yaptığı gibi seçimlik borç kavramı ek bir soyutlama yoluyla başka durumları da içerebilecek şekilde genişletilmediği sürece *Seiler*'in vardığı sonuçların tutarlı olarak açıklanması ve daha önemlisi benzer durumlara uygulanması mümkün görünmemektedir²⁰⁷. Diğer taraftan duruma göre “seçimlik borç” veya “seçimlik borca benzer” olarak nitelendirilen bu ilişkiye seçimlik borçla ilgili olarak yukarıda açıklanan hangi unsurların uygulanacağı da belirsizdir. Mesela yüklenici, seçim hakkına sahip olmakla birlikte bunu kullanmayan iş sahibine ek süre vererek bunun faydasız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayabilecek midir? İş sahibi kullandığı hakla kategorik olarak bağlı sayılacak mıdır? Bu sebeplerle, *Seiler*'in görüşü ikna edici görünmemektedir.

Seçimlik borç ve yetki kavramları “klasik” yapılarında yenilik doğuran hakların da dahil olabildiği hak çokluklarını açıklamakta kullanılamamasına karşın, seçimlik yarışma kavramı tanımı itibarıyla bu durumları ifade edebilmektedir²⁰⁸. Bununla beraber, bir kavram ancak bundan (istisnaları olması elbette mümkün olan) yeknesak bazı sonuçlar çıkartılabiliyorsa anlamlıdır. Bu sonuçların ayrıca benzer kavramlarınkinden de ayrılması gerekmektedir. Eğer seçimlik yarışmadan veya buna eşdeğer bir kavramdan böyle sonuçlar çıkarılmazsa, tanımı itibarıyla bu kavramın altında

²⁰⁷ *Stamm*'ın görüşü ve bu görüşün değerlendirmesi için bkz. yukarıda II, B, 2 ve IV, A.

²⁰⁸ Seçimlik yarışmanın tanımları için bkz. yukarıda II, B, 1 ve III, B, 1.

sınıflandırılabilen durumlar açıklanırken, Türk ve İsviçre öğretisinde sıklıkla yapıldığı şekilde²⁰⁹, özel olarak bu kavrama yer vermek yerine yalnızca “seçimlik haklar”dan da söz edilebilir. Kanaatimce, Alman hukukunda yapılan ayrımlara paralel şekilde²¹⁰, seçimlik yarışma kavramı bir kere seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olmaması sebebiyle yeknesak bir yapıdadır. Gerçi bu, kavramın bir sonucundan ziyade hukuki yapısına dahil sayılacaktır; ancak yine de bunu benzer kavramlardan ayırt etmektedir. Diğer yandan, *ius variandi*’ye açık kapı bırakılabilmesi ve alacaklının *de facto* seçim yapmaya zorlanamaması da bu kavramın ayırt edici sonuçlarıdır.

1. Seçim Hakkının Yenilik Doğuran Nitelikte Olmaması Bakımından

Yukarıda III, B, 2 değinildiği üzere, bazı yazarlar seçimlik yarışma kavramını görece önemsizleştirecek şekilde ayıplı ifadan kaynaklanan tüm seçimlik hakları ve bu arada seçim hakkının kendini yenilik doğuran hak saymaktadır. Birden fazla talep/alacak hakkının ve/veya yenilik doğuran hakkın bulunduğu seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının da bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesinin yol açacağı teorik sorunlar yukarıda II, B, 1’de açıklanmıştır. Kanımca tüm seçimlik hakların yenilik doğuran nitelikte olduğu varsayılsa bile seçim hakkının böyle nitelendirilmesi tereddütlüdür. Açıklamak gerekirse, seçimlik yarışmanın hukuki yapısını ortaya koyan iki ihtimal düşünülebilir: İlk olarak (çoğunlukla aynı olan²¹¹) olgular bütünüünün sağlanmasıyla seçimlik hakların değil, yalnızca yenilik doğuran nitelikteki seçim hakkının doğduğu benimsenebilir. Bunun kullanılmasıyla sadece seçilen yenilik doğuran hak doğacak ve aynı zamanda

²⁰⁹ Bkz. yukarıda I’deki açıklamalar.

