

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE
SÖZLEŞMENİN HAKSIZ OLARAK SONA
ERDİRİLMESİ**

Barış DEMİRSATAN

2502140212

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BARIŞ DEMİRSATAN Numarası : 2502140212
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR
Tez Savunma Tarihi : 12.09.2019 Saati : 11.00
Tez Başlığı : TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMENİN HAKSIZ OLARAK
SONA ERDİRİLMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~ÇOKSAYI KARAR~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. TURGUT ÖZ		KABUL
2-PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR		Kabul
3-PROF. DR. HALUK NAMİ NOMER		Kobul
4-PROF. DR. BAKİ İLKAY ENGİN		KABUL
5-PROF. DR. H. MURAT DEVELİOĞLU		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. M. SERKAN ERGÜNE		
2-PROF. DR. M. MURAT İNCEOĞLU		

ÖZ

TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMENİN HAKSIZ OLARAK SONA ERDİRİLMESİ

BARIŞ DEMİRSATAN

Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında, haksız dönme ve fesih beyanlarının hukuki sonuçları incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde haksız sona erdirme kavramı tanımlanmıştır. Bu kapsamda, hukuki işlem ve hukuki fiil olarak haksız sona erdirme beyanı incelenmiştir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ise bu beyanın hukuki sonuçları, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından değerlendirilmiştir. İkinci bölümde, ani ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kavramları üzerinde durulmuş ve ardından haksız sona erdirme beyanı sözleşmeye aykırılık açısından nitelendirilmiştir. Yine bu bölümde ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından haksız sona erdirme halinde uygulanacak hükümler tespit edilmiştir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere hasredilen üçüncü bölümde ise haksız sona erdirmenin doğuracağı özel sonuçlar ve özellikle haksız fesih beyanının sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisi değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Sözleşme, Haksız Dönme, Haksız Fesih, Sözleşmeye Aykırılık, Öncelenmiş Borca Aykırılık

ABSTRACT

UNLAWFUL TERMINATION OF CONTRACT UNDER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

BARIŞ DEMİRSATAN

In this study, legal consequences arising out of exercise of a non-existent unilateral right to terminate contract have been examined within the scope of the Turkish Code of Obligations. As a legal notion, the term “unlawful termination” has been defined, in the first of part of the study. In this context, the declaration of intent which constitutes “unlawful termination” has been analysed with regards to legal acts and transactions. Taking into consideration of the distinction between continuous and momentary contracts, the second and third parts of the study have dealt with the consequences of such void declaration of intent. In the second part of the study, the aforementioned distinction has been examined and such declaration of intent has been specified among various types of breach of contract. Likewise, legal provision to be applied in case of unlawful withdrawal from contract within the scope of momentary contracts. Being devoted to continuous contracts, in the third part of the study, specific consequences of such breach, especially the effect of the void termination declaration on the contract, have been explained.

Keywords: Contract, Unlawful Withdrawal, Unlawful Termination, Breach of Contract, Anticipatory Repudiation

ÖNSÖZ

“Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi” başlıklı bu çalışma, hukuk uygulamasında sıklıkla karşılaşılan ve “haksız dönme, haksız fesih” olarak adlandırılan sözleşmeye aykırılığın hukuki sonuçlarını saptamayı amaçlamaktadır.

Çalışma konusunun belirlenmesi ve kaleme alınması süreçleri boyunca, akademik yaşamımın tamamında söz konusu olduğu gibi, desteğini ve güvenini esirgemeyen, çalışmayı tamamlayabilmek için en elverişli olanakları sağlayan hocam ve danışmanım Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir’e gerek bu çalışma kapsamındaki gerekse bütün akademik etkinliklerimdeki sonsuz katkıları için teşekkürlerimi arz ederim.

Kürsü hocalarım Prof. Dr. Gülçin Elçin, Doç. Dr. Arzu Arıdemir, Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit Günel ve Dr. Öğr. Üyesi Nil Karabağ Bulut’a da gerek bu çalışmada gerek bütün akademik yaşamım boyunca gösterdikleri anlayış, destek ve yardımları için teşekkür borçluyum. Tezin içeriği bakımından sağladığı değerli katkılar için Dr. Öğr. Üyesi Nil Karabağ Bulut’a özellikle teşekkür ediyorum. Çalışma arkadaşlarım Ar. Gör. Semra Karabacak Furuncı, Ar. Gör. Berk Kenan Koyuncu ve Ar. Gör. Yasemin Yalçın’a da gösterdikleri dostluk ve yardımseverlikleri nedeniyle teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Düzeltmelerde desteğini eksik etmeyen hocam Dr. Öğr. Üyesi Cansu Kaya Kızılırmak ve Ar. Gör. Yasemin Yalçın’a ayrıca teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışma büyük oranda Max Planck Uluslararası Özel ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünde Ekim 2017-Ekim 2018 tarihleri arasında bulunduğum dönemde kaleme alınmıştır. Almanya’daki doktora araştırma sürecinin dört aylık kısmı için 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu kapsamında destek sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na bu katkısı için teşekkür ederim.

Çalışmanın tamamlanabilmesi, hayatımın her anında olduğu gibi sonsuz özveri ve sabırla yanımda olan annem Saadet Serin sayesinde mümkün olabildiştir. Kendisine minnetimi burada da belirtmek istiyorum.



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM HAKSIZ SONA ERDİRME KAVRAMI

I. Genel Olarak.....	3
II. Hukuki Fiiller Bakımından Yeri.....	3
III. İrade Beyanı Olarak.....	5
A. Açık ve Örtülü İrade Beyanları.....	5
B. Kanaat Verici Davranış (İrade Karinesi) Yoluyla.....	5
C. İrade Faaliyetleri.....	9
IV. Hukuki İşlem Olarak Geçerliliği.....	12
A. Yokluk Görüşü.....	13
B. Kesin Hükümsüzlük Görüşü.....	14
C. Esnek Hükümsüzlük Görüşü.....	15
D. Değerlendirme.....	16
V. Unsurları.....	19
A. Sona Erdirme Hakkının Bulunmaması.....	19
1. Genel Olarak.....	19
2. Yenilik Doğuran Hakkı Doğuran Maddi Vakıanın Yokluğu veya Yetersizliği.....	20
3. Maddi Vakıada Yanılma.....	21

a. Genel Olarak.....	21
b. Doğumu Maddi Bir Vakıanın Gerçekleşmesine Bağlı Olan ve Olmayan Yenilik Doğuran Haklar	21
c. Yenilik Doğuran Beyanda Hakkın Maddi Sebebini Gösterme Zorunluluğu.....	23
(1) Doğumu Maddi Bir Vakıanın Gerçekleşmesine Bağlı Yenilik Doğuran Hakların Somutluğu	23
(2) Somutluğun Sonucu Olarak Sebep Gösterme Zorunluluğu.....	26
(i) Genel Olarak.....	26
(ii) Aynı Anda ve Birlikte Yenilik Doğuran Hak Kullanımı	29
(iii) Gerçekleşecek Sebebe İstinaden Somutlaştırma.....	30
(3) Sebebi Değişirme Olanığı	32
4. Sona Erdirme Hakkının Kötüye Kullanılması	34
5. Sona Erdirme Hakkının Düşmüş Olması	36
6. Sona Erdirme Hakkının Şekle Aykırı Kullanılması.....	42
B. Sona Erdirme Beyanının Kesin Olması.....	45
VI. Kanun Tarafından Öngörölmüş Serbest Sona Erdirme Hükümlerinin Değerlendirilmesi	47
VII. Sözleşmeyle Öngörölen Sona Erdirme Düzenlemeleri	51

İKİNCİ BÖLÜM

ANİ EDİMLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ SONA ERDİRMENİN SONUÇLARI

I. Ani Edimli Sözleşme Kavramı ve Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerden Ayrımı	57
A. Ayrım Ölçütü	57
B. Sınıflandırma	61
1. Genel Olarak	61

2. Ani Edimli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler.....	62
3. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler	62
4. Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Ani Edimli Sözleşmeler	67
a. Genel Olarak.....	67
b. Kanun Gereği Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Sözleşmeler	68
c. Özellikleri Gereği Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Sözleşmeler	69
II. Haksız Sona Erdirmenin Sözleşmeye Aykırılık Kategorileri Bakımından Sınıflandırılması	72
A. Sözleşmeye Aykırılık	72
1. Genel Olarak	72
2. Sözleşmeye Aykırılık Olarak Haksız Dönme	74
B. Haksız Dönmeyi Sözleşmeye Aykırılık Dışında Değerlendiren Görüşler	75
1. Genel Olarak	75
2. Haksız Dönmenin Genel Hükümler Kapsamında Düzenlenmiş Olmadığı Görüşü.....	75
3. Temerrüt İhtarı Gerekliliğini Ortadan Kaldıracağını Kabul Eden Görüş.....	76
4. Haksız Dönmenin Önel Verme Külfetinden Feragat Teşkil Ettiği Görüşü.....	77
5. İfa Menfaatinin Haksız Dönmeyle Ortadan Kalkacağından Hareket Eden Görüş.....	78
6. Ara değerlendirme.....	78
C. Haksız Dönmeyi Sözleşmeye Aykırılık Olarak Değerlendiren Görüşler.....	80
1. Genel Olarak	80

2. Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlık.....	81
a. Genel Olarak.....	81
b. Yapma Borcu İçeren Sözleşmeler.....	83
3. Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanması	84
a. Genel Olarak.....	84
b. Muaccel Edimler Bakımından.....	85
c. Muaccel Olmayan Edimler Bakımından	86
4. Bağımsız Borç İhlali	88
a. Sözleşmenin Müsbet İhlali	89
(1) Genel Olarak.....	89
(2) Alman Hukukunda.....	89
(i) Reform Öncesi.....	89
(ii) Reform Sonrası.....	94
(3) Türk ve İsviçre Hukuklarında.....	96
b. TBK m. 473/I Hükümüne Aykırılık.....	99
5. Beyan Sorumluluğu.....	101
6. İfa Engeli Olarak Kendine Özgü Durum (<i>Tatbestand sui generis</i>).....	102
7. Değerlendirme ve Görüş	102
a. İmkânsızlık ve Sınırlandırılması	102
b. İmkânsızlığın Doğmadığı Durumlarda	106
III. Haksız Sona Erdirmenin Yol Açtığı Sonuçlar	110
A. Genel Olarak	110
1. Haksız Sona Erdirme Beyanının Bağlayıcılığı	111
a. Genel Olarak.....	111
b. Borçlu Temerrüdü Hükümleri Kapsamında.....	112

2. Haksız Sona Erdirme Yoluyla Gerçekleşen Sözleşme İhlalinde Kusurun İşlevi	116
B. Aynen İfa	121
1. Genel Olarak	121
2. Zararı Azaltma Külfeti Karşısında Aynen İfa Talebi.....	122
3. Yapma Borcu İçeren Sözleşmelerde	127
4. Geçici Hukuki Koruma Önlemleri	128
C. Sözleşmesel Edimlerin Askıya Alınması	130
1. Aynı Anda İfanın Kararlaştırılmış Olması.....	130
2. Haksız Dönme Beyanı Muhatabının Önce İfa ile Yükümlü Olması.....	132
D. Olumlu Zararın Giderilmesi	135
1. Genel Olarak	135
2. Yapma Borçlarında	137
3. Asli Edim Yükümlülüğünün Yanında Olumlu Zararın Giderilmesi.....	137
a. Gecikme (Temerrüt) Zararı	137
(1) Genel Olarak.....	137
(2) Para Borçlarında	141
b. Diğer Zararlar.....	142
4. İfa Yerine Olumlu Zararın Giderilmesi.....	144
a. Genel Olarak.....	144
b. Koşulları.....	145
(1) Tam İki Taraflı Bir Sözleşmenin Varlığı.....	145
(2) Olumlu Zararın Giderilmesine Yönelik Hakkın Kullanılması ...	147
c. Sonuçları.....	150
(1) Genel Olarak	150
(2) Tazminatın Belirlenmesi.....	152

(i) Genel Olarak.....	152
(ii) Zararın Hesaplanması.....	152
(iii) Tazminatın Nihai Olarak Belirlenmesi	158
E. Sözleşmeden Dönme	160
1. Genel Olarak	160
2. Sözleşme İlişkisi Üzerindeki Etki	161
3. Olumsuz Zararı Tazmin Sorumluluğu	163
F. Manevi Zararın Giderilmesi.....	166
G. Alacaklı Temerrüdü.....	169
1. Genel Olarak	169
2. Haksız Sona Erdirme Beyanının Yeterliliği.....	170
3. Alacaklı Temerrüdünün Haksız Dönme Beyanı Muhatabına Sağladığı Olanaklar	172
a. Genel Olarak.....	172
b. Borç Konusu veya Satım Bedelinin Tevdii.....	173
c. Sözleşmeyi Sona Erdirme	175
H. İki Yanlı İhlaller	177
1. Genel Olarak	177
2. Temiz El Kuramı ve <i>Tu-quoque</i> İtirazı	177
3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme.....	179
IV. Haksız Dönme Beyanının Çevrilmesi (Tahvili).....	183
A. Genel Olarak	183
B. Dayanağı.....	184
C. Koşulları	186
1. Kesin Hükümsüz Bir Hukuki İşlemin Varlığı.....	186
2. İkame İşlemin Geçerlilik Koşullarının Sağlanmış Olmalı.....	186

3. İşlem Taraf veya Taraflarının İkame İşlem Yönünde Varsayımsal İradelerinin Varlığı Kabul Edilebilmeli	187
4. İkame İşlem Hükümsüz İşlem Benzeri Ancak Daha İleriye Gitmeyen Sonuçlar Doğurmalı	188
D. Sonuçları	189
1. Genel Olarak	189
2. Haksız Sona Erdirmeye Özgü Değerlendirme	190
a. Başka Bozucu Yenilik Doğuran Bir Hakka Çevirme.....	190
b. İkale Sözleşmesi Önerisine Çevirme	190

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ SONA ERDİRMENİN SONUÇLARI

I. Sürekli Borç İlişkilerine Özgü Sona Erme Rejimi	194
A. Genel Olarak	194
B. Olağan Fesih.....	196
1. Genel Olarak	196
2. Kapsamı	199
3. Dayanağı	203
a. Kanun	203
(1) Genel Olarak.....	203
(2) Somut Hükümler	203
b. Sözleşme	206
c. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	208
4. Sonuçları	211
C. Haklı Nedenle (Olağanüstü) Fesih	212
1. Genel Olarak	212

2. Kapsamı	215
a. Genel olarak	215
b. Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Ani Edimli Sözleşmelerde	217
3. Dayanağı	218
a. Genel Olarak.....	218
b. Kanun	221
c. Kanun Boşluğunun Doldurulması	223
4. Haklı Neden Kavramı	226
a. Genellik	226
b. Çekilmezlik	227
c. Zamansal Sınır.....	232
5. Sonuçları	234
a. Sözleşme Üzerinde	234
b. Tazminat ve Denkleştirme Sorumluluğu	235
(1) Genel Olarak.....	235
(2) Fesih Anından Önceki Sözleşmeye Aykırılıklardan Ötürü Sorumluluğun Saklı Kalması	236
(3) Sözleşmenin Süresinden Önce Sona Ermesi Nedeniyle Uğranılan Zarardan Sorumluluk	237
(i) Genel Olarak.....	237
(ii) Haklı Nedenin Karşı Tarafın Sorumlu Olduğu Sözleşmeye Aykırılıktan İleri Gelmesi	238
(iii) Haklı Nedenin Karşı Tarafın Sorumlu Olmadığı Bir Durumdan İleri Gelmesi.....	239
D. Diğer Fesih Hakları	242
II. Haksız Fesih Beyanları	244

A. Genel Olarak	244
B. Haksız Feshin Sözleşme Üzerindeki Doğrudan Etkisi	245
1. Sözleşmeyi Sona Erdireceği Görüşü	245
a. Türk Hukukunda	245
b. İsviçre Hukukunda	248
2. Sözleşme İlişkisinin Korunacağı Görüşü	250
3. Değerlendirme	251
a. Genel Değerlendirme	251
b. Görüş	257
(1) Genel Olarak	257
(2) Sözleşmeden Doğan Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkilemeyen Haksız Fesih	258
(3) Sözleşmeden Doğan Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkileyen Haksız Fesih	258
C. Haksız Fesih Beyanının Diğer Sonuçları	259
1. Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkilemeyen Haksız Fesih ...	259
a. Beyan Muhatabının Haklı Nedenle Fesih Hakkı	259
b. Beyan Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi	260
c. Aynen İfa ve Olumlu Zararın Giderimi Talebi	261
d. Ödemezlik Def'ine Başvurma Olanığı	261
e. Beyan Sahibinin Borçlu Temerrüdü	263
(1) Genel Olarak	263
(2) Gecikme (Temerrüt) Zararının Giderilmesi	264
(3) Fesih ve Olumlu Zararın Giderilmesi	264
2. Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkileyen Haksız Fesih	266
a. Genel Olarak	266

b. Beyan Muhatabının Olumlu Zararının Giderilmesi Talebi.....	267
3. Manevi Tazminat Talebi	269
D. Çevirme Kurumunun Uygulanması	270
1. Genel Olarak	270
2. Haksız Fesih Beyanının Başka Bir Fesih Hakkına Çevrilmesi.....	271
a. Haksız Olağan Fesih Beyanında.....	271
b. Haksız Olağanüstü (Haklı Nedenle) Fesih Beyanında.....	271
c. Diğer Fesih Haklarında	272
3. Haksız Fesih Beyanının İkale Sözleşmesi Önerisine Çevrilmesi	273
SONUÇ	275
KAYNAKÇA	279
ÖZGEÇMİŞ	332

KISALTMALAR LİSTESİ

AcP	:	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	:	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AJP/PJA	:	Aktuelle Juristische Praxis / Pratique juridique actuelle
Al. MK	:	Alman Medeni Kanunu
ALR	:	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art.	:	Article, Artikel
ATF	:	Arrêts du Tribunal Fédéral
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:	Bent
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAÜHFD	:	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGH	:	Bundesgerichtshof
BGHZ	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	:	Borçlar Kanunu (818 sayılı)
Bkz.	:	Bakınız
BIZüR/ZR	:	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
DC	:	Baurecht / Droit de la construction
dn.	:	Dipnotu
Ed.	:	Editör/ler
EWiR	:	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FMK	:	Fransız Medeni Kanunu
GSÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAVE	:	Haftung und Versicherung / Responsabilité et assurance
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	:	İsviçre Borçlar Kanunu
İFM	:	İsviçre Federal Mahkemesi
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
İşK.	:	İş Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	:	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
JdT	:	Journal des Tribunaux
Jura	:	Juristische Ausbildung
JuS	:	Juristische Schulung
Jusletter	:	Jusletter Çevrimiçi Hukuk Dergisi ve Bilgi Bankası
JZ	:	Juristenzeitung
Karş.	:	Karşılaştırınız
Kazancı	:	Kazancı Çevrimiçi İçtihat Bilgi Bankası
Lexpera	:	Lexpera Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
m.	:	Madde
MDR	:	Monatsschrift für deutsches Recht
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:	Medeni Kanun
MUHF-HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	:	Kenar/Paragraf numarası
NJW	:	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	:	NJW-Rechtsprechungs-Report
Örn.	:	Örnek
recht	:	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RGZ	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJN	:	Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise
ROHGE	:	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts

RSJ	:	Schweizerische Juristen-Zeitung / Revue Suisse de Jurisprudence
RVJ	:	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SJ	:	La Semaine judiciaire
SJZ	:	Schweizerische Juristen-Zeitung / Revue Suisse de Jurisprudence
Swisslex	:	Swisslex.ch Çevrimiçi Bilgi Bankası
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	Ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay
ZBJV	:	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins / Revue de la Société des juristes bernois
ZEuP	:	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfBR	:	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZIP	:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

Yargı uygulamasında, sözleşmesel bir uyuşmazlık kapsamında tarafların birbirlerine karşı sözleşmeyi feshettiklerini veya sözleşmeden döndüklerini beyan etmeleriyle karşı karşıya gelmek olasıdır. Bu durumla sıklıkla sözleşmenin kurulması ile sözleşmeden doğan borçların ifası arasında bir süreç giren sözleşme ilişkilerinde karşılaşılır¹. Zira araya belli bir sürenin girmesi durumunda tarafların sözleşmesel ilişkiyi çeşitli nedenlerle sona erdirmeye istekleri ortaya çıkabilir. Bununla birlikte sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek taraflı beyanda bulunan tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmayabilir. Uygulamada ve öğretide bu hallerde, haksız fesih veya haksız dönmeden söz edilir². Bu ifadeler her ne kadar uygulamada alışılmış terimler olsa da hukukî bir kavram olarak “haksız fesih” veya “haksız dönme” Türk borçlar hukukuna dair mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu tür beyanların hukuki nitelendirilmesi ve sözleşmesel ilişki üzerindeki etkilerine ilişkin olarak pozitif hukuka veya öğretiyeye dayalı istikrarlı bir yargı uygulaması yerleşmiş değildir.

Bu çalışmada söz konusu beyanların hukuken nitelendirilmesi ve hukuki sonuçlarının belirlenmesi hedeflenmektedir. Bu amaçla, öncelikle haksız sona erdirmeye kavramı unsurlarıyla ortaya konulacak ve kavramın sınırları tespit edilecektir. Ardından, ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkileri bakımından doğacak sonuçlar irdelenecektir.

Çalışma boyunca kullanılacak terimlere açıklık getirmek gerekmektedir. “Haksız Sona Erdirme”, var olmayan, şekle aykırı olarak kullanılan veya kötüye

¹ Erselia Gianella, *L'inexécution anticipée du contrat: les moyens anticipés du créancier selon le Code des obligations suisse et quelques instruments d'harmonisation internationales récentes*, Thèse de doctorat: Uni. Genève, 2011, no. D. 906, N. 2

² Örnek olarak: Yarg. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı); Yarg. 15. HD., 24.3.1997, 99/1565 (Kazancı); Yarg. 23. HD., 24.6.2013, 1751/4352 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 9.6.2015, 9476/6367 (Kazancı); Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2005, s. 236; M. Cahit Günel, “Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi”, İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 252; Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul, 2011, s. 219 vd.; Gülşah Sinem Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, İstanbul, 2013, s. 263; Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, *Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Nedenle Feshi ve Sonuçları*, İstanbul, 2018, s. 141; Özge İşitmen, *Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih İşlemi ve Sonuçları*, GSÜSBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 63

kullanılan, geçerli bir sözleşmeyi sona erdiren dönme veya fesih hakkını kullanmaya yönelik irade beyanında bulunulmasını ifade etmektedir. “Haksız Sona Erdirme”, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından “Haksız Fesih”, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise “Haksız Dönme” olarak belirtilmiştir. Bu çerçevede irade bozukluğu veya aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi kapsam dışında kalmaktadır. Borcun ifa edilmemesine yönelik borçlu eylemi ise, “İfanın Reddi” (*Erfüllungsverweigerung/Leistungsverweigerung*) olarak ifade edilmiştir. Buna göre, haksız sona erdirme, ifanın reddinin özel bir görünümünü oluşturmakta olup beyanın hedeflediği sözleşme tipine göre haksız dönme veya fesih olarak adlandırılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ SONA ERDİRME KAVRAMI

I. Genel Olarak

Belirtildiği üzere, özellikle kurulması ve ifası arasında belli bir zaman aralığı giren sözleşmelerde, taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin³ herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamasına karşın fesih veya sözleşmeden dönme beyanında bulunması mümkündür. Burada sözleşmenin bir tarafı, yenilik doğurucu nitelik taşıyan ancak mevcut olmayan sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih hakkını kullanmaya yönelik irade beyanında bulunur. Bu çerçevede öncelikle, söz konusu beyanların hukuki fiiller ve işlemler bakımından anlamlandırılması gerekmektedir.

II. Hukuki Fiiller Bakımından Yeri

Haksız sona erdirme beyanlarının hukuki sonuçlarını belirleyebilmenin ilk adımı bu beyanların nitelendirilmesidir. İradî bir fiile dayanan ve hukuki sonuç doğuran kişi eylemleri geniş anlamda hukuki fiil olarak adlandırılır⁴. Hukuki fiiller içinde ise hukuki işlemler, hukuk düzeninin beyan edilen irade doğrultusunda ve

³ Sözleşme dışı üçüncü bir kişinin temsil iradesi bulunmaksızın sözleşme ilişkisine dair sona erdirme beyanında bulunması da aşağıda açıklanacak nedenlerle yine kesin hükümsüz bir işlem olacağına da, sözleşme tarafları arasında var olan ilişkiye tek başına sözleşmeye aykırılık olarak bir etkide bulunmaz. Bu itibarla söz konusu olasılık, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte Alman hukukunda yenilik doğuran hak olarak dönme ve fesih haklarının tasarrufi niteliğe sahip olduğunu kabul eden bir görüş Al. MK §185 hükmüne dayanarak üçüncü kişinin yapmış olacağı fesih beyanının ilgili tarafın icazeti veya beyanda bulunmanın, sona erdirilmek istenen sözleşmenin tarafı olmasıyla hüküm kazanabileceğini savunmaktadır: Erich Molitor, **Die Kündigung**, Mannheim, 1935, s. 72-73. Belirtmek gerekir ki yenilik doğuran hak kullanımı tasarruf işlemi vasfında sayılsa dahi hakkın hükümlerinin doğumunu bu şekilde şüpheli kılan bir sonuç yenilik doğuran hakların niteliği ile bağdaşmayacaktır. Dönme hakkı bakımından, böyle bir durumda dönme işleminin hükümsüz olacağı yönünde: **MünchK-Ernst**, §323 BGB, N. 192

⁴ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, İstanbul, 2018, N. 600 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme**, İstanbul, 2010, §9 N. 2 vd.; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015, N. 1082; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 159; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2015, s. 83

iradeye uygun olarak işlemin geçerli olması kaydıyla hukuki sonuç bağladığı irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır⁵.

Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade beyanlarına bu yönden bakılırsa, irade beyanında bulunan kişinin, sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmeye hukuki sonucuna yönelik iradesini açıkladığı görülür. Dolayısıyla bu yöndeki irade beyanları birer hukuk işlemi olarak kabul edilmek gerekir⁶.

Sözleşmeden doğan borçların ifa edilmeyeceğine yönelik bir beyan, salt sözleşmeye aykırılık iradesini göstermek için yapılmışsa, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olmadığından hukuki işlem olarak nitelendirilemez. Burada sadece sözleşmeye aykırı eylem bulunur. Bu eylem de hukuk düzeni sözleşmeye aykırı fiil olarak sonuç bağlar. Başka bir deyişle haksız sona erdirmeye beyanları, borca aykırılığı ortaya koyan eylemler içinde hukuki işlem olarak ayrı bir yerde bulunurlar⁷. Bununla birlikte bir kişinin kendini sözleşmeyle bağlı saydığı halde sözleşmeyi ihlal edeceğini beyan etmesi istisnai bir durumdur. Bu yönde bir beyan kural olarak sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini de güven kuramı çerçevesinde içerir.

⁵ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 37; Oğuzman/Barlas, N. 603; Kocayusufoğlu, §10 N. 1 vd.; Dural/Sarı, N. 1089; Eren, s. 160; Ingeborg Schwenzler, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016, N. 27.01; Claire Huguenin, **Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürih, 2014, N. 45; Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO**, 1997, s. 136; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I**, Zürih, 9. Baskı, 2008, N. 119

⁶ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 120; Hukuki sebepten yoksun yenilik doğuran hak kullanımına dair irade beyanlarının geçersiz hukuki işlemler olduğu hakkında: Ronald Michael Beckmann, **Nichtigkeit und Personenschutz**, Tübingen, 1998, s. 344. Yenilik doğuran hak kullanımı beyanlarının hukuki işlem olduğu: Laurent L’huillier, **La notion du droit formateur en droit privé suisse**, Cenevre, 1947, s. 98; Karş. Fesih beyanını hukuki işlemi benzeri irade açıklaması olarak kabul eden görüş: Zahit İmre, **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980, s. 224; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998, s. 71; Felix R. Ehrat, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindungs mit Art. 109 OR**, Zürih, 1990, N. 4-5. Hukuki işlem benzeri fiillerde de niteliklerine uygun düştüğü ölçüde hukuki işlemlere ilişkin hükümler uygulanacağından pratik bir farklılık söz konusu olmaz: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 71; Ehrat, N. 4

⁷ Buna karşılık Alman hukukunda ifanın reddine ilişkin beyanları başlangıçta reform öncesi Al. MK §326 ile öngörülen mehil verme külfetinden feragat olarak nitelendirildiği için genel olarak hukuki işlem olarak sayan görüşler mevcuttur. Bu konuda: Joachim Gernhuber, “Die endgültige Erfüllungsverweigerung”, **Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag**, Köln, 1999, s. 151-152; Hukuki işlem benzeri fiil sayılması gerektiği fikrinde: Klaus Friedrich, “Der Vertragsbruch”, **AcP**, C. 178, S. 5 (1978), s. 490

III. İrade Beyanı Olarak

A. Açık ve Örtülü İrade Beyanları

Haksız sona erdirme beyanı olarak nitelendirilmesi lazım gelen ilk beyan kategorisini beyanda bulunan tarafın açıkça sözleşmeyi feshettiğini veya sözleşmeden döndüğünü bildirdiği beyanlar oluşturur⁸. Başka bir ifadeyle açık irade beyanıyla haksız sona erdirme söz konusu olabilir.

Haksız sona erdirme beyanlarının açık olması gerekli değildir, örtülü de olabilir⁹. Dolayısıyla sadece teknik terim olarak dönme veya fesih sözcüklerini içermeyen, sözleşmeyi hukuken sona erdirme iradesinin beyan dışındaki dolaylı unsurlarla anlaşıldığı tüm beyanların da örtülü haksız sona erdirme beyanı olarak kabul edilmesi gerekir. Örnek olarak bir tarafın bundan sonra sözleşmeyle bağlı olmadığını veya satmayı taahhüt ettiği malın üçüncü kişiye devredildiğini¹⁰ beyan etmesi verilebilir.

B. Kanaat Verici Davranış (İrade Karinesi) Yoluyla

Kanaat verici davranış (irade karinesi/*factum concludens*), öğretilerde net olarak belirlenmiş bir kavram değildir. Örnek olarak örtülü irade beyanı anlamında

⁸ Carl Decurtins, **Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1956, s. 63-64; Ernst Biedermann, **Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht**, Leipzig, 1909, s. 37. Bu çerçevede sözleşmenin tadil edilmesi isteği haksız sona erdirme olarak yorumlanamaz: Heinz Weidt, **Antizipierter Vertragsbruch**, Tübingen, 2008, s. 122; Michèle Vanwijck-Alexandre, **Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme**, Liege, 1982, s. 53. Ancak tadil edilmedikçe edimlerin ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi halinde yorum aksi yönde olmak gerekir: Weidt, s. 123; Ulrich Huber, **Leistungsstörungen**, C. II, Tübingen, 1999, s. 592. Aynı yönde sonuç, sözleşmenin yorumunda da kabul edilmelidir: Weidt, s. 124; Heinrich Böß, **Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit**, Münih, 1939, s. 20; Decurtins, s. 63. Özellikle taraflar arasında kesin delil veya hüküm oluşturan bir mahkeme kararına karşın bir tarafın bu tutumu sergilemesi örnek olarak verilebilir: Weidt, s. 124; Fritz Westhelle, **Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung**, Köln, 1978, s. 71; Ayrıca sadece bir yan edimin ifa edilmeyeceğinin belirtilmesi sözleşmesel diğer yükümlülüklerin ayakta olduğunun kabul edildiğini gösterdiğinden haksız sona erdirme olarak nitelendirilemez. Bu durumda salt ilgili edim bakımından sözleşmeye aykırılık sonuçları doğar. Benzer şekilde: Decurtins, s. 63; İsviçre'deki başlıca örnek karar: OG Zürich ZR 1941, s. 300

⁹ Gianella, N. 52; Vanwijck-Alexandre, s. 54-55. Şekle aykırı beyan da haksız sona erdirmeye yol açacağından, haksız sona erdirmeden söz edebilmek için açık bir irade beyanı gerekliliğinden söz edilemez. Oysa, bir sona erdirme beyanı için geçerlilik şekil şartı öngörülmüşse, sözleşmenin hukuka uygun surette sona erdirilebilmesi için artık açık irade beyanı gerekliliği söz konusu olur. Şekil şartının açık irade beyanı gerektireceği: Huguenin, N. 172; CR-Dessementet, Art. 1 CO, N. 34

¹⁰ Gianella, N. 548; İFM, 23.6.2004, 4C.58/2004 (Swisslex)

kullanılabildiği gibi¹¹, örtülü irade beyanından ayrı anlam da verilebilmektedir¹². Bu bağlamda, örtülü irade beyanından yapılan ayırım, örtülü irade beyanlarında iradenin mevcut olması iken kanaat verici davranışlarda bu yönde bir iradenin yokluğu hususundadır¹³. Bu görüş açısından, esasen bir kişinin eylemlerine, kanunun öngördüğü irade varsayımları dışında, güven kuramı veya kanun hükümleri uyarınca irade beyanı sonucu bağlandığı haller kanaat verici davranış olmaktadır. Başka bir deyişle kanaat verici davranış da bir irade beyanı teşkil eder.

Netice olarak, örtülü irade beyanından farklılık taşımayan kanaat verici davranışlar şeklinde de haksız sona erdirmeye beyanında bulunulması mümkündür¹⁴. Yeter ki sözleşmenin karşı tarafı söz konusu eylemi güven kuramı uyarınca bir sona erdirmeye beyanı olarak anlamakta haklı olsun. Örnek olarak, TBK m. 325/I hükmü benzeri bir düzenleme içermeyen 818 Borçlar Kanunu döneminde¹⁵, kiralananın kiracıya kira süresinden önce herhangi bir hukuki sebep bulunmadan sözleşmeye aykırı olarak iade edilmesi¹⁶ halinde de esasen kiracının kira sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesine ilişkin irade karinesi ile yaptığı bir irade beyanı bulunmaktadır¹⁷. Zira kiracının bu eyleminden kiralayan sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik iradenin bulunduğu sonucunu çıkarmakta haklıdır¹⁸. Ancak bu

¹¹ Örnek olarak: Dieter Medicus/Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016, §25 N. 334; **Palandt**-Ellenberger, Einf v §116 BGB, N. 6; Huguenin, N. 174; Schwenger, N. 27.10; Sonuç olarak bu yönde: Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 91

¹² Örnek olarak: Oğuzman/Barlas, N. 675-676; Manfred Wolf/Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Münih, 2016, §31 N. 7 vd.

¹³ Oğuzman/Barlas, N. 676

¹⁴ İrade beyanlarının açık veya örtülü olmalarının geçerlilik koşulları bakımından kural olarak farklılık yaratmayacağı hakkında: Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C. II/1, Münih-Leipzig, 1914, §61 II 5, s. 419; Aynı etkiye sahip olacakları şeklinde: Medicus/Petersen, N. 335; Gianella, N. 538

¹⁵ TBK m. 325 hükmüyle fesih hakkı tanınmış olduğu: *Bölüm: I, VI*

¹⁶ Yargıtay, bu durumda anahtarın da iadesini şart koşturmuştur (Örn: Yarg. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı)). Esasen haksız sona erdirmeye iradesinin ortaya konulması bakımından böyle bir unsura gerek olmamasına karşı yargı uygulamasıyla haksız feshin özel bir şekilde ortaya konulmasına özel sonuçlar bağlamıştır. Başka bir deyişle anahtarın iadesi, haksız fesih iradesi kiralayana başka şekilde açıklanmamışsa, bu sözleşme ihlali açısından kurucu nitelikte olur.