²¹⁰ Bkz. yukarıda II, B, 1.

²¹¹ Örneğin, TBK m. 125/II’de sayılan haklar aynı olgular bütünüüne sahiptir. Ancak her zaman böyle olması gerekmez. TBK m. 227/V’te ve m. 475/III’te olduğu gibi bazı haklar bakımından olumsuz unsur olgular öngörülmüş olabilir. TBK m. 475/III’teki “aşırı masraf gerektirmediği takdirde” (İBK m. 368’de “sofern dieses dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht”) ifadesinin ücretsiz onarım hakkının doğumunu engelleyen bir olumsuz unsur olgu mu olduğu, yoksa sadece yükleniciye böyle durumlarda bir def’i hakkı mı tanıdığı tartışmalıdır. Hakim görüş ilki yönündedir. Ayrıntılı bilgi için hakim görüşle aynı yönde bkz. Peter Gauch, “Kein Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermäßigen Nachbesserungskosten,” *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, no. 5 (2013): 245-247.

sonuçlarını doğuracaktır. Bu takdirde, hukuki sonucu yalnızca alacaklıya belli haklar arasında bir seçim hakkının tanınması (= tek hukuki sonuç) olan tek bir hukuk normunun mevcut olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Burada bir norm ve hak çokluğu söz konusu olmadığından (seçimlik) yarışma da yoktur. İkinci olarak seçilebilecek her bir hakkın olgular bütünü sağlanmasıyla doğduğu düşünülebilir. Seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı kullanılıncaya dek hak sahibinin elinde bir hak yığını bulunduğunu kabul eden hakim görüş dolaylı olarak bunun lehindedir²¹². Bu düşünce takip edilirse, her bir hakkı düzenleyen parçanın ayrı hukuki sonuçlar teşkil ettiği ve ortada seçilebilecek hak sayısınca norm bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde seçimlik yarışma kavramı anlam kazanmaktadır. İsviçre öğretisinde *Mauchle* buradaki tereddüdü isabetli şekilde tespit etmiş ve anılanlardan ikinci yaklaşım lehinde görüş açıklamıştır²¹³. Kanımca da ikinci yaklaşım doğrudur. Bu durum basitçe TBK m. 231 ve 478’de (İBK m. 210, 371) düzenlenen zamanaşımı sürelerinin seçim hakkını değil, seçimlik hakları (ve tazminat isteme hakkını) konu almasından anlaşılabilir²¹⁴.

Şimdi, bütün seçimlik hakların yenilik doğuran nitelikte olduğu varsayımında, bunlar kendi etkilerini zaten ileri sürülmekle doğuracağına göre²¹⁵, seçim hakkının kullanılmasına seçilen (halihazırda doğmuş) yenilik doğuran hakkın sonuçlarını doğurması işlevi de yüklenemez. Yani seçimlik haklar arasından dönme hakkının ileri sürülmesi halinde bunun – kabul edilecek görüşe göre değiştirici veya bozucu – etkisi bizzat o dönme hakkına dayanır, yoksa birden fazla hak arasından bunun seçilmesine değil. Dolayısıyla seçim hakkına atfedilen yenilik doğurucu etki olsa olsa seçimin yapılmasıyla diğer hakların sona ermesi olabilir. Oysa tartışmalı olmakla beraber, başkasının hukuk alanına müdahale etme yetkisi vermeleri yenilik

²¹² Bkz. Neuner, *BGB AT*, § 21, N. 3; Wiese, *Alternativität*, 234; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd. (seçim hakkının hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarından bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır); Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Serozan, *İfa*, § 7, N. 18; Antalya, *Metodoloji*, N. 645, 647. Karş. von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 41.

²¹³ Yves Mauchle, “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung,” *Aktuelle Juristische Praxis* 21, no. 7 (2012): 936, dn. 22.

²¹⁴ Heinrich Honsell, “Art. 210,” içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 1.

²¹⁵ Ayrıca bkz. yukarıda II, B, 1, (ii).

doğuran hakların zorunlu unsurlarındandır²¹⁶. Yalnızca hak sahibinin diğer seçimlik haklarını söndüren bir yenilik doğuran haktan söz edilemez. Bu tartışmada aksi görüş benimsense dahi diğer seçimlik hakların ortadan kalkmasını *Koller'in* yaptığı gibi doğrudan kanuna dayandırmak daha isabetli olacaktır (TBK m. 125/II: “veya”; TBK m. 227 ve TBK m. 478: “*seçimlik haklardan birini kullanabilir*”)²¹⁷. Buradan hareketle, Alman öğretisinde *Bachmann'ın* görüşüne paralel şekilde, seçimlik yarışma durumlarında seçimlik haklardan bağımsız, gerçek bir seçim hakkından değil, seçilebilecek her hakka içkin olan bir ihtimalden/imkandan söz etmek daha doğru görünmektedir²¹⁸. Bu bağlamda kullanılan “seçim hakkı” kavramı buna işaret eder şekilde anlaşılmalıdır.

2. Sonuçları Bakımından

Kanaatimce Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borcun sonuçlarıyla ilgili baskın görüşler ve mahkeme içtihadı gözetildiğinde, Alman hukukunda seçimlik yarışma kavramına yüklenen iki özel (ayırt edici) sonuç Türk ve İsviçre hukukları için de geçerlidir. Hatırlanacağı üzere²¹⁹, Türk ve İsviçre hukukunda seçimlik borçtaki seçim hakkının kullanılması geri alınamayan bir yenilik doğuran işlem niteliğinde sayılmaktadır. Bu hakka sahip olan alacaklının bunu kullanmayı ihmal ettiği durumlarda öğretideki çoğunluk görüşü seçim hakkının borçluya geçmesi gerektiğini savunmaktadır. Hatta Türk ve İsviçre yüksek mahkemelerinin içtihadı sonuçları itibariyle § 264 f. 2 BGB'yle tamamen paraleldir. Buna göre, borçlu, alacaklıya uygun bir süre vererek seçim hakkını kullanmasını isteyecek, kullanmadığı takdirde seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu iki konuda seçimlik yarışma kavramı seçimlik borçtan ayrılmaktadır. İlk anılan konudaki farklılık seçimlik yetki için de geçerlidir²²⁰.

İlk olarak, yukarıda III, B, 2'de yer verilen tartışma ve değerlendirmelerle açıklanmaya çalışıldığı üzere, seçimlik yarışmanın tipik örnekleri sayılan durumlarda öğretide giderek taraftar toplayan görüş seçim hakkının kategorik bağlayıcılığını reddetmekte ve hak sahibine bir *ius variandi* tanınmasına açık

²¹⁶ Bu yönde bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 71 vd.

²¹⁷ Bkz. yukarıda III, B, 1.

²¹⁸ Bkz. yukarıda II, B, 1, (ii).

²¹⁹ Bkz. yukarıda III, A.

²²⁰ İkinci anılan konuda da seçimlik yetki ve seçimlik yarışmanın yalnızca sonuçları itibariyle paralel olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda III, A ve IV, A.

kapı bırakmaktadır. Hatta ayıplı ifadan doğan hakları kural olarak geri alınamayan yenilik doğuran haklar olarak nitelendiren yazarlar bile ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından hak sahibinin birçok durumda diğer haklara geçebileceğini kabul etmektedir²²¹. Bu geçiş imkanı bir yandan seçimlik yarışmadaki tercihin diğer hakları her zaman nihai olarak sona erdirmeyeceğini, diğer yandan bağlayıcılığının zayıflayabileceğini göstermektedir. Yalnız *ius variandi*'ye açık kapı bırakılmasının seçimlik yarışma kavramının ayırt edici özelliği olarak kabul edilmesinin bazı zayıf yönleri olduğunu itiraf etmek gerekir: Bir kere *ius variandi*'yi tamamen reddeden yazarlar için bunun anlamsız olduğu kendinden menkuldür²²². Daha önemlisi, seçimlik borçtaki seçim hakkı bakımından da hak sahibine *ius variandi* tanınması gerektiği yönündeki, özellikle monografik çalışmalarda giderek taraftar toplayan görüş, kavramlar arasındaki bu farkı ortadan kaldırmaktadır²²³. Buraya seçimlik yarışmanın mevcudiyeti için *ius variandi*'nin belirleyici olmadığını ileri süren görüşler de dahil edilebilir²²⁴. Dolayısıyla seçimlik yarışma kavramını seçimlik borçtan ayırt eden bir husus olarak *ius variandi*'ye açık kapı bırakılması, sonuç itibarıyla, ancak Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borçtaki seçimin bağlayıcılığıyla ilgili hakim görüş takip edildiği sürece anlamlıdır. Aynıları seçimlik yetki için de geçerlidir.