¹⁷ Yarg. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı) “haklı bir nedene de dayanmaksızın, kira süresinin bitiminden önce kiralananı tahliye etmesi sözleşmeye aykırı davranış (haksız fesih) sayılır.”

¹⁸ Benzer şekilde ariyet veya karz olarak alınan eşyanın iadesinin, sözleşmenin feshi hükmünde olacağı: Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, s. 155 dn. 159; Kiracının kiralananı taşımasının kanaat verici davranışla sözleşme ihlali teşkil edeceği hakkında: Weidt, s. 119

eylemleri gerçekleştiren kişi gerçekten iradesini de örtülü olarak beyan etmek istemişse, örtülü irade beyanıyla yapılan bir haksız sona erdirmenin varlığını kabul etmek gerekir.

Kanaat verici davranış yoluyla yapılan beyanın, güven kuramına göre irade beyanı sayılmaması gerektiği ispatlanabilir veya bu sağlanamazsa güven kuramı kapsamında genel hükümler çerçevesinde yanılma nedeniyle beyan iptal edilebilir¹⁹.

Haksız sona erdirme beyanı bu şekilde kanaat verici davranışla ortaya konulduğu takdirde, bu beyan kendisine güven kuramına göre yüklenen tarafın iptal hakkına sahip olup olamayacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Bu hususta tereddütsüz olan, ilgili kişinin eyleminin haksız sona erdirme olarak nitelendirmeyeceğini ispat edebilmesidir. Bu durumda, ileri de açıklanacağı üzere sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilecek bir eylemin olmadığı kanıtlanmış olmaktadır. Yanılma nedeniyle iptal hakkı bakımından ise farklı bir değerlendirme gerekmektedir. Hukuki işlem bünyesinde hükümsüzlük sebebi taşıdığı için²⁰ daha hafif bir geçersizlik yaptırımı olan iptal hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı akla gelen ve mantığa uygun ilk çözümdür²¹. Buna karşılık Alman hukuku kaynaklı “hukukta çift etki” (*Doppelwirkungen im Recht*) kuramı doğa bilimlerindeki ve mantık bilimindeki kuralların hukuk bakımından mutlak anlamda geçerli olmayacağından hareketle daha farklı bir sonuca varmaktadır²². Kuramın yaratıcısı Kipp²³ tarafından verilen örneğe²⁴ göre, ergin olmayan M’den, küçüğün hileli fiilleriyle otomobil satın alan K, bu aracı daha sonra hileden haberdar olan ancak M’nin küçük olduğunu bilmeyen D’ye satmış olup M daha sonra otomobilin iadesini D’den talep etmiştir. Alman hukuku çerçevesinde M ilk bakışta sadece D’nin hileden haberdar olduğuna dayanabilecektir.

¹⁹ Teyit mektubu açısından: Kocayusufpaşaoğlu, §15 N. 12; Medicus/Petersen, N. 442;

²⁰ *Bölüm: I,IV,D*

²¹ Hans-Martin Pawlowski, **Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen**, Göttingen, 1966, s. 103

²² Pawlowski, s. 102 vd.; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 212-213; Atilla Michael Kali, **Die begründungsabhängige Gestaltungserklärung – Ein Beitrag zur Kündigung von Miet- und Arbeitsverträgen**, Frankfurt am Main, 2003, s. 74-75

²³ Theodor Kipp, “Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit”, **Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum**, Berlin, 1911, s. 211 vd.

²⁴ Diğer çeşitli örnekler ve çözüm önerileri için: Wilhelm-Christian Kersting, **Probleme der sog. Doppelwirkungen im Recht**, Hamburg, 1964, s. 27 vd.

Oysa hükümsüzlüğün re'sen nazara alınması bu olanağı imkânsız hale getirecektir. Yazara göre, bir davada talep birden fazla dava temeline dayandırılabilirdiğine göre, birden fazla geçersizlik sebebine de dayanılabilir ve bu bağlamda bir irade beyanının iptal edilebilir veya kesin hükümsüz olarak değerlendirilmesi, bir hukuki yaklaşım şeklinden ibarettir²⁵. Bu itibarla birden fazla geçersizlik sebebi bulunuyorsa, geçersizliği ileri sürecek kişi menfaatine daha uygun olan sebebe dayanabilir²⁶.

Kuramsal bakımdan, kesin hükümsüzlük yaptırımının re'sen dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda, çift etki görüşüne dayanılarak bir sonuca varılabilmesi güçtür²⁷. Esnek hükümsüzlüğün uygulanabileceği noktalarda ise hükümsüzlük mağdur tarafın ileri sürmesiyle dikkate alınabildiğinden ötürü ayrıca çift etki kuramından hareketle iptal hakkına başvurulmasına gerek kalmamaktadır.

²⁵ Pawlowski, **AT**, s. 103; Burkhard Boemke/Bernhard Ulrici, **BGB Allgemeiner Teil**, Berlin, 2009, §14, N. 42; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, Berlin, 1992, s. 566 vd.; Cayma hakkı bakımından çift etki kuramı hakkında: Stephan Lorenz, "Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung", **Gedächtnisschrift für Manfred Wolf**, 2011, s. 77. Ayrıca bkz. Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Cape, 1992, s. 681 ve dn. 28; Çift etkinin kesin hükümsüz bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin haklı nedenle feshinde söz konusu olmayacağı görüşünde: Hartmut Oetker, **Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung**, Tübingen, 1994, s. 444

²⁶ Flume, s. 567; Alman öğretisi ve uygulamasında da bu kuramın kabul görmüş olduğu ifade edilebilir: **NomosK-Feuerborn**, §142 BGB, N. 5; Markus Würdinger, "Doppelwirkungen im Zivilrecht - Eine 100-jährige juristische Entdeckung", **JuS** 2011, s. 771 vd. Alman Federal Mahkemesi de BGHZ 183, 235'te yayınlanan kararında, kanuna aykırı olarak bir aygıtı sipariş veren tüketicinin, sözleşmenin konusu itibarıyla kanuna aykırılıktan ötürü hükümsüz olmasına karşın, cayma hakkını kullanabileceğine bu kuramdan hareketle hükmetmiştir. Aynı kabulün Türk hukukundaki pratik sonucu TBK m. 81 hükmünün uygulanma olanağının cayma hakkının varlığıyla ortadan kalkması olacaktır. Aksi yönde: **BeckOK-Beurskens**, §142 BGB, N. 5; **MünchK-Busche**, §142 BGB, N. 12: Yazar burada iptale yönelik irade beyanının iptal edilmesiyle işlemin tekrar başka bir sebeple sona erdirilebileceğine ve bu nedenle çift etki kuramına gerek olmayacağına işaret etmektedir. Bununla birlikte, çalışmada bu durum etkili değildir zira burada baştan iptal edilebilir bir sona erdirme beyanı yoktur; işlem başlangıçtan beri hükümsüzdür.

²⁷ Fesih ile sona eren bir sözleşmenin tekrar feshedilemeyeceği yönünde: M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Hukuku ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi**, İstanbul, 1955, s. 109; Ancak yazar fesih sebeplerinde yanılma sonucunda yapılan bir haksız fesih beyanının irade bozukluğu nedeniyle iptal edilebileceğini kabul etmektedir. Oysa maddi sebebin yokluğu işlemi hükümsüz kılacağından, bu çözüm hukukta çift etki kuramıyla temellendirilebilir. Çift etki kuramı İsviçre öğretisinde de kabul görmüştür: Peter Gauch, "Die Fehlerwelt der Juristen", **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey**, 2003, s. 557; **BK-Bruno Schmidlin**, 2013, Art. 28 OR, N. 208; Aksi yönde: Guillaume Vionnet, **L'exercice des droits formateurs**, 2008, s. 223; Federal Mahkeme ise hukukta çift etki kuramına değindiği bir kararında konu hakkında kesin bir görüş belirtmekten kaçınmıştır: *JdT 2003 I 331 "Uzun süredir hukuki işlemlerin kesin hükümsüzlüğü ve iptal edilebilirliği yönünden birbirine alternatif sonuçlara sahip olduğu kabul edilmektedir. [...] Ayrıca, kısmen veya tamamen ifa edilmiş sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede iptal ve kesin hükümsüzlüğün eşdeğer sonuçlara yol açması geniş kabul gören bir görüştür."*

Haksız sona erdirmeye ilişkin irade beyanları bakımından ise bu kuramın uygulanabilir olup olmadığına bakılmaksızın bir sonuca varılması mümkündür²⁸. Bu kuramla haksız sona erdirme beyanında bulunan tarafın beyanını iptal edebileceği bir an için varsayılsa dahi, sözleşmenin diğer tarafı bakımından sözleşmeye aykırı davranma iradesinin açığa vurulması şeklinde sözleşme ihlali bir maddi vakıa olarak varlığını her halükârda koruyacak ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisindeki güven unsurunu zedeleyecektir. Bu itibarla her durumda haksız sona erdirmenin sonuçları doğmuş olur. Zira iptal ile hukuki işlem oradan kaldırılabilir. Sözleşmeye aykırı fiil ortadan kalmaz. Başka bir deyişle iptalin, sözleşmeye aykırı fiilleri ortadan kaldırabilecek bir etkisi yoktur.

C. İrade Faaliyetleri

Bu çerçevede değinilmesi gereken son husus, haksız sona erdirmenin irade faaliyeti (*Willensbetätigung*) olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. İrade faaliyetlerinin de öğretide örtülü irade beyanı, kanaat verici davranış veya bağımsız ayrı bir başlık içinde mi ele alınacağı tartışmalıdır²⁹. İrade faaliyetlerinin niteliğini tespit etmek ise, haksız sona erdirmenin bu kapsamda yer alıp alamayacağı yönünden gerekli olmaktadır.

İrade faaliyetlerinde, irade muhatabına karşı açıklanmak yerine arzu edilen hukuki sonuç doğrudan doğruya faaliyette bulunan kişi tarafından yerine getirilir³⁰. Bu konuda verilen tipik örnek ise terzinin gönderene herhangi bir açıklamada bulunmadan gönderilen kumaşı biçmeye başlamasıdır. İradenin dışı vurumu söz konusu olmadığından, irade faaliyetinin yanılma ve sair sebeplerle iptal edilmesi de mümkün değildir³¹. İrade faaliyetlerinde karşı tarafa yöneltilmiş bir beyan söz konusu olmadığından, yenilik doğurucu nitelik taşıyan, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik

²⁸ Kaldı ki kuramda geçersizliği ileri sürecek tarafın geçersizlik sebebini belirlemesi söz konusudur. Bu çerçevede haksız sona erdirme beyanında bulunan tarafın, kendine karşı yöneltilen bir talepte bu kuramdan yararlanması ve haksız sona erdirme beyanını iptal etmesi mümkün olamaz.

²⁹ Oğuzman/Barlas, N. 674 dn. 295; Kocayusufpaşaoğlu, §14 N. 5; Eren, s. 138; Antalya, C. I, s. 94

³⁰ Oğuzman/Barlas, N. 674 dn. 295; Kocayusufpaşaoğlu, §14 N. 4; Andreas von Tuhr/Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Baskı, 1984, s. 163; Antalya, C. I, s. 94

³¹ Şu kadar ki eylemin iradeyi yansıtmadığı ileri sürülerek aslında bir irade faaliyetinin bulunmadığı ispat edilebilir (Kocayusufpaşaoğlu, §14 N. 4 dn. 9). Ancak burada söz konusu olan irade faaliyetinin iptali değil, gerçekte bir irade faaliyetinin yokluğunun kanıtlanmasıdır.

hakların irade faaliyeti olarak icra edilmesi mümkün değildir³². Zira yenilik doğuran hakkın kullanılması, mutlak olarak muhatabına yöneltilmiş bir irade beyanı gerektirir³³. Kaldı ki, bir kişinin bizzat yapacağı eylemle karşı tarafın hukuk alanını hukuki işlem çerçevesinde etkilemesi de mümkün olamaz. Bu itibarla, kişinin eylemleri bir irade beyanı olarak güven kuramı çerçevesinde karşı tarafça sözleşmenin hukukten sona erdirilmesi şeklinde haklı olarak yorumlanabiliyorsa irade karinesi (kanaat verici davranış) ile böyle bir beyanda bulunduğu kabul edilmek gerekir³⁴. Kuşkusuz, irade beyanının yöneltilmesi gereken kişi bakımından irade karinesinin, bu kişinin karineyi oluşturan eylemi öğrenmesi veya öğrenebilir durumda olmasıyla sonuç doğurabileceğinin kabulü lazım gelir³⁵. Zira aksi bir yorumda, fesih veya dönme gibi hukuki işlemlerin yöneltilmesi gereken bir irade beyanına dayalı işlemler olduğu öncülü dayanaksız kalır³⁶. Buna karşılık tek başına irade faaliyeti olarak

³² Oğuzman, s. 119, yazar burada irade emaresini irade faaliyeti anlamında kullanmaktadır. Ancak karşı s. 156

³³ Oğuzman, s. 119; İBK m. 297 bağlamında: **BK-Walter Fellmann**, 1992, Art. 397 OR, N. 67; von Tuhr/Peter, §20 III 3; Von Tuhr, **AT**, C. II/1, §61 II 5, s. 418-419, Yazar bu tür hakların ancak yenilik doğurucu beyan ile kullanılabilceğini, hak sahibinin eylemlerinden ancak bu yönde bir irade beyanının çıkarsanabildiği hallerde hakkın kullanıldığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Yazar, örtülü irade beyanı başlığı altında beyan sahibinin karşı tarafa iradesini açıklamaya yönelik eylemlerini de irade beyanı olarak kabul ettiği (Von Tuhr/Peter, §21 I 5) için bu şekildeki eylemler yoluyla dönme veya fesih hakkının kullanılabilceğini kabul ettiği ifade edilebilir. Yöneltilmiş bir irade beyanı yoksa, sözleşmenin ifa sürecinin kesilmesi gibi fiiller, haksız sona erdirme olarak değil, olağan birer sözleşmeye aykırılık olarak sonuç doğurur. Bkz. ve Karş. A. Nilay Şenol, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, İstanbul, 2011, s. 192-193

³⁴ Eylemli fesih halinde fesih iradenin karşı tarafça anlaşılır olması gerektiği ifadesiyle bu yönde: Hazal Tolu, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, İstanbul, 2017, s. 42; Yenilik doğuran haklarda feragat hususunda bu şekilde anlaşılabilir: Vionnet, s. 99; Ayrıca karşı. Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat, “Tasınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, **HacettepeHFD** C. 1 S. 1 (2011), s. 5; Ayrıca: Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, İstanbul, 1976, s. 125

³⁵ Von Tuhr, **AT**, §61 II 5, s. 419: Yazar kanaat verici davranışların (irade karinesi/*konkludentes Verhalten*) da beyanın yöneltilceği kişiye tevcih edilmek suretiyle yapılması gerektiğini, beyan muhatabından gizli olarak yapılan ve ilgili kişinin rastlantı sonucu öğrendiği eylemlerin bu kapsamda irade beyanı olarak nitelendirilemeyeceğine işaret etmektedir. İFM, 15.12.2004, 4C.269/2003 (Swisslex): “İbra, iki taraflı ve şekle tabi olmayan bir sözleşmedir. Bu itibarla, güven kuramına göre değerlendirilen kanaat verici davranış veya susmadan mürekkep öneri ve kabul beyanlarından oluşabilir şu kadar ki alacaklı tarafın kanaat verici davranışlarının yorumlanması bakımından temkinli olmak lazım gelir. Böylece, ibranın alacaklının alacağından kısmen veya tamamen nihai olarak vazgeçme iradesini göstermesi gerekir.” Karş. İrade faaliyetinin örtülü bir irade beyanı olduğu ancak karşı tarafa ulaşması gerekmediği için ilgili tarafın yorumlamasının önemli olmadığı görüşünde: **MünchK-Busche**, §133 BGB, N. 47. Ayrıca: Peter Gauch, **Werkvertrag**, Zürih, 2011, N. 526; Vedat Buz, “İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **BATİDER** 2001 C. 21 S. 2, s. 231, yazarın salt başka şahısla anlaşılmasını yeterli görmeyip karşı tarafa durumun bildirilmesini araması bu yönde yorumlanabilir. Verdiği tanım itibarıyla bu yönde: Gauch/Schluep/Schmid, N. 181

³⁶ Bu eleştiri TBK m. 1 hükmü nazara alındığında sözleşmenin kurulması bağlamında kabul için de yapılabilir. Öneride bulunanın öğrenmeyeceği nitelikte bir irade faaliyetinin kabul hükmünde olup

nitelendirilebilecek bir eylem sonucunda, ortada irade beyanı bulunmadığından haksız sona erdirmeden söz edilemez³⁷. Başka bir deyişle irade faaliyeti teşkil eden fiilin, irade beyanının yöneltildiği gereken kişi tarafından öğrenilebilir nitelikte olması gereklidir ve ancak bununla hüküm doğurur³⁸. Bu anlamda irade faaliyeti, örtülü irade beyanının bir görünümü olarak kabul edilmek gerekir³⁹.

Böylece, sözleşmeyi sona erdirebilecek bir hakkın bulunmamasına rağmen veya bu hakkın varlığına karşın, öngörülen şekle aykırı olarak⁴⁰, bir tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini içeren açık ve örtülü irade beyanları ile kanaat verici davranışları “*haksız sona erdirmeye beyanı*” olarak tanımlanabilir. Güven kuramı çerçevesinde muhatabın kesin dönme veya fesih iradesini anlayabilir olması yeterlidir⁴¹. Fesih hakkı bakımından buna eylemli fesih de denilmektedir⁴².

Nitekim İsviçre ve Alman öğretilerinde de bu durumlar *répudiation du contrat* (Sözleşmenin inkârı) ve *Erfüllungsverweigerung* (İfanın reddi) /

sözleşmeyi kurmaya yeterli olması kabul edilemez. İbra sözleşmesi açısından: Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar İbra Sözleşmesi**, İstanbul, 2015, s. 120-121. Sözleşmenin açık veya örtülü irade beyanıyla kurulabileceği, beyanın olmadığı hallerde sözleşmesini kuruluşundan söz edilemeyeceği şeklinde: Herdem Belen, “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88 S. 1 (2014), s. 95; Alman hukukunda aksi yönde: Boemke/Ulrici, §7 N. 42; Basil Markesinis/Hannes Unberath/Angus Johnston, **The German Law of Contract A Comparative Treatise**, Oregon, 2006, s. 74. Alman hukukunda bu yönde: Helmut Rübmann, **Bürgerliches Vermögenrecht**, Saarland, 2006, s. 111; Tilman Reppen, “Abschied von der Willensbetätigung: Die Rechtsnatur der Vertragsannahme nach § 151 BGB”, **AcP C. 200 S. 5** (2000), s. 564; Vekalet sözleşmesinden azil ve istifa açısından: Mehmet Erdem, “Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi)”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, 2007, s. 951

³⁷ Bununla birlikte sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi mümkündür. Başka bir deyişle sözleşmeye aykırılık haksız sona erdirmeye şeklinde gerçekleşmiş olmaz.

³⁸ Dolayısıyla salt sözleşmeyi ifanın kesilmesi haksız sona erdirmeye beyanının bulunduğu sonucuna yol açmaz. Bu durumun öğrenildikten sonra güven kuramına göre bir sonuca varmak gerekir. Karş. Yarg. 15. HD., 24.3.1997, 99/1565 (Kazancı) “Bu durumda, yüklenicinin 1.3.1993, 22.3.1993 ve 10.5.1993 tarihli uyarıları ile ayrıca fiyat farkı talep etmesinin haklı bir nedene dayandığı kabul edilemez. Davalı anılan ihtarlardan sonra işi eylemli olarak terk ettiğine göre sözleşmeden haksız dönmüş sayılır.”

³⁹ Aynı yönde: Murat Sarıkaya, “Sözleşmenin Yorumu”, **İÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi**, 2019, İstanbul, s. 103 ve 133 vd.; Aksi yönde ve yenilik doğuran hakların irade karinesi yoluyla kullanılabilmesi görüşünde: L’huillier, s. 114 vd.

⁴⁰ Haksız sona erdirmenin bulunduğunu kabul edebilmek için karşı tarafın sözleşmeye uygun davranmış olması gibi bir zorunluluğun bulunduğu sonucuna ulaşılamaz. Bu durum ancak tazminat hesabında müterafık kusur bakımından değerlendirilebilir. Karş. Sözleşme ihlalinin söz edilebilirlik için karşı tarafın sözleşmeye uygun davranmış olması gerektiği şeklinde: Decurtins, s. 66-67

⁴¹ Vionnet, s. 181; Marie-Noëlle Venturi-Zen-Ruffinen, **La résiliation pour justes motifs de contrats de durée**, Zürich, 2007, s. 287; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 208; Seliçi, s. 115 vd.; Tolu, s. 41; **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 18. Güven kuramının ulaşması gereken tek yanlı hukuki işlemlerde de uygulanacağı hakkında: Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988, s. 41 dn. 45

⁴² Tolu, s. 42

Leistungsverweigerung (Edimin/edanın reddi) olarak nitelendirilmektedir, İngiliz hukukunda da bu tür beyanlar *anticipatory breach* öğretisi kapsamında *repudiation of contract* (Sözleşmenin inkârı) olarak kabul edilmektedir⁴³. Şunu ifade etmek gerekir ki haksız sona erdirmeye olarak nitelendirilen işlemler bu öğretide değerlendirilen diğer pek çok öncelenmiş borca aykırılık hallerinden biridir⁴⁴. Muaccel borçlar açısından ise öncelenmiş ihlalin değil, mevcut bir aykırılığın bulunacağı da belirtilmek gereklidir.

IV. Hukuki İşlem Olarak Geçerliliği

Sözleşmeyi haksız olarak sona erdirmeye yönelik irade beyanları hukuki işlem olarak nitelendirildiğine göre, bu irade açıklamalarının hukuki işlem olarak geçerlilik durumlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konudaki görüşlere ve değerlendirmeye başlamadan önce, sözleşmeyi haksız olarak sona erdirmeye yönelik beyanların kural olarak hiçbir şekilde hüküm ifade eden hukuki işlemler olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmak gerekir. Zira yapılan tanım gereği, sona erdirmeye beyanında bulunan kişinin, arzu ettiği hukuki sonucu gerçekleştirmeyi mümkün kılan bir hakkı bulunmamaktadır⁴⁵. Dolayısıyla bu yöndeki irade beyanının ilgili hukuki sonucu doğurması olanaksızdır. Bu sonuç, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü ile de bağdaşır. Zira kurulmuş bir sözleşme tarafları karşılıklı bağlar, mevcut bir bozucu veya değiştirici yenilik doğuran hak yoksa tarafların uzlaşmasıyla sözleşmesel ilişki değiştirilebilir veya sonlandırılabilir⁴⁶. Başka bir deyişle, haksız sona erdirmeye beyanları tanımlı gereği hükümsüz olup burada önemli olan söz konusu hukuki işlemin hangi hükümsüzlük kategorisine dahil olduğunu saptamaktır. Medeni Kanun ile Türk Borçlar Kanununda bu hususa yönelik açık ve özel düzenleme olmaması genel

⁴³ Edwin Peel, **Treitel-The Law of Contract**, Londra, 2015, N. 17-074 vd.; Vanwijck-Alexandre, s. 51; Wiedt, s. 117 vd.

⁴⁴ Bu kapsamda maddi fiiller, borca aykırı davranılacağına açıklanması, aciz haline düşmek gibi sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek her durum, öncelenmiş borca aykırılık öğretisi içinde değerlendirildiği gibi borca aykırı davranma iradesi ile borca uygun davranmama aynı kapsamda değerlendirilmektedir: Weidt, s. 118

⁴⁵ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 236; JdT 2003 I 4: “.. İleri sürülen yanılmanın gerçekliği, iptal beyanının geçerliliğinin olmazsa olmaz bir unsurudur.”; Şeref Ertaş, “Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları” **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, 2008, s. 39

⁴⁶ Schwenger, N. 26.27; CR-Guillod/Steffen, Art. 19-20 CO, N. 56 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 121-122; Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326)**, İstanbul, 2016, m. 325, N. 14

hükümler çerçevesinden bir bakış getirilmesini zorunlu kılmaktadır⁴⁷. Öte yandan öğretide bazı yazarların sadece geçersizliği belirtmekle yetindiği ve hükümsüzlük kategorisi hakkında bir değerlendirme yapmadığına da işaret edilmek gerekir⁴⁸.

A. Yokluk Görüşü

Yokluk, sözleşmeyi haksız olarak sona erdirme beyanlarının geçersizlik statüleri bakımından savunulan en ağır hükümsüzlük türüdür. Haksız sona erdirme beyanlarını yoklukla malul işlemler olarak kabul eden görüş uyarınca, yasal koşulları oluşmadıkça sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik yenilik doğuran haklar olan fesih ve dönme hakkı varlık kazanmamıştır. Buna göre, yenilik doğuran hakkın kullanılması salt bir hukuki işlem olmayıp bir hakkın icrasıdır ve bu itibarla ancak hakkın varlığı kapsamında sonuç yaratabilir⁴⁹. Dolayısıyla mevcut olmayan yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yönelik tek yanlı irade beyanı yok hükmündedir.

Türk öğretisinde ise bu görüş kapsamlı olarak *M. Kemal Oğuzman* tarafından ileri sürülmüş ve temellendirilmiştir. Yazara göre, fesih beyanının varlığı için öncelikle fesih iradesinin yöneltilecek açıklanmış olması ve beyanın fesih hakkının varlığına dayanması şarttır⁵⁰. Ayrıca fesih hakkını doğuran yenilik doğuran sebep ile fesih beyanı arasında da nedensellik bağının bulunması gerekir. Eğer farklı bir sebebe dayalı olarak fesih beyanında bulunulmuşsa, fesih hukuki işlemi yine yok

⁴⁷ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 238. Bunun tek ayrık örneğini mirastan çıkarma hakkı (MK m. 512/III) oluşturmaktadır. Buna göre hükümsüz mirasçılıktan çıkarma ölüme bağlı tasarrufu, çıkarma sebebinin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse, mirasçının saklı payı nisbetinde tenkise tabi olur; ancak, mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma iptal edilebilir. Ayrıntılı bilgi: Kürşad Yağcı, **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma**, İstanbul, 2013, s. 419 vd.; Banu Atlı, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Ankara, 2017, s. 116 vd.

⁴⁸ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 152; Kali, s. 12-13; Engel, s. 33; Kent Leverenz, “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts”, **Jura** 1996 1, s. 6; Alfred Koller, “Bundesgerichtsentscheid, I. Zivilabteilung, 30.10.2001, BGE 128 III 70, Berufung”, **AJP** 2002, s. 841; **ZK**-Peter Higi, 1995, Art. 266g OR, N. 67, Yazar haklı neden olmadan yapılan olağanüstü fesih beyanının etkisiz olacağını ifade etmekle yetinmektedir. Fesih geçersizliğinin veya etkisizliğinin tespit edilebileceği şeklinde: **SVIT-Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, Art. 266g CO, N. 19; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 2007, s. 495; Saba Özmen, “Dönme Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Geçerli Bir Sebep Olmaksızın Kullanılmasına Dayalı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri**, İstanbul, 2019, s. 7

⁴⁹ Vionnet, s. 200 vd.

⁵⁰ Oğuzman, s. 120 ve 170-171

hükmündedir⁵¹. Fesih hukuki işleminin geçerliliği içinse irade bozukluğunun bulunmaması, beyanın şarta bağlanmamış olması ve beyanda bulunan kişinin fiil ehliyetinin varlığı yeterlidir⁵².

Sözleşmeyi haksız olarak sona erdirmeye ilişkin irade beyanlarının yoklukla malul olduğunun kabul edilmesinin temel sonuçları, bu beyanların çevirmeye (tahvil) tabi olmaması ve MK m. 2 hükmü gereği hükümsüzlüklerinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edememesi olacaktır⁵³.

B. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Hukuki sebebi bulunmayan yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin yenilik doğuran beyanların geçersizlik statüsüne dair savunulan ikinci görüş ise kesin hükümsüzlüktür. Bu görüşe göre yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yönelik hukuki işlem bakımından kullanılması arzu edilen hakkın varlığı kurucu bir unsur oluşturmamaktadır.

Bu çerçevede geçerlilik koşullarını taşımayan yenilik doğurucu işlemler kesin olarak hükümsüz sayılır⁵⁴. Zira yenilik doğurucu işlem bir hakkın kullanımı olmakla ancak ilgili hakkın sınırları çerçevesinde hüküm doğurabilir⁵⁵. Öğretide diğer yazarlar da kesin hükümsüzlüğün söz konusu olacağı sonucuna, işlemin geçerliliğini

⁵¹ Oğuzman, s. 120

⁵² Oğuzman, s. 172. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin hukuki işlemin askıda hükümsüz durumda olması ise yenilik doğuran hakkın niteliğine aykırı bir durum yaratmaz. Genel geçerlilik koşullarının olağan bir yansıması söz konusu olur. Bu durumlarda, muhatabın itiraz etmemesi halinde, tamamlayıcı unsur gerçekleşene dek işlemin hüküm doğuracağı fikrinde: Ergun Önen, **İnşai Dava**, Ankara, 1981, s. 12. Yenilik doğuran davalarda hukuk güvenliği ve kamu düzeni gerekçesiyle hüküm kesinleştikten sonra sonuçların geri dönülemez olduğu şeklinde: Meral Sungurtekin Özkan, “İnşai Karar ve Özellikleri”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 575

⁵³ Yenilik doğuran bir hakkın kullanıldığı anda mevcut olmaması halinin giderilmeyeceği hakkında: Vionnet, s. 201, dn. 2078; Yokluk olarak gerçekleşen hükümsüzlüğün, kesin hükümsüzlükten ayırt edici bu özelliği hakkında: Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2017, s. 36-37; Engel, s. 260-261; Alman hukukunda çevirme bakımından: Beckmann, s. 16; Flume, s. 550; Jan Lieder/Daniel Berneith, “Die Umdeutung nach § 140 BGB”, **JuS** 2015, s. 1063-1064; Yokluk ve kesin hükümsüzlük ayrımının gerekliliği: Haluk N. Nomer, **Kişî Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, 2008, s. 61-62

⁵⁴ Von Tuhr/Peter, §29 II, s. 225; Von Tuhr, **AT**, §55 2, s. 277; **PalandtK**-Wiedenkauff, §626 BGB, N. 9

⁵⁵ Von Tuhr/Peter, §20 III 1, s. 145-146; Von Tuhr, **AT** §53, s. 208; Bu yönde anlaşılabilir: **ZK**-Higi, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 33 ve 49

muhabatın iradesine bırakan esnek hükümsüzlüğün yenilik doğuran hakların niteliğine aykırı bir sonuca yol açacağı gerekçesiyle ulaşılmaktadır⁵⁶. Genel nitelikli olmayan konuları işleyen eserlerde de fesih veya dönme beyanlarının hukuki dayanağı bulunmadığı takdirde kesin hükümsüz olacağını belirten ifadelerle karşılaşılmaktadır⁵⁷.

Haksız sona erdirme beyanının kesin hükümsüz olacağını kabul edilmesi halinde bir yan sorun olarak, çevirme kurumuna başvurulup başvurulamayacağıyla karşı karşıya gelinir. Bu mesele, haksız sona erdirme beyanında dayanılmış vakıaların değiştirilmesinden (*Nachschieben*) farklılık taşır. Çünkü çevirmede, hukuki işlem bir bütün olarak başka bir hukuki işlem olarak sonuç doğurur. Yenilik doğurucu sebebin değiştirilmesi söz konusu değildir. Çevirme, hukuki dayanağı tartışmalı⁵⁸ olsa da, kesin hükümsüz bir işlemin, işlemin taraflarının varsayımsal iradeleri doğrultusunda benzer sonuçları doğuran ancak hükümsüz işlemden ileri gitmeyen bir hukuki işleme çevrilmesini ifade eder. Bu kapsamda, yenilik doğuran sebep aynı kaldığı için, çevirme kuralı olarak mümkündür⁵⁹.

C. Esnek Hükümsüzlük Görüşü

Alman öğretisinde savunulmuş bir görüş ise, kesin hükümsüzlüğün, haksız olarak ileri sürülen yenilik doğuran beyanların (*nicht gerechtfertigten Gestaltungserklärungen*) bünyesine uymadığını ve amaca göre sınırlama yolu ile esnek hükümsüzlük sonucuna ulaşılması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁰. Zira bir sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmek üzere haksız olarak beyanda bulunan kişi, daha sonra bu beyanının hükümsüzlüğünü ileri sürmek suretiyle sözleşme tarafı beyanın

⁵⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 241; Beckmann, s. 384

⁵⁷ Örnek olarak: **CR**-Lachat, Art. 257d CO, N. 9; **CHK**-Wildhaber, Vorb. Art. 184 OR/Francaisevertrag, N. 31; **BSK**-Weber, Art. 257d OR N. 9; **ZK**-Higi, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 133; Yazar Art. 266g, N. 67’de haklı sebep bulunmadan yapılan olağanüstü fesih beyanının etkisiz olduğunu ifade etmekle birlikte burada feshin hükümsüzlüğünden söz ettiği için bu görüşü savunduğu kabul edilebilir. Geçersiz fesih beyanının kesin hükümsüz olduğu hakkında: **CHK**- Heinrich, Art. 257d OR, N. 12 ancak karşı. Art. 266g OR, N. 7; **OFK**- Permann, Art. 257d OR, N. 16; **ZK**-Peter Higi, 1994, Art. 257d OR, N. 67

⁵⁸ *Bölüm: 2,IV,B*

⁵⁹ Peter Mankowski, **Beseitigungsrechte**, Tübingen, 2003, s. 705-706; Aynı yöndeki Alman yerel mahkeme kararları için: s. 706 dn. 146

⁶⁰ Ulrich Ramrath, “die Geltendmachung der Unwirksamkeit von Gestaltungserklärungen”, **Juristische Rundschau**, Ağustos 1993, S. 8, s. 309 vd.

muhatabını sözleşmesel ilişkiyi devam ettirmeye mecbur edebilir; bu da beyanın muhatabı açısından hukuk güvenliğini ihlal eder ve haksız olarak beyanda bulunan kişinin sözleşmeye aykırılığından faydalanmasını sağlar⁶¹. Oysa bozucu yenilik doğuran haklar olan iptal, fesih ve dönme hakları aynı zamanda irade beyanlarının muhatapları bakımından sözleşmesel ilişkinin sadece ilgili yasal sebepler gerçekleştiğinde sona ereceğine dair bir koruma sağlar⁶². Bu husus dikkate alındığında ise kesin hükümsüzlüğün uygun bir yaptırım olmadığı, amaca uygun sınırlama yoluyla esnek hükümsüzlük çerçevesinde yenilik doğuran haksız beyanların hükümsüzlüğünü sadece beyanın muhatabının ileri sürebileceği, beyan sahibini ise bağlayacağı savunulmuştur⁶³.

D. Değerlendirme

Yokluk yaptırımının kabul edilebilmesi için söz konusu hukuki işlemin kurucu unsurlarında eksiklik bulunması veya bu yaptırımın kanun tarafından öngörülmüş olması lazım gelir⁶⁴. Bu çerçevede işlemin hak ehliyeti içinde bulunması⁶⁵, kurucu nitelikte şekil şartı söz konusu ise şekil şartına uyulması, *real* işlem söz konusu ise teslimin gerçekleşmesi ve işleme yönelik irade beyanının bulunması gerekir⁶⁶. Buna karşılık bir hak kullanılmasının söz konusu olduğu hukuki işlemlerde, hakkın varlığının işlemin kurucu unsuru sayılıp sayılamayacağı hususunda yokluğa ilişkin yapılan genel açıklamalarda bir değerlendirmede bulunmamaktadır⁶⁷. Bu hususta daha çok fiil ehliyetine dayalı olarak yapılan ve hak kullanılmasını içermeyen, sözleşme, vakıf kurma gibi hukuki işlemler değerlendirme konusu edilmektedir. Bununla birlikte ayrıca değerlendirme konusu yapılmamış olsa dahi, bir hak kullanımı için yapılan hukuki işlemler ile genel işlem ehliyeti çerçevesinde yapılan hukuki işlemler arasında

⁶¹ Ramrath, s. 310

⁶² Bu hususta: Beckmann, s. 344

⁶³ Ramrath, s. 312-313

⁶⁴ Beckmann, s. 15; von Tuhr, AT, §52 II 1, s. 195; Hukuki işlemin harici unsurlarının yokluğu ifadesiyle: von Tuhr, §55 2, s. 275

⁶⁵ Hak ehliyeti dışında kalan (*ultra vires*) işlemler de yokluk yaptırımına tabidir: Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, N. 485

⁶⁶ Ramrath, s. 310; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 485 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, §43 N. 2

⁶⁷ Daha ziyade, yenilik doğuran hak kullanılmasının yenilik doğuran hukuki işlemle yapılacağı belirtilmektedir: BK-Christoph Müller, 2018, Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR / A. Rechtsgeschäft, 2018, N. 95. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasının yenilik doğuran işlem oluşturmayacağı durumlar, hakkın dava yoluyla kullanılacağı düzenlendiği hallerle sınırlıdır.

fark gözetmek için herhangi bir hukuki dayanak veya sebep yoktur. Bu nedenle haksız sona erdirmeye beyanlarının hukuki işlem olarak yok hükmünde sayılmaları mümkün değildir. Nasıl ki ehliyetsizlik kesin hükümsüzlüğe yol açıyorsa, hakkın yokluğu da aynı geçersizlik statüsüne tabi olmalıdır.

Esnek hükümsüzlüğün kabul edilmesi de olanaksızdır. Zira yenilik doğuran hak, kavram itibarıyla muhatabının iradesine tabi olmaksızın sonuçlarını tek yanlı olarak doğurur⁶⁸. Oysa esnek hükümsüzlükle birlikte yenilik doğuran hakkın sonucunu doğurması bütünüyle muhatabın iradesine bağlı kılınmaktadır⁶⁹. Haksız sona erdirmeye beyanına maruz kalan tarafın, karşı tarafın çelişkili davranışlarından korunabilmesi için MK m. 2 hükmü yeterli korumayı sağlayacaktır⁷⁰. Ancak, bu görüş çerçevesinde, yenilik doğuran hakkın kullanımına ilişkin beyana muhatap olan taraf, beyanın geçersizliğini ileri sürmediği takdirde, hakkının var olduğu hususunda yanılmaya düştüğü gerekçesiyle beyan sahibinin yanılma nedeniyle iptal hakkına sahip olacağı ve bu görüşün öngördüğü korumayı sağlamayacağı ileri sürülemez⁷¹. İlk olarak hükümsüz beyan bilerek yapıldıysa yanılmadan söz etmek olanaksızdır. Hakkın bulunduğu düşünülerek hataen bir beyanda bulunulduysa, beyan muhatabının hükümsüzlüğü ileri sürmemesiyle hakkın varlığı konusundaki yanılma ortadan kalmış olur. Dolayısıyla, öğretideki çoğunluğun da kabul ettiği üzere, haksız sona erdirmeye beyanlarının tabi olduğu hükümsüzlük kategorisi kesin hükümsüzlük olarak kalmaktadır. Zira ne hukuki işlemin varlık unsurlarında bir eksiklik söz konusudur ne de kesin hükümsüzlük yenilik doğuran hakların hukuki niteliklerine aykırı bir özellik göstermektedir yahut esnek hükümsüzlüğün kabulünü gerektiren bir gereksinim bulunmaktadır.

⁶⁸ Beckmann, s. 346; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 66; L'huillier, s. 74 vd.; Medicus/Petersen, N. 80 vd.; Pawlowski, **AT**, §3 II 3, N. 322; Wolf/Neuner, N. 29 ve 37; Bork, N. 297

⁶⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 241; Beckmann, s. 347 vd.; Kanun istisnai olarak böyle bir imkân öngörebilir. İBK m. 271 vd. hükümleriyle olağan fesih beyanına karşı tanınan iptal hakkı örnek olarak verilebilir.

⁷⁰ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 242; Çelişkili davranış yasağı bağlamında: Beckmann, s. 348; Karş: Ramrath, s. 312, Yazara göre Al. MK §242, kişinin kendiyile sürekli ve çözümsüz çelişkisinin varlığını veya çelişkili davranan kişinin güven uyandırmış olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle yazarın genel olarak her olasılıkta beyana muhatap olan kişiyi dürüstlük kuralına başvurmadan önce korumayı amaçladığı ifade edilebilir.

⁷¹ Aksi yönde: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 242 dn. 93

Sözleşmeler dışında, MK m. 5 gereği bütün hukuki işlemlere kıyasen uygulanan⁷² TBK m. 27 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan hukuki işlemler kural olarak kesin hükümsüzdür. Bu nedenle ulaşılan kesin hükümsüzlük sonucunun bu maddede sayılan hallerden birinin kapsamına girmesi de zorunludur. Bizatihi fesih veya dönme hukuki işlemi, soyut olarak emredici hükümlere veya ahlaka yahut kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Buna karşılık bu işlemin hüküm ifade etmesine engel oluşturan, hukuki işlemin konusu olan hakkın var olmamasıdır⁷³. Bu itibarla işlemin hüküm ifade edebilmesi için engel olarak başlangıçtaki hukuki imkânsızlık söz konusudur.

Haksız sona erdirme beyanı, hukuki işlem olarak arzu edilen sonuçları, hükümsüzlüğü nedeniyle gerçekleştirilemez, buna karşılık sözleşmeye aykırı eylem olarak hukuk düzeninde sözleşme ihlaline bağlanan sonuçlarını doğurur. İşlem olarak hükümsüzlük, sözleşmeye aykırı eylem olarak hukuk düzenini etkilemesine engel değildir, bilakis sözleşmeye aykırı eylem olmasına yol açan, sona erdirme beyanının hukuki işlem olarak hükümsüz olmasıdır.

Kesin hükümsüzlük işlem yapıldığı andan itibaren söz konusu olur. İşlemin geçerlilik koşullarının sonradan gerçekleşmesi, işlemi hüküm ifade eder duruma getirmez. Geçerlilik koşulları gerçekleştikten sonra, yeni bir işlem tekrar yapılabilir. Bu kapsamda haksız ve dolayısıyla hükümsüz bir sona erdirme beyanına istinaden açılan davada, bu beyana karşı ileride açıklanan⁷⁴ hukuki çarelere başvurulmadıysa,

⁷² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 781

⁷³ Benzer bir hukuki durum olarak, mevcut olmayan hak devrini konu alan sözleşmelerin de başlangıçtaki hukuki imkânsızlık nedeniyle hükümsüz olacağı yönünde: Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, 2005, s. 219-220. Bunun en başta gelen istisnası ise mevcut olmayan alacağın devri vaadi sözleşmesidir: Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, 2002, s. 84 vd. Sonraki imkânsızlık açısından da işlem konusu hakkın sonra ermesi hukuki imkânsızlık içinde değerlendirilmektedir: Leyla Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Ankara, 2016, s. 112; Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, **AÜHF D. C. 63 S. 3** (2014), s. 576-577. Yenilik doğuran haklar açısından hukuki imkânsızlık ise salt başlangıçtaki hukuki imkânsızlıkla sınırlıdır. Yenilik doğuran hak kullanıldığı anda, hak mevcutsa hükümlerini doğurur, hak kullanıldıktan sonra tükendiği için herhangi bir şekilde sonraki hukuki imkânsızlık uygulama alanı bulamaz. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla doğan hukuki ilişki bakımından ise sonraki hukuki imkânsızlığın uygulama alanı bulmasında herhangi bir engel yoktur.

⁷⁴ *Bölüm: 2,III ve Bölüm: 3,II*

dava görülürken söz konusu hakkın koşulları gerçekleştiyse, davanın açıldığı anın esas alınması yerine usul ekonomisine uygun bir tutum sergilenmek gerekir. Bu durumda, geçerlilik koşulları tamam olduktan sonra davaya devam iradesini gösteren davacının, davalı tarafa davanın devamına ve kabulüne yönelik tebliğ ettirdiği ilk beyan, söz konusu hakkın kullanımına dair geçerli şekilde hüküm ifade etmeli ve o an itibarıyla hak kullanılmış gibi dava görülmelidir. Sav ve savunmanın genişletilmesi yasağının başladığı andan itibaren gerçekleşen yeni bir olgu⁷⁵ söz konusu olduğundan, hakkın davanın devamına ve kabulüne yönelik beyanla kullanılmış olduğu olgusu davada taraflarca serbestçe ileri sürülebilmeli ve hâkim tarafından takdir edilebilmelidir.

V. Unsurları

Verilen tanım gereği, haksız sona erdirmeden söz edebilmek için sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa karşı sözleşmeyi hukuken sona erdirmeye yönelik irade beyanında bulunması ve hukuken bu hakka sahip olmaması veya şekle aykırı kullanması lazım gelir. Sözleşmeyi hukuken sona erdirmeye iradesinin de kesin ve nihai olarak anlaşılır olması gerekir.

A. Sona Erdirme Hakkının Bulunmaması

1. Genel Olarak

Sona erdirmeye hakkının bulunmaması koşulunun en yalın ve bariz örneğini hukuken sona erdirmeye hakkının hiç tanınmamış olması oluşturur. Kural sözleşmeye bağlılık olsa da, hukuk düzeni hemen her sözleşme ilişkisi bakımından sonsuz ve katı bağlılığı kabul etmemiş, belli vakıaların gerçekleşmesi halinde sözleşmesel bağın çözümlenmesine ilişkin olanaklar öngörmüştür. Dolayısıyla böyle bir durumla karşılaşmak son derece zayıf bir olasılık teşkil etmektedir. Bu duruma verilebilecek enler örneklerden biri soyut borç tanınmasıdır. Ayrıca belirli durumlar veya sözleşmeler için öngörülmüş hak, başka bir durum ve sözleşmede mevcut olmayabilir.

⁷⁵ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2016 s. 282; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2003, s. 262; *Pekcanitez Usul-Pekcanitez*, C. II, s. 1251

İkinci sırada sayılabilecek durum ise, sözleşmeye son verilebilmesi için öngörülmüş olan yasal veya sözleşmesel fesih veya dönme hakları doğuran vakıaların⁷⁶ bulunmamasıdır. Bu son halin özel görünümüleri olarak, sona erdirmeye hakkına dayanak sağlayan maddi vakılarda yanılma, sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılması ve sona erdirmeye hakkının sona ermiş olması koşulları bakımından ayrıca değerlendirmeyi gerektirmektedir. Maddi olarak bir hakkın varlığına karşı şekil şartlarına uygun olmayan bir sona erdirmeye beyanı da hükümsüz olacağı için incelenmek gerekmektedir.

2. Yenilik Doğuran Hakkı Doğuran Maddi Vakıanın Yokluğu veya Yetersizliği

Sözleşmesel ilişkide, bu sözleşmeyi sona erdirmeye elverişli olası mekanizmalar taraflar veya kanun tarafından öngörülmüş olsa da, bir taraf bu mekanizmaları işler hale getirmek için fesih veya dönme haklarını doğuracak maddi vakıaların bulunmamasına karşın sona erdirmeye beyanında bulunabilir. Örnek olarak haklı neden oluşturmayacak nitelikteki vakılara dayanılarak haklı nedenle fesih hakkının kullanılması verilebilir.

Sözleşmesel ve kanuni sözleşmeyi sona erdirmeye hakları, sözleşmesel sona erdirmeye hakkının doğumu birtakım vakıaların gerçekleşmesine bağlanmışsa, bu açıdan özdeştir. Dolayısıyla, hakkı doğuran vakıalar gerçekleşmeden sözleşmesel dönme hakkının kullanıldığına ilişkin bir irade beyanı, haksız sona erdirmeye beyanı niteliği taşır ve ona bağlanmış hukuki sonuçlar doğar.

⁷⁶ Yenilik doğuran hakların doğumuna sebep teşkil eden maddi vakıalar öğretide yenilik doğuran sebep (*Gestaltungsgrund*) olarak adlandırılmaktadır; ancak olağan fesih hakkı gibi birtakım yenilik doğuran hakların doğumu belli maddi vakıaların gerçekleşmesine bağlı değildir: Hans-Martin Pawlowski, **Allgemeiner Teil des BGB Grundlehren des bürgerlichen Rechts**, Tübingen, 2003, §3 II 3, N. 324; Kali, s. 9; Thomas Kochendörfer, **Die Begründungsbedürftigkeit der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte**, Göttingen, 2010, s. 16 vd.

3. Maddi Vakıada Yanılma

a. Genel Olarak

Haksız sona erdirme beyanlarına ilişkin olarak ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durum, beyanda bulunan kişinin yenilik doğuran hakkı oluşturan vakıaların varlığında yanılmaya düşmüş olmasıdır. Belirtilen bu halde, sözleşmeyi sona erdirebilecek maddi vakıalar gerçekleşmekle birlikte beyanda bulunan sözleşme tarafı, bu vakıalara hataen dayanmamaktadır veya vakıaların sona erdirme hakkı verdiği hususunda yanılmaktadır. Bu hususta bir sonuca varabilmek için yenilik doğuran hak olarak sözleşmeden dönme ve sözleşmeyi fesih haklarının niteliklerinden hareketle, sebep belirtmenin gerekliliği ve sebep değiştirme olanaklarına temas edilmesi zorunludur. Bu yönden kanuni ve sözleşmesel dönme hakları özdeş özellik gösterir.

b. Doğumu Maddi Bir Vakıanın Gerçekleşmesine Bağlı Olan ve Olmayan Yenilik Doğuran Haklar

Yenilik doğuran haklara ilişkin yapılan sınıflandırmalardan biri, yenilik doğuran hakkın doğumunun maddi bir vakıanın gerçekleşmesinden (maddi sebeplerden) bağımsız (*grundunabhängige Gestaltungsrechte-sebebe bağlı yenilik doğuran hak*) veya bağlı (*grundabhängige Gestaltungsrechte-sebepten bağımsız yenilik doğuran hak*)⁷⁷ olmasıdır. Çalışmada kavramı ifade etmek hususunda daha kısa oldukları için doğumu maddi bir vakıanın gerçekleşmesine bağlı olan yenilik doğuran haklar için sebebe bağlı yenilik doğuran hak; doğumu maddi bir vakıanın gerçekleşmesine bağlı olmayan yenilik doğuran haklar için sebebe bağlı olmayan yenilik doğuran hak terimleri benimsenmiştir.

⁷⁷ Buradaki sebebe bağlılık veya sebepten bağımsızlığın tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ile herhangi bir ilişkisi yoktur. Bu itibarla Almanca *Grundunabhängige* ve *Grundabhängige* terimleri meseleyi ortaya koymakta daha başarılıdır. Ancak *kausale* ve *abstrakte Gestaltungsrechte* terimleri de kullanılmıştır. Yazarlar için: Rolf Hungerbühler, **Das Nachschiben von Gestaltungsgründen**, Marburg, 1972, s. 25 dn. 1

Yenilik doğuran bir hak, belli maddi vakıaların doğumundan bağımsız olarak salt hak sahibinin iradesine tabi şekilde kullanılabilirse sebepten bağımsızdır⁷⁸. Başka bir deyişle yenilik doğuran bir hakkın kullanılabilmesi için her durumda özel bir maddi sebebin varlığı şart değildir⁷⁹. Örnek olarak sözleşmesel yenilik doğuran haklardan, alım hakkı ve sözleşmesel dönme hakkı; sözleşmeyle kararlaştırılması gerekmeyen yenilik doğuran haklardan ise cayma hakkı, takas hakkı, vekil ve müvekkilin uygun zamanda azil ve istifa hakları yahut olağan fesih hakkı verilebilir⁸⁰. Bu tür yenilik doğuran haklarda yenilik doğuran etki hakkın kaynaklandığı hukuki ilişkiye içkindir.⁸¹ Hak, söz konusu hukuki ilişkinin doğumuyla birlikte varlık kazanır⁸². Bu itibarla, maddi sebepten bağımsız yenilik doğuran hakların kullanımının tek sınırı, eğer ilgili hukuki ilişki geçerli ise, dürüstlük kuralıdır⁸³. Ayrıca, yenilik doğuran bir hakkın maddi sebepten bağımsız olmasının önemli bir diğer sonucu da, ilgili hukuki ilişki bakımından tek bir hak olarak görünüm kazanabilmesidir. Oysa aşağıda değinileceği üzere, doğumu maddi vakıanın gerçekleşmesine bağlı haklarda bu konu tartışmalıdır.

Buna karşılık yenilik doğuran bir hak, temelini oluşturan hukuki ilişkinin geçerliliği dışında, maddi vakıaların gerçekleşmesiyle doğuyor ve kullanılabilirse sebebe bağlıdır⁸⁴. Yenilik doğuran hakların büyük bir bölümünü oluşturan sebebe bağlı yenilik doğuran haklarda verilebilecek en açık örnekler arasında haklı nedenle fesih hakkı ile irade bozukluğu nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı bulunmaktadır.

Bu haklar bakımından yenilik doğuran sebebin beyanın yöneltildiği anda mı yoksa beyanın muhataba ulaştığı anda mı bulunması gerektiği tartışmalıdır. Türk

⁷⁸ Kali, s. 10; Hungerbühler, s. 25; Friedrich Lent, “Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten”, **AcP** 152/53 (1952), s. 401

⁷⁹ Karsten Schmidt, “Verbraucherschützende Widerrufsrechte als Grundlage der Vollstreckungsgegenklage nach neuem Recht - Zur Bedeutung des neuen § 361a BGB für den prozessualen Rechtsschutz des Schuldners”, **Juristische Schulung** 2000 Heft: 11, s. 1099; Hungerbühler, s. 32

⁸⁰ Kali, s. 10; Pawlowski, **AT**, §3 II 3, N. 324

⁸¹ Kali, s. 11; Hungerbühler, s. 25

⁸² Hungerbühler, s. 32

⁸³ Kali, s. 11; Michael Becker, “Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund”, **AcP** 188 (1988), s. 25

⁸⁴ Kali, s. 9; Molitor, s. 276 vd.; Pawlowski, **AT**, N: 324; Becker, s. 25; Hungerbühler, s. 24-25; Yenilik doğuran davalar da maddi vakıalar usul hukuku hükümleri gereği gösterilmek gerektiğinden her halükârda sebebe bağlı olacaktır: Lent, s. 402; Fesih hakları bakımından yenilik doğuran sebebin hukuki işlemin geçerliliği için hukuki şart (*condictio iuris*) sayılacağı şeklinde: Seliçi, s. 158

hukukunda, kural olarak hukuki işlemlerin hüküm doğurma anının varma anı olarak kabul edilmesi⁸⁵ karşısında, bu mesele bakımından da aynı sonuca varılması isabetli olur⁸⁶. Yenilik doğuran beyan da muhataba bir kez ulaştıktan sonra söz konusu vakıanın ortadan kalması, yenilik doğuran etkinin sona ermesine yol açmaz⁸⁷. Zira hak, geçerli bir şekilde kullanılmakla hükümlerini doğurur ve tüketir.

Birer yenilik doğuran hak olarak fesih ve dönme hakları da bu kapsamda sebebe bağlı veya sebepten bağımsız olabilir. Eğer sebepten soyutlarsa, bu haklar bakımından sebep yoksunluğu şeklinde haksız sona erdirme gerçekleşemez. Zira söz konusu hukuki ilişkinin varlığı tek başına sona erdirme hakkını bahşetmektedir. Bu bakımdan ayrıca hakkın kullanımına ilişkin sebebin⁸⁸ yenilik doğuran beyanda bulunup bulunmamasına dair tartışmaya da mantıken yer olmaz.

c. Yenilik Doğuran Beyanda Hakkın Maddi Sebebinin Gösterme Zorunluluğu

(1) Doğumu Maddi Bir Vakıanın Gerçekleşmesine Bağlı Yenilik Doğuran Hakların Somutluğu

Sebebe bağlı yenilik doğuran haklarda, hakkın kullanımına ilişkin beyanda bulunulduğu zaman, sebebin beyanda yer alıp almayacağı çözülmesi gereken bir

⁸⁵ Kocayusufapaşaoğlu, §15 N. 6; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 196; Huguenin, N. 185 vd.; BK-Ernst A. Kramer, 1986, Art. 1 OR, N. 87; Menfaat durumuna göre farklı değerlendirme: Oğuzman, s. 129 vd.; Müin Küley, “Şüfa’da Eski ve Yeni Hükümler ve Mülkiyetin Şefie İntikal Anı”, *MHAD C. 2 S. 2* (1958), s. 228-229; Karş. Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi – Birinci Yarım**, İstanbul, 1981, s. 127. Öte yandan hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 11 hükmü, sözleşmenin kurulma anını kabul beyanının gönderildiği ana götürmek suretiyle istisnai bir özellik göstermektedir. Bu istisnai hükmün genel olarak bütün yöneltilmesi gereken irade beyanlarına kıyasen uygulanması fikrimizce uygun olmaz.

⁸⁶ Kali, s. 14 vd. Lafzen hakkın kullanılması sadece beyanın yöneltilmesi anlamına gelmez, hakkın kullanılması, yine belirtilen tartışmada üstün tutulan görüşe göre yöneltme veya ulaşmayla gerçekleşmiş olur. Karş. Tolu, s. 126; Hakkı nedenle fesih sebebinin, fesih beyanının tamamlandığı ana dek ortaya çıkmış olması gerektiği: Seliçi, s. 159; Aksi yönde beyan anı ile varma anı arasında ortaya çıkmış haklı nedenin işleme geçerlilik kazandırmayacağı görüşünde: Oğuzman, s. 120 dn. 13

⁸⁷ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 213; Leverenz, s. 8

⁸⁸ Bununla beraber hakkın kullanılmasına ilişkin beyan edilmiş saikler, kötüye kullanımının tespitinde nazara alınabilir: Ivan Cherpillod, **La fin des contrats de durée**, 1988, N. 62; Fransız hukukunda bu yönde: Astrid Marais, “Le maintien forcé du contrat par le juge”, **Petites affiches**, S. 197 (2.10.2002) [Lextenso], s. 4

mesele teşkil etmektedir⁸⁹. Zira beyanda sebebin bulunması gerektiği sonucuna varıldığı anda, sebebi içermeyen bir beyan, hükümsüz olup doğrudan doğruya haksız sona erdirmeye beyanı olarak nitelendirilmek gerekecektir.

Ön sorun olarak, kullanılan yenilik doğuran hakkın dönme, fesih, cayma, iptal hakkı vs. şeklinde vasıflandırılmasının gerekli olup olmadığı açıklığa kavuşturulmak gerekir. Kuşkusuz beyanda bulunanın teknik terim olarak fesih, iptal gibi ibareler kullanması beklenemez⁹⁰. Bununla birlikte söz konusu beyanın, yöneldiği hukuki sonuçlar bakımından yorumlanması ve buna göre beyanın nitelendirilmesi şarttır⁹¹. Aksi takdirde beyanda bulunanın hakka dayanmaksızın sözleşmeyi hukuken sona erdirmeyi istediği, eş söyleyişle haksız sona erdirmenin bulunduğu sonucuna varılmak gerekir⁹². Beyanın yorumlanması özellikle sona erdirmeye yönelik birden fazla türde hak bulunduğu, başka bir deyişle bozucu yenilik doğuran haklar yarıştığında, önem kazanır. Burada, hangi hakkın kullanıldığına tespiti söz konusudur. Buradan hareketle sebep göstermenin hukuki sebepleri kapsayacağı sonucuna ulaşmamak gerekir. Sebeplerin maddi vakıa olarak gösterilmesi yeterlidir⁹³.

Sebebe bağlı yenilik doğuran haklar bakımından, yenilik doğurucu sebebin beyanda yer alıp almaması konusunda bir sonuca ulaşabilmek için öncelik bu hakların yapısı yönünden bir değerlendirme yapmak gerekir. Sebebe bağlı olmayan yenilik doğuran haklardan farklı olarak bu tür yenilik doğuran haklar salt soyut şekilde var olamazlar. Başka bir deyişle onları doğuran hukuki ilişkiye içkin değillerdir. Yenilik doğurucu her bir sebep ayrı yenilik doğuran bir hak yaratır⁹⁴. Bu itibarla, örnek olarak,

⁸⁹ Mirastan cezai çıkarma ve İş Kanunu m. 19 uyarınca fesih hallerinde olduğu gibi kanunda açık bir düzenleme bulunuyorsa herhangi bir tartışmaya yer ve gerek olmayacaktır.

⁹⁰ Hungerbühler, s. 78; İptal hakkı bakımından: Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Tübingen, 1960, §203 III, N. 2

⁹¹ Hungerbühler, s. 78; von Tuhr, **AT**, §53 I 4, s. 214; Molitor, s. 105 vd.; Farklı yönde karş.: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 215. İptal ve dönme hakları bakımından, iptal beyanının dönme beyanı olarak yorumlamayacak şekilde olması gerektiği şeklinde: Flume, s. 560

⁹² Yenilik doğuran beyanın hükümsüz olacağı şeklinde: Hungerbühler, s. 79; Genel olarak: Enneccerus/Nipperdey, §205 V, s. 1256

⁹³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 211; Kali, s. 48; Mankowski, s. 698; Lent, s. 406; Rolf Knütel, “Die Begründungspflicht bei Kündigungen”, **NJW** 1970, s. 123; Yenilik doğuran hak kullanımının, meydana getirdiği hukuki değişikliği açıkça ifade etmesi gerektiği: Wolf/Neuner, §20 N. 34; **PalantK-Ellenberger**, Überbl v §104 BGB, N. 17

⁹⁴ Lent, s. 407; Hungerbühler, s. 55. Haklı nedenle fesih hakkı açısından: Wilhelm Reuss, “Die arbeitsrechtliche Kündigung ohne Grundangabe”, **Arbeit und Recht** 1960, s. 2

soyut bir iptal hakkı veya haklı nedenle fesih hakkı yoktur. Somut yenilik doğuran vakıalar gerçekleştikçe bu haklar doğar, daha öncesinde söz konusu haklar varlık kazanmamıştır. Öğretide, her bir yenilik doğurucu maddi vakıanın yeni bir hak doğurduğu görüşü dönme ve iptal hakları için savunulurken⁹⁵, haklı nedenle fesih bakımından haklı neden oluşturan birden fazla vakıa olsa dahi tek bir fesih hakkının bulunacağı ileri sürülmüştür⁹⁶. Oysa yenilik doğuran hakları doğuran vakıalar ve hakların niteliği bakımından böyle bir ayırım yapmayı temellendirecek herhangi bir neden mevcut değildir⁹⁷. Bu bağlamda bütün sebebe bağlı yenilik doğuran haklar için aynı sonuca varmak gerekir. Nitekim öğretide haklı nedenle fesih hakkı bakımından yenilik doğuran vakıalara göre ayrı fesih haklarının doğacağı sonucuna varan yazarlar da vardır⁹⁸.

Haklı nedenle fesihte her bir vakıa bakımından varsa hak düşürücü süre veya hakkın etkisizleşmesi ayrı ayrı işler; bu da birden fazla hak olduğunu gösterir. Aksi halde bu sürelerin sona ermesinin maddi hukuka ilişkin bir etkisi olmayacaktır⁹⁹. Aynı sonuç, haklı nedenle fesih hakkı bakımından da geçerli olmalıdır. Yenilik doğuran haktan feragat bir tasarruf işlemi olup hakkı kural olarak tek yanlı irade beyanıyla sona erdirir¹⁰⁰. Haklı nedenle fesihte, feshe sebep oluşturan vakıaların birinden feragat edilebileceği kabul edilmektedir ki, bu da esasen her bir haklı neden oluşturan vakıanın ayrı bir haklı nedenle fesih hakkı doğurduğunu göstermektedir¹⁰¹.

⁹⁵ Von Tuhr, **AT I**, § 10 V, s. 202 ve **AT II 1**, § 53 I 4, s. 215; Ennecerus/Nipperdey, §228 III 3, s. 1391; Alman uygulamasındaki bu yöndeki kararlar için ayrıca: Kochendörfer, s. 23

⁹⁶ Bu hususta: Hungerbühler, s. 36

⁹⁷ Bu bağlamda tüm sebebe bağlı yenilik doğuran hakları kapsayan bir sonuca ulaşılması gerektiği hakkında: Lent, s. 402

⁹⁸ Lent, s. 407; Reuss, s. 2; Knütel, s. 123

⁹⁹ Lent, s. 402; Kochendörfer, s. 32; Mankowski, s. 702; Hungerbühler, s. 45, yazarın işaret ettiği gibi zamanın haklar üzerinde etkisi bulunur maddi vakıalar üzerinde değil.

¹⁰⁰ Kudret Ayiter, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara, 1953, s. 26 vd.; Gümüş, **İbra Sözleşmesi**, s. 68; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 413 vd.; Meliha Sermin Paksoy, **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, 2012, s. 11 ve 14; İki yanlı bir işlemle de gerçekleşebileceği fikrinde: Önen, s. 31. Bu durumda, feragatin sözleşme ile gerçekleşmesi açık şekilde sözleşmeden kaynaklanmıyorsa, aslında, miras sözleşmesinde yer alan tek yanlı içeriğe benzer şekilde sözleşmeye dahil olmuş tek yanlı bir içerik söz konusu olur. Bu çerçevede sözleşmenin içeriği ve geçerliliği, feragat işlemi bakımından işlem temeli teşkil eder. Başka bir deyişle salt sözleşme içeriğinde yer alması, feragati iki taraflı işlem kimliğine büründürmez.

¹⁰¹ Hungerbühler, s. 47 vd.; Lent, s. 408

Yenilik doğuran davalar¹⁰² bakımından yapılacak bir değerlendirme de aynı sonuca ulaştıracaktır. Davanın konusunu maddi vakıalar oluşturur ve kesin hüküm bu vakıalar bakımından geçerli olur. Yenilik doğuran davayı açan hak sahibinin davası esastan reddedilmiş olsa bile haberdar olmadığı ve ancak dava tarihi itibarıyla gerçekleşmiş vakıalara dayanarak tekrar dava açması mümkündür¹⁰³. Oysa tek bir hak söz konusu olsaydı davanın reddiyle oluşan kesin hüküm, bir daha dava açılmasına engel olurdu. Bu itibarla tek bir maddi vakıa (*Lebenssachverhalt*) birden fazla yenilik doğuran hakka sebep teşkil ettiğinde veya birden fazla vakıaya yenilik doğuran hakkın sebebini oluşturduğunda ortada birbirinden bağımsız yenilik doğuran haklar bulunur¹⁰⁴. Bu çerçevede sadece belli bir vakıaya dayanan hakkın kullanılmış olması diğer vakıalara dayanılarak hak kullanılmasına engel olmaz¹⁰⁵.

(2) Somutluğun Sonucu Olarak Sebep Gösterme Zorunluluğu

(i) Genel Olarak

Belirtildiği üzere sebebe bağlı yenilik doğuran haklar, somut olarak var olur; yenilik doğurucu her bir vakıaya ayrı bir hak doğurur. Bunun mantıki sonucu da yenilik doğuran beyanda hakkın kullanım sebebini yer alması gerekliliğidir¹⁰⁶. Zira bir hak

¹⁰² Yenilik doğuran davalar, olağan yenilik doğuran haklardan maddi yönden eksik (*privatrechtliches Minus*) değildir, usul hukuku yönünden fazlalık (*prozeßrechtliches Plus*) teşkil eder: Kochendörfer, s. 18

¹⁰³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 230; Becker, **AcP 188**, s. 48 vd.

¹⁰⁴ Hungerbühler, s. 55

¹⁰⁵ Mankowski, s. 702; Alfred Hueck, **Arbeitsrechtliche Praxis**-Nr. 26 zu §626 BGB BI 3, 3R (1958). Buna karşılık bazen dayanılan bir vakıaya niteliği gereği diğer vakıalara başvurulmasına engel olur. Örnek olarak, bir maddi vakıaya hem yanılma nedeniyle iptal hem de ayıp nedeniyle dönme hakkını doğuruyorsa, dönme hakkının kullanılması, sözleşmenin kuruluş aşamasında gerçekleşen yanılmadan doğan iptal hakkından örtülü olarak feragat edildiğini gösterir. Zira artık o vakıanın sözleşmenin kurulması bakımından bir engel oluşturmadığı beyan sahibi tarafından ortaya konulmuştur: Kurşat, s. 154-155; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 456 vd.; **BK**-Schmidlin, Art. 28 OR, N. 139; ATF 127 III 83. Buna karşılık öğretide, irade bozukluklarında bozulabilir geçerlilik bulunduğu gerekçesiyle ayıptan doğan hakların kullanılmasının, irade bozukluğu nedeniyle iptal hakkına başvurulmasına engel olmayacağı kabul edilmektedir: Vedat Buz, “İrade Sakatlığına İle Malül Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s. 321 vd. Bu hususta: Gauch/Schlupe/Schmid, N. 907a, yazarlar burada güven kuramına göre bir değerlendirme yapılması taraflarıdır.

¹⁰⁶ Lent, s. 408; Önen, s. 12-13; Karş. Becker, s. 44: Yazar bir yandan gerekçe göstermenin yenilik doğurucu beyanın geçerliliğine etkili olmayacağını kabul ederken, diğer yandan muhatap ve hak sahibi arasında dürüstlük kuralından doğan bir ilişkinin olduğu ve bu ilişki gereği gerekçe gösterme yükümlülüğünün olduğunu belirtmekte olup bunun yanı sıra gerekçe vermemenin hakkın kötüye

beyanla yöneltilmek suretiyle kullanılırken hak sahibinin hangi hakkını kullandığını belirtmesi lazımdır¹⁰⁷; keza hakkın muhatabı bakımından sebebin ve daha doğru bir ifadeyle hangi hakkın kullanıldığının bilinmesi de yenilik doğuran hakkın muhatap nazarında şarta bağlı hak kullanımında söz konusu olduğu gibi belirsizlik yaratmaması gerekliliğinin de bir sonucudur. Başka bir ifadeyle muhatabın¹⁰⁸ hukuki durumun açıklığında esaslı bir menfaati mevcuttur¹⁰⁹. Bu itibarla, sebep gösterilmesi, söz konusu hakkın diğer herhangi bir hukuki olanaktan ayrılmasını sağlar. Bu itibarla sebep gösterme; belirleme, bireyselleştirme ve farklılaştırma işlevine sahiptir¹¹⁰. Hakkın kullanılmasının bir unsuru olması itibarıyla, kanunda öngörülmemiş bir şekil şartı da yaratılmamaktadır¹¹¹. Kaldı ki yenilik doğuran hakların kullanımının tasarrufi nitelikte olduğunu kabul eden görüş¹¹² bakımından bu sonuca varılması tutarlılık adına gereklidir. Zira tasarruf işlemlerinde belirlilik ilkesi egemendir¹¹³.

Yenilik doğurucu beyanda sebebin mutlaka açıkça yer almasına gerek yoktur. Güven kuramına göre muhatabın hakkın sebebinin, başka bir deyişle hangi hakkın

kullanılması sayıldığı hallerde muhatabın yenilik doğurucu beyanın hükümsüzlüğünü ileri sürebileceği görüşündedir. Bu bakımdan yazarın, çelişkili bir tutum sergilediği ifade edilmek gerekir.