Sonuçları itibarıyla özellikle seçimlik borçtan ayrı bir kavrama olan ihtiyacı ortaya koyan ikinci ve daha güçlü fark borçlunun, alacaklıyı *de facto* seçim yapmaya zorlama imkanı bulunmamasındadır. Gerçekten de, ne karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden ne de ayıplı ifadan kaynaklanan haklarda borçlunun alacaklıyı seçim yapmaya itme imkanı mevcuttur. Elbette bundan borçlunun alacaklının her türlü spekülasyonuna karşı korunmasız bırakıldığı anlaşılmamalıdır. TBK m.

²²¹ Kanaatimce değiştirme hakkının gerçekte şartları sağlanmamış bir hakkın kullanılmış olması sebebiyle tanınması (gerçek olmayan *ius variandi*) ile şartları sağlanmış bir hak geçerli olarak kullanılmış olmasına rağmen tanınması (gerçek *ius variandi*) arasında burada tartışılan ayırt edicilik bakımından fark yoktur. Gerçek ve gerçek olmayan *ius variandi* hakkında bkz. Koller, *Werkvertrag*, N. 380, 405, 625 vd. Yalnız seçim hakkı kullanılırken hataya düşülmüş olması halinde, şartları varsa, iptal hakkına başvurulabilmesi seçimlik borçta da mümkündür. Bkz. Weber, "Art. 72 OR," N. 38.

²²² Özellikle bkz. yukarıda II, B, 2'de yer alan *Stamm*'ın görüşü.

²²³ Bkz. yukarıda dn. 21, 83.

²²⁴ Bkz. yukarıda II, B, 1 (iii) ve orada dn. 85'te anılan yazarlar.

125/II’de aynen ifa ve gecikme tazminatı yanındaki haklara başvurabilmek için alacaklının “derhal” aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu bildirimle birlikte seçilen hakkın da belirtilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır²²⁵. Tartışmasız olan husus derhal bildirim külfetine uyulmazsa, borçluya tekrar süre verilmesi gerektiğidir²²⁶. Ancak her halükârda, seçimlik borçtan farklı olarak, seçim hakkının borçluya geçmesi söz konusu olmamaktadır. Aynısı ayıplı ifadan doğan haklar için de geçerlidir. Muayene ve ihbar külfetlerini kanuna uygun olarak (bkz. TBK m. 223, 474; İBK m. 201, 367) yerine getiren hak sahibi süresi içinde dilediği hakkı kullanabilir. Kullanmadığı takdirde zamanaşımı def’iyle karşılaşma riskini üstlenmiş olur. Buna karşılık ayıp ihbarına muhatap olan borçlunun hangi hakkın kullanılacağı konusunda hak sahibini *de facto* seçim yapmaya zorlama imkanı yoktur.

V. Sonuç

Seçimlik edim ve hak çoklukları ile bunları ifade eden kavramlar özellikle Alman hukukunda yoğun tartışmalara konu olmaktadır. Bu çalışmada ulaşılan sonuç aktarılmadan önce yukarıda ayrı ayrı ele alınmış bu tartışmaların özetlenmesi faydalı olacaktır. Öğretideki genel eğilim, edim çokluklarını ifade eden yerleşik kavramlar olan seçimlik borç ve yetkinin yanında hak çokluklarını açıklamak üzere seçimlik yarışma kavramını (veya “gerçek olmayan seçimlik borç” gibi buna eşdeğer bir kavramı) kullanmak yönündedir. Ancak bu kavram, bunu kullanan yazarlar tarafından dahi, ifade ettiği durumlardaki sorunların nasıl çözüleceği konusunda yeknesak çözümler sunamaması sebebiyle eleştirilmektedir. Alman hukukundaki bu eğilimin özel bir sebebi de bağımsız bir kavram olan seçimlik yarışmanın, BGB’de yer alan seçimlik borca ilişkin ayrıntılı düzenlemelerden kaçış imkanı sağlamasıdır. Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç yalnızca ana hatlarıyla düzenlenmiş olduğundan düzenleme bazında böyle bir ihtiyaç yoktur. Ancak öğreti ve yargı kararlarında seçim hakkının geçmişe etkili olması haricinde neredeyse her konuda BGB’deki düzenlemelere paralel çözümler takip edildiği için benzer bir ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, seçimlik yarışma kavramını tamamen reddeden *Stamm’in* ileri sürdüğü üzere²²⁷, eğer seçimlik yarışma kavramı sadece seçimlik borç (veya yetki) kavramına