¹⁰⁷ Lent s. 407 vd.; Reuss, s. 2; Karş. **MünchK-Ernst**, §323 BGB, N. 190: Yazar, burada sözleşmeyi dönme hakkı kullanıldığı takdirde muhatap bakımından dönme sebebinin bilinebilir olması gerektiğini ifade etmekte olup dönme hakkının kullanımına yol açan merasimler itibarıyla bunun beyanda açıkça belirtilmesine gerek görmemektedir. Yazar aksi halde dönme beyanının hükümsüz olacağına ve sonradan gerekçelendirme yapılamayacağına işaret etmektedir. Haklı nedenle fesih hakkı açısından aksi yönde: **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 18; Kira sözleşmesinin haklı nedenle feshinde sebep gösterme zorunluluğu olduğu şeklinde: Murat Doğan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara, 2011, s. 233

¹⁰⁸ Muhatap dışında üçüncü kişilerin de olası iade yükümlülükleri kapsamında hukuki durumun açıklığında menfaatleri olabilir. Al. MK §142 II kapsamında bu yönde: Mankowski, s. 697; Kersting, s. 62

¹⁰⁹ Kali, s. 81 vd.; Mankowski, s. 695

¹¹⁰ Mankowski, s. 703; Reuss, s. 2; von Tuhr, **AT**, s. 215; Eduard Bötticher, “Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündigungsschutzprozeß”, **Festschrift für Wilhelm Herschel**, Stuttgart, 1955, s. 195; Flume, s. 703 ancak yazar iptal hakkına ilişkin açıklamalarında sadece açıkça birden fazla iptal sebebi varsa hangi sebebe dayanıldığına bilinebilir olması gerektiğini belirtmektedir.

¹¹¹ Kochendörfer, s. 21; Lent, s. 408; Hungerbühler, s. 77; Kali, s. 76 ve 80

¹¹² Leverenz, **Jura** 1996, s. 2; Kochendörfer, s. 19; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 1998, s. 322 Flume, s. 144, Yazar salt yenilik doğuran hakkın kullanılmasının değil yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucunda hak sahibinin malvarlığında bulunan hakların etkilenmesi halinde tasarruf işleminin söz konusu olacağı kanısındadır. Ayrıca: von Tuhr, **AT II** 1, §54 I, s. 243-244; Bucher, s. 42, dn. 46a. Fesih hakkı yönünden bu fikirde: Seliçi, s. 116; Molitor, s. 2; Fesih ve dönmeye: Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, 2016, s. 59; Tasarruf işleminin bir hukuki ilişkiyi veya işlemi bütünüyle de etkileyebileceği gerekçesiyle: Wolf/Neuner, §29 N. 33

¹¹³ Kali, s. 110 vd.; Kochendörfer, s. 19; Hungerbühler, s. 138

kullanıldığını somut olarak anlayabilecek konumda olması yeterlidir¹¹⁴. Özellikle ayıptan veya borçlu temerrüdünden doğan dönme ile fesih hakları bakımından, hakkın kullanılmasından önce yapılması lazım gelen merasimler nedeniyle muhatabın kural olarak hakkın kullanılmasını sağlayan vakıyalardan haberdar olacağı çıkarımını yapmak mümkündür.

Kanun ile öngörülen sebep gösterme zorunluluklarının varlığı, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik diğer haklar bakımından aynı gerekliliğinin bulunmadığı, kanun koyucunun bilinçli susmasının söz konusu olduğu gibi bir karşı gerekçeyi akla getirebilir¹¹⁵. Oysa böyle bir gerekçe, yenilik doğuran hakkı somutlaştırma gerekliliğini ortaya koyan maddi temeller yanında son derece şekli kalmaktadır¹¹⁶. Değinen zorunluluğu öngören yasa hükümlerinin işlevleri, aynı zamanda sona erdirme beyanı için şekil şartı getirmelerindedir. Zira bu hükümler, sona erdirme sebeplerinin yazılı olarak bildirilmesini öngörmektedir (Örn: TBK m. 435-İşk. m. 19)¹¹⁷. Oysa sebebin beyanda bulunması maddi bir koşuldur.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüş ise, sebep gösterilmesini maddi bir zorunluluk olarak görmemekte, muhatabın istemi üzerine sebebi belirtme borcunun bulunduğunu kabul etmektedir¹¹⁸. Bu borcun temelinde de dürüstlük kuralı bulunan¹¹⁹

¹¹⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 497; Dürüstlük ilkesi çerçevesinde: Lent, s. 408; Genel olarak: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1137

¹¹⁵ Mankowski, s. 707; Bu yönde anlaşılabilir: Roman S. Gutzwiller/Meinhard Vetter, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2010, s. 705-706

¹¹⁶ Mankowski, s. 707; Lent, s. 729; Wolfgang Grunsky, “Das Nachschieben von Gestaltungsgründen”, **JuS** 1964, s. 98

¹¹⁷ Al. MK § 626 II 3 bakımından: Mankowski, s. 707

¹¹⁸ Becker, s. 36; Seliçi, s. 162 vd.; Molitor, s. 104; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1145 vd.; Neşe Ölekli, **Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları**, İstanbul, 2019, s. 90; Cherpillod, N. 182 vd. Benzer şekilde: Yarg. 23. HD., 21.4.2014, 8324/3099 (Kazancı) “Sözleşmenin anılan maddesi hükmüne göre, sözleşmede gösterilmeyen bir nedenle de olsa feshin haklı bir gerekçeye dayanması ve kanunen korunmaya değer haklı bir nedeninin gösterilmesi gerekir. ... O halde diğer durumlarda olduğu gibi somut olayda da davalının fesih için fesih ihbarının yapıldığı tarihte doğmuş olmak kaydıyla bir sebep göstermesi ve tazminatla sorumlu olmaması için de bu sebebin haklı olması gerekmektedir. ... Bu durumda mahkemece, davalı tarafından fesih ihtarında belirtilmeyen ancak yargılama aşamasında usulüne uygun olarak sürülen fesih sebebini açıklamak...”. Sebep gösterme borcunu belirtmeden böyle bir gereklilik olmadığı, haklı nedenin varlığından haberdar olunmasa bile yapılan beyanın geçerli olacağı görüşü: Burak Özen, **Kredi Açma Sözleşmeleri**, İstanbul, 2017, s. 340. Hak sahibinin, varlığından haberdar olmadığı bir hakkı nasıl kullanabileceği kanımızca bu görüş çerçevesinde açık değildir.

¹¹⁹ Seliçi, s. 161

ve ihlali halinde sebebin bildirilmemesi nedeniyle muhatabın uğramış olduğu zarar giderilir, işlem ise hükümlerini korur¹²⁰. Sebebe bağlı yenilik doğuran hakların somutluğunu dikkate almayan bu görüş de yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde benimsenebilir nitelikte değildir.

Sonuç olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik dönme ve fesih hakları sebebe bağlı oldukları ölçüde somutlaştırılmak ve sebepleri belirtilerek kullanılmak gerekir, aksi takdirde haksız sona erdirmeye gerçekleşmiş olur.

(ii) Aynı Anda ve Birlikte Yenilik Doğuran Hak Kullanımı

Sebebe bağlı yenilik doğuran hakların ve bu çerçevede sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik dönme ve fesih haklarının kullanımına ilişkin bir diğer mesele de bu hakların toplu biçimde kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu çerçevede konuya iki açıdan yaklaşılabilir. Aynı anda birden farklı nitelikteki hakkın kullanılması (sözleşmeden dönme ve yanılma nedeniyle iptal gibi) veya aynı nitelikli farklı sebeplere dayalı hakların kullanılması (hakkı neden oluşturan birden fazla vakıanın bulunması gibi) söz konusu olabilir.

Şeklen tek bir irade beyanıyla birden fazla hukuki işlem yapılmasında herhangi bir engel yoktur. Bu bakımdan hak sahibinin aynı anda birden fazla hak kullanmasında bir engel olmayacağı sonucuna ulaşılabilir¹²¹. Ancak aynı anda sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğursa da farklı yan sonuçlar doğuran haklar bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması lazım gelir. Zira aynı anda farklı sonuçları doğuracak beyanların muhatabı bakımından, belirsizlik doğuracağı açıktır¹²². Bununla birlikte söz konusu olasılığın son derece kuramsal olduğu ifade edilmelidir. Pek çok durumda güven kuramına göre muhatap söz konusu beyanı bir diğerinin geçersizliği şartına bağlanmış (terditli) hak kullanımı olarak anlamalıdır.

¹²⁰ Becker, s. 45; Seliçi, s. 163 vd.; Molitor, s. 104; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1148; **ZK-Adrian Staehelin**, 2014, Art. 335 OR, N. 37 vd.; Kochendörfer, s. 159 ve 167; Ölekli, s. 90

¹²¹ Aynı türden yenilik doğuran hak kullanımı şeklinde: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 250; Oğuzman, s. 121

¹²² Takas hakkının kullanımı açısından benzer şekilde: von Tuhr/Escher, s. 206; İFM, 7.4.2009, 4A_82/2009 (Swisslex); Hüseyin Murat Develioğlu, **Takas**, İstanbul, 2012, s. 218; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 1994, s. 134

Hukukta çift etki kuramına göre farklı yenilik doğuran haklar (önce yanılma nedeniyle iptal ve ardından aldatma nedeniyle iptal) aralarında zamansal olarak uzun bir aralık bulunmasa dahi kullanılabilir¹²³. Ayrıca sona erdirmeye yönelik haklar, daha önceden kullanılmamış ise dava açıldığı takdirde dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile kullanılmış sayılırlar ve bu bağlamla terditli dava açılması da mümkündür. Ancak bu durumlarda, ileri sürülen son beyana öncelik verileceği, terditli istemlerde de hangi talebin öncelikli olduğu açık olarak belli olduğundan yukarıda ifade edilen muhatap nazarında belirsizliğe yol açmayacağı açıktır. Oysa muhatabın aynı anda söz konusu haklara ilişkin beyana maruz kaldığında, hak sahibinin hangi hakkını kullanmış olduğu yönünde bir belirlemede bulunması olanaksızdır. Bu nedenle de farklı sonuçlar doğuran yenilik doğuran hakların aynı anda muhataba yöneltmesi hükümsüz olmak gerekir¹²⁴.

Diğer yandan aynı sonuca yönelmiş birden fazla yenilik doğuran hakkın kullanılmasında bu sorunla karşılaşılması söz konusu olmaz. Bu durumda, hak sahibi ilgili haklarını yine gerekçelendirmek suretiyle kullanabilir¹²⁵. Ancak genel geçer bir ifadeyle herhangi bir belirleme yahut somutlaştırma olmadan sona erdirme beyanında bulunulması halinde, haksız sona erdirme gerçekleşmiş olur¹²⁶. Zira bu durumda esasen doğmuş ve mevcut bir sona erdirme hakkı kullanılmış olmaz. Toplu olarak kullanılan sona erdirme haklarından birinin haklı olması, diğer beyanlar bakımından haksız sona erdirme sonucunun doğmaması için yeterli olacaktır, çünkü sona erdirme bu durumda hukuka uygun olarak gerçekleşmiş olur.

(iii) Gerçekleşecek Sebebe İstinaden Somutlaştırma

Sebebin somutlaştırılması hususunda değinilmesi gereken son husus, ileride gerçekleşecek bir sebebe dayanılmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bilindiği üzere bir işlemin geçerliliği kural olarak

¹²³ Çift etki kuramıyla birden fazla yenilik doğuran hakkın aynı anda kullanılmasının mümkün olacağı görüşünde: Kali, s. 110

¹²⁴ Hak sahibinin en lehine olan hakkın kullanılmış sayılmasının isabetli olacağı fikrinde: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 251 dn. 124

¹²⁵ Mankowski, s. 701; Lent, 409

¹²⁶ Yenilik doğuran hak kullanımının tasarruf işlemi olduğunu kabul eden görüş uyarınca bu sonuç tasarruf işlemlerindeki belirlilik ilkesi gereği evleviyetle kabul edilmek gerekir.

işlemin varlık kazanma anı itibarıyla değerlendirilir¹²⁷ ancak tamamlayıcı unsurlar eksikse askıda hükümsüz olan işlem tamamlayıcı unsurun niteliğine göre tamamlanma anı veya işlemin kurulma anı itibarıyla hüküm kazanabilir¹²⁸. Bu açıdan bakılırsa, yenilik doğuran sebebin gerçekleşmesi yenilik doğuran sözleşmeyi sona erdirme hakkının geçerlilik şartı olup tamamlayıcı unsur olmadığından kural olarak öncelenmiş şekilde sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılmayacağı sonucuna varmak gerekir¹²⁹.

Buna karşılık konuya bir de şarta bağlı işlem bakımından yaklaşmak lazım gelir. Yenilik doğuran hakların şarta bağlanarak kullanılması ancak şartın gerçekleşmesinin muhatap bakımından belirsizlik yaratmayacağı hallerde mümkündür¹³⁰. Dolayısıyla, yenilik doğurucu sebebin gerçekleşmesinin tamamen muhatap elinde olduğu hallerde şarta bağlı surette yenilik doğuran hakkın kullanılabilmesi ileri sürülebilir. Bu itibarla, tam iki taraflı sözleşmelerde mübadele ilişkisindeki edimde borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklı tarafın önelle birlikte sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğine ilişkin kabul de gerekçesini burada bulur¹³¹. Aksi takdirde bu kabulün tek dayanağı olarak MK m. 2 hükmü kalır.

Kanımızca burada yenilik doğuran hakların istisnai olarak şarta bağlanabilirliği ve işlemin geçerlilik koşullarını birlikte dikkate alan bir görüş benimsenmelidir. Yenilik doğuran hak, koşula bağlanabilir. Ancak koşul olarak bağlanabilecek olgu, bu işlem açısından tamamlayıcı unsur sayılmalıdır, geçerlilik koşulları şarta bağlanmaz. Başka bir deyişle yenilik doğurucu sebep açısından şarta bağlamaya cevaz verilemez. Dolayısıyla gelecekte gerçekleşecek yenilik doğuran sebebe (*Gestaltungsgrund*) dayalı olarak yenilik doğuran hak kullanımını hükümsüz addedilmek gerekir. Ancak muhatabın, yenilik doğurucu sebebin sonradan gerçekleşmesi üzerine işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi MK m. 2 açısından katı bir şekilde değerlendirilmelidir.

¹²⁷ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 498

¹²⁸ Vionnet, s. 202-203; Kocayusufpaşaoğlu, §43 N. 33-34; İşlem askıda iken beyanda bulunan kişi beyanıyla bağlı kalır: von Tuhr, **AT**, §50, dn. 50

¹²⁹ Aksi yönde: Vionnet, s. 203: Yazar bu bağlamda geçerlilik koşulu ve tamamlayıcı unsur ayırımına girmemektedir.

¹³⁰ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 259; Mankowski, s. 731; Bucher, s. 510 dn. 25; Schwenzer, N. 11.11; Wolf/Neuner, §20 N. 37; Medicus/Petersen, N. 849; L'huillier, s. 241 vd.; Koller, **AT**, N. 3.67

¹³¹ Vionnet, s. 204; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 259

(3) Sebebi Değiştirme Olanadı

Sözleşmeyi sebebe bağlı sona erdirmeye hakkı, herhangi bir sebep gösterilmeden veya gerçekleşmemiş bir sebep gösterilmek suretiyle kullanıldığında, yenilik doğuran beyanın yeni bir sebep gösterilerek hüküm doğurmasının sağlanıp sağlanamayacağı ve bu şekilde haksız sona erdirmenin önüne geçilip geçilemeyeceği ayrı bir hukuki sorun oluşturmaktadır.

Kural, bir hukuki işlemin kurulduğu ana göre geçerliliğinin değerlendirilmesidir¹³². Kanunda açık bir hükümlerle geçerlilik koşullarının (tamamlayıcı unsurlar) sonradan tamamlanmasına izin verilmedikçe¹³³ hukuki işlemin geçerlilik statüsünün değişmesinin olanağı yoktur¹³⁴. Ayrıca böyle bir kabulün varlığı halinde de yenilik doğurucu beyanın belirsiz bir şekilde şarta bağlanmasıyla aynı durum oluşur ki bu durumda da yine belirsizliğe cevaz verilemez¹³⁵.

Bu itibarla kuramsal açıdan hükümsüz sona erdirmeye beyanının sebep değiştirilmesi suretiyle geçerli bir hukuki işlem haline getirilmesinin imkânı yoktur¹³⁶.

¹³² Kılıçoğlu, s. 142-143; Schwenzer, N. 32.09; Huguenin, N. 397; Reinhard Bork, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, 2016, N. 1239; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 498.

¹³³ Örnek olarak AL. MK §185/II hükmü verilebilir. Buna göre, tasarruf yetkisi bulunmayan birinin yaptığı tasarruf işlemi, yetkinin sonradan kazanılması halinde hüküm ifade edecektir. Bu yönde benzer bir açık düzenleme Türk hukukunda bulunmamaktadır. Bu itibarla tasarruf yetkisinin sonradan kazanılmasıyla, ilgili işlemin hükümsüzlükten kurtulacağı ancak MK m. 2 ile gerekçelendirilebilir. Haluk N. Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2002, s. 108; TBK m. 46'dan örnekseyerek: M. Serkan Ergüne, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, 2017, N. 348

¹³⁴ Hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin MK m. 2'ye aykırı olduğu durumda, kesin hükümsüzlük hukuk düzeni tarafından nazara alınmaz. Gerçek ve teknik anlamda hükümsüzlüğün iyileşmesi söz konusu değildir.

¹³⁵ Mankowski, s. 711; Aksi yönde: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 225; Yazar, özellikle sonradan farkına varılan vakıalar bakımından sebep değiştirilmesini olanaklı görmektedir. Bununla birlikte yenilik doğuran dava niteliindeki yalnız ortaklığın haklı nedenle feshinde farklı bir sonuca varılmak gerekir. Bu kapsamda verilen yenilik doğuran karar kural olarak ileriye etkili olacağından dava tarihinden sonra ortaya çıkan yeni sebepler sav ve savunmanın değiştirilmesi yasağına takılmaksızın ileri sürülebilir: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 502

¹³⁶ Mankowski, s. 710; Lent, s. 411 vd.; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 496; **ZK-Higi**, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 56; Haklı nedenle fesihte beyan edilen sebeple bağlı olunacağı: Oğuzman, s. 121, bununla birlikte yazar sebebe bağlılığı kabul etmekle birlikte, sebep bildirilmemişse istem üzerine sonradan açıklanabileceği, bildirilen sebebe dayanılmamış olduğunun ispatının ise beyan muhatabına ait olduğunu belirtmektedir (s. 121 ve dn 20). Bu kabul de yazarın oluşturduğu kuramsal çerçevenin pratik uygulanma imkânını yok etmektedir. Yarg. 11. HD., 9.5.2016, 10607/5217 (Kazancı) “davacının sözleşmeyi nedensiz feshetme hakkına dayanarak feshettiği, fesih gerekçesinin değiştirilemeyeceği, kaldı ki fesih tarihine kadar, sözleşme konusu olan markanın kullanımının engellenmesi bakımından, davalıya karşı herhangi bir girişimde bulunulduğunun da ispat edilemediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.. ONANMASINA”

Yeni beyan ancak yeni bir hukuki işlem olarak sonuç doğurabilir¹³⁷. Öte yandan eğer yenilik doğuran hakkın sebebi yerinde olsa dahi sonradan yeni bir sebep ileri sürülerek değiştirilmesi mümkün değildir¹³⁸. Yeni sebep ileri sürülmesi bu durumda da yeni bir hakkın kullanılmasına karşılık gelir¹³⁹. Kural olarak, mevcut sebebin yeni yenilik doğuran bir hak olarak ileri sürülmesi, ilk kullanılan hak doğurduğu sonuçlar itibarıyla yeni hak kullanımına engel oluşturmuyorsa, olanaklıdır¹⁴⁰. Ancak başlangıçta önceki sebebin ileri sürülmesi, diğer yenilik doğuran haklardan feragat olarak yorumlanabiliyorsa¹⁴¹, mümkün olmayacaktır. Keza kasten önceki sebeplere dayanılmaması ve sonradan ileri sürülmesi çelişkili davranış yasağını ihlal edebilir, ancak bunun kanıtlanması hemen hemen hiç söz konusu olmayacaktır¹⁴². Sonradan ortaya çıkan sebepler her zaman için yeni bir hak olarak kullanılabilir¹⁴³. Ancak tamamlayıcı mahiyetteki ek vakıaların belirtilmesine, farklı bir hakkın kullanılmasına yol açmış olmayacakları için engel yoktur¹⁴⁴.

Usul hukuku açısından ıslah yolu ile davanın hukuki sebebinin değiştirilmesi olanağının bulunması da farklı bir sonucun kabul edilebilmesi için yeterli olmaz. Zira usul hukuku hükümleri maddi hukukun kişilere tanıdığı hakları aşan veya onlardan farklılaşan sonuçlar doğuramaz¹⁴⁵. Bu durumda ıslah yoluyla, ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edildiği tarih itibarıyla yeni hak kullanılmış olur. Dava da buna göre görülmelidir.

¹³⁷ Kali, s. 28; Hungerbühler, s. 22; Lent, s. 411

¹³⁸ İptal hakkı bakımından: **NomosK**-Feuerborn, §143 BGB, N. 9; Önceden kullanılan yenilik doğuran hakkın hükümden düşüp düşmeyeceği ise yenilik doğuran hakların geri alınmasına dair tartışmada alınacak tavra bağlıdır. Bu hususta: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 443 vd. Ayrıca, hukukta çift etki kuramı kabul edildiği takdirde yeni beyan ayrı bir hak kullanımını teşkil eder ve önceden kullanılan hakkı sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır.

¹³⁹ Seliçi, s. 159; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 493 ve 496. Bu durumda hukukta çift etki kuramı uyarınca sonradan kullanılan yenilik doğuran hak da hüküm doğurur.

¹⁴⁰ Mankowski, s. 712-713; Becker, s. 50

¹⁴¹ Örnek olarak aldatma ile malul bir sözleşmeden, borç temerrüdü nedeniyle dönülmesi verilebilir.

¹⁴² Mankowski, s. 713

¹⁴³ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 496. Bu çerçevede ilk işlemin ikinci işlemin geçerlilik koşullarının sağlamaması nedeniyle çevirmeye başvurulması da olanaksızdır. Bkz. ve Karş.: N. 499

¹⁴⁴ Kali, s. 27 vd.; Lent, s. 414; Seliçi, s. 160; Molitor, s. 258; Hungerbühler, s. 31; Fesih anında haberdar olunmayan sebepler bakımından: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1158 ve N. 1167 ancak karşı. N. 1161

¹⁴⁵ Kali, s. 32; Hungerbühler, s. 23; Lent, s. 416

4. Sona Erdirme Hakkının Kötüye Kullanılması

Haksız sona erdirmenin gerçekleşme şekillerinden biri de mevcut sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih hakkının kötüye kullanılması teşkil etmektedir¹⁴⁶. Bu çerçevede bir sona erdirmeye hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşmanın ön koşulu geçerli bir dönme veya fesih hakkının doğmuş olmasıdır¹⁴⁷. Dolayısıyla kötüye kullanma suretiyle sona erme bakımından inceleme, haksız sona erdirmeye açısından sonraki bir aşamayı oluşturmaktadır.

Hakkın kötüye kullanılması MK m. 2 hükmüyle öngörülen emredici¹⁴⁸ ve genel bir düzenleme olması itibarıyla sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik yenilik doğuran haklar bakımından da uygulama alanı bulur¹⁴⁹. Bu çerçevede MK m. 2 sona erdirmeye haklarının tespiti ve kötüye kullanmanın sonucu bakımından öncelikli olarak uygulanır. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu¹⁵⁰ bu hususta özel düzenlemelerde de bulunma gereği duymuştur. TBK m. 378/II hükmü uyarınca hasılat kirası olağan fesih yoluyla, uygun olmayan zamanda¹⁵¹ ve dürüstlük kuralına aykırı olarak feshedilemez. TBK m. 640/II hükmü uyarınca da yalın ortaklığın olağan feshinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılması mümkün değildir. TBK m. 434 hükmü ise işverenin hizmet sözleşmesini feshetme hakkını kötüye kullanmasını düzenlemektedir¹⁵². Şu var ki bu hükümlerden TBK m. 378/II, MK m. 2'yi tekrar

¹⁴⁶ İş hukukunda fesih hakkının kötüye kullanılmasına haksız fesihten özel sonuçlar bağlandığı için bu iki kavram birbirinden ayrılmaktadır: Tolu, s. 58. Ancak genel hükümler bakımından bu ayrımın gereği ve yeri yoktur.

¹⁴⁷ Sarper Sözek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, 1976, s. 70; Tolu, s. 52; Cem Akbıyık, "Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının İş Sözleşmelerindeki Rolü", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 6 C. 6 S. 2 (Temmuz 2007), s. 21

¹⁴⁸ Hakkın kötüye kullanılması bağlamında MK m. 2 emredici niteliktedir: **BSK**-Honsell, Art. 2 ZGB, N. 34; **BK**-Hans Merz, 1962, Art. 2, N. 101-104; Oğuzman/Barlas, N. 966; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1983, s. 294-295 ve s. 290 vd.; İmre, s. 302 ve 327

¹⁴⁹ Fesih hakkı yönünden: Seliçi, s. 148

¹⁵⁰ İsviçre Borçlar Kanunu da yalın ortaklıkta m. 546, hasılat kirasında m. 304 hükümleri aynı yönde düzenlemeler içermektedir, hizmet sözleşmesine ilişkin m. 336 vd. ise yine fesih hakkının kötüye kullanılmasını daha farklı ve ayrıntılı şekilde hükme bağlamıştır.

¹⁵¹ İfade etmek gerekir ki uygun olmayan zamanda yapılan fesih, bu hakkın kötüye kullanıldığı hallerden biri olup ayrıca belirtilmiş olmasının hükmün açısından pratik ve kuramsal önemi yoktur. Aynı tespit TBK m. 640/II hükmü için de geçerlidir. Ancak bu hükümde uygun zamandan önce özellikle ibaresi kullanılarak bu durumun örnek teşkil ettiği daha açık bir şekilde gösterilmiştir.

¹⁵² İş hukuku öğretisinde bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılmasından ziyade kötüniyetli fesih terimi kullanılmaktadır: Tolu, s. 51 vd.

etmekle yetinirken diğer hükümler hakkın kötüye kullanılmasına özel sonuç ve yaptırımlar¹⁵³ bağladığından öncelikli olarak onların uygulanması lazım gelecektir.

Sona erdirme hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna varabilmek için genel hükümler bakımından kullanılan ölçütlere başvurmak gerekir. Bu çerçevede hakkın amacından saptırılması, hak sahibinin meşru menfaatinin olmaması, sona erdirme hakkının kullanılmayacağına dair güven uyandırılması¹⁵⁴ gibi hallerde sona erdirme hakkı kötüye kullanılmış olur¹⁵⁵. Sona erdirme hakkının kullanılmasıyla taraflar arasında menfaat dengesinin ölçüsüzce yıkılacak olması hakkın kötüye kullanıldığını gösterir¹⁵⁶. Sebebe bağlı olmayan sona erdirme haklarının da kötüye kullanılması mümkündür¹⁵⁷.

Yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirme hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşırsa, haksız sona erdirme gerçekleşir¹⁵⁸. Başka bir

¹⁵³ Bu kapsamda yalın ortaklığın olağan feshi hakkı kötüye kullanıldığında bu hukuki işlem kanun gereği tahvil olarak takip eden hesap dönemi sonunda hüküm ifade etmektedir. Böylece çevirmenin koşullarına bakılmaksızın, yasal çevirme kendiliğinden gerçekleşir. Bununla beraber diğer ortaklıkların bu fesih işlemi üzerine güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle haklı nedenle fesih davası açma olanakları kuramsal olarak mevcuttur. İşveren, hizmet sözleşmesinin olağan fesih hakkını kötüye kullandığı takdirde ise yasa gereği sözleşme sona erer ve özel hukuk cezası niteliğindeki (Oğuzman, s. 282; Tolu, s. 213) tazminatı ödemekle yükümlü olur. Bu bağlamda fesih hakkının mutlak bir nitelik taşıdığından ziyade, sözleşmeye aykırılığa ilişkin özel bir düzenleme öngörüldüğünün kabul edilmesi yerinde olacaktır. Karş. Tolu, s. 51

¹⁵⁴ Haktan feragat edildiği sonucuna varıldığı olasılıkta ise artık doğrudan doğruya haksız sona erdirmeden söz edilmek gerekir. Bu durumda kötüye kullanılacak bir hak dahi yoktur. İmre, s. 309

¹⁵⁵ Genel olarak verilen bu örnekler: Oğuzman/Barlas, N. 872 vd.; Edis, s. 328 vd.; İmre, s. 314 vd.

¹⁵⁶ Orantılılık olarak: Wolf/Neuner, §20 N. 86. Fransız hukukunda belirsiz süreli sözleşmelerin olağan feshine ilişkin olarak içtihatlar, feshin taraflardan birinin ekonomik etkinliğinin devamlılığına hanel getireceği takdirde fesih hakkının kötüye kullanılmış olacağı yönündedir: Michaël Barberis, **La liberté de rompre unilatéralement le contrat**, DEA (Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines), 2002, N. 90; Örnek olarak: Cass. com., 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n. 326, s. 234. Fransız yüksek mahkemesi imtiyaz sözleşmeleri bağlamında amorti edilmemiş yatırımların fesih tarihi itibarıyla bulunması halinde kötüye kullanımın bulunacağına zira yatırımcının hukuki ilişkisinin devamlılığına haklı bir güven duyduğuna işaret etmektedir: Barberis, N. 90; Sonuçları: Barberis, N. 188 vd.; İsviçre’de aynı görüşte: Cherpillod, N. 62. Ayrıca: Walter Doralt, **Langzeitverträge**, 2018, s. 461-462, yazar cezai şartın doğan zarara nazaran aşırı derecede yüksek olması halinde hakkın kötüye kullanılmış sayılabileceği görüşündedir, ancak ahlaka aykırılık bakımından cezai şartın geçerlilik koşuluna bağlı olduğunu ifade etmektedir. Türk öğretisinde ise konuya hukuki işlemin geçerliliği yönünden ve MK m. 2’nin ikincilliği dikkate alınarak yaklaşmaktadır: Şenol, s. 183; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, 2014 s. 308

¹⁵⁷ Yarg. 19. HD., 14.11.2005, 286/11078 (Kazancı) “..bayilik sözleşmesinin süresiz bir akit olması nedeniyle hakkın kötüye kullanılmaması şartı ile her zaman tek yanlı olarak fesih edilinceye kadar, davalının ceza-i şart talebinin yerinde olmadığı, ... davalı ... A.Ş.nin akdi tek yanlı olarak hakkın kötüye kullanılması suretiyle fesih edildiğini kanıtlayamamış olmasına ... ONANMASINA”

¹⁵⁸ Seliçi, s. 150; Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara, 1989, s. 152; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Ankara, 2005, s. 191; Hakkın

deyişle hukuka uygun bir sona erdirme beyanı bulunmadığından, beyan kesin olarak hükümsüz sayılır ve beyan edilen arzu yönünde hüküm doğurmaz¹⁵⁹. Bununla birlikte haksız sona erdirmeye bağlanan sonuçlar gerçekleşir¹⁶⁰.

5. Sona Erdirme Hakkının Düşmüş Olması

Haksız sona erdirme beyanının varlığının belirlenmesi bakımından doğmuş bir sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih hakkının varlığını ne kadar sürdüreceği de önem arz etmektedir. Bu bakımdan öncelikle doğmuş bir sona erdirme hakkının varlığı gerektiğinden; durum, bir ölçüde sona erdirme hakkının kötüye kullanılmasına benzemektedir. Sona erdirme haklarından feragat edilmesi gibi hallerde ilgili hakkın sona ermiş olduğu açık olduğu halde, söz konusu haklar üzerinde zamanın etkisi bakımından aynı tespiti kolaylıkla yapmak mümkün olmamaktadır. Sona ermiş bir sona erdirme hakkını kullanmaya yönelik hukuki işlem de haksız sona erdirme sayılacaktır¹⁶¹.

Belirtildiği üzere sözleşmelerin sona erdirilmesine yönelik beyanlar yenilik doğurucu nitelikte olup bu yönde hukuk düzenince tanınmış olan sözleşmeden dönme ve sözleşmeyi fesih hakları da bozucu yenilik doğuran haklardandır. Alacak

kötüye kullanılmasından önce, sona erdirme beyanı geçersiz ise öncelikle haksız sona erdirme gerçekleşir. Karş. Akbıyık, s. 21, yazar hem beyanın hükümsüzlüğünün hem de sona erdirme hakkının kötüye kullanılmış olmasının birleşebileceğini savunmaktadır.

¹⁵⁹ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 152; BK-Merz, Art. 2 ZGB, N. 317; Oğuzman, s. 164; L'huillier, s. 231, yazar hakkın kötüye kullanımının aslında olmayan bir hakkın kullanımı anlamına geldiğini belirtmektedir. Alman hukukunda konu, ahlaka aykırı fesih bağlamında TBK m. 49/II'ye benzer bir işlevi olan Al. MK §826 hükmünün etkisi açısından tartışılmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca doğacak tazminat yükümlülüğünün, ahlaka aykırı feshе geçerlilik kazandırmak için yeterli olabileceği bir görüş tarafından ileri sürülmüşken, bir diğer görüş açık yasal dayanak olmadıkça ahlaka aykırılığın (Al. MK §138) hukuki işlemin hükümsüzlüğünü doğuracağını kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi ve ikinci görüş yönünde: Molitor, s. 162 vd. Türk hukuku bakımından da TBK m. 49/II hükmünden hareketle ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olması gereken fesih beyanlarına hüküm kazandırılması kabul edilemez. Hukuki işlemin geçerliliği ve ahlaka aykırı fiil nedeniyle sorunluluk (TBK m. 49/II) birbirinden farklı alanlardır. Hakkın kötüye kullanılmasının haksız fiil oluşturacağı görüşü: Saymen/Elbir, s. 412

¹⁶⁰ Karş. Oğuzman, s. 282: Yazar, fesih beyanın hükümsüz sayılmasıyla tazminat yaptırımlarının birbirini dışladığı fikrindedir. Oysa ki tazminat yaptırımını doğuran hükümsüz beyanla açığa vurulan kesin ifa etmeme iradesidir. Beyan geçerli kabul edilseydi, herhangi bir tazminat talebinin doğmaması gerekirdi.

¹⁶¹ Yarg. 15. HD., 27.5.2011, 384/3150 (Kazancı) "Bakanlıkça süre bitiminden önce akdin uzatılmaması gerektiği 16.04.2003 tarihinde Vakfa bildirildiği, bu süre içerisinde 18.04.2003 tarihine kadar Vakfın sözleşmeden doğan fesih hakkı bulunduğu halde akit feshedilmemiş, sözleşme hükümleri uyarınca 1 yıl daha uzamıştır. Davalı Vakıf fesih bildirimini 11.06.2003 tarihinde, yani fesih hakkı sona erdikten sonra yapmıştır. Bu durumda feshin haksız olduğuna dair kabul yerindedir."

haklarından farklı olarak yenilik doğuran haklarda, zamanaşımına benzer şekilde, zamanın etkisi genel olarak düzenlenmiş değildir¹⁶². Bu nedenle kural olarak yenilik doğuran bir hak için kanunda¹⁶³ özel bir düzenleme öngörülmedikçe¹⁶⁴ hak, doğduktan sonra her zaman kullanılabilir.

Hak düşürücü süre öngörülmemiş yenilik doğuran bir hakkın sonsuza kadar kullanılma riskinin bulunması muhatap bakımından büyük bir belirsizlik yarattığı için alacak haklarında söz konusu olduğu gibi bir korumanın bulunması gereklidir¹⁶⁵. Benzer gereksinim öngörülmuş hak düşürücü süre içinde de doğabilir.