²²⁵ Bu konuda bkz. Wiegand, “Art. 107 OR,” N. 15; Serozan, *İfa*, § 17, N. 14.

²²⁶ Serozan, *İfa*, § 17, N. 14.

²²⁷ Bkz. yukarıda II, B, 2.

bağlanmış sonuçların uygulanmak istenmediği durumlarda kullanılıyorsa, gerçek anlamda bir kavramdan söz edilemeyecektir. Hatta bu takdirde, *Stamm*'ın çabasının aksine, seçimlik yarışmayla ifade edilen durumları açıklamak üzere seçimlik borç ve yetki kavramlarının kapsamının genişletilmesine de gerek olmayacaktır. Bu durumlar; seçimlik borç, yetki, yarışma veya herhangi başka bir kavram altında sınıflandırılmadan ayrı ayrı incelenebilecektir. Keza Türk ve İsviçre öğretilerinde sıklıkla böyle bir yöntem izlenmektedir²²⁸. Bunun yerine seçimlik yarışma kavramının boş bir nitelendirme olarak kullanılması da tercih edilebilecektir. Örneğin, Alman öğretisinde seçimlik yarışmayı yalnızca seçimlik borç veya yetki kavramlarıyla açıklanamayan bazı hak çokluklarını ifade eden, ancak özel/yeknesak bir sonucu da olmayan bir “kolektif kavram” olarak kabul eden görüş böyle bir yöntem izlemektedir.

Bu çalışmada ulaşılan sonuca göre ise seçimlik yarışma yalnızca bazı kavramların sonuçlarından kaçmayı sağlayan bir kavram olarak görülemeyeceği gibi boş bir nitelendirme de sayılamaz. Bir durumun belli bir kavramla nitelendirilmesi sonuçta bir yorum faaliyetidir. Hukukta yorum yöntemleri genellikle baştan akla konmuş bazı sonuçları haklı çıkartmak üzere, sonuç odaklı düşünülerek kullanıldığı için²²⁹ “başka kavramlardan kaçmayı sağlama” eleştirisi, kendine benzeyen diğer kavramlar bulunan bütün hukuki kavramlara yöneltilebilir. Böyle bir sonuç odaklı düşünme, bu çalışma kapsamında, özellikle ifa ile seçimlik cezai şart arasındaki seçimin niteliğiyle ilgili tartışmalarda fark edilecektir²³⁰. Diğer yandan, seçimlik yarışma hem hukuki yapısı hem de bazı sonuçları itibarıyla seçimlik borç ve yetkiden ayırt edilebilmektedir. Hukuki yapısı bakımından, seçimlik hakların ister tümü yenilik doğuran hak olarak nitelendirilsin ister bazıları talep/alacak hakkı niteliğinde sayılsın, seçim hakkının yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Sonuçları bakımından ise ilki, belli şartlar altında alacaklıya *ius variandi* tanınma ihtimalinin açılmasıdır. Bu, belli yönlerden zayıf bir sonuçtur; ancak bu zayıflığın en azından seçimlik yarışma kavramının kendine yüklenmesi doğru görünmemektedir. Alacaklıya *ius variandi* tanınması gereken durumlar ve bunun sınırlarıyla ilgili tartışmalar, eşyanın tabiatı gereği, her bir hak özelinde kazuistik

²²⁸ Bkz. yukarıda dn. 6'ya bağlı metinde aktarılmış olan *Koller*'in tespiti ve dn. 10'da anılan yazarlar.