Bu çerçevede önerilen çözümlerden birincisi, yasal olarak hak düşürücü süre tanınmayan hallerde¹⁶⁶ muhatabın hak sahibine hakkını kullanması için süre tanınmasıdır¹⁶⁷. Türk-İsviçre hukuklarında da örnek olarak TBK m. 227/İBK m. 205 çerçevesinde alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmamış olması durumunda bu çözümden yararlanılması ileri sürülmektedir¹⁶⁸. TBK m. 46/II de yetkisiz temsil

¹⁶² Alman hukukunda: Wolf/Neuner, §22 N. 3; Bork, N. 318. Kıyasen dahi uygulama alanı bulamayacağı: Peter Nabholz, **Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsründe infolge Zeitablaufs**, Zürich, 1961, s. 42; Alman hukukunda: Enneccerus/Nipperdey, §225 IV, §230 III 2, §231 I 3

¹⁶³ Yenilik doğuran hakka ilişkin yasal düzenlemeler emredici değilse yahut sözleşmesel yenilik doğuran bir hak söz konusuysa, hak düşürücü süre sözleşmeyle belirlenebilir: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 403; Gauch/Schluep/Schmid, N. 159

¹⁶⁴ Yenilik doğuran hakların niteliği gereği tanınan süre kural olarak hak düşürücü süre niteliğinde olacaktır. Zira zamanaşımı söz konusu olması halinde, hakkın sonuç doğurup doğurmaması muhatabın zamanaşımı def'ini ileri sürmesine bağlı kalacaktır. Karş. Hak düşürücü sürenin her hak için öngörülebileceği: Wolf/Neuner, §22 N. 6

¹⁶⁵ Tolu, s. 131; Vionnet, s. 269 vd. Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2011, s. 428. Ayrıca karşı. Vionnet, s. 275 vd., yazar süresiz yenilik doğuran hakların muhatabın kişilik haklarını ihlal edebileceğini (MK m. 23) ileri sürmektedir. Bununla birlikte süresiz yenilik doğuran hakların da onlara dayanak oluşturan hukuki işlemin süresiyle bağlantılı olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Örnek olarak böyle bir durumda sözleşmenin süresinin dolmasıyla birlikte süresiz olarak kararlaştırılmış yenilik doğuran hak da sona erer.

¹⁶⁶ Leverenz, s. 8; Buna karşılık öğretilde yasal olarak hak düşürücü süre tanıdığı olsa bile bu olanağın söz konusu olabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur: **BK-Hermann Becker**, 1945, Art. 31 OR, N. 5 vd. Yanılma bakımından: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 455. Kanunla öngörülmuş hak düşürücü sürenin bu şekilde kısaltılmayacağı yönünde: von Tuhr/Peter, §39 III, dn. 25; Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, 2003, s. 119; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, s. 128-129; **ZK-Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger**, 1929, Art. 31 OR, N. 19 vd.; Art. 25 OR, N. 7

¹⁶⁷ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 404; Leverenz, s. 8; Philipp Jermann, **Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit**, Diss. St. Gallen, 2003, N. 128 vd.

¹⁶⁸ Önen, s. 31; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 405; Eugen Bucher/Vedat Buz, "Mağdur Edilen Alıcı", **Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004, s. 153: Yazar bu hususta bir kanun

bakımından bu çözümün pozitif dayanak bulmuş bir görünümüdür. Yasal bir dayanak olmadığı sürece bu çözüme başvurulması mümkün değildir¹⁶⁹. Zira bir hak düşürücü süre kanunla öngörüldükten sonra onun daha da kısılmasına yol açacak imkânın kanun boşluğu gerekçesiyle yaratılması, ortada bir boşluk bulunmadığı için kabul edilemez. Ayrıca MK m. 2 hükmü de şartları varsa hakların kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde yenilik doğuran hakkın kullanılmasına engel olur. Bu karşılık böyle bir hakkın yaratılması için hukuki bir dayanak teşkil etmez.

İkinci çözüm ise hakkın etkisizleşmesidir (*Verwirkung*). Alman hukuku kökenli bu kavram uyarınca, hak sahibi bir hakkının kullanmayacağına yönelik muhatabında¹⁷⁰ haklı bir güven uyandırırorsa belli bir sürenin geçmesiyle hak etkisizleşir¹⁷¹. Burada hakkın etkisizleşmesine yol açan, tek başına zamanın geçmesi değil, hak sahibinin olumlu veya ihmali eylemleriyle¹⁷² bu hakkın kullanılmayacağına ilişkin bir güvenin muhatap nezdinde zaman içinde doğmuş olmasıdır¹⁷³. Sözü edilen hakkın etkisizleşmenin kökeni ve dayanağı hakkında Alman hukukunda farklı görüşler savunmuş olsa¹⁷⁴ da Türk hukuku açısından hakkın etkisizleşmesini bağımsız bir

boşluğu olmasa bile MK m. 2'den yararlanılmak suretiyle bu çözüm yoluna başvurulabileceği kanısındadır. Aynı çözüm: **BSK-Honsell**, Art. 205 OR, N. 2

¹⁶⁹ Hermann Krause, **Schweigen im Rechtsverkehr**, Harburg, 1933, s. 73 ve 186; Ayrıca: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 404-405

¹⁷⁰ Muhatap ifadesinden etkisizleşmenin salt nisbi haklar bakımından söz konusu olacağı anlaşılmamalıdır. Etkisizleşme tüm haklar bakımından gerçekleşebilir: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 134; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II**, 9. Bası, Zürih, 2008, N. 3386; Karş. Sadece belirli kişiler arasında güven ilişkisinin bulunması halinde uygulanacağı ve mutlak haklarda söz konusu olamayacağı fikrinde: **BeckOKG-Kähler**, § 242, N. 1478 ve 1479; Talep hakları, hâkimiyet hakları ve yenilik doğuran haklar şeklinde: Pawlowski, **AT**, §3 III 2, N. 333, ancak yazar özellikle yenilik doğuran haklar bakımından etkisizleşmenin önem arz edeceğine işaret etmektedir: N. 335

¹⁷¹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 405; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 451 vd.; Pawlowski, **AT**, §3 III 2, N. 333 vd.; Tolu, s. 132; Üstün kamu yararının söz konusu olduğu hallerde (tapu sicilinin korunması gibi) hakkın etkisizleşmesinin söz konusu olmayacağı fikrinde: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 143. Salt hareketsizlik yeterli değildir: Doralt, s. 261

¹⁷² Bu bağlamda hak sahibinin hakkını ileriye sürmek üzere harekete geçmemesi temel unsuru oluşturur. Eğer hakkın ileri sürüleceğine ilişkin ihtar çekilmesi gibi hareketlerde (Her türlü hareketin yeterli olacağı hakkında: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 140) bulunulduysa bu yönde bir güvenin gerçekleşeceğinden söz edilemez. Yine bu hareketten sonra uzun süre sessiz kalınması ve özellikle muhatabın itirazlarına karşı koyulmaması etkisizliğin gerçekleşmesi için yeterli olarak kabul edilebilir: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 138

¹⁷³ Sözleşmenin niteliği de belirleyici olur. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taleplerin daha çabuk ileri sürülmesinin daha beklenir olduğu şeklinde: Wolf/Neuner, §20 N. 90.

¹⁷⁴ Bir grup yazar etkisizleşmeyi Germen hukukundan gelen bir kavram olarak kabul ederken, bir kısım yazar ise çelişkili davranış yasağı veya dürüstlük kuralı kapsamında etkisizleşmeyi değerlendirmektedir (**MünchK-Schubert**, §242 BGB, N 310 ve N. 356; **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 131; Doralt, s.

kurum olarak kabule gerek yoktur. Çünkü MK m. 2 (*çelişkili davranış yasağı*) yeterlidir¹⁷⁵. Bu çerçevede yenilik doğuran hak sahibi bu hakkını kullanmayacağına dair haklı bir güveni muhatap nezdinde oluşturduğu takdirde bu hakkını kullanamaz¹⁷⁶. Bunun hukuki temelini ise ilgili yenilik doğuran hakkın kullanımının MK m. 2 uyarınca muhatapta uyandırılmış güven nedeniyle çelişkili davranış olarak hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesidir¹⁷⁷. Burada sonuç itibarıyla yenilik doğuran hakkın sona erdiği veya hakkın kullanılmasının mümkün hale gelmediği hususu tartışmalıdır¹⁷⁸. Hemen belirtmek gerekir ki bu tartışma tamamen kuramsaldır zira iki görüş uyarınca da durum, itiraz olarak re'sen dikkate alınmaktadır. Yenilik doğuran hakkın sona ereceğini kabul eden görüş uyarınca, yenilik doğuran hakkın amacını gerçekleştirememesi hakkın sona ermesine eşdeğer iken¹⁷⁹ diğer görüş sadece hakkın kullanım olanağının sona erdiğini kabul etmektedir¹⁸⁰.

259). Bir diğer görüş ise etkisizleşmeyi örtülü feragat kapsamında kabul etmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki Türk hukuku bakımından son görüşün etkisizleşmeyi açıklamaya yeterli olmadığı açıktır. Zira feragat edilmeye elverişli bir haktan örtülü olarak feragat edildiği sonucuna varılıyorsa hak artık feragat nedeniyle sona ermiş olur, etkisizleşme söz konusu olmaz (Alman hukukunda aynı yönde: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 132). Benzer şekilde bir kişinin haklı nedenle fesih hakkının doğduğunu bilmesine rağmen hakkını kullanmaması halinde haktan feragat anlamının çıkarılabileceği; bu sonuca varılmasa bile MK m. 2'ye aykırılığın söz konusu olabileceği yönünde: Seliçi, s. 166

¹⁷⁵ **ZK**-Max Baumann, 1998, Art. 2 ZGB, N. 385; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3388-3389; Şener Akyol, **Dürüstlük kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 1995, s. 57-58 ve 64-65; Vionnet, s. 279; Salt dürüstlük kuralı yönünde: **MünchK**-Schubert, §242 BGB, N. 357, Yazara göre hakkın etkisizleşmesinde hak sahibinin güven yaratan eylemsizliği bulunurken, çelişkili davranış yasağı söz konusu olduğu hallerde hak sahibinin bir eylemi bulunmakta olup bu nedenle hakkın etkisizleşmesi çelişkili davranış yasağından ayrılmalıdır. Ayrıca ifade edilmek gerekir ki MK m. 2'nin uygulanabilmesi için kusur gerekmediğinden hakkın etkisizleşmesinde hak sahibinin kusurlu olmasının herhangi bir rolü yoktur.

¹⁷⁶ Pawlowski, **AT**, §3 III 2, N. 333. Hakkının doğduğundan haberdar olmayan kişinin uyandırdığı bir güvenden söz edilemeyeceği için hakkın etkisizleşmesi için fikrimizce hak sahibinin hakkından haberdar olacak konumda olması gerekir. Karş. Kural olarak bilmenin gerekmediği ancak kusursuz bilgisizlik halinde etkisizleşmenin gerçekleşmeyebileceği şeklinde: **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 139

¹⁷⁷ Herhangi bir güven uyandırılması söz konusu değilse, hakkın etkisizleşmesi gerçekleşmez. Karş. Seliçi, s. 166: Yazar her türlü haksız gecikme halinde haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı sayılacağı görüşündedir. Aynı yönde: **BK**-Merz, Art. 2 ZGB, N. 526

¹⁷⁸ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 407; Tolu, s. 133; Sona erdiği fikrinde: Önen, s. 31

¹⁷⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 407; Pawlowski, **AT**, §3 III 2, N. 333

¹⁸⁰ Krause, s. 215; Pawlowski, **AT**, §3 III 2, N. 333; **MünchK**-Schubert, §242 BGB, N. 356; **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 144; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3387

Özellikle haklı nedenle fesih hakkı bakımından bu hakkın derhal¹⁸¹ kullanılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸². Hakkın etkisizleşmesi bakımından burada belli ayrımlar yapılması gereklidir. Eğer haklı neden oluşturan vakıa süreklilik arz ediyorsa, haklı nedenle fesih hakkı varlığını sürdürür ve etkisizleşme gerçekleşmez¹⁸³. Ancak bu sürekliliğe karşın haklı nedenle fesih hakkı kullanılmazsa hak sahibi açısından subjektif çekilmezliğin (*Bölüm: 3,I,C,4,b*) gerçekleşmediği ve haklı nedenle fesih hakkının doğmadığı sonucuna varılabilir¹⁸⁴. Bu da hakkın doğumuyla ilgili olduğundan *ex ante* bir değerlendirme gerektirir. Çekilmezlik yaratan vakıa süreklilik doğuran bir nitelikte değilse veya sürekliliği sona ermişse, artık haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olsa da o andan itibaren zamanın geçmesi haklı sebebin subjektif unsurunu ilgilendirmez; hakkın etkisizleşmesi kurumu bakımından değerlendirme gerekir¹⁸⁵. Bu bağlamda haklı nedenin içeriğine ve ilgili sözleşme tipine bağlı bir

¹⁸¹ Haklı nedeni oluşturan vakıaların ise hak sahibi tarafından öğrenilmiş olması gerekir (**MünchK-Gaiber**, §314 BGB, N. 21; Ayrıca: **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 51; **PalandtK-Grüneberg**, §314 BGB, N. 10). Bu vakıaların gerçekleşip sonuçlarını doğurmasından çok sonra öğrenilmesi çekilmezliğin takdirinde dikkate alınmalıdır. Özel bir hak düşürücü süre öngörülmüşse ona itibar edilmek gerekir.

¹⁸² Cherpillod, N. 135; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 120; Vionnet, s. 281 vd.; JdT 2004 I 63; Baycık, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 431. Kanunda öngörülmüş haklı nedenle fesih düzenlemelerinde ise kira sözleşmelerinde (TBK m. 331/369) “her zaman”, hizmet sözleşmesinde (TBK m. 435) “derhal”, yalın ortaklık ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde ise herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu çerçevede derhal ve her zaman ifadeleri bir farklılık yaratmaz. Haklı nedenle fesih hakkı doğmakla, bir süre sınırı anılan hükümlerin hiçbiri bakımından düzenlenmemiştir. Yenilik doğuran hakkın her zaman kullanılabilmesinin belirtilmesi, hiçbir ibare olmamasından farklı değildir. Hakkın kullanımı zamansal olarak sınırlandırılmamış olup ancak etkisizleşme ile tahdit edilebilir. Kira sözleşmesinde uygun süre şeklinde: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 228; Ayrıca: M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, C. II, İstanbul, 2014, s. 250-251; İsviçre’de: **CR-Lachat**, Art. 266g CO, N. 4; **ZK-Higi**, Art. 266g OR, N. 43; **BSK-Weber**, Art. 266g, OR, N. 6; Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde: Gülşah Sinem Aydın, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi”, **MÜHF-HAD** C. 24 S. 1 (2018), s. 355, ancak yazar uygun bir ihbar süresinin dürüstlük kuralı gereği bulunacağını belirtmektedir. Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara, 1959, s. 130; Haklı sebebin doğumuyla yalın ortaklığın haklı nedenle feshinin her zaman dava edilebileceği: **CHK-Jung**, Art. 545-546 OR, N. 11

¹⁸³ Benzer yönde Oğuzman, s. 114 ve dn. 301

¹⁸⁴ Yarg. 11. HD., 14.2.2012, 2559/1904 (Lexpera) “Bu bağlamda, davalı tarafından davacıya teminatın süresinin uzatılmasına ilişkin süre verilmesi esasen sözleşme ilişkisinin devam ettirilmesi iradesi, başka bir deyişle süre gelen ilişkinin çekilmez hale gelmediğinin kabulü olarak yorumlanmalıdır”; Yarg. 11. HD., 15.1.1992, 1959/96 (Lexpera) “Ancak davalının yazılı olmayan ikaz ve ihtarı üzerine davacının buna uyarak Çanakale dışına yaptığı satışları durdurduğu halde, davalının bir süre daha teslimata devam etmesi onun fesih iradesinin geçersiz sayılmasını gerektirir. Böylece haklı sebebe dayanarak yapılan olağanüstü fesih işlemi geçerli olmaz.”

¹⁸⁵ Bu nedenle haklı nedenle özel unsur olarak fesih hakkının derhal kullanılmasının aranması isabetli değildir. Hakkın doğma unsurlarıyla, etkisizleştirilmesinin unsurları karıştırılmamalıdır. Aksi yönde: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 454; Ayrıca aksi yönde subjektif çekilmezliğin yitirilmesinin etkisizleşmeye yol açacağı görüşünde: Tolu, s. 136-137; Gaye Baycık, “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakların

düşünme süresi bulunsa¹⁸⁶ da, haklı nedenden haberdar olan hak sahibinin bu hakkını muhataba güven oluşturacak bir süre zarfında kullanmamış olması, hakkın etkisizleşmesine yol açar¹⁸⁷. Şu kadar ki eğer hak sahibinin hareketsizliği esas olarak haktan feragat etmek yönündeki iradesinden ileri geliyorsa ve güven kuramına göre bir feragat beyanının bulunduğu sonucuna ulaşıyorsa, artık hakkın etkisizleşmesi değil, örtülü irade beyanı ile feragat söz konusu olur¹⁸⁸.

Bu bağlamda hak sahibinin hareketsizliğinin¹⁸⁹ muhatapta güven uyandırması hakkın etkisizleşmesi için temel unsuru oluşturur¹⁹⁰. Muhatabın süreklilik taşıyan eylemiyle yenilik doğan hakkın doğduğu durumlarda, hakkın etkisizleşmesinin söz konusu olmayacağı ifade edilmekte¹⁹¹ ise de özellikle haklı nedenle fesih durumunda sözleşmesel ilişkinin çekilmez hale gelmediği ve etkisizleşebilecek bir fesih hakkının dahi doğmayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ayrıca bu kapsamda güven yaratan vakıa, hak sahibinin hareketsizliği olmalıdır. Hak sahibinin kanaat verici davranışlarının bulunması halinde söz konusu hakkın etkisizleşmesi değil, örtülü feragat söz konusu olur¹⁹². Zira haklı neden teşkil edebilecek vakıalar oluştuğu

Etkisizleşmesi”, **İÜHF**M C. 72 S. 2 (2014), s. 67; Altınok Ormancı, s. 187; Benzer şekilde: Oğuzman, s. 37;

¹⁸⁶ Cherpillod, N. 254; Baycık, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 432 Kira sözleşmesinde: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 228

¹⁸⁷ Karş. Haktan feragat edilmiş olacağı ve bu suretle çekilmezliğin gerçekleşmediğinin kabul edildiği fikrinde: Oğuzman, s. 111. Yazar ayrıca hizmet sözleşmesi bakımından hak düşürücü süre tayininin BK m. 352/İBK m. 344 hükümleri lafzıyla tanındığını belirtmektedir. Bu çerçevede eğer hak düşürücü sürenin gerçekleştiği kabul edilecekse ayrıca bir feragat işleminin gereği olmaması gerekir.

¹⁸⁸ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 428. Hakkın sadece talep edilmemesi ise kural olarak örtülü feragat olarak yorumlanamaz. Alacak hakları açısından: Mustafa Aksu, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi** C. 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), s. 116

¹⁸⁹ Hareketsizliğin ne kadar sürmesi gerektiği hakkında önceden kesin bir belirleme yapmak mümkün değildir. Hakkın niteliği, hakkı doğuran vakıalar, hukuki ilişkinin niteliği, hak sahibi tarafından yaratılan güven ve muhatabın korunma gereksinimi bu bağlamda belirleyici unsurlardır (**BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 136). Örnek olarak haklı nedenle fesih bu hakkın derhal kullanılması gerekliliği muhatabın sözleşmesel ilişkinin akıbeti hakkında kesin bir bilgi sahibi olması gerekliliği ile temellendirilebilir.

¹⁹⁰ **BeckOK-Sutschet**, §242 BGB, N. 141

¹⁹¹ Tolu, s. 132

¹⁹² Aksi yönde: Tolu, s. 136; Baycık, **Etkisizleşme**, s. 66. Feragatten sonra ise etkisizleşme ve dürüstlük kuralına başvurmak olanaksızdır. Benzer hukuki durum, sözleşmenin örtülü olarak tadili bakımından da geçerlidir. Örtülü tadil gerçekleşmişse, tadil edilen sözleşmeye uygun davranmamak sözleşme ihlali teşkil eder, uyandırılan güvene aykırılık söz konusu olmaz Bu ayırımın gözden kaçırıldığı karar: Yarg. 19. HD., 31.5.2002, 9781/4188 (Kazancı) “Davalının, sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen nitelikte akreditif açmamasını sadece ilk partide teslim edilen kömür için akreditif açmasına rağmen davacının buna ses çıkarmayarak ilk parti malı teslim etmesi, tarafların sözleşmenin 8. maddesi hükmünü zımnen

anda objektif ve sübjektif çekilmezliğin gerçekleşmesiyle fesih hakkı doğar ve bu hakkın kullanımına engel olabilecek hukuki temel MK m. 2 hükmü gereği hakkın etkisizleşmesi olabilecektir.

6. Sona Erdirme Hakkının Şekle Aykırı Kullanılması

Sona erdirmenin şekle aykırı kullanımından maddi olarak sona erdirmenin bulunmasına karşılık, sona erdirmenin kullanılması için gerekli olan şekli koşullara uyulmamış olması anlaşılır. TTK m. 18/III uyarınca yapılması lazım gelen sözleşmeden dönme veya fesih beyanları¹⁹³ bu kapsamda verilebilecek en açık örneklerdir¹⁹⁴. Ayrıca, sözleşmesel olarak kararlaştırılan şekil koşullarına aykırı yapılan beyanlar da bu kapsama girecektir¹⁹⁵. Zira hukuki etki bakımından kanuni veya iradi şeklin işlem üzerindeki hükmü, kural olarak ve özellikle aksi kararlaştırılmamışsa aynıdır¹⁹⁶.

Teknik olarak şekil unsuru içinde değerlendirilmeyen¹⁹⁷ sona erdirmenin kullanılması için gerekli külfetlerin yerine getirilmemiş olması şekle aykırı fesih yahut dönme olarak nitelendirilemez. Zira burada söz konusu külfetler, hakkın doğumu veya

değiştirdikleri anlamına gelir. Davacı satıcının davalı tarafta yarattığı bu güvene rağmen daha sonra sözleşmede belirtilen nitelikte akreditif açılmaması sebebiyle mal tesliminden kaçınması hakkın kötüye kullanılması sayılır.”

¹⁹³ İlgili hükümde öngörülen şekil şartı hakkında: Tülay Aydın Ünver, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlarla İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, 2015, 871-875

¹⁹⁴ Yargıtay’ın aksi yönde ve fikrimizce isabetsiz kararları mevcuttur. Bu uygulama hakkında: Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 200; Yarg. 3. HD., 27.3.2018, 7167/3015 (Lexpera)

¹⁹⁵ ATF 95 II 43: “... Yenilik doğuran beyanla beyan sahibi, bir hukuki ilişki oluşturur. Eğer bunun için yazılı şekil şartı kararlaştırılmışsa, beyan sahibinin beyanla oluşacak hukuki ilişkiden doğan yükümlükleri sadece iradesini bu şekilde açıkladığında kabul etmiş sayılacağı varsayılmak gerekir.”

¹⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, §31 N. 6; **BK**-Ernst Kramer/Bruno Schmidlin, 1986, Art. 16 OR, N. 35; **CR**-Xoudis, Art. 16 CO, N. 35; **BSK**-Schwenzer, Art. 16 OR, N. 9; Bork, N. 1083 vd.; Wolf/Neuner, §44 N. 81; Medicus/Petersen, N. 640; Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2016, s. 137; Altınok Ormancı, s. 212. İradi şeklin, sözleşmesel hükümsüzlük anlamına geldiği yönünde: İFM, 6.3.2013, 4A_663/2012, G. 5.2.3 (Swisslex); Farklı yönde, iradi şekle aykırılığın yokluğa yol açacağı görüşü: **BK**-Müller, Art. 16 OR, N. 63-64, yazar kararlaştırdıkları şekle uygun olarak iradelerini açıklamayan tarafların gerçek anlamda bir bağlanma iradesi taşımadığını savunmaktadır. Aynı yönde: **CHK**-Kut, Art. 16 OR, N. 11. İradi şekle aykırılığın hükümlerine ilişkin anlaşma da yapılabileceği: **BeckOGK**-Wollenschläger, §127 BGB, N. 70; Boemke/Ulrici, §10 N. 61

¹⁹⁷ Başka bir deyişle şekil salt irade beyanlarına ilişkindir: Kocayusufpaşaoğlu, §25 N. 2; Flume, §15 I 4, s. 248; Bork, N. 1045 ve dn. 5. Karş. Eren, s. 287, yazar tescili de şekil kavramı içinde ele almıştır. Aynı yönde: **BK**-Müller, Art. 11 OR, N. 44; **ZK**-Peter Jäggi, 1973, Art. 11 OR, N. 60; Saymen/Elbir, s. 204

sona ermemesi açısından¹⁹⁸ varlık koşullarını oluşturmaktadır. Bu çerçevede örnek olarak tam iki taraflı sözleşmelerde borç temerrüdü nedeniyle dönme hakkının kullanılması için tanınması gereken önel veya satış sözleşmesinde ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıp ihbarının süresinde yapılmış olması gerekliliği verilebilir. Külfetler yerine getirilmeden yapılan sona erdirme beyanı da hakkın yokluğu itibarıyla kaçınılmaz olarak haksız olur¹⁹⁹. Sözleşmesel dönme hakları bakımından tanınan külfetler bakımından da aynı sonuçlar kabul edilmek gerekir. Zira bu durumda da külfetlerin yerine getirilmemiş olması hakkın varlığını etkilemektedir.

Eğer sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyan, kanun tarafından öngörülen şekil şartına göre yapılmadıysa söz konusu işlem bu sebeple geçersiz olur. Bu olasılıkta hangi geçersizlik statüsünün uygulanacağı hususunda bir açıklık yoktur. Öğretide bazı yazarlarca ve uygulamada şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlüğün gerçekleşeceği kabul edilmekte ise de şeklin koruyucu amacından hareket eden esnek hükümsüzlük görüşü de savunulmaktadır²⁰⁰. Bu çerçevede esnek hükümsüzlük görüşü uyarınca²⁰¹, öngörülen şekil şartının beyan muhatabını koruduğu kabul edilirse,

¹⁹⁸ Burada külfetin hakkın doğumuna veya sona ermesine ilişkin olarak bağlanması ilgili hakka ilişkin hükümlerin yorumlanmasına bağlı olarak anlaşılabilir. Ayıba ilişkin sorumlulukta gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin hakkın sona ermesini engelleyi nitelikte olduğu genel olarak kabul edilmekte iken İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında bu külfetlerin hakkı doğurucu nitelikte olduğunu belirtmiş fakat çelişkili şekilde külfetlerin hak düşürücü süreye tabi olduğunu kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Bucher/Buz, s. 155-157

¹⁹⁹ Yarg. 13. HD., 13. HD., 4.4.2016, 33180/9339 (Kazancı) “bu fesih ihtarnamesi öncesinde yukarıda açıklanan PFSTT 28. maddesindeki usule uygun olarak sözleşmeden kaynaklanan alacaklarının ödenmesine dair 30 günlük mehil verilmesine dair bir alacak ihtarnamesinin gönderilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı futbolcunun fesih ihtarnamesinin usulüne uygun yapılmadığı ve fesih işleminin haksız olduğunun kabulü gerekir.”; Yarg. 23. HD., 8.4.2016, 447/2227 (Kazancı) “davalının üzerine düşen edimleri yerine getirildiği iddiasının ispatlanamadığı, davalının fesihden evvel davaya uygun bir süre vermeden sözleşmeyi doğrudan feshinin haksız fesih sayılması gerektiği belirtilerek bozulmuş ... ONANMASINA”; Yarg. 11. HD., 18.2.2013, 3063/2687 (Kazancı) “mehil verilmeden yapılan fesihte anılan Kanunun 107. maddesindeki koşulların mevcut olduğunun da iddia ve isbat edilmemiş bulunması sebebiyle haksız olmasına ve feshin haksız olduğunun kabulünde herhangi bir usulsüzlük bulunmamasına göre..”

²⁰⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi: Kocayusufpaşaoğlu, §29 N. 2 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 538 vd.; Özbilen, s. 177 vd.; Engel, s. 259-262; Akbulut, s. 324 vd. Alman hukukunda da Al. MK §125/I şekle aykırı hukuki işlemlerin kesin hükümsüz (*nichtig*) olacağını düzenlemiş olmakla birlikte dürüstlük kuralına (§242) aykırı olarak hükümsüzlüğe başvurulamayacağı kabul edilmektedir: Wolf/Neuner, §44 N. 61 vd.; Bork, N. 1078 vd. Medicus/Petersen, N. 631. Şekle aykırılık yaptırımının aşılması hususunda ayrıntılı bilgi: Rona Serozan, **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Tübingen, 1968, s. 36 vd.

²⁰¹ Antalya, C. I, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu, §29 N. 2 ve 5; Özbilen, s. 187 vd.; Bucher, s. 169; **BSK-Schwenzer**, Art. 11 OR, N. 23; Huguenin, N. 377

beyanın akıbeti yine muhatabın iradesine bağı kalmaktadır ki bu sonucun yenilik doğuran hakların mahiyeti itibarıyla kabul edilebilir olmadığına yukarıda işaret edilmiştir. Dolayısıyla, şekle aykırılıkla ilgili genel tartışmalardan bağımsız olarak, şekle aykırı olarak kullanılan yenilik doğuran bir beyan, kesin hükümsüz sayılmalı ve haksız sona erdirmeye yönelik bir beyan kabul edilmelidir²⁰².

Buna karşılık iradi şekle²⁰³ aykırı olan sona erdirme beyanlarında, muhatabın şekle aykırılığa itiraz etmemiş olması, söz konusu beyanın aynı zamanda iradi şekilden vazgeçmeye yönelik bir öneri²⁰⁴ içerdiği ve muhatabın suskunluğunun bu yönden bir kabul olarak anlaşılmasına elverişlidir²⁰⁵. İradi şekil tanınmış dönme haklarına ise, kanunen tanınan ancak şekil şartı öngörülme kanuni dönme hakları ile kanunun öngörmediği, sözleşme taraflarınca tanınan ve şekil koşuluna uygun olarak kullanılacağı kabul edilen sözleşmesel dönme hakları girer.

Sona erdirme beyanının şekle aykırılık nedeniyle haksız olması, HMK m. 200 uyarınca öngörülen kesin delille ispat kuralından ayrı değerlendirilmek gerekir. Bu

²⁰² Kesin hükümsüzlüğün benimsendiği bir karar: Yarg. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı) “Ancak, bu bildirim sözleşmede belirli bir şekle ve süreye tabi tutulmuş ise, bildirim geçerli olabilmesi için, kararlaştırılan koşullara uyulması zorunludur”

²⁰³ Tek taraflı işlemler için de iradi şeklin kararlaştırılabileceği: Gauch/Schlupe/Schmid, N. 610; Huguenin, N. 386; Schwenger, N. 31.49; Bucher, s. 175; Bernhard Stehle, **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)-Präjudizienbuch OR**, Art. 16 OR, N. 1; ATF 138 III 123. Karş. **BK-Müller**, Art. 16 OR, N. 106, yazar bu hükmün tek taraflı hukuki işleme dair beyanda bulunmanın korunmasının söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceğini belirterek, yenilik doğuran hakları da bu kapsamda değerlendirmektedir. Aynı yönde: **CHK-Kut**, Art. 16 OR, N. 3; **ZK-Jäggi**, Art. 16 OR, N. 49 vd.; **BK-Kramer/Schmidlin**, Art. 16 OR, N. 53

²⁰⁴ Şekil anlaşmasını ortadan kaldırmaya yönelik ikale anlaşmasının örtülü olarak akdedilmesi, sözleşmenin karşılıklı olarak ifa edilmesiyle de gerçekleşebilir (Wolf/Neuner, §44 N. 82). Bu durumda kanuni şekil şartındaki gibi MK m. 2'ye başvurmadan önce, dürüstlük kuralının ikincilliği ilkesine uygun olarak, şekil anlaşmasına iradi olarak son verildiği sonucuna varmak daha doğru olacaktır. İradi şekli kaldıran sözleşmenin şekle tabi olmadan kaldırılamayacağı fikrinde: Helmut Böhm, “Das Abgehen von rechtsgeschäftlichen Formgeboten”, **AcP C. 178 S. 5** (1979), s. 437 vd., yazar iradi şekle tabi olmayan böyle bir anlaşmaya ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde hüküm tanınabileceği görüşünü savunmaktadır.

²⁰⁵ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2018, N. 497; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 136; Schwenger, N. 31.51. Şekil anlaşmasının ikalesinin şekle tabi olmayacağı: **PalandtK-Ellenberger**, §125 BGB, N. 19; Bork, N. 1066; Wolf/Neuner, §44 N. 83, yazar şekle aykırı sözleşme kurulduktan sonra şekil anlaşmasının ortadan kaldırılması halinde ilk sözleşmeye hüküm kazandırılmasının tartışılmalı olduğunu ifade etmektedir: N. 84. Bununla birlikte sözleşme tadilinin de şekle tabi olacağı hallerde (*doppelten Schriftformklausel*) şekil şartının bu surette ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmektedir: Wolf/Neuner, §44 N. 85; **PalandtK-Ellenberger**, §125 BGB, N: 19; Schwenger, N. 31.51; Ayrıca: Flume, §15 III 2, s. 264 ve dn. 51. Halbuki bu durumda da genel ilkenin uygulanmasında bir engel yoktur: Bork, N. 1066.

hükme uygun olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek taraflı irade beyanı ispatlanmadığı takdirde ilgili hukuki işlem, yargılama açısından yapılmamış sayılacaktır. Bu beyana istinaden sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de borca aykırılık şeklinde değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda kesin deliller arasındaki senet, hukuki işlemin diğer tarafından sadır olan yazılı belge olarak tanımlanır²⁰⁶. Dolayısıyla HMK m. 200 hükmü lafzı gereğince, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek taraflı beyanın, muhatap elinden çıkmış yazılı belgeyle ispatı lazım gelmektedir. Oysa bu hüküm iki veya çok taraflı hukuki işlemler bakımından yerindelik taşımaktadır. Tek taraflı bir hukuki işlemde muhatabın herhangi bir katılımı söz konusu olmadığından işlemin yer aldığı yazılı belgede imzasının bulunmaması doğaldır. Bu ispat gereğinin yerine getirilebilmesi için beyanda bulunan şahsın noter kanalıyla bu irade açıklamasını yapması zorunluluğu hâsıl olmaktadır ki bu zorunluk esasen ne maddi hukuk ne de usul hukuku hükümlerinde açıkça öngörülmüştür. Bu itibarla muhatabının katılımının söz konusu olmayan, tek taraflı işlemlerde HMK m. 200 hükmün uygulanması, düzenlemenin amacını aştığı ve örtülü boşluğun bulunduğu sonucuna ulaşıldığından²⁰⁷, mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, kesin delille ispat kuralı yukarıda açıklanan işlemler bakımından uygulama alanı bulmamalıdır.

B. Sona Erdirme Beyanının Kesin Olması

Yukarıda belirtildiği üzere, haksız sona erdirmeye beyanında, beyanda bulunan sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmeye yönelik bir hakka dayanmaksızın irade açıklamasında bulunur. İrade açıklamasının sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmeye yönelik olması lazım gelir ve bu nedenle bu yöndeki iradenin anlaşılabilir olması gereklidir²⁰⁸. Bu çerçevede sözleşmeden doğan borçların açıkça veya dolaylı olarak ifa edilmeyeceğine yönelik her borçlu beyanı her hâlükârda haksız sona erdirmeye

²⁰⁶ Pekcanitez Usûl-Erdönmez, C. II, s. 1773 vd.; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2015, N. 1162

²⁰⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 509, yazar benzer sonuca yürürlükten kalkan HUMK m. 293/b.3 hükmünün geniş yorumlanmasıyla ulaşmaktadır. Ayrıca: Suat Sarı, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, 2004, s. 88; Oğuzman, s. 179. Karş. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 254 ve dn. 134

²⁰⁸ Mankowski, s. 714; Kayıtsız şartsız olması gerektiği şeklinde: Böß, s. 21; Weidt, s. 120-121; Haklı nedenle fesih hakkında fesih beyanının bu hakkın kullanıldığını gösterecek şekilde açık ve net olması gerektiği hakkında: Altınok Ormancı, s. 174; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1120 vd.; Seliçi, s. 131; Molitor, s. 149; Oğuzman, s. 119

sayılamaz²⁰⁹. Başka bir ifadeyle sözleşmeyi sona erdirmeye niyeti, irade açıklamasından şüpheden uzak şekilde açıkça anlaşılabilir²¹⁰. Burada yine güven kuramı uygulanır ve beyana muhatap olan sözleşmenin diğer tarafının anlayışı nazara alınır²¹¹. Başka bir deyişle, yönelmiş irade beyanı, tipik bir fesih veya dönme beyanı olarak kabul edilebilecek içerikte olmalıdır, bu beyanlardan farkı beyanın amaçladığı hukuki sonucu doğuracak hakkın beyan sahibine tanınmamış olmasıdır. Beyanda bulunanın sözleşmeyle bağlılığından salt şüphe duyuluyorsa, bu durumda haksız sonra erdirmeye beyanında bulunulduğu sonucuna ulaşılamaz²¹². Bu çerçevede, yenilik doğuran sebebin gerçekleşmediği hallerde, sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih beyanlarının kural olarak kesinlik unsurunu barındıracağı belirtilmek gerekir²¹³.

²⁰⁹ Öncelenmiş borca aykırılık bağlamında: Decurtins, s. 62; Böß, s. 19 vd.; Weidt, s. 120, yazar Alman öğreti ve uygulamasında ciddi ve nihai (*ernsthaft und endgültig*) bir ifadan kaçınmadan söz edildiğine işaret etmektedir. Aynı yönde İsviçre’de: OG Zürich ZR 1941, s. 300 c. 12; Ayrıca: **MünchK-Emmerich**, vor §275 BGB, N. 249; Muhakkak olması (*bestimmt*) ifadesiyle: **Staudinger-Otto**, §323 BGB, N. B 83; Hizmet ediminin kabul edilmeyeceğini beyan edilmesinin haksız fesih sayılacağı: Seliçi, s. 152 dn. 155

²¹⁰ Böß, s. 19; Weidt, s. 121; Gernhuber, s. 145; İngiliz hukukunda *anticipatory breach* açısından aynı ölçüt kabul edilmektedir. Örnek olarak *The Mersey Steel and Iron Co v. Naylor, Benzon & Co [1884]* 9 App Cas, s. 438’de ifayı reddin redde bulunanın sözleşmeden dönme hakkı olsaydı dönmeye yeterli olacak derecede bulunması gerektiği; *Woodar Investment Development Ltd vs Wimpey Construction UK Ltd [1980]*, 1 WLR, s. 297’de sözleşmeyle bağlı olmamaya yönelik apaçık bir niyetin bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

²¹¹ Böß, s. 21 ve 22; Tolu, s. 41; Güven kuramı açısından genel olarak: Gauch/Schlupe/Schmid, N. 216; Karş. Weidt, s. 121; **Staudinger-Otto**, §326 BGB, N. B 89: Yazarlar makul bir üçüncü kişinin *ex ante* anlayışının esas alınacağını belirtmektedir. Beyanın muhataba ulaştığı anın esas alınması isabetli olsa da (Böß, s. 22; Decurtins, s. 62) sözleşme dışı bir kişinin ölçüt olarak alınması yerinde olmayacaktır. İngiliz hukuku bakımından bu yönden anlaşılabilir bir karar: *Universal Cargo Carriers Corp vs Citati [1957]* 2 QB, s. 436: “Sözleşmeyi inkâr eden tarafın makul bir insanı sözleşmenin ifa edilmeyeceği kanısına ulaştıran bir davranışta bulunup bulunmaması, [sözleşmeyi ihlal] niyetinin eylemli olarak ortaya konulup konulmadığına ilişkin testi gösterir.”

²¹² Decurtins, s. 62; Weidt, s. 124

²¹³ Karş Böß, s. 22; RGZ 67/317: Yazar ve Alman imparatorluk mahkemesi kararı, karar tarihinde yürürlükte olan Al. MK § 326 I uyarınca yapılan borçlu temerrüdü nedeniyle dönmeye ilişkin beyanın tek başına kesinlik unsurunu gerçekleştirilemeyeceğini, beyandan borçlunun ifada serbest olacağını anlaşıldığını belirtmektedir. Buna göre beyan, kesinlik açısından, diğer vakıalarla birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle geçerli bir ifa talebinin ardından yapılan haksız dönme beyanı veya haksız beyandan sonra yapılan talebin semeresiz kalmış olması beyanın kesinliğini gösterebilir. Ayrıca: Alman hukukunda haksız dönme veya fesih beyanında kesinliğin çıkarsanamadığı hallerde, karşı tarafa bu hususta süre verme hakkını tanıyan ve süre vermenin sonuçsuz kalması halinde ifanın reddinin gerçekleşmiş olacağını kabul eden görüş: Alfred Hueck, **Der Sukzessivlieferungsvertrag**, 1928, Münih, s. 114. Fikrimizce bu görüşlerin benimsenmesi mümkün değildir. Dönme veya fesih hukuki işlemleri sözleşmeyi sona erdirmeye yöneliktir. Bu hakların kullanılmasıyla sözleşmesel ilişkinin kesin olarak sonlandırılması amaçlanır. Haksız dönme veya fesih halinde dahi beyan sahibini iradesi bu yöndedir. Eğer beyandan yorumla sona erdirmeye iradesi anlaşılıyorsa, gerçek ve teknik anlamda fesih veya sözleşmeden dönme işlemi yoktur.

VI. Kanun Tarafından Öngörölmüş Serbest Sona Erdirme Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Çalışma kapsamının belirlenmesi açısından, yukarıda tanımı ve unsurları belirtilen haksız sona erdirmenin, Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmiş birtakım hükümlerle ilişkisinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira ilgili hükümlerin, haksız sona erdirme hali sayıldığı ölçüde haksız sona erdirme çerçevesinde incelenmesi lazım gelir. Buna karşılık hükümlerin, sebepten bağımsız yenilik doğuran hak olduğu sonucuna ulaşıldığı takdirde, bunların çalışma içinde değerlendirilmesi hakka dayalı bir sona erdirme bulunduğundan söz konusu olmayacaktır. Bu kapsamda, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde vekilin ve müvekkilin istifa ile azil haklarını düzenleyen TBK m. 512, eser sözleşmesinde iş sahibinin tam tazminatla fesih hakkını düzenleyen TBK m. 484, saklama sözleşmesinde saklatanın her zaman saklananın geri alabileceğini düzenleyen TBK m. 564 hükümleri, hizmet sözleşmesinde işveren bakımından TBK m. 434 ve 438 ile çalışan bakımından TBK m. 439 hükümleri²¹⁴ incelenmelidir. Bu başlık altında bu hükümler sadece bir sona erdirme hakkının varlığı veya haksız sona erdirmenin özel sonuçlarını düzenlenmesi açısından değerlendirilecektir.

Haksız sona erdirme beyanını karakterize eden, mevcut olmayan yenilik doğuran bir hakkı kullanmaya yönelik bir irade beyanı olmasıdır. Oysa yukarıda anılan hükümler, kanunen tanınmış bir sona erdirme hakkı tanımakta²¹⁵ olup sona erdirmenin sonuçlarını özel olarak düzenlemektedir. Kanun koyucu, farklı mülhazalarla, sözleşmeye bağlılık ilkesini gevşeterek, sözleşme ilişkisinin sona ermesi olanağı tanımış ve belli durumlarda hakkını kullanan kişinin sözleşmesel sorumluluğunun doğacağını hüküm altına almıştır. Esas itibarıyla bu hükümleri, haksız sona erdirme kavramıyla karıştırılmaya yaklaştıran da bu olgudur. Hukuk düzeninin tanıdığı bir hak,

²¹⁴ TTK m. 121/IV hükmünde düzenlenen acentelik sözleşmesinin feshi de Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki bir başka örnektir.

²¹⁵ Koller, **AT**, N. 29.3; Eser sözleşmesinde: Gauch, **Werkvertrag**, N. 523; Buz, **Fesih**, s. 218; Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2017, s. 224

sözleşmeye veya hukuka uygun²¹⁶ olarak kullanıldığı halde²¹⁷, hakkını kullananın sorumluluğu doğmaktadır²¹⁸ ki bu durum genel sorumluluk rejimi bakımından son derece istisnaidir²¹⁹. Geniş anlamda hukuka uygun eylem sonucunda bir taraf menfaat yitimine uğrarsa, kural olarak bu menfaat korunmaz²²⁰. Sorumluluğun kurucu

²¹⁶ Sözleşme ihlali söz konusu olmadığından kusur da bir unsur olarak sorumluluk içinde yer almaz. Başka bir deyişle bu hükümler kusursuz sorumluluk ihdas etmektedir. Vekalet sözleşmesi açısından: Sarı, s. 130-134; **BSK-Weber**, Art. 404, N. 16; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, s. 435; ATF 110 II 386; TBK m. 484 bakımından: Seçer, s. 242; Vekalet sözleşmesi açısından aksi yönde: Şahin Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya, 2004, s. 115 ; Vekalet sözleşmesinde bu sorumluluğun hakkaniyete dayandığı görüşünde: Erdem, **Vekalet**, s. 956

²¹⁷ Saklama sözleşmesinde: **BK-Georg Gautschi**, 1962, Art. 475 OR, N. 10b.

²¹⁸ TBK m. 484 uyarınca, iş sahibinin bütün zararı karşılanmaktadır. TBK m. 484 hükmüne karşılık gelen Al. MK §648 ise kararlaştırılan ücretin talep edilebileceğini düzenleyerek herhangi bir şekilde zararın tazmininden söz etmemektedir. Bununla birlikte talebin tazminat niteliğinde olduğu belirtilmektedir: **BeckOK-Reiter**, BGB nF § 648 N. 56; **PalandtK-Sprau** §648 BGB, N. 5; **Staudinger-Peters/Jacoby**, §649 BGB, N. 34; Gauch, **Werkvertrag**, N. 543; Kanunca uygun görülen bir zarar vermenin söz konusu olduğu şeklinde: N. 545. Kanundan doğan sorumluluk şeklinde: Gauch, **Werkvertrag**, N. 543; **BSK-Zindel/Pulver**, Art. 377 OR, N. 15; Pierre Tercier, “L’extinction prématurée du contrat”, **Das Architektenrecht/Le droit de l’architecte**, 1995, Fribourg, N. 1160; JdT 1992 I 295. TBK m. 512 hükmünde uygun olmayan zamanda yapılan azil ve istifadan doğan zarar karşılanmaktadır. TBK m. 564 hükmünde ise belirli süreli saklama sözleşmesi kapsamında tanınan olağan fesih hakkının kullanılması sonucunda hak sahibinin olumsuz zararı gidereceği düzenlenmiştir. Zira hükümde düzenlenen durumda saklayan, sözleşmenin ayakta kalacağı süreye duyduğu güvene istinaden uğradığı zarar tazmin edilmektedir. Tazminatın söz konusu olduğu ve karşı tarafın müterafik kusurunu nedeniyle indirim yapılabileceği yönünde: **OFK-von Ballmoos**, Art. 475 OR, N. 4 Bu hüküm Türk Borçlar Kanununun sürekli borç ilişkilerini feshinde olumsuz zararın giderilmesinin dışlanmadığını göstermesi bakımından da önemlidir. TBK m. 434, 438 ve 439 hükümlerinde de tazminat ödeneceğini kabul edilmiştir.

²¹⁹ Hakkını kullanan sorumlu olduğu için, haksız sona erdirme beyanlarının bu hükümlere çevrilmesi (tahvili) de mümkün olmaz. Zira aşağıda değinileceği üzere, hükümsüz olan işlemin (haksız sona erdirme beyanı), yerine geçen ikame (yedek) işlemin (*Ersatzgeschäft*) asıl işlemten daha ağır sonuçlar yol açmaması gerekir. Ayrıca, bu yönüyle beyan sahibinin çevirme yönünde varsayımsal iradesinin bulunacağı da söylenemez. Bu itibarla, bu hükümlerin çevirmede ikame işlem olmayacağı şeklinde bir genelleme yapılması mümkündür. Bu yönde açıklamalar: Buz, **Fesih**, s. 217; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 142; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2012, s. 234. Çok istisnai durumlar çekincesiyle: Gauch, **Werkvertrag**, N. 580. Bununla birlikte fesih beyanının yorumlanmasıyla, hangi fesih hakkının kullanıldığının belirlenmesi öncelikli aşamadır. Bu durumda, TBK m. 484 hükmündeki hakkın kullanılmak istendiği anlaşılıyorsa, bu hükmün sonuçları doğar.

²²⁰ Franz Werro, **Le mandat et ses effets**, Fribourg, 1993, N. 295; Micheline Papier-Jamoulle, “Droit et pouvoir de résiliation dans le louage de services”, **Revue critique de jurisprudence belge** 1970, s. 540. Yanılma nedeniyle sözleşme iptal edildiği takdirde TBK m. 26 uyarınca kusurlu yanılandan, karşı taraf olumsuz zararının giderilmesini talep edebilmektedir. Burada iptal hakkının kullanılmasından sonra doğan bir sorumluluk olsa da, sorumluluğun esas *culpa in contrahendo*'ya dayanmaktadır ve sözleşme görüşmelerinden doğan edimden bağımsız borç ilişkisinin ihlalinden kaynaklanır (**CR-Schmidlin**, Art. 26 CO, N. 3), iptal hakkının kullanılmasından değil. İptal hakkının kullanılması zararı doğurur (**ZK-Jäggi**, Art. 1 OR, N. 586, 579; Kocayusufpaşaoğlu, §36 N. 94; Ayrıca: **CR-Schmidlin**, Art. 26 CO, N. 10). Ancak karşı. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 817; **BK-Becker**, Art. 26 OR, N. 1; von Tuhr/Peter, s. 316; **BK-Schmidlin**, Art. 26 OR, N. 12; Kendine özgü sorumluluk görüşünde: Engel, s. 345, yazar bu tartışmanın salt akademik değerinin olmadığını tazminatın belirlenmesinde uygulanacak hükümler açısından pratik öneminin de bulunduğunu ifade etmektedir.

unsurları arasında, sorumlunun dar anlamda hukuka veya sözleşmeye aykırı davranması (geniş anlamda hukuka aykırılık²²¹) gerekir. Geniş anlamda hukuka aykırılık gerçekleşmemişse, kural olarak sorumluluk ve tazminat söz konusu olmaz, ancak fedakârlığın denkleştirilmesi²²² gündeme gelebilir.

Bu kapsamda yukarıda anılan hükümler, sadece hak sahibine sözleşme ilişkisini serbestçe sona erdirmeye yönelik yenilik doğuran bir hak tanımaktadır ve geçerli yenilik doğuran bir beyanla kullanılabilir. Bu itibarla haksız sona erdirme kavramı altında kabul edilmeleri olanaksızdır. Bu kapsamda İsviçre öğretisinde İngiliz hukukundan esinlenerek yapılmış olan fesih hakkı ve fesih yetkisi ayırımına²²³ da sözü geçen hükümler bakımından değinmek gerekir. Hak kullanımı sonucunda sorumluluğun doğmayacağından²²⁴ hareket eden bu görüş, fesih yetkisi diye ayrı bir kavramın olduğunu, fesih yetkisine dayanıldığında yetki sahibinin sorumlu olabileceğini kabul etmektedir²²⁵. Türk medeni hukuk rejimine yabancı olan bu ayırım ve fesih yetkisi kavramının kabul edilebilmesi için yeterli yasal dayanak yoktur²²⁶. Feshin yetkiye dayanması halinde hukuka uygunluğun sağlanmıyor olması da bu görüş taraftarları açısından ayrıca açıklanmaya muhtaçtır. Yetkinin varlığı yadsınıp sözleşme ihlali olarak kabul edilse dahi bu durumda da yapma edimleri haricinde, bu görüş çerçevesinde doğan sorumluluğun temellendirilmesi mümkün olmamaktadır. Zira

²²¹ Anılan hükümler çerçevesinde tazminat sorumluluğu açıklanırken, temellerinde sözleşmeye ihlal olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur. Bu görüşler de, tazminat sorumluluğunun hak kullanımı sonucunda doğması itibarıyla kendi içlerinde çelişkiye düşmektedir. Vekalet sözleşmesinde: Eugen Bucher, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürih, 1988, s. 228; **BK-Fellmann**, Art. 404, N. 49-52, 59-60; **BK-Gautschi**, Art. 404, N. 18a-19a; Werro, **Mandat**, N. 58; Akıncı, s. 115; Saklama sözleşmesinin zamansız geri alınmasının bir *culpa in contrahendo* görünümü teşkil ettiği ve olumsuz zararın giderileceği görüşünde: **BK-Gautschi**, Art. 475 OR, N. 10b; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 210 dn. 194.

²²² Genel olarak bu kurum hakkında: İlhan Uluhan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 2012, s. 8 vd.

²²³ Franz Werro, "La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art. 404 CO", **DC** 1991, s. 55 vd.; Werro, **Mandat**, N. 271; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 196; Pierre Tercier, **Les contrats spéciaux**, Zürih, 1995, N. 4137

²²⁴ Werro, s. 56; Papier-Jamouille, s. 540

²²⁵ Sonuç taahhüdü olan iş görme sözleşmelerinde sonuç gerçekleşmediği ölçüde kural olarak bu olanağın tanındığı görüşünde: Werro, s. 56.

²²⁶ Karş. Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1494, yazar anılan hükümlerden hareketle, sözleşmeyi tazminat karşılığında feshetmekte üstün menfaatin bulunduğu hallerde böyle bir hakkın var olduğuna ilişkin genel bir kural olduğu sonucuna varmıştır.

sonuç olarak hukukun tanımış olduğu bir olanağın kullanılması sonucunda sorumluluk doğmaktadır. Bu da fesih hakkı ve yetkisi ayrımını gereksiz kılmaktadır.

TBK m. 325 hükmü bakımından da aynı yönde bir değerlendirme yapmak gerekir. 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki Yargıtay uygulamasından mülhem bu düzenleme²²⁷, esas aldığı uygulamaya hukuki bir dayanak kazandırmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, kiracı kira sözleşmesini haksız feshettiğinde²²⁸, bu haksız feshin, kiralananın kiraya verene iade edilmesiyle sözleşmeyi sona erdirip yerine olumlu zararın giderilmesi talebi doğurduğu ve kiraya verenin zararı azaltma külfeti çerçevesinde olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminat talebinin kiralananın uygun bir şekilde yeniden kiralanabileceği kadarki süreyle sınırlanması kabul edilmekteydi.

TBK m. 325 hükmüyle, kiracının kira sözleşmesini her zaman feshedebileceği öngörülmüştür ve böylece kiracıya özel bir fesih hakkı tanınmıştır²²⁹. Bu bakımdan hükmün son cümlede yer alan “kira sözleşmesinden doğan borçlar” ifadesi, sorumluluğun sona ermesi olarak anlaşılmalıdır²³⁰. Kira sözleşmesinin hükümlerini koruduğu anlamına gelmez²³¹. Bununla birlikte, olağan fesih rejiminden farklı olarak, feshin beyanının açıklanmasıyla²³² fesih sonucunda, sözleşme sona erer²³³ ve yukarıda anılan kanun hükümlerine koşut şekilde, muhatabının olumlu

²²⁷ Acar, TBK m. 325, N. 2; İnceoğlu, C. I., s. 623. Bununla birlikte İBK m. 260 hükmü de benzer içeriktedir. Yargıtay kararlarıyla varılan ilkelerin her iki hukuk düzeni için ortak bir gereksinimi karşıladığı ifade edilebilir. Karş. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, İstanbul, 2018, s. 249

²²⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kiralananın erken tahliyesinin haksız fesih anlamına geleceği: Günel, s. 256-257

²²⁹ İnceoğlu, C. I., s. 624 ve. 626; Olağanüstü fesih olarak: **ZK-Higi**, Art. 264 OR, N. 3; Kanunen öngörülmüş bozucu yenilik doğuran bir hak olarak: **CHK-Hulliger/Heinrich**, Art. 264 OR, N. 2

²³⁰ Kiracının tazminat sorumluluğunun bulunduğu şeklinde: Acar, TBK m. 325, N. 6; İnceoğlu, C. I., s. 635, **ZK-Higi**, Art. 264 OR, N. 71

²³¹ Acar, TBK m. 325, N. 37; İnceoğlu, C. I., s. 635 vd.; Aksi yönde: Gümüş, **Özel Hükümler**, s. 250

²³² Bu bağlamda, iade sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini açıklar; hükmün uygulanabilmesi için kanımızca gerekli değildir. İadeyi kabulden kaçınma çerçevesinde, iadeye gerek görmeyen görüş: Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2014, s. 484. İadeyi şart gören görüş: **ZK-Higi**, Art. 264, N. 8. İade, kiraya verenin kira konusu üzerinde hâkimiyet kazandırılması için öngörülmüş bir külfettir. Ancak hâkimiyetin geri kazanılmasından sonra kiraya verenin kira konusu bakımından zararı arttırmama külfeti doğar. İade ve hâkimiyetin kazandırılmasının yegane fonksiyonu budur. Karş. Acar, TBK m. 325, N. 30; Anne Kley, “Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache –praktische Fragen”, **Mietrechtspraxis/mp** 2013, s. 258 ve 260, yazarlar fesih iradesinin iadenin sözleşmeyi sona erdirmek amacıyla yapıldığı gerekçesiyle açıklanması gerektiğini belirtmektedir.

²³³ **ZK-Higi**, Art. 264 OR, N. 5; **BSK-Weber**, Art. 264 OR, N. 7; Yavuz, s. 483. Kiraya verenin haksız fesih beyanında ise böyle bir hüküm bulunmadığından, genel ilkeler uygulanır ve kira sözleşmesi hükmünü, haksız fesih kira sözleşmesi edimlerini cebri icra yolunu engellemediğinden (*Bölüm:*

zararını giderme borcu doğmaktadır. Bu tazminat borcu da genel sorumluluk ilkeleri doğrultusunda²³⁴ sınırlanmaktadır.

VII. Sözleşmeyle Öngörülen Sona Erdirme Düzenlemeleri

Kanunda öngörülen fesih ve dönme rejimleri dışında, tarafların da sözleşmesel olarak belirli fesih ve dönme halleri öngörmeleri olasıdır. Örnek olarak “*sözleşmenin haksız feshi halinde fesheden tarafın tazminat ödeyeceği...*”, “*bir tarafın sözleşmede öngörülen durumlar haricinde sözleşmeden dönmesi halinde karşı tarafa belirli bir tutar ödemekle yükümlü olacağı...*” gibi kayıtlar²³⁵ verilebilir. Bu hallerde de belirtilen

3,II,B,3,b,(3)) sürdürmeye devam eder. Haksız fesih beyanı ise salt bir sözleşme ihlali teşkil eder: Yavuz, s. 484. Ayrıca bkz. Acar, TBK m. 325, N. 12, yazar kiracının kira sözleşmesinin feshi bakımından şekil ve usul serbestisinden yararlandığını ifade etmektedir.

²³⁴ Hükmün zararı azaltma külfetinden kaynaklandığı: CR-Lachat, Art. 264 CO, N. 1; Burada sorumluluk, sözleşme ihlalinin ileri gelir: Acar, TBK m. 325, N. 40. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sorumluluk ilkelerinin uygulanması hakkında: Günel, s. 264 vd. İsviçre’de bu hükmün genel sorumluluk ilkelerinden doğduğu: JdT 1992 I 317

²³⁵ Bu kayıtlar genel işlem koşulları kapsamında denetime tabi olacaktır; ancak genel işlem koşullarına ilişkin denetimden önce sorumsuzluk anlaşması kapsamında da değerlendirilmeleri olasıdır. Özellikle tazminatsız veya sorumsuzluk anlaşması kaydıyla birlikte kabul edilen böyle hükümler yürürlük ve içerik denetimine takılabilir. Benzer şekilde bu hükümlere genel işlem koşulları yoluyla sınırlama tanınması hakkında: Özen, s. 308 vd.; Yarg. 11. HD., 28.4.2016, 9764/4841 (Kazancı) “Yine mahkeme gerekçesinde, “...30.000 USD cezai şart ve 10 yıllık sözleşme süresi boyunca taksitler halinde ödenmesi gereken danışmanlık bedellerinin tamamının cezai şart olarak davalıdan talep edebileceği yönündeki Genel İşlem Koşulunun TBK'nın 25. maddesi uyarınca "dürüstlük kuralına aykırı" olarak mütalaa edilemeyeceği...” belirtilmiş ise de söz konusu bu tespit de yerinde değildir. .. Bu durumda mahkemece, genel işlem koşulu olduğu kabul edilen cezai şartta dair hükmün öncelikle TBK'nın 21, 22 ve 23. maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile TBK'nın 25. maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiş..”. Genel işlem koşullarının yürürlüğünden önceki mevzuata tabi bir sözleşmede tanınmış olan serbest fesih hakkı, tek başına MK m. 2'ye aykırı değerlendirilmiştir. Oysa MK m. 2 sözleşme içeriği denetimi bakımından uygulanabilir bir hüküm değildir. Böyle bir sözleşmesel düzenleme ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık yönünden somut sözleşme açısından değerlendirilmek gerekirdi. Yarg. 11. HD., 29.2.2016, 7557/2197 (Kazancı) “sözleşmede bir tarafa sebep göstermeden fesih hakkı tanınması ve davalı tarafından bunun ileri sürülmesinin TMK m. 2'ye aykırılık teşkil etmesi ve haklı sebeple sözleşmenin feshedildiğinin ispat edilmemiş olmasına..”. Benzer hukuki durumda, içerik denetimi yorum adı altında yapılmıştır: Yarg. 11. HD., 5.11.2015, 2714/11601 (Kazancı) “Taraflar arasında akdedilen 23.12.1997 tarihli sözleşmenin davalı lisans verenin kusurlu eylemi nedeniyle davacı tarafından haklı olarak feshedildiği anlaşılmaktadır. ... Her ne kadar aynı sözleşmenin XIX.B. bendinde “sözleşmenin lisansör tarafından feshi halinde bu bedele karşılık verilen senedin tahsil edileceği” kararlaştırılmış ve bu hükümde haklı yada haksız fesih ayrımı yapılmamış ise de, yukarıda da açıklandığı üzere, anılan maddenin haklı fesih halinde dahi senedin tahsil edileceği şeklinde tek taraflı olarak yorumlanması MK'nın 2. maddesi hükmüne aykırıdır.” İsaetli şekilde: Yarg. 11. HD., 12.2.2014, 15438/2405 (Kazancı) “6098 sayılı TBK'nın 20. maddesi anlamında genel işlem şartı olduğu ve anılan Yasa'da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu bu nedenle, 6103 sayılı Kanun'unun 2. ve 7. maddeleri gereğince, somut olaya 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçesi, 6098 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmelere, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından yerinde görülmesi de, dava konusu sözleşme hükmününün 818 sayılı Yasa'nın 20. (TBK'nın 27) ve 21. (TBK'nın 28.) maddeleri gereğince davalının

hallerin birer haksız sona erdirme sayılıp sayılamayacağı ve hukuki sonuçlarının belirlenmesi gerekmektedir. Verilen örnekler dışında tamamen serbest ve kullanımı borç doğurmayacak bir sona erdirme hakkı da kural olarak ve TBK m. 27'ye tabi olarak tanınabilir²³⁶, ancak bu halde bile söz konusu hakkın kötüye kullanılması suretiyle haksız sona erdirmenin gerçekleşmesi mümkündür²³⁷. Bununla birlikte anılan imkânlarla karşı, haklı nedenle fesih ve olağan fesih hakları başta olmak üzere genel sona erdirme hakları da varlıklarını, koşulları varsa, korur. Buna göre, sözleşmedeki özel hükümler yerine bunlara başvurulmasında da bir engel yoktur²³⁸.

Bir tarafın kanunda veya sözleşmede öngörülen sona erdirme sebepleri haricinde sözleşmeyi sona erdirme beyanına sözleşmesel olarak sonuç bağlanması

çalışma özgürlüğünü, yasal dinlenme hakkını ve sözleşme serbestisini kısıtlar nitelikte ve kişilik haklarını ihlal edici mahiyette olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesinin yerinde bulunmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”

²³⁶ Wolf/Neuner, §20 N. 36. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden farklı olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, sözleşme süresi yönünden serbest dönme hakkının kişilik hakları yönünden değerlendirilmesini gerektirecek herhangi bir hukuki risk yoktur. Çünkü serbest dönme hakkının derhal kullanılmasıyla dönme hakkına muhatap olan tarafın, bu sebeple yapmış olduğu yatırımların amortismanının engellenecek olması pratikte gerçekleşmesi son derece düşük bir ihtimaldir. Zira bir kişinin ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmesini tek bir kişiyle yaptığı ani ifalı bir sözleşmeye bağlaması olağan dışıdır ve korunması gereken bir risk teşkil etmez.

²³⁷ Yarg. 19. HD., 11.11.2004, 3889/11317 (Kazancı) “ Her ne kadar taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 8/3 maddesinde tek taraflı fesih halinde davacının tazminat talep edemeyeceği yolunda hüküm bulunmakta ise de sözleşmenin taraflarından birine fesih yetkisi tanıyan hükmün objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde uygulanması gerekir.” Bununla birlikte kişilik haklarına aykırılık sözleşme kurulduğu an itibarıyla tespit ediliyorsa, artık MK m. 2'e başvurmaya gerek kalmaz zira kötüye kullanılabilir dahi bir sona erdirme hakkı mevcut değildir. Teknik olarak da TBK m. 27 hükmüne başvurulması ve ardından sözleşmenin doldurulması, başvurulacak son çare teşkil eden dürüstlük kuralından önce gelir. Buna karşılık hakkının kötüye kullanılması suretiyle tezahür eden dürüstlük kuralı, sözleşmeyi batıl kılmaz. Hakkın kullanıldığı an itibarıyla bir değerlendirme yapılmak suretiyle, bu hakkın sonuçlarının doğurması engellenir. Sonuç itibarıyla, bu bağlamda iki aşamalı bir denetim söz konusu olur. Serbest dönme hakkının kullanılması bakımından, öncelikle sözleşmenin kurulduğu anda kişilik haklarına aykırılık bulunup bulunmadığı tespit edilmek ve ardından aykırılık bulunmuyorsa dönme hakkının kullanılmasının dönme beyanının muhataba ulaştığı an itibarıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği belirlenmek gerekir.

²³⁸ Yarg. 11. HD., 29.2.2016, 7557/2197 (Kazancı) “..sözleşmede bir tarafa sebep göstermeden fesih hakkı tanınması ... ve haklı sebeple sözleşmenin feshedildiğinin ispat edilmemiş olmasına göre..”; Yarg. 15. HD., 22.11.2004, 15671/16821 (Kazancı); Halük N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2017, N. 236.2; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017, §39 N. 30

durumunda, *dönme (fesih) cezası ve götürü tazminat*²³⁹ ile *ifa yerine cezai şart*²⁴⁰ kurumları akla gelir. Bu uygulanacak hükümlerin tespiti, sözleşmenin yorumlanmasını gerektirir. Ancak, nitelendirmeden önce yapılması gereken ilk tespit söz konusu sözleşmesel kayıtların, hukuki vasıflarından bağımsız olarak, sözleşmenin karşı tarafının aynen ifaya yönelik taleplerini bertaraf edeceğidir. İfanın mümkün olması halinde, aynen ifanın istenebileceği kural olsa da emredici nitelikte değildir. Sözleşme ihlali halinde, teknik anlamda imkânsızlık gerçekleşirse dahi, aynen ifa talebinin

²³⁹ Örnek olarak: Yarg. 15. HD., 10.11.2015, 3710/5660 (Kazancı) “. Sözleşmenin 6. maddesinin son cümlesinde “Fesih halinde yükleniciye ödenecek zarar 6.500,00 TL'den az olamaz.” şeklindeki düzenleme iş sahibince haksız fesih halinde yükleniciye ödenmek üzere kararlaştırılmış maktu tazminat niteliğinde olduğu ve yüklenici haksız dahi olsa fesih halinde bu miktar tazminata hak kazanması düşünülemeyeceğinden sözleşmenin bu hükmünün davalı-karşı davacı yüklenici yararına tazminat hakkı doğurmadığı kabul edilmelidir.”; Yarg. 15. HD., 16.11.1989, 899/4803 (Kazancı) “olayımızda, sözleşmenin 16. maddesinde, akitten keyfi cayma halinde inşaat maliyetinin % 10'unun zarar ve ziyan olarak karşı tarafa ödenmesi gerekeceği hükmüne bağlanmıştır. Bu durumda mahkemece yapılması gereken şey; artık olayımızda sözleşmenin bu maddesinin uygulanarak, yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile bu zarar ziyanı belirleyerek ve istekle bağlı kalınarak bir karar vermek olmalıdır”. Götürü tazminata dair sözleşme hükmü geçersiz olmadıkça, gerçek zarar tutarını aşan götürü tazminatın talep edilmesinde bir engel yoktur. Aksi yönde isabetsiz karar: Yarg. 11. HD., 10.6.2013, 13579/12065 (Kazancı) “sözleşmede, süresinden önce haksız fesih halinde ödenecek tazminat miktarı belirlenmiştir. Ancak, sözleşmede belirlenen bu tazminatın M.K. 2. maddesi çerçevesinde, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak talep edilebilmesi gerekir. Sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca, alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmine mecburdur. Anılan yasa maddesi gereğince, güvenlik hizmeti sözleşmesini haksız feshettiği sabit olan davalı, davacının zararını tazminle mükelleftir. Bununla birlikte 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur." hükmünü haiz olup, 818 Sayılı B.K.nın 98. maddesi delaletiyle 818 Sayılı B.K.nın 44. maddesi gereğince de davacı taraf zararının artmasını önlemek için gerekli tüm önlemleri almalıdır.”