²²⁹ Bkz. Serozan, *Yöntem*, N. 255b.

²³⁰ Bkz. yukarıda dn. 141, 152, 191, 198 ve bunlara bağlı metinler.

değerlendirmeyi mecbur kılmaktadır. Bu sorunun çözümü ancak öğreti ve mahkeme kararlarında belli ilkeler ve sınırlar ortaya koyuldukça netleşecektir. Oysa seçimlik yarışma kavramı, özellikle seçim hakkının hukuki niteliği dikkate alındığında, bu ihtimalin önünün açılmasını kavramsal olarak açıklayabildiği için anlamlı ve kullanışlıdır. İkinci sonuç seçimlik yarışmanın var olduğu durumlarda alacaklının seçim yapmaya *de facto* zorlanamaması, yani borçlunun alacaklıya ek süre vererek seçimin yapılmaması halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayamamasıdır. Bu bağlamda, seçimlik yarışma durumlarında alacaklının negatif seçim özgürlüğünün de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örneklerde geçerlidir. Kanun koyucu yalnızca alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapmasını önlemek amacıyla bazı mekanizmalar öngörmüştür. Ancak bunlar da alacaklının negatif seçim özgürlüğünü tamamen elinden almamaktadır. Tüm bu gerekçelerle, Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetkinin yanında seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olduğu ve bunun anlamsız bir “kolektif kavram” sayılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Hukukumuzda bazı sebeplerle arka planda kalmış olan bu kavramın en azından tartışmaya açılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya, Gökhan. *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt: II – Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin, 2021. (Kısaltma: *Metodoloji*)
- Aras, Aslı. “Seçimlik Borcun İfa ve İcrası.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1111-1144. (Kısaltma: “Seçimlik Borç”)
- Atamer, Yeşim ve Ece Baş. “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk.” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, Sayı 1 (2014): 19-60. (Kısaltma: “Ayıptan Doğan Sorumluluk”)
- Aydıncık, Şirin. “TBK m. 87.” İçinde *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt 2-3: Madde 83-206*, 3. Baskı. İstanbul: Vedat, 2019. (Kısaltma: “TBK m. 87”)
- Bachmann, Gregor. “§ 241 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Sackner et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 241 BGB”)
- Bachmann, Thomas. *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. (Kısaltma: *elektive Konkurrenz*)
- Bittner, Claudia ve Sebastian Kolbe. “§ 262 BGB.” İçinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht I*, ed. Manfred Löwisch. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Bittner, Claudia ve Sebastian Kolbe. “§ 263 BGB.” İçinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht I*, ed. Manfred Löwisch. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)

- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage. Zürich: Schulthess, 1988. (Kısaltma: OR AT)
- Bucher, Eugen ve Vedat Buz. “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları.” İçinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, 145-178. Ankara: Seçkin, 2004. (Kısaltma: “Muayene ve İhbar Külfeti”)
- Büdenbender, Ulrich. “Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik beider Rechtsinstitute.” *Archiv für die civilistische Praxis* 205, no. 3-4 (2005): 386-429. (Kısaltma: “Nacherfüllungsanspruch”)
- Bühler, Theodor. “Art. 368.” İçinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1998. (Kısaltma: “Art. 368 OR”)
- Busche, Jan. “§ 635 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631-704 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 635 BGB”)
- Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 2 (Haziran 2013): 19-57. (Kısaltma: “TBK m. 60”)
- Buz, Vedat. “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners.” *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)* 15, no. 5 (1997): 197-202. (Kısaltma: “recht”)
- Buz, Vedat. “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung.” *Aktuelle Juristische Praxis* 26, no. 4 (2017): 490-504. (Kısaltma: “Konventionalstrafe”)

- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin, 2005. (Kısaltma: *Yenilik Doğuran*)
- Däppen, Robert K. “Art. 130.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 130 OR”)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 27. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Baskı. Ankara: Yetkin, 2017. (Kısaltma: *Borçlar Özel*)
- Fikentscher, Wolfgang ve Andreas Heinemann. *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Auflage. Göttingen: De Gruyter, 2017. (Kısaltma: *Schuldrecht*)
- Gauch, Peter. “Kein Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermässigen Nachbesserungskosten.” *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, no. 5 (2013): 245-247. (Kısaltma: “Baurecht”)
- Gauch, Peter. *Der Werkvertrag*, 6. Auflage. Zürich: Schulthess, 2019. (Kısaltma: *Werkvertrag*)
- Gauch, Peter, Schluep, Walter R. ve Emmenegger, Susan. *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 11. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020. (Kısaltma: *OR AT II*)
- Gauch, Peter, Walter R. Schluep ve Jörg Schmid. *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 11. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020. (Kısaltma: *OR AT I*)
- Gautschi, Georg. “Art. 436.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR*. Bern: Schulthess, 1965. (Kısaltma: “Art. 436 OR”)

- Gernhuber, Joachim. *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1989. (Kısaltma: *Schuldverhältnis*)
- Gottwald, Peter. “§ 340 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, §§ 311-432 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 340 BGB”)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-1*, 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013. (Kısaltma: C. 1)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-2*, 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013. (Kısaltma: C. 2)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin, 2021. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Hahn, Erik. *Die zivilrechtliche Ersetzungsbefugnis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. (Kısaltma: *Ersetzungsbefugnis*)
- Honsell, Heinrich. “Art. 210.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 210 OR”)
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Auflage. Bern: Stämpfli, 2017. (Kısaltma: *OR BT*)
- Höpfner, Clemens. “§ 439 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.12.2022. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 439 BGB”)
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2019. (Kısaltma: *OR AT-BT*)
- İnceoğlu, Murat. “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu.” İçinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar*, der. Murat İnceoğlu, 153-238. İstanbul: On İki Levha, 2015. (Kısaltma: “Ayıba Karşı Tekeffül”)

- Kissling, Christa. “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug.” *Aktuelle Juristische Praxis* 6, no. 10 (1997): 1287-1296. (Kısaltma: “AJP”)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Tıpkı 6. Bası. İstanbul: Filiz, 2014. (Kısaltma: *Borçlar Hukuku*)
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage. Bern: Stämpfli, 2017. (Kısaltma: OR AT)
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Werkvertragsrecht*. Zürich: Dike, 2015. (Kısaltma: *Werkvertrag*)
- Krafka, Alexander. “§ 262 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Krafka, Alexander. “§ 263 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)
- Krafka, Alexander. “§ 264 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 264 BGB”)
- Krüger, Wolfgang. “§ 262 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Krüger, Wolfgang. “§ 263 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)

- Krüger, Wolfgang. “§ 264 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, §§ 241-310 BGB, ed. Franz Jürgen Säcker et al., 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 264 BGB”)
- Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage. München: Beck, 1987. (Kısaltma: *Schuldrecht I*)
- Leser, Hans G.. *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck, 1975). (Kısaltma: *Rücktritt*)
- Looschelders, Dirk. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage. München: Vahlen, 2022. (Kısaltma: *Schuldrecht AT*)
- Lorenz, Stephan. “§ 262 BGB.” İçinde *Beck’sche Online Kommentar zum BGB*, ed. Wolfgang Hau, Roman Poseck, 61. Auflage, Son Güncelleme: 01.02.2022. München: C. H. Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Mauchle, Yves. “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung.” *Aktuelle Juristische Praxis* 21, no. 7 (2012): 933-952. (Kısaltma: “Normenkonkurrenz”)
- Medicus, Dieter ve Stephan Lorenz. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 22. Auflage. München: Beck, 2021. (Kısaltma: *Schuldrecht AT*)
- Merz, Hans. *Schweizerisches Privatrecht, Band 6: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Einleitung, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 1984. (Kısaltma: *OR AT*)
- Mohasseb, Keivan ve Hans Caspar von der Crone. “Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten.” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, no. 4 (2019): 428-435. (Kısaltma: “Widerrufbarkeit”)
- Neuner, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage. München: Beck, 2020. (Kısaltma: *BGB AT*)