²⁴⁰ Örnek olarak: Yarg. 15. HD., 3.7.2012, 838/5020 (Kazancı) “Taraflar arasında imzalanan 5.9.2009 tarihli sözleşmede "uyuşmazlık halinde bu anlaşmada yazılan maddelere uymayan taraf karşı tarafa tazminat olarak 10.000,00 TL nakit ödeyecektir" denilmiştir. Bu düzenleme B.K.nın 158/1 maddesince taraflarca kararlaştırılmış seçimlik ceza niteliğindedir. Sözleşmenin feshinde davacı ve karşı davalı haksız bulunduğu göre davalı ve karşı davacının seçimlik ceza istemi kabul edilebilir. Ancak karşı davada bu ceza dışında kar kaybının da ödenmesi istenmiştir. Sözleşmede cezai şartla birlikte uğranılan zararın ayrıca ödeneceği kararlaştırılmadığından davacı, seçimlik ceza ile B.K.nın 159. maddesi uyarınca kanıtlanması durumunda cezayı aşan zararını isteyebilir.”; Yarg. 11. HD., 8.7.1997, 5188/5532 (Kazancı) “davacı vekili, cezai şart yanında, ayrıca sözleşmenin haksız olarak feshi nedeniyle uğranılan zararların tahsilini de, istemiş bulunmaktadır. Taraflar arasında yapılan, 26.12.1994 günlü sözleşmenin 5. maddesinde, haksız fesih nedeniyle 500.000.000 TL.'lık cezai şart öngörülmüştür. Bu ceza, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle meydana gelmesi olası bulunan zararın maktu olarak karşılanması öngörülen bir tazminattır. BK.nun 159/2. maddesine göre, cezadan fazla zararı olan alacaklı, borçlunun hem kusurunu ve hem de zararın cezadan fazla olduğunu ispat zorundadır. Yani, alacaklı zararın cezai şarttan fazla bulunduğunu ve ayrıca borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmelidir. Davacı taraf, davalının kusurlu olduğunu ispat etmiş işe de, sözleşmenin feshi nedeniyle zararın 400.000.000 TL.'den fazla olduğunu ispat etmiş değildir.”; Aynı yönde: Yarg. 11. HD., 23.11.2004, 1748/12758 (Kazancı).

sona erip yerine ikincil edim olarak tazminat borcunun doğacağı kararlaştırılabilir²⁴¹. Aynen ifa talebinin bertaraf edilmesi, tazminat sorumluluğunun sınırlanması anlamına gelmediğinden, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sınırlamalara da tabi değildir.

Dönme cezasında, sözleşmeyle bu olanak tanınan taraf²⁴², sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla sona erdirebilir ve bunun karşılığında kararlaştırılmış bedeli²⁴³ ödemeyi taahhüt eder²⁴⁴. Bu bedel, tazminat niteliğinde değildir. Hakkın kullanılmasının sonucundan ibarettir. Bu bakımdan hakkın kullanılması²⁴⁵ sonucu doğan zarardan söz edilemeyeceği gibi kararlaştırılan bedelden fazla bir talep de ileri

²⁴¹ Thomas Riehm, **Der Grundsatz der Naturalerfüllung**, Tübingen, 2015, s. 271; Eren, s. 1055; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 408; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1222; Bu durumda eksik cezai şart olduğu, kıyasen sözleşme cezası hükümleri uygulanacağı yönünde: von Tuhr/Escher, §87 V; Ayrıca: Schwenger, N. 71.02a

²⁴² İki sözleşme tarafı bakımından da kararlaştırılabileceği: Mehmet Erdem, **La Clause Penale**, Ankara, 2006, s. 37; Köksal Kocaağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Ankara, 2018, s. 146; Bucher, s. 529 vd.; **BSK-Ehlat**, Art. 158 OR, N. 14

²⁴³ Ancak bedel öngörülmesi bir geçerlilik koşulu değildir. Dönme cezası kavramından bağımsız olarak, tamamen serbest bir şekilde bir tarafa sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı da tanınabilir. Örnek olarak: Yarg. 15. HD., 27.10.2011, 4102/6241 (Kazancı) “davalının hiçbir gerekçe göstermeksizin tek taraflı fesih hakkının bulunduğu, davacının da bu durumda hiçbir şekilde zarar, ziyan, tazminat veya herhangi bir hak talebinde bulunmayacağına kararlaştırıldığı görülmektedir. Davacı, sözleşmenin bu hükümden dolayı iradesinin fesada uğratıldığını iddia edip kanıtlanamamıştır. Bu durumda tarafların serbest iradeleriyle kararlaştırdığı bu hükme istinaden davalının fesih yetkisini kullanmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığı gibi davalının sözleşmede yazılı bu yetkiyi kullandığı için kötüniyetli olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.” Böyle serbest sona erdirmeye haklarının sözleşmeden doğan borçların eksik borç olacağına öğretilmiş işaret edilmiştir (Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, İstanbul, 1997, s. 212. Bununla birlikte sona erdirmeye hakkı kullanılmadan önce doğmuş sözleşme ihlallerinden sorumluluğun doğabileceği hususu nazara alınmalıdır.

²⁴⁴ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, C. II, İstanbul, 2018, N. 1608; Kocaağa, s. 144 vd.; Mehmet Erdem, “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. I, İstanbul, 2009, s. 679. Kural olarak sona erdirmenin gerçekleşmesi için cezanın ödenmesi ve ifasının teklif edilmesi gerektiği ifade edilse (Oğuzman/Öz, C. II, N. 1610; Hatemi/Gökyayla, §39 N. 29) de bu husus emredici değildir. Hak kullanıldıktan sonra kararlaştırılmış edim ifa edilebilir. Bu yönde sözleşmenin konu olduğu uyuşmazlık: Yarg. 23. HD., 21.4.2014, 8324/3099 (Kazancı) “sözleşmenin 9/b maddesi, "Müşteri (davalı şirket), işbu sözleşmede belirtilmeyen bir gerekçeyi ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmek istediği takdirde; asgari üç ay önceden noter marifetiyle feshi ihbar yapabilir. Süreye uymadan sözleşmeyi feshetmesi halinde üç aylık hizmet bedelini ödemeyi kabul ve taahhüt eder." hükmünü içermektedir.”

²⁴⁵ Bu bakımdan, bozucu şartın gerçekleştirilmesi şeklinde bu sonuca varılamaz. Sözleşmede saklı tutulan dönme ve fesih hakları bakımından bozucu şart ile bozucu yenilik doğuran hak arasında kavramsal bir tercih yapılması gerektiği, ikisinin birden kabul edilemeyeceği hakkında: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 129. Karş. Flume, §38 2, s. 687. Fesih hakkını isabetsiz olarak bozucu şart olarak yorumlayan karar: Yarg. 11. HD., 12.12.2012, 14176/20595 (Lexpera) “sözleşmenin 48. maddesinde “Yapımın ilk üç bölümü Eğitim ve Kültür Programları Öneri Değerlendirme Komisyonu tarafından incelenip beğenildiği takdirde yapıma devam edilecek, aksi halde idare sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkisine sahiptir.” hükmü getirilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin belirtilen 48. maddesi ile sözleşme infisahi şarta bağlanmıştır. 818 Sayılı Borçlar Kanununun 152. maddesi gereğince kural olarak infisahi şart gerçekleştiğinde bu tarihten itibaren sözleşme hükümsüz olacaktır.”

sürülemez²⁴⁶. Benzetme yapmak gerekirse, bir tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının satın alınmış olmasını anımsatmaktadır. Başka bir deyişle, dönme/fesih cezası, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tanınan iradi dönme hakkıdır²⁴⁷. Bu nedenle de karşı taraf bedelin, uğradığı zarara nazaran düşük kaldığı gerekçesiyle daha yüksek bir ödeme yapılmasını talep edemeyeceği gibi diğer taraf da öngörülen bedelin indirilmesini isteyemez²⁴⁸. Bu itibarla baştan belirlenmiş bir tutarın ödenmesiyle, sözleşmenin sona erdirilebileceğinin kabul edilmesi halinde bir dönme/fesih cezasının öngörüldüğü kabul edilmek gerekir. Lehine bu kayıt öngörülen sözleşme tarafı, sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik yenilik doğuran bir hak sahibi olup sözleşmeden doğan bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan haksız sona erdirmen söz edilmesi olanaklı değildir. Sadece, sözleşmesel olarak belirlenmiş özel bir sona erme rejimi söz konusudur. Ayrıca, dönme cezası olarak belirli bir bedelin öngörülmesinden başka, bu bedelin belirlenebilir şekilde öngörülmesi de mümkündür. Özellikle, karşı tarafın zararının tazmin edileceğine ilişkin düzenlemeler bu şekilde anlaşılmalıdır. Esas olarak hakkın kullanılması üzerine ödenmesi gereken tazminat değil, sözleşme ihlali vuku bulmuşçasına zarar ve tazminat hesaplama hükümleri çerçevesinde belirlenen dönme cezasıdır.

Öte yandan, sözleşmeyle kararlaştırılan aynen ifa talebinin bertaraf edilmiş olduğu (ifa yerine) bir cezai şart veya götürü tazminat olabilir²⁴⁹. Cayma parasının

²⁴⁶ Erdem, s. 39; Kocaağa, s. 148; **BSK-Ehrat**, Art. 160 OR, N. 25; Huguenin, N. 1273

²⁴⁷ Bucher, s. 393 dn. 12

²⁴⁸ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1614; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 684; **BSK-Ehrat**, Art. 158 OR, N. 14; **CR-Mooser**, Art. 163 CO, N. 5. Aksi yönde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Yarg. HGK., 6.10.1978, 9-101/800 (Kazancı)

²⁴⁹ Götürü tazminatta, sözleşmeyi ihlal eden tarafın karşı tarafa tazminat olarak ödeyeceği ikincil edim baştan belirlenmiştir. Sözleşme ihlali sonucunda doğan zarar, götürü tazminatı aşarsa, aşan kısım bakımından götürü tazminat sorumsuzluk anlaşması olarak hükümlerini doğurur (Bu yönde: Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GaziÜHFD C. 3 S. 1-2** (1999), s. 86; Bucher, s. 525; Kocaağa, s. 181; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara, 2015, s. 149). Zarar, daha düşükse, bu hususu borçlu ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir, bu bakımdan alacaklı lehine ispat anlaşması gibi sonuçları vardır (Kocaağa, s. 180; Birinci Uzun, s. 148; Ozanoğlu, s. 86; Karş. Huguenin, N. 125; Schwenzler, N. 71.16; Bucher, s. 525, yazarlar cezai şartın indirilmesi hükümlerinin uygulanması görüşündedir. Kanımızca bir yandan götürü tazminatın varlığı için zararın doğmuş olması koşulunu ararken, indirilmesini cezai şartın tenkisi hükümlerine tabi tutmak çelişkilidir.). Buna karşılık cezai şartta, cezai şartı aşan zararın giderilmesi mümkündür ve talebin doğumu zarardan bağımsızdır (TBK m. 180). Bunlar bağımsız ve farklı kavramlardır: Erdem, s. 49. Karş. Suat Sarı, “ ‘Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, İstanbul, 2011, s. 303-304, Yazar götürü tazminatın, cezai şartın özel bir

(TBK m. 178) kararlaştırıldığı sonucuna, başlangıçta bu maksatla ifa edilmiş edim bulunmadığından ulaşılamaz. Ancak bu durumda yapılan nitelendirme, tamamen farklı sonuçlara ulaşılmasına yol açar. Zira gerek cezai şart gerek götürü tazminat, sözleşme ihlalinin yaptırma bağlanan sonuçların düzenlenmesinden ibarettir. Sözleşmede kararlaştırılan hüküm, cezai şart veya götürü tazminat olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir hak söz konusu olmaz. Aksine, sözleşme ihlalinin sonuçları kararlaştırılmış durumdadır. Dolayısıyla, bu nitelendirme kapsamında kalan bir sona erdirme beyanı, “haksız” olacaktır. Başka bir deyişle haksız sona erdirmenin sözleşmesel sonuçlarının taraflarca düzenlenmiş olması söz konusu olmaktadır.

Bu durumda, sözleşmesel kaydın hukuken nitelendirilmesi büyük önem taşır. Çünkü dönme veya fesih cezası kararlaştırıldığı durumda ilgili bedele müdahale edilmesi olanağı yokken, götürü tazminat veya cezai şart söz konusu olduğunda kararlaştırılan bedelden farklı bir tutarın ödenmesiyle karşılaşılabilir. Keza dönme/fesih cezasında yenilik doğuran bir hakkın varlığı nedeniyle hak sahibinin haktan tek yanlı olarak feragat edebilmesi mümkünken, diğer durumda ancak sözleşme tadili söz konusu olabilir. Bu nitelendirmenin yapılabilmesi, ilgili sözleşme hükmünün yorumlanmasına bağlıdır. Taraf iradeleri, bu hususta tespit edilemezse, fikrimizce üstünlük dönme/fesih cezasına tanınmak gerekir. Zira tarafların bir borca aykırılık rejimi öngörmelerinden ziyade sözleşmeye uygun bir sona erdirme rejimi öngörmeleri daha olasıdır. Zira tarafların sözleşme kurulduğu anda sözleşmeye uygun davranılacağını öngörüsünde bulunmaları daha makuldür.

görünümü olduğu kanısındadır. Benzer şekilde: Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, 1963, s. 29; İrem Yayvak Namlı, **İş Hukuku'nda Cezai Şart**, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 26. Bu türlü sözleşme hükmüne örnek: Yarg. 3. HD., 13.2.2012, 20758/3047 (Kazancı); Yarg. 6. HD., 24.3.2016, 7495/2381 (Kazancı) “Sözleşmenin 29. maddesinde; “..kiracı bu sözleşmeyi haksız feshetmesi halinde, kiracı kiraya verenin her türlü zarar,ziyan, tazminat hakkı saklı kalmak üzere kiraya verene 1 yıllık asgari kira bedelini cezai şart olarak öder. İşbu madde sözleşmenin hertürlü feshinden etkilenmeyerek geçerli kalacaktır.” şeklinde cezai şart düzenlemesi yapılmıştır. İlgili hüküm B.K'nun 158 vd. (T.B.K'nun 179 vd.) maddelerinde düzenlenen cezai şart niteliğindedir.”; Yarg. 19. HD., 16.6.2014, 6807/11269 (Kazancı). Ayrıca: Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBBD** 2017 (129), s. 197 vd.; Gaspard Couchepin, “La forfaitisation du dommage”, **SJ II** 2009, s. 2 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

ANİ EDİMLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ SONA ERDİRMENİN SONUÇLARI

I. Ani Edimli Sözleşme Kavramı ve Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerden Ayrımı

A. Ayrım Ölçütü

Sözleşmeye aykırı bir eylemin sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisinin belirlenebilmesi, söz konusu sözleşmenin ani veya sürekli edimli bir borç ilişkisi oluşturmasıyla bağlantılıdır. Bu itibarla öncelikle sözleşmesel ilişkinin bu açıdan niteliğinin saptanması gerekir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme, kavram olarak, İsviçre Borçlar Kanununda ve 818 sayılı Borçlar Kanununda tanımlanmış değildir; kökenini Alman öğretisinde bulur¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise genel hükümlerde m. 126 ve m. 138’de bu kavram kullanılmakla birlikte tanımlanması yoluna gidilmemiştir.

Bu çerçevede ilk aşamada, sözleşmesel ilişkiye sürekli veya ani edimli olma niteliğini söz konusu sözleşmeden doğan asli edimlerin vereceği vurgulanmak gerekir². Başka bir deyişle asli edim borcu doğurmayan bir sözleşmesel ilişkinin³ veya

¹ Kavram ilk kez *Otto von Gierke* tarafından hukuk literatürüne kazandırılmıştır: Otto von Gierke, “Dauernde Schuldverhältnisse”, *Jherings Jahrbücher* 64, s. 355 vd.; Ayrıca: Seliçi, s. 4 vd. Ancak anlık ve sürekli edim ifadeleri *Savigny* tarafından kullanılmıştır: **NomosK-Krebs/Jung**, §314 N. 6. Avusturya hukukunda da kanun sürekli borç ilişkisini tanımlama yoluna gitmemiştir: **RummelABGB-Rummel**, §859 ABGB, N. 26

² Gianella, N. 33; Peter Gauch, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Friburg, 1968 s. 5; **BK-Kramer/Schmidlin**, N. 159; Oetker, s. 105 vd.; **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 8; Stefanie Rumpf, *Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis*, Konstanz, 2003, s. 39 vd.; **KK-Bollenberger**, §859 ABGB, N. 7; Oğuzman/Öz, C. I, N. 40; Sarı, s. 44; Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 14, yazar karşılıklı edimlerin niteliklerinin farklı olması halinde, karakteristik edimin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Yarg. 3. HD., 16.5.2017, 13975/7258 (Lexpera) “Birlikte çaba yükümlülüğü bir yan edim yükümü olmayıp, asli edim yükümü durumundadır ve adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi karakterine uygun olarak, süreklilik arz etmelidir.”

³ Örnek olarak çerçeve sözleşmeler tanımları itibarıyla asli edim borcu doğurmayacağından ne sürekli borç ilişkisi doğuracağından ne de haklı nedenle feshedilebileceklerinden söz etmek isabetlidir. Çerçeve sözleşme ile süreklilik arasında bağlantı kurulmaması gerektiği şeklinde: Altınok Ormancı, s. 31-32. Ayrıca: Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, Ankara,

borçlandırıcı olmayan bir sözleşmenin bu niteliği taşıyabilmesi mümkün değildir⁴. Kaldı ki edimden bağımsız borç ilişkisi kuramı doğrultusunda sözleşmesel ilişkiye tarafların birbirlerine karşı koruma yükümlülüklerinin⁵ de bulunduğu dikkate alındığında bu ölçütün kabul edilmemesi her sözleşmesel ilişkinin sürekli olduğu sonucuna götürürdü⁶. Sözleşmelere temel karakteristiğini veren ve diğer sözleşme tiplerinden ayrılmasını sağlayan asli edim yükümlülüğünün bu bağlamda esas alınması kaçınılmazdır.

Sözleşmedeki asli edimin⁷ süreklilik niteliğini belirlemek içinse, borcun olağan sona erme yolu olan ifadan hareket edilmelidir⁸. Alacaklının ifa menfaati borç konusu edimin yerine getirilmesiyle yerine gelir, ifa gerçekleşir ve borç kural olarak sona erer. Alacaklının ifa menfaati, zamana yayılmamış ve bu itibarla aniden gerçekleşebilecek

2018, s. 60, yazar çerçeve sözleşmenin sürekliliğini, asli edim yükümlülüğünün varlığı ile temellendirmektedir. Aynı yönde: Özen, s. 137; Farklı yönde karşı. Nami Barlas, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 817; Davut Gürses, **Banka Genel Kredi Sözleşmeleri**, İstanbul, 2016, s. 406; Dursun Karaahmetoğlu, s. 37; Ölekli, s. 59

⁴ Borç sözleşmesinin gerekliliği şeklinde: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 23

⁵ Koruma yükümlülüklerinden, edim mübadelesi dışında kalan ve sözleşmelerin karşılıklı olarak birbirlerinin vücut bütünlüklerini ve malvarlıklarını koruma yükümlülükleri (*Integritätinteresse*) anlaşılır. Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, 2008, s. 32 ve 112 vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 8.5; **Staudinger-Olzen**, §241 BGB, N. 421; Al. MK §241/II de, borç ilişkisinin içeriği kapsamında taraflara diğer tarafın malvarlığını, vücut bütünlüğünü ve diğer menfaatlerini korumayı yüklediği açık hükme bağlayarak koruma yükümlülüklerine somut bir dayanak kazandırmıştır (Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHF M C.** 58 S. 1-2 2000, s. 244). Bu çerçevede de koruma yükümlülüklerinin taraflar için zamana yayılmış bir menfaat teşkil ettiği görülecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki koruma yükümlülüğü kapsamına girebilecek edimler, kanun veya tarafların anlaşmasıyla, sözleşmenin asli veya yan edimleri içine alınmışsa bu edimlerin artık nitelik değiştirdiği söylenebilir. Örnek olarak TBK m. 576 hükmünde öngörülen sorumluluk verilebilir. Bu sorumluluk hakkında: Cüneyt Pekmez, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 6 S. 21 (Nisan 2015), s. 509-510. Ancak sözleşmenin hükümsüzlüğü hallerinde yine de koruma yükümlülüğü olarak varlıklarını sürdüreceklerdir.

⁶ Yan borç olarak belirlenen rekabet etmeme borcunun süreklilik için yeterli olmayacağı: Selçi, s. 6 dn. 24; Karş. Gierke, s. 362

⁷ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 27; Gauch, s. 5. Asli edimlerden birinin sürekli olarak nitelendirilmesi, sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak sınıflandırmaya yeterlidir (Joachim Gernhuber, **Das Schuldverhältnis**, 1989, §16 I 1, s. 380; Karş. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 14). Örnek olarak belirli süreli kira sözleşmesinde kira bedeli borcu ani nitelikli iken kiraya verenin borcu sürekli dir. Buna karşılık belirsiz süreli kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli borcu da sürekli nitelikte olur, bu durumda toplam kira bedelinin kısım kısım doğumu söz konusu değildir. Kiraya verenin menfaati de her ay kira bedelini tahsil etmekle sınırlıdır.

⁸ İmkânsızlık kavramı belirlenirken de yine ifanın gerçekleşemeyecek olması alacaklı açısından değerlendirilmek gerekir. Bu hususta bkz. *Bölüm: 2,II,C,7,a*

nitelikteyse asli edim anidir⁹. Buna karşılık alacaklının ifa menfaatini elde etmesi zamana yayılmış ise, ifa sürecinde herhangi bir fiilin ayrılması mümkün değilse, edim süreklidir. Örnek olarak kira sözleşmesinde kiracının kiralananı elde buldurmaya dair menfaati kira süresine yayılmış olduğu gibi bu edimin zamansal olarak bölümlenmesi de olanaksızdır. Benzer şekilde kural olarak yapmama borçları da sürekli edimli borç ilişkisi doğurmaya elverişlidir¹⁰. Bu çerçevede sözleşmenin taraflarından biri açısından sürekliliğin sağlanması yeterlidir, zira tasfiye güçlüğü veya gereksizliği iki edim bakımından da söz konusu olabilir. Kuşkusuz süreklilik iki taraf için de söz konusu olabilir¹¹.

Borçlunun edimini ifası için yapması gereken fiillerin niteliği ve gerektirdiği zaman ise asli edimin niteliğini tayinde herhangi bir rol oynamaz¹². Belirtildiği üzere borcu olağan yolla sona erdiren yol ifadır ve ifa da alacaklının açısından gerçekleşir. Alacaklının ifa menfaati gerçekleşmezse, borçlunun sorumluluğunun doğru olmayacağı değerlendirilir. Kaldı ki, ifa için borçlunun yapması lazım gelen fiillerin gerektirdiği süre de aynı tipteki sözleşmelerde dahi her bir somut sözleşme ve borçlu bakımından farklılık arz edeceğinden belirsiz bir ölçüt oluştururdu¹³.

Buna karşılık özellikle İsviçre öğretisi ve uygulamasında sürekli edimlerin tespitinde, borçlu ediminin sözleşme süresine göre belirlenmesinin ölçüt olacağı kabul edilmektedir¹⁴. Başka bir deyişle, borçlunun edimi sözleşme ilişkisi devam ettikçe

⁹ Seliçi, s. 7; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 14; Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, 2002, s. 66; Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, 1989, s. 31; Gülmelahat Doğan, “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s. 393; Emre Cumalıoğlu, **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal**, İstanbul, 2019, s. 58. Ani edimli borç ilişkilerini tanımlamak için ayrıca basit borç ilişkisi (*einfachen Schuldverhältnissen*) veya sonuç borcu ilişkileri (*Zielschuldverhältnis*) terimleri de kullanılmaktadır: **BK-Kramer/Schmidlin**, N. 158. Karş. Şeref Ertaş, “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamanaşımı”, **DEÜHFD C. 16, Özel Sayı** (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, s. 3094.

¹⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 40; Seliçi, s. 10; Şirin Aydınçık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul, 2006, s. 74

¹¹ Bu duruma örnek olarak yayım sözleşmesi verilebilir: Azra Arkan Serim, **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, İstanbul, 2017, s. 36

¹² Oğuzman/Öz, C. I, N. 39; Seliçi, s. 7; Sarı, s. 43 vd.; Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, 1968, s. 18. Aksi yönde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 164 dn. 24; İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları**, C. IV, İstanbul, 1980, s. 479

¹³ Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012, s. 46

¹⁴ Gutzwiller/Vetter, s. 700; Huguenin, N. 57 vd.; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 28; Cherpillod, s. 11, ancak yazar ani edimli borç ilişkisi hakkında alacaklının ifaya olan menfaatinin zamanla olan ilişkisine de

varlığını sürdürür ve ancak bu sözleşme ilişkisinin hüküm ifa edeceği süreye göre kapsamı belirlenebilir¹⁵. Bu itibarla da ani edimli sözleşmelerden farklı olarak ifa vakıası sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmeye sonucunu doğurmaz¹⁶. Oysa asli edimin kapsamının sözleşmesel ilişkisinin hüküm ifade ettiği süreye göre belirlenebilir olması gerçekten sürekli borç ilişkilerinde karşılaşılan bir özellik olmakla birlikte, bu durum söz konusu sözleşmesel ilişkiyi sürekli kılmaz; aksine sürekli borç ilişkisi olmasının sonucundan ibarettir. Alacaklının ifa menfaati belirli bir zamansal sınıra indirgenemediği, tersine ifa menfaati zamana yayıldığı için edimin kapsamı sözleşme süresine göre belirlenebilmektedir¹⁷. Dolayısıyla, bir sözleşmenin süreklilik niteliğinin belirlenmesindeki asıl ölçüt alacaklının ifa menfaati olmaktadır¹⁸. Edim kapsamının zamana bağlı olması ve ileri sürülen diğer yan ölçütler¹⁹, ifa menfaatinin zamana yayılı olmasının sonucundan ibarettir.

Alacaklının ifaya olan menfaatinin temel ayırım ölçütü olarak benimsenmesi, belirli süreli olduğu için toplam edim tutarının başlangıçta olduğu sözleşmeler ile ard arda teslimli sözleşmelerin nitelendirilmesi açısından da gereklidir. Nitekim öğretide

değmektedir; Gauch, s. 6; Gianella, N. 33; Huguenin, N. 85 vd.; Edim mübadelesinin uzun süreye yayılması şeklinde: Schwenger, N. 3.26; JdT 2005 I 284; ATF 128 III 428; ATF 138 III 659; İFM, 20.8.2007, 4A_141/2007 (Swisslex). Ayrıca: **BK-Kramer/Schmidlin**, N. 160; Bernhard Stehle, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)**, 2016, Vorb. Art. 1–40g N. 69. Türk hukukunda bu yönde: Altınok Ormancı, s. 13; Kurt, **Temerrüt**, s. 47; Alman hukukunda da bu ölçüt baskındır: **MünchK-Gaier**, § 314 BGB, N. 5; **BeckOK-Sutschet** § 241 BGB, N. 27; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 I 1, s. 378-379; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, Münih, 1982, §2, IV, s. 29; Oetker, s. 104 vd.; Lars Böttcher, **Erman BGB Kommentar**, 2014, Köln, §314 BGB, N. 3a; **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 5; **PalandtK-Grüneberg**, §314 BGB, N. 2; **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 5; Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Tübingen, 2005, N. 24. Karş. Bu ölçütü kabul etmekle birlikte alacaklının ani ifaya olan menfaatine (*Einzelleistungsinteresse*) de bakılması gerektiği görüşünde **NomosK-Krebs/Jung**, §314, N. 8 ve 14; Benzer yönde: **RummelABGB-Rummel**, §859 ABGB, N. 28; Asli edimini süreye bağlı olması yönünde: **PraxisABGB-Reidinger**, §918 ABGB, N. 30; **KK-Bollengerber**, §859 ABGB, N. 7.

¹⁵ Altınok Ormancı, s. 13; Ancak sözleşmenin sona ermesi sürekli edimin doğumunu engeller, önceden doğmuş borçların varlığına veya yeni başka borçların doğmasına engel teşkil etmez, ancak sözleşme süreklilik niteliğini kaybetmiş olur: **BK-Kramer/Schmidlin**, N. 160

¹⁶ Gauch, s. 11; Seliçi, s. 8; Tümerdem, s. 51; Schwenger, N. 3.27

¹⁷ Sözleşme süresinin tamamlanmasıyla alacaklının ifa menfaatinin gerçekleşeceği: Oetker, s. 326-327; Daniel Sauter, **Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages**, Zürich, 1982, s. 18 ve 21

¹⁸ Seliçi, s. 7; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 14; Oğuzman/Öz, C. I., N. 39; Seliçi, s. 7; Sarı, s. 43; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 17; Thume, s. 55; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 249 vd.; Güler Gümüşsoy Karakurt, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, İstanbul, 2017, s. 11; Bu yönde anlaşılabilir: Pawlowski, **AT**, §4 N. 578; Karş. Kılıçoğlu, s. 8, yazar ayırımın hukuki işlemin zaman itibarıyla sürekliliğine bağlı olduğunu kabul etmektedir. Karş. Tümerdem, s. 54

¹⁹ Örnek olarak: Cherpillod, s. 12 vd.; Genel olarak ölçüt önerileri ve değerlendirme: Rumpf, s. 20 vd.

asli ediminin kapsamının zamana göre artması ölçütünü benimseyenler dahi ard arda teslimli sözleşmeler bakımından alacaklının ifa menfaatine dayanmak ihtiyacı duymaktadır²⁰. Başlangıçta ifa edilmesi lazım gelen edimin kapsamı sözleşme süresi nedeniyle belirlenebilir olsa da²¹, alacaklının ifa menfaati söz konusu edimin zaman içinde sürekli olarak (dönemsel tarzda olsa bile²²) elde etmesinde ise ilgili sözleşmesel ilişki sürekli olarak nitelendirilmek gerekir²³. Sözleşme yürürlükte kaldığı ve ifa olgusu gerçekleştiği ölçüde alacaklının ilgili döneme olan menfaati gerçekleşmiş olur ve bu döneme dair sözleşmesel bağın tasfiye edilmesi, sözleşme hükümsüzleştiğinde ve sona erdirildiğinde gerekmez. Bu itibarla sözleşme süresinin belirliliği nedeniyle toplam edim tutarının da belirli olması sözleşmenin niteliğinin tayininde etkili değildir²⁴.

B. Sınıflandırma

1. Genel Olarak

Ani edimli ve sürekli edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayırımına ilişkin ölçütün tespit edilmesinden sonra, bu ölçüitten hareketle karşılaşılabilecek sözleşme ilişkilerinin sınıflandırılması gerekir. Böylece sürekli borç ilişkisi olmaktan kaynaklanacak sonuçların hangi sözleşmelere uygulanabileceği sistematik olarak anlaşılabilir hale gelir.

Temel amaç sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti olduğu için, bu yönden etkili olmayacak ve pratik sonucu olmayan kuramsal alt ayrımlar yapılması gerekli değildir. Alacaklının ifa menfaatinin zaman açısından değerlendirilmesi de tabii

²⁰ Altınok Ormancı, s. 21; Oetker, s. 111; Ayrıca, niteleme bakımından alacaklının menfaatinin dikkate alan: Rumpf, s. 43

²¹ Bu durumda sürekli borç ilişkisinin söz konusu olmayacağı ancak istisnai durumlarda haklı nedenle feshe başvurulabileceği görüşünde: Böttcher, §314 BGB, N. 3c; Bu sözleşmelerin sürekli sayılamayacağı fikrinde: **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 9; **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N.; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 8. Süreden bağımsız olarak arda arda teslimli satış sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuracağı görüşünde: Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich, 2017, s. 32

²² Sürekli ediminin tekrarlayan veya daimi nitelikte olabileceği hakkında: Böttcher, §314 BGB, N. 3a; **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 7

²³ Alacaklının ani ifaya olan menfaatine göre belirleneceği şeklinde: **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 8 ve 14; Pawlowski, **AT**, §4 N. 578; Oğuzman/Öz, C. I, N. 43; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 16; Bu durumda sürekli borç ilişkisi doğmayacağı fikrinde: Huguenin, N. 2362

²⁴ Oğuzman/Öz, C. I, N. 43 dn. 43; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 15-16; Kıyasen sürekli borç ilişkisi hükümlerinin uygulanabileceği yönünde: Seliçi, s. 20; Aksi yönde: Thume, s. 59; Kuntalp, s. 27; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 75

olunacak hükümlerin belirlenmesi için yeterli dayanak sağladığından kapsamlı alt ayrımlar yapmaya gerek görülmemiştir.

2. Ani Edimli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, sözleşmeden doğan asli edimlerden hiçbiri alacaklı bakımından ifa menfaati zamana yayılmamış ise, ani edimli bir sözleşme ilişkisinin doğacağı ifade edilebilir²⁵. Esasen bu bağlamda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde hareket ederek olumsuz bir tanıma da ulaşılması mümkündür. Bir sözleşme sürekli borç ilişkisi doğurmuyorsa, ani edimlidir²⁶. Zira ani ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler dışında üçüncü bir zamana göre alacaklı menfaatinin belirlenebileceği olasılık yoktur.

Ani edimli borç doğuran bir sözleşme ilişkisi de Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde yer alan m. 126 ile m. 138/son cümle dışında genel hükümlere tabi olur. Zira belirtildiği üzere Türk Borçlar Kanunu genel olarak sürekli borç ilişkilerini nazara alarak kaleme alınmamıştır²⁷.

3. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmeler

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise, asli edimlerden en az birisinin alacaklısının ifa menfaati zamana yayılmış olan sözleşmelerdir. Ani edimli borç ilişkisi sözleşmelerden farklı olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, kanun tarafından özel olarak düzenlenmedikleri ölçüde, genel hükümlere tabi olsalar da nitelikleri gereği birtakım özellikler gösterirler. Ancak şuna işaret etmek gerekir ki bu kapsamda kalan sözleşmesel ilişkiler süreklilik niteliklerini, sürekli olan edimin ifasının başlamasıyla kazandıkları mutlak olarak kabul edilemez. Her ne kadar sözleşmenin ileri etkili sona ermesi, geçmişe etkili tasfiye güçlüğüne bağlandığı için bu sonuç açısından sürekli edimin ifası gerekli olsa da, gerek haklı nedenle fesih gerekse olağan fesih haklarının doğumu için sürekli edimin ifasının başlaması şart olmamak gerekir²⁸.

²⁵ Oğuzman/Öz, C. I, N. 38; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 249; Seliçi, s. 8; Sarı, s. 44

²⁶ Karş. Ani edimli olmayan sözleşmeler sürekli borç ilişkisi doğurur şeklinde: Rumpf, s. 44

²⁷ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 13; Seliçi, s. 2; İsviçre'de: Schwenzler, N. 3.25

²⁸ *Bölüm: 3, I/A* ve Kira sözleşmesinde: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 182; İnceoğlu, C. II, s. 223. Bu durumda, söz konusu haklar, dönme şeklinde hüküm doğurur (Yavuz, s. 582 dn. 40). Yarg. 23. HD.,

Sürekli edimli bir sözleşme ayakta kaldığı ve sözleşmeye süreklilik kazandıran edimin ifası başladığı ve sürdüğü ölçüde sürekli edimin alacaklısının ifa menfaati gerçekleşmektedir. Bu nedenle, ifa menfaatinin kesintiye uğraması üzerine sözleşmesel ilişkinin geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasına gerek ve yer yoktur²⁹. Bu çerçevede sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ifa edildiği ölçüde edimlerin korunacağına dair taraf menfaatlerinin bulunduğu ve bu menfaatin korunması gerektiği ifade edilir³⁰. Kaldı ki süreklilik arz eden ve ifa edilmiş olan edimin geçmişe etkili olarak tasfiyesi de ya olanaksızdır ya da çok büyük güçlük taşır³¹. Bu itibarla, söz konusu sözleşme ilişkilerinde sürekli edimin ifası başladıysa, sözleşmeyi hükümsüz kılan bir neden bulunsa dahi, hükümsüzlüğün ileri sürülmesiyle veya

31.3.2015, 8047/2102 (Lexpera) “..sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin geçmişe etkili olarak sona erdirilemeyeceği, sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği, somut olayda ise sözleşmenin kurulduğu ve ifa edilmediği, sürekli borç ilişkisi teşkil eden bir nitelikte olmadığı değerlendirilerek sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshedilmesi gerektiği, davalının, haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirdiği..”. Ancak ifası başlanmış sürekli borç ilişkileriyle sınırlayan görüş: Seliçi, s. 156; Benzer: Altınok Ormancı, s. 92. Kuşkusuz bu durumda sürekli edim alacaklısının başvurabileceği daha elverişli hukuki çareler saklıdır, ancak onların varlığı olağan veya haklı nedenle fesih haklarının doğumlarına engel teşkil etmemek lazım gelir.