- Nomer, Halûk N.. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Bası. İstanbul: Beta, 2021. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1*, 20. Bası. İstanbul: Vedat, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Genel C. 1*)
- Pöschke, Moritz. “Die elektive Konkurrenz.” *Juristen Zeitung* 65, Nr. 7 (April 2010): 349-354. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Preisser, Maximilian. “§ 635 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 635 BGB”)
- Santoro, Dimitri. *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*. Bern: Stämpfli, 2001. (Kısaltma: *Konventionalstrafe*)
- Samhat, Abbas. “Gläubigerwahlrechte im BGB.” *Juristische Schulung* 56, no. 1 (2016): 6-11. (Kısaltma: “JuS”)
- Samhat, Abbas. *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. (Kısaltma: *elektive Konkurrenz*)
- Schmid, Jörg, Hubert Stöckli ve Frédéric Krauskopf. *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Auflage. Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2016. (Kısaltma: *OR BT*)
- Scholz, Stephan. *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. (Kısaltma: *Gestaltungsrechte*)
- Schraner, Marius. “Art. 72.” İçinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/Ie: Die Erfüllung der Obligationen*, Art. 68-96 OR, ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2000. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Schroeter, Ulrich G.. “Art. 72.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)

- Schwab, Martin. “Anmerkung: BGH, 20. 1. 2006 — V ZR 124/05. Nachfristsetzung, weiteres Erfüllungsverlangen und Rücktrittsrecht.” *Juristen Zeitung* 61, no. 20 (2006): 1028-1032. (Kısaltma: “Anmerkung”)
- Schwenzer, Ingeborg ve Christiana Fountoulakis. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage. Bern: Stämpfli, 2020. (Kısaltma: OR AT)
- Seiler, Philippe. “Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag.” *Aktuelle Juristische Praxis* 18, no. 8 (2009): 987-992. (Kısaltma: “Nachbesserungsrecht”)
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası. İstanbul: Filiz, 2016. (Kısaltma: *İfa*)
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, 4. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2019. (Kısaltma: *Borçlar Özel*)
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem – Mantık*, 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2017. (Kısaltma: *Yöntem*)
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası. İstanbul: Vedat, 2007. (Kısaltma: *Dönme*)
- Stamm, Jürgen. “Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten.” *Juristen Zeitung* 70, Nr. 19 (Oktober 2015): 920-929. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Galip Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 1993. (Kısaltma: *Tekinay Borçlar Hukuku*)
- von Tuhr, Andreas. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1910. (Kısaltma: *BGB AT I*)

- von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1984. (Kısaltma: OR AT II)
- von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1984. (Kısaltma: OR AT I)
- Ulrici, Bernhard. “§ 340 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.09.2021. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 340 BGB”)
- Weber, Rolf H. ve Susan Emmenegger. “Art. 107.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, 2. Auflage. Stämpfli: Bern, 2020. (Kısaltma: “Art. 107 OR”)
- Weber, Rolf H. “Art. 72.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR*, ed. Heinz Hausheer, 2. Auflage. Bern: Stämpfli, 2004. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Weitnauer, Hermann. “Die elektive Konkurrenz.” İçinde *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag*, ed. von Robert Fischer et al., 467-488. München: Beck, 1976. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Westermann, Harm Peter. “§ 437 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina Limperg et al., 8. Auflage. München: Beck, 2019. (Kısaltma: “§ 437 BGB”)
- Westermann, Harm Peter. “§ 439 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina

- Limperg *et al.*, 8. Auflage. München: Beck, 2019. (Kısaltma: “§ 439 BGB”)
- Wiegand, Wolfgang. “Art. 107.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 107 OR”)
- Wiese, Volker. *Alternativität in Schuldverhältnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck 2017. (Kısaltma: *Alternativität*)
- Wullschleger, Paola. “Art. 72.” İçinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2016. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt*, 11. Baskı. İstanbul: Beta, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Özel C. I*)
- Zemp, Daniel. *Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018. (Kısaltma: *Anspruchskonkurrenz*)
- Ziegler, Karl-Heinz. “Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§§ 262-265 BGB).” *Archiv für die civilistische Praxis* 171, no. 3 (1971): 193-217. (Kısaltma: “Wahlschuld”)