²⁹ Gauch, s. 209 vd.; Gauch/Schluep/Schmid, N. 942; Joachim Gernhuber, **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989, s. 396 vd.; Seliçi, s. 37 vd.; Huguenin, N. 792; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998, s. 320 vd, yazar salt anlamsızlık yönünden bu hususu haklı görmektedir. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 168 vd. Bu ilkeye istisna oluşturan tek kanuni örnek ise ölüncüye kadar bakma sözleşmesidir. Gerek 818 gerek 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında sözleşmenin olağan fesih veya haklı nedenle feshedilmelerine geçmişe etki tanınmıştır (TBK m. 616/II, 617/I-BK m. 516/II, m. 517/II): Tunçomağ, s. 129; Yavuz, s. 1507; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 555; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 358. Fesih yerine dönmenin söz konusu olduğu yönünde: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, s. 826. Hukuki durum, İsviçre’de de aynıdır (İBK m. 526, 527): **BSK-Bauer**, Art. 526 OR, N. 4, Art. 527 OR, N. 3; **CR-Jaccard/Baruh**, Art. 526 CO, N. 4, Art. 527 CO, N. 4; **OFK- Breitschmid**, Art. 526 OR, N. 1; von Tuhr/Escher, s. 168, dn. 54; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1324-1325, yazar tasfiyenin büyük güçlük yaratmayacağı ve hâkimin ileriye etkiye hükmedebileceğini ifade etmektedir. Kanunun açık lafzına karşın öğretide, bu sözleşmenin sürekli borç doğuran nitelikte olması nedeniyle geçmişe etkili tasfiyesinin güç olduğu ve TBK m. 126 ve TBK m. 138 hükümlerine uygun şekilde fesih hakkı olarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı, TBK m. 617/II hükmünün de buna dayanak olabileceği savunulmaktadır: Eren, **Özel Hükümler**, s. 826; İsviçre’de: **BSK-Bauer**, Art. 527 OR, N. 3; **CHK-Balmelli**, Art. 526/528 OR, N. 6.

³⁰ Seliçi, s. 36-37; Sözleşmeden dönme yerine, feshin kabul edilmesinin nedenin hangi sonucun taraf menfaatlerine uygun göre belirlendiği ve bu nedenle sürekli borç ilişkilerinde feshin üstün tutulduğu (*teleologische Begriffsbestimmung*) hakkında: **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 8; İleriye etkili sona ermenin sürekli borç ilişkilerinin bünyesinde bulundurduğu belirsizlik rizikosuyla açıklayan görüş: **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 5; Avusturya hukukunda, sürekli edimin ifaya başlanmasıyla geçmişe etkili sona erdirme olasılığın ortadan kalktığı hakkında: **RummelABGB-Reischauer**, vor §§918-933 ABGB, N. 13, sona erdirme sebeplerinin haklı nedenle feshi dönüştüreceği fikrinde: **RummelABGB-Reischauer**, §918 ABGB, N. 7; **KK-Bydlinski**, §918 ABGB, N. 16; Ayrıca: **RummelABGB-Rummel**, §859 ABGB, N. 27; **PraxisABGB-Reidinger**, §918 ABGB, N. 54; Larenz, **SR-AT**, §26, s. 385

³¹ Seliçi, s. 38; Huguenin, N. 964; Mankowski, s. 929 vd.; Günther Beitzke, **Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Daurechtsverhältnissen**, 1948, s. 6; Cherpillod, s 130; JdT 1952 I 492; JdT 1962 I 591; Flume, §8 3

hâkimin re'sen nazara almasıyla ileriye etkili olarak dikkate alınması gereklidir³². Başka bir deyişle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde hükümsüzlük ileriye etkilidir. Bu sonuca varılmasına yol açan tasfiye güçlüğü ve taraf menfaatlerinin korunması gerekçesinin yanında, kuramsal temel ise hükümsüzlüğe ilişkin hükümlerin amaca göre sınırlama yolu ile kapsamının sınırlanması olmaktadır³³. Zira sürekli bir borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak tasfiyesine yol açan bir kesin hükümsüzlük, gerçekleştirilmesi son derece güç veya olanaksız sonuçlara yol açacağından sınırlanmak gerekir. Buna karşılık sürekli edimin ifasına başlanmadığı takdirde, herhangi bir tasfiye güçlüğü veya edimlerin korunacağına dair güven hakkında bir menfaat bulunmadığından, genel hükümsüzlük rejimi aynen uygulanmaya devam edilir³⁴.

Ayrıca, sürekli borç ilişkilerinde ifa süreci, alacaklı menfaatini elde ettiği devam ettiği müddetçe sözleşme ilişkisinin sona ermesine yol açmaz³⁵. Oysa ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkilerinde, alacaklının ifa menfaati ifa fiili ile derhal gerçekleşip borç ifa edilmiş olacağından, asli edim ifa yoluyla sona ermiş olur³⁶.

³² Kocayusufpaşaoğlu, §8 N. 13; Schwenger, N. 3.28, şekle aykırılıkta re'sen: 31.29; JdT 2003 I 331; Flume, §8 3, s. 101-102; **RummelABGB**-Krejci, §879 ABGB, N. 251; İrade bozukluklarında: **RummelABGB**-Rummel, §871 ABGB, N. 24; Türk hukukunda iptal hakkı açısından: Oğuzman/Öz, C. I, N. 391; Seliçi, s. 57 vd.; İsviçre'de: Schwenger, N. 39.25; Huguenin, N. 60 ve 562; Ayrıca: Boemke/Ulrici, §12 N. 105; Bork, N. 958; Wolf/Neuner, §55 N. 10; Medicus/Petersen, N. 782, yazar iptal hakkının yerini feshin yer aldığını ifade etmektedir, genel olarak: N. 253; Harmut Oetker/Felix Maultzsch, **Vertragliche Schuldverhältnisse**, Heidelberg, 2013, s. 465; Pawlowski, **AT**, §4 N. 473a; Dürüstlük kuralı (Al. MK §242) gerekçesiyle: Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, **Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2017, N. 77

³³ Wolf/Neuner, §41 N. 145; Şekle aykırılık bağlamında: Schwenger, N. 31.29, başlangıçtaki imkânsızlıkta: N. 32.35; ATF 113 II 209; İptalin hükmü açısından: Huguenin, N. 585; Almanya'da aynı yönde: Boemke/Ulrici, §12 N. 105; Mankowski, s. 948. Genel anlamda kesin hükümsüzlüğün sınırlanmasının amaca göre sınırlamaya dayandığı: Pawlowski, **AT**, §4 N. 487. Önceki öğretilerde fiili sözleşme kuramıyla, bu durum temellendirilmekteydi: Kocayusufpaşaoğlu, §8 N. 12-13; Ayrıca: Flume, §8 3, s. 101. Ayrıca, dönme hakkının fesih sonuçları doğurmasının da amaca göre sınırlama ile temellendirilmesi: Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 7 a, s. 396. Karş. İBK m. 320/III hükmünün kıyasen uygulanması gerekçesi: Honsell, **BT**, s. 8. Yalın ortaklık sözleşmesinde de hükümsüzlüğün ileriye etkili olacağı: Y. Ümit Doğanay, **Âdi Şirket Akdi**, İstanbul, 1968, s. 104, yazar evliliğin butlanından yararlanılabileceğini savunmaktadır. Eser sözleşmelerinde hükümsüzlüğün ileriye etkili olacağı görüşünde: Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi, Yapısı –Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, İstanbul, 1989, s. 87

³⁴ Seliçi, s. 213 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 174

³⁵ Seliçi, s. 32-33; Saibe Oktay, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", **İÜHFİM** C. 55 S. 3 (1997), s. 216; Tümerdem, s. 50; **RummelABGB**-Würth, 3. Bası, 2000, Art. 1118 ABGB, N. 1; Boemke/Ulrici, §17 N. 27; Rumpf, s. 43; Oetker, s. 111; Wolf/Neuner, §19 N. 19; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 I 4, s. 384

³⁶ Asli edimin ifa yoluyla sona ermesi sözleşmesel ilişkinin tüm sonuçlarıyla yok olmasına yol açmaz. Mesela, ayıp nedeniyle tekeffül borcu asli edimin ifasından sonra varlık kazanır.

Dolayısıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, alacaklının ifa menfaati varlığını koruduğu ölçüde ifa sürecinde olmaya devam eder ve bu itibarla varlıklarını alacaklının ifa menfaati sözleşme sürenin belirlenmesi veya ifa edilecek edim kapsamının başlangıçta tayin edilmesiyle sınırlanmamışsa sonsuza kadar devam ettirebilir. Sözleşmesel bir ilişkiyle bu kadar uzun bir süre hukuken bağlı kalmak ise taraflar açısından kişilik haklarının, ekonomik özgürlük ve karar alma özgürlüğünün ihlali anlamına gelebilir, başka bir deyişle böyle bir potansiyel risk vardır³⁷. Nitekim kanun koyucu belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri hakkında düzenlediği hükümlerde olağan fesih hakkını³⁸, söz konusu potansiyel riski bertaraf etmek üzere düzenlemiştir. Kanunda düzenlemeyen sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de olağan fesih kurumu uygulama alanı bulur³⁹. Bunun hukuki dayanağını ise aşağıda açıklanacağı üzere sözleşme boşluğunun doldurulması oluşturur⁴⁰.

Sözleşme süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde tarafların olağan fesih hakkı bulunur ve bu yolla sözleşmeyle bağlılıklarını sona erdirebilirler. Öte yandan sözleşme süresi belirli olmakla birlikte süre itibarıyla taraflardan birinin kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte ise, TBK m. 27 atfıyla uygulanacak MK m. 23/II hükmü⁴¹ gereği oluşacak hükümsüzlük yine amaca göre sınırlanmak suretiyle sadece kişilik haklarının ihlaline maruz kalan tarafın ileriye etkili olarak ileri sürebileceği bir esnek hükümsüzlük hali ortaya çıkar⁴². Bu esnek

³⁷ Oğuzman, s. 159; Seliçi, s. 111; Süzek, **Fesih**, s. 27; Altınok Ormancı, s. 91; Cherpillod, N. 11 vd.; Sauter, s. 173. Kişilik haklarına aykırılık oluşturmayacak sürenin belirlenmesi ise farklı ölçütlere bakılmasını gerektirir. Uzun süreli sözleşmelerde de sözleşme ile yüklenilen edimlerin niteliği ve kişiye bağlılığı, bağlılığın yoğunluğu, karşılıklı edimlerle elde edilen menfaatler, faaliyet için gerekli yatırımların amortisman müddeti dikkate alınır: Cherpillod, s. 15-19; **BSK-Huguenin/Reitze**, Art. 27 ZGB, N. 10. Sözleşmelerin süre unsurunun gerek uzunluğu gerek kısalığı ile kişilik haklarını etkileyebileceği ancak sürenin tek bir unsur teşkil etmediği: M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2018, N. 650; Oktay, **Uzun Süreli**, s. 222; Geniş bilgi: Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 265 vd.

³⁸ Bir hak olması nedeniyle ek bir yetki olarak nitelendirilmesi isabetsizdir. Karş. Altınok Ormancı, s. 91; Seliçi, s. 111

³⁹ Oktay, **Uzun Süreli**, s. 216; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 351; **RummelABGB**-Rummel, §859 ABGB, N. 27; **PraxisABGB**-Binder/Kolmasch, §914 ABGB, N. 188; **KK**-Bollenberger, §859 ABGB, N. 7

⁴⁰ *Bölüm: 3,I,B,3,c*

⁴¹ Kanunen olağan fesih hakkı tanınan sözleşmelerde bu olanağın kaldırılmasıyla MK m. 23 gereği kanuni fesih düzenini bozulmasıyla hükümsüzlük olacağı ve yeniden olağan feshi rejiminin uygulanacağı görüşünde: Seliçi, s. 139

⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 215 ve dn. 739; **BSK-Huguenin/Reitze**, Art. 27 ZGB, N. 20; Farklı yönde tek yanlı bağlamazlık şeklinde: **BK**-Eugen Bucher, 1993, Art. 27 ZGB, N. 126 vd.; Aynı yönde: JdT 2003 I 623; Karş. JdT 1973 I 80: Uzun süreli elektrik temin sözleşmesinde İMK m. 2 uyarınca fesih hakkı tanınmıştır. İMK m. 27'ye (MK m. 23) aykırılık nedeniyle fesih hakkı tanıyan

hükümsüzlük de belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdeki olağan feshin işlevini yerine getirir⁴³. Ancak nitelik farkları nedeniyle geleceğe etkili olarak hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ve olağan fesih hakkı özdeş sayılamaz.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin diğer bir genel özelliği ise, sürekli edim alacaklısının ifa menfaatinin zamana yayılmış olmasından ötürü sözleşme tarafları arasında güven ilişkisinin doğmasıdır⁴⁴. Bu güven ilişkisinin yoğunluğu ve kapsamı sözleşme tipi, tarafların nitelikleri, sözleşme süresi⁴⁵, sürekli edimin ifa edilme süresi gibi birtakım ölçütlere göre farklılık gösterebilse de her sürekli borç ilişkisinde bulunur⁴⁶. Güven unsuru özellikle, gelecekte de sürekli edimin ifasının devam edeceğine olan menfaat ile kendini gösterir⁴⁷. Söz konusu güven ilişkisi dâhili veya harici bir sebeple yıkıldığı takdirde, güven unsurunu yitiren sözleşme tarafının

kararlar: JdT 1968 I 565; ATF 97 II 390; ATF 113 II 209; JdT 1978 I 333; Süre hükümünün geçersizliği nedeniyle oluşan sözleşme boşluğunun doldurulması tarzında: JdT 1982 I 67; Sürenin kişilik hakkı ihlal teşkil etmeyecek noktaya indirilmesiyle değiştirilmiş kısmı hükümsüzlük görüşünde: Cherpillod, s. 27; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor**, Zürich, 2009, §11, N. 15; Alain Thévenaz, **La protection contre soi-meme – Etude de l'article 27 alinea 2 CC**, Bern, 1997; Denis Piotet, “La sanction de l’engagement excessif selon l’art. 27 al. 2 CC”, **Melanges Pierre Wessner**, Basel, 2011, s. 505

⁴³ Bkz. ve Karş. **OFK**-Büchler, Art. 27 ZGB, N. 12, yazar burada hükümsüzlüğün haklı nedenle fesih işlevi göreceğini belirtmektedir. Oysa hukuki ilişkinin devamı çekilmezse haklı nedenle fesih hakkı doğar ve İMK m. 27’ye başvurma gereği ortaya çıkmaz. Hukuki ilişkinin devamının çekilmez hale gelmesi, sözleşmenin bizatihi kişilik haklarına aykırılık oluşturmasından farklılık arz eder.

⁴⁴ Seliçi, s. 34; Altınok Ormancı, s. 112; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 164; Oktay Özdemir, **Lisans Sözleşmeleri**, s. 66; Çiğdem Kırca, **Franchise Sözleşmesi**, Ankara, 1997, s. 181; Öekli, s. 18; Marc-Philippe Weller, **Die Vertragstreue**, Tübingen, 2009, s. 202; Doralt, s. 226 vd.; Pawlowski, **AT**, §6 N. 837; Gauch, s. 190; Larenz, **SR-AT**, §2 VI, s. 31-32; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, Münih, 2015, N. 14. Bu yönde anlaşılabilir: Huguenin, N. 538; Jens Böttcher, “Die Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **ZfBR** 2003, s. 214; Yarg. 11. HD., 25.11.2002, 6207/10839 (Lexpera) “...sürekli borç ilişkilerinde sıkı güven unsurunun gerektiği..”. Güven unsurunun çoğu sürekli borç ilişkisinde bulunmasına rağmen bu kavramın kurucu bir unsuru olmadığı görüşünde: **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 5; **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 8; Oetker, s. 138. Bu itibarla güven unsurunun, asli edime olan alacaklı menfaatinin zamana yayılmış olmasının sonucu olduğu vurgulanmak gerekir. Karş. Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 2 b, s. 389, yazar hiçbir sözleşmenin taraflarını kavramsal olarak doğruluğa veya güvene borçlandırmayacağını, sözleşmesel yükümlülükler çerçevesinde sözleşmenin amacına aykırı davranmama yükümlülüğü doğuracağını ve bunun sürekli borç ilişkilerine özgü olmadığını belirtmektedir. Diğer yandan, asli borçlarının ihlalinin aynı zamanda bu yükümlülüğün ihlali sonucu doğurup tüm borç ilişkisini etkileyebilecek hukuki çarelere başvurulabilmesinin yolunu açacağını ifade etmektedir: s. 389-390

⁴⁵ Sözleşme süresi ile güven ilişkisinin arasında karşılıklı bir bağlılık olduğu hususunda: Weller, s. 202

⁴⁶ Seliçi, s. 34-35; Gauch, s. 16

⁴⁷ Seliçi, s. 34-35

sözleşmeyi haklı nedenle (önemli sebeple)⁴⁸ feshetme hakkı bulunur⁴⁹, zira güven unsurunun zedelenmesiyle sözleşme ilişkisi çekilmez hale gelir. Ancak güven unsurunun zedelenmesi haklı nedenin tek görünümü değildir⁵⁰.

4. Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Ani Edimli Sözleşmeler

a. Genel Olarak

Alacaklının ifa menfaatinin zamana yaygınlığına ilişkin ölçüt, ani ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri ayırt etmede yeterli olsa da, ani edimli sözleşme ilişkilerinin bir kısmı ya söz konusu sözleşmenin bünyesinde taşıdığı özellikler ya da yine bu özellikleri dikkate alınmak suretiyle sevk edilen kanun hükümleri nedeniyle sürekli borç ilişkilerine dair hükümlere tabi olur⁵¹. Zira ani edimli sözleşmelerde de güven unsuru baskın bir rol oynayabileceği gibi, sözleşmenin geriye etkili olarak tasfiye edilmesi de menfaatler dengesine uygun düşmeyebilir. Bu çerçevede kanunla sürekli borç ilişkisi sayılan sözleşmelerde doğrudan kanun hükümlerinin uygulanması yeterli olurken özellikleri gereği sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi tutulacak ani edimli sözleşmelerin özelliklerinden hareketle tespit edilmesi lazım gelecektir. Ancak her ne kadar sürekli borç ilişkilerine dair hükümler uygulanmak gerekse de söz konusu sözleşmeler, asli edim alacaklılarının ifa menfaatleri dikkate alındığında sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak tanımlanamaz.

⁴⁸ Türk Borçlar Kanununun bazı hükümlerinde haklı neden ifadesi yer alırken bazılarında ise önemli neden ifadesi yer almakla birlikte bunlar arasında kavramsal bir farklılık olmayıp İsviçre Borçlar Kanununun Almanca ve Fransızca metinlerinden hareket eden çeviri farklılığından ibarettir.

⁴⁹ Seliçi, s. 35; Doralt, s. 419-420, yazar güven kaybını çekilemezlik yaratan bir olgu grubu olarak ele almaktadır; Larenz, **SR-AT**, §26, s. 384. **RummelABGB**-Rummel, §859 ABGB, N. 27 ve vor §§918-933 ABGB, N. 7; Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 8689/9920 (Lexpera) “Taraflar karşılıklı olarak uygun bir anlaşma havası içinde borç ilişkisini sürdürmek durumundadırlar. Bu sıkı güven ilişkisi taraflardan birinin davranışı yüzünden çökerse, diğer taraftan artık borç ilişkisini sürdürmesi beklenemez.” Uzun süre bağlayıcı öneride bulunulduğunda, bu bağlayıcılığın bertaraf edilebilmesi için de haklı nedenle fesih kurumuna başvurulabileceği: Pawlowski, **AT**, §4 N. 363 dn. 20

⁵⁰ *Bölüm: 3,I,C,4,b*

⁵¹ Cherpillod, N. 239; Ayrıca: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 40 ve 45; Altınok Ormancı, s. 28 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 250. İkili ayrımı yeterli gören görüş: Kurt, **Temerrüt**, s. 48

b. Kanun Gereği Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Sözleşmeler

Kanun hükümleri, bir sözleşmede asli edimlere ilişkin ifa menfaati zamana yayılmış olmasa da, ilgili sözleşmeye ilişkin sürekli borç ilişkilerinde karşılaşılan haklı nedenle fesih, olağan fesih veya genel olarak sözleşmenin dönme yerine feshe tabi olması gibi düzenlemeleri derpiş etmiş olabilir.

Bu kapsamda, sigorta sözleşmeleri örnek olarak verilebilir. Sigorta sözleşmesinde sigortacının sigorta ettirenden talep hakkı, sigorta priminden ibaretken; sigorta ettirenin sigortacıdan talep hakkı riziko gerçekleştiği takdirde sigorta tazminatı veya bedeli olmaktadır⁵². Para borcu oluşturan bu edimlerin alacaklıları bakımından kural olarak ifa menfaati zamana yaygın değildir. Buna karşılık sigortacılık kurumunun işleyebilmesi bakımından ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin hükümler elverişli değildir. Verilebilecek en açık örnek, sigorta sözleşmesinin sona ermesi durumunda, bunun geriye etkisi nedeniyle sigortacının tahsil ettiği primleri iade etmekle yükümlü kalacak olmasıdır. Getirilen Türk Ticaret Kanunu hükümleriyle sigorta sözleşmeleri sürekli borç ilişkilerine kural olarak uygulanacak bir rejime tabi tutulmuş olmaktadır. Bu kabul de, sigortacının asli edim yükümlülüğünün süreli bir edim saymak için ileri sürülen çözümlere gerek bırakmamaktadır⁵³.

⁵² Franz Haymann, **Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag**, 1933, s. 32; Jan Dirk Harke, **Besonders Schuldrecht**, Heidelberg, 2011, §3 N. 168, s. 138; Ayrıca: Zehra Şeker, "Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 1058; Barış Demirsatan, "Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü", **İÜHFM C. 75 S. 2 (2017)**, s. 375 vd. Karş. Venturi-Zen-Ruffinen, N. 160 vd.; Oetker, s. 171 vd.

⁵³ Özellikleri gereği sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi tutulması gereken ani edimli sözleşmeler bakımından da, bu sözleşmelerini sürekli edimli sayabilmek için farklı çözümler ileri sürülmektedir. Mesela karz (tüketim ödünçü) sözleşmesinde, asli edimin karz konusu değeri kullandırma borcu olduğu belirtilmektedir (Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2008, s. 474 dn. 2437; **ZK-Higi**, Art. 312 OR, N. 75; Benedikt Maurenbrecher, "Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 428 ff. ("Fiat Lux")", **recht** 2003, s. 181 vd.; Oetker/Maultzsch, s. 271; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 1 3, s. 381). Keza benzer bir durum kefalet sözleşmesi bakımından da söz konusu olup öğretilde sürekli borç ilişkisi (Venturi-Zen-Ruffinen, N. 144; **PalandtK-Grüneberg**, §314 BGB, N. 5; **BeckOK-Lorenz**, §314 BGB, N. 5; **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 6; **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 5), sürekli borç ilişkisi hükümleri uygulanacak sözleşme (Tercier, **Spéciaux**, N. 4973) veya teminat altına alınmış edimin niteliğine göre belirleneceği şeklinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Garanti sözleşmesi için: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 151 ve 153. Tüm bu sözleşme tiplerinde, teminat alacaklısı veya sigorta ettiren, tehlikeyi (riski)

Son olarak belirtmek gerekir ki bu kapsamdaki sözleşmelere ilişkin açık hüküm düzenleme yoluna gidilmemiş olsa bile bu sefer hukuki ilişkinin özellikleri itibarıyla yine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere dair hükümlere tabi tutulurlardı.

c. Özellikleri Gereği Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Sözleşmeler

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, taraflar arasında güven ilişkisi doğduğu ve sözleşmelerin hükümsüzlük ile sona erme rejimlerinin ileriye etkili olması gerektiği ve bunun asli edim ifa menfaatinin zamana yayılmış olmasından ileri geldiği yukarıda ifade edilmişti. Ancak ileriye etkili sona erme rejimi gereksinimi ile sözleşme tarafları arasında korunması gerekli güven ilişkisi salt sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü değildir. Sürekli borç ilişkisi olmak yukarıda belirtilen sonuçlara nasıl yol açıyorsa, ters istikametle, bu sözleşmelerde de aynı gereksinimlerin bulunması sürekli borç ilişkilerine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını gerektirmektedir⁵⁴.

Bu kapsamda sayılabilecek ilk sözleşme kategorisini irtifak hakkı sözleşmeleri oluşturmaktadır⁵⁵. Bu sözleşmelerde sözleşmeye karakterini veren asli edim, irtifak hakkı tesis etme borcu olmaktadır. Bu borcun alacaklısı açısından ifa menfaati, adına tapu sicilinde irtifakın tescil ettirilmesiyle gerçekleşir. Alacaklının aynı hakkı kazanmasıyla ifa menfaati gerçekleştiği için söz konusu edimin sürekli olmadığı açıktır. Dolayısıyla irtifak hakkı sözleşmeleri, ani edimli sözleşmeler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte irtifak hakkı tesis eden yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi sözleşme sahibi arasında aynı taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olmaktan

üstlenme ediminin yerine gelmesi için ne aynen ifa talebinde bulunabilir ne de zarara uğradığı gerekçeleriyle tazminat talebinde bulunabilir. Bu da esasen söz konusu bir edimin bulunmadığını göstermektedir. Asli edim para borcunun ifasını konu almaktadır (Gauch, s. 13 dn. 4). Karz sözleşmesinde de karz verenin değer kullandırma borcunu ifa etmesi, karz konusunun mülkiyetini devretmekten ibaret kalmaktadır.

⁵⁴ Uzun süreli sözleşmelerde (*Langzeitverträge*) karşılıklı işbirliği gerektiği hallerde ve karmaşık bir hukuki ilişki doğduğunda haklı nedenle fesih kurumunun uygulanabilir olabileceği hakkında: **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 12; Benzer şekilde: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 6. Aynı yönde ve taraflar arasındaki güven ilişkisine işaret ederek: **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 16. Uzun süreli sözleşmelerin sona ermesinde ileriye etkinin kabul edilebileceği görüşünde: Gauch/Schluep/Schmid, N. 945

⁵⁵ Bu hususta genel olarak bkz. Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2017, s. 39 vd.

kaynaklanan sürekli bir hukuki ilişki doğar. Bu çerçevede taraflar arasında güven ilişkisi doğar ve sürekli hukuki ilişkinin sürdürülmesi çekilmez olduğu takdirde sona erdirilmesi lazım gelir⁵⁶. Keza, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi de, kira sözleşmesine benzer şekilde, irtifak hakkı sahibinin haktan istifade etmiş olması dikkate alındığında gereksiz ve tasfiyesi güç kalmaktadır.

Karz ve düzensiz saklama (TBK m. 570) sözleşmeleri bu kategoride sayılmak gerekir⁵⁷. Söz konusu sözleşmeler, kural olarak eksik iki tarafa borç yüklerler ve asli edimleri bir miktar para yahut misli veya tüketebilir bir eşyanın mülkiyetinin devrinden ibarettir⁵⁸. Tüketim ödücünde, devredilen eşyanın ekonomik değerinin kullandırılması, düzensiz saklama sözleşmesinde, saklama konusunun değer olarak korunması iktisadi açıdan makul açıklamalar⁵⁹ olsa da hukuki durumu değiştirmez. Zira karz sözleşmesinde belirli miktar paranın mülkiyetinin ödünç alana devredilmesiyle ekonomik değer kullandırılmış olmaktadır. Ödünç verilen tutarın iade borcunun doğumu ise sözleşmesel veya kanuni (TBK m. 392) rejime göre belirlenir. İade borcunun doğumunun vadeye bağlanmış olması ayrı bir değer sağlama borcunun varlığını göstermez⁶⁰. Bununla birlikte, karz konusunun devri ile iadesi arasında belli

⁵⁶ Avusturya hukukunda: **KK-Koch**, §524 ABGB, N. 4; Karş. **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 19. Aksi yönde: **PalantK-Grüneberg**, §314 BGB, N. 6; **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 5

⁵⁷ Sürekli borç ilişkisi karakteristiği taşımadığı yönünde: Bucher, **BT**, s. 192; Aksi yönde sürekli borç ilişkisi olarak: Ekrem Kurt, **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara, 2014, s. 21; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2018, s. 346; Eren, **Özel Hükümler**, s. 500; Gümüş, C. I, s. 463 ve 474 dn. 2437; Seliçi, s. 23; Gauch, s. 10 vd.; **BK-Rolf H. Weber**, 2013, Art. 312 OR, N. 8; **ZK-Higi**, Art. 312 OR, N. 8; **CHK-Hünerwadel**, Art. 312 OR, N. 1; Huguenin, N. 3084 ve 3086; **BSK-Schärer/Maurenbrecher**, Art. 312 OR, N. 3; ATF 128 III 428; Oetker/Maultzsch, s. 271

⁵⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 289 ve 504; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2018, s. 397-398; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, İstanbul, 2008, s. 349; Aral/Ayrancı, s. 346; Eren, **Özel Hükümler**, s. 514; Yavuz, s. 736; Gümüş, C. I, s. 471; Aydoğdu/Kahveci, s. 713; Bucher, **BT**, s. 197; Bernhard Christ, **Traité de droit privé suisse**, C. VII/2, Der Darlehensvertrag, Basel, 1979, s. 257; Kullanım değerini bırakma edimi olduğu fikrinde: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 113; Gauch, s. 11; Oetker, s. 148 vd.; JdT 2005 I 284; Karş. Tercier, **Spéciaux**, N. 2370, yazar mülkiyeti geçirme ve iadeyi istememe borcu olduğunu kabul etmektedir.

⁵⁹ Bu yönde açıklamalar, saklayanın saklama konusu değeri koruma borcu olduğu şeklinde: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 135; **BSK-Koller**, Art. 481 OR, N. 7; **BK-Gautschi**, Art. 481, N. 4a; Aksi yönde: Gauch, s. 14. Karz sözleşmesinde: Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Ankara, 2014, s. 713; Sermaye sağlama amacı bulunduğu şeklinde: Aral/Ayrancı, s. 346; Gümüş, C. I, s. 474

⁶⁰ Josef Esser/Hans-Leo Weyers, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Heidelberg, 1984, s. 199 (Ancak yazarlar, eserlerinin 1991 tarihli basısında görüş değiştirmiştir: s. 215). Bu değer sağlama borcunun karz konusunun mülkiyetinin devrinden başka şekilde nasıl ifa edilmiş olacağı sorusu da bu borcun varlığının ne kadar yapay olduğunu göstermektedir. Ayrıca: Bucher, **BT**, s. 192. Bu borcun varlığı kabul eden

bir zaman zarfının geçiyor olması, özellikle karz verenin iadeye ilişkin olarak karz alanın şahsına duyduğu güven, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde kararlaştırılmış ise işlemiş faizin karz verende kalmasının iktisadi gereklere uyması gibi gerekçeler, bu tip sözleşmelerin de sürekli borç ilişkilerine özgü hükümlere, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde tabi olmalarını temellendirir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme hükümlerine tabi tutulması lazım gelen ani edimli sözleşme örneklerinden sonuncusu eser sözleşmesidir⁶¹. Sonuç taahhüdü ile diğer işgörme sözleşmelerinden ayrılan eser sözleşmelerinde yüklenicinin asli edimini oluşturan eser teslim borcu, ani edimli bir borç ilişkisi doğurur⁶². Zira alacaklının ifa menfaati zamana yayılmış değildir, teslim ile ifa gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık, özellikle eser sözleşmesiyle yüklenilen işlerin nitelikleri itibarıyla uzun bir süreyi gerektirmesi ve kapsamın ifaya hazırlık hareketleri gerektirmesi nedeniyle, taraflar arasında kural olarak güven ilişkisi doğurur⁶³ ve yapılmış olan işlerin de korunmasını gerektirir. Bu nedenle özellikle haklı nedenle fesih kurumu eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulmalıdır⁶⁴.

görüş: Gümüüş, C. I, s. 474 Ancak karşı. Alman hukukunda sürekli borç ilişkisi yarattığı görüşünde: Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil**, Münih, 1981, s. 244

⁶¹ Sungurbey, C. IV, s. 469; Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2007, s. 8 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 175; Emrehan İnal, **Sonuca Katılnalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2011, s. 166-168; **CR-Chaix**, Art. 363 CO, N. 7; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 40; Benzer yönde: Özyörük, s. 52 vd.; Ayrıca: Özge Arpacı, **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Ankara, 2019, s. 125-126. Belirtilecek nedenlerle sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi tutulması gereken eser sözleşmelerinin bir görünümü oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde 25.11.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla bu özellik açıkça kabul edilmiştir. Bu itibarla bağlayıcı nitelikli içtihadı birleştirme kararı gereği de söz konusu sözleşmelerin bu niteliği öncelikli olarak kabul edilmek lazım gelir.

⁶² Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 20; Seliçi, s. 26; Yavuz, s. 499; Gauch, **Werkvertrag**, N. 9; Oetker, s. 156; **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 17

⁶³ Zira hem yüklenicinin eseri yerine getirmek için yapmış olduğu faaliyetlerin boşa çıkmayacağına dair bir güveni vardır, eser sahibinin de teslim süreci sonunca eseri elde edeceğine dair güveni vardır. Özellikle oldukça geniş kapsamlı projeler dâhilinde uzun süreye yayılan eser sözleşmelerinde bu güven ilişkisi daha yoğun olur.

⁶⁴ Franz Werro/Pascal Pichonnaz, “Les consequences d’une resiliation anticipée du contrat d’entreprise sans fixation d’un delai de grace”, **DC** 2015, s. 147; Gauch, **Werkvertrag**, N. 569; **CR-Chaix**, Art. 377 CO, N. 18; Cherpillod, s. 129-130; **BK-Gautschi**, Art. 377 OR, N. 6 vd.; İFM, 4C.393/2006 (Swisslex); İFM, 4D_8/2008; Alman hukukunda: Böttcher, s. 214-215; **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 17-18 Güven unsurunun güçlü olduğu tarafların karşılıklı işbirliğinde bulunması gereken uzun süreli eser sözleşmelerinin ani edimli olmakla birlikte haklı nedenle feshedilebileceği görüşünde: **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 8

25.11.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararına koşut olarak, yüklenicinin taahhüt ettiği sonuca ulaşmak için icra ettiği ifaya hazırlık hareketleri dikkate alınarak, kural olarak dönme hakkının doğacağı hallerde, sözleşmenin ileriye dönük sona ermesi de söz konusu olabilir⁶⁵. Ancak eser sözleşmesinin kurulmasından sonra ifa zamanına dek ifaya hazırlık hareketlerinde kayda değer bir ilerlemede bulunamayan yüklenicinin ileriye etkili sona erme ile korunmasına gerek yoktur. Nitekim bizzat Türk Borçlar Kanunu da eserin ulaştığı tamamlanma miktarı ve bununla ilintili olarak iş sahibinin yararlanma olanakları ile eser konusunu dikkate almak suretiyle belli durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceğini kabul etmiştir (TBK m. 480/II son cümle, m. 482/II ve m. 486). Bu yönüyle, sözleşme, bir ölçüde doğrudan kanun tarafından sürekli borç ilişkilerine özgü bir sonuca uygun görüldüğü nispete tabi tutulmuştur.

II. Haksız Sona Erdirmenin Sözleşmeye Aykırılık Kategorileri Bakımından Sınıflandırılması

Çalışmanın bu bölümünde haksız sona erdirmeye yönelik beyanların, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere etkileri değerlendirilecektir. Bu nedenle haksız sona erdirme beyanları, bu bölümde “haksız dönme” olarak anılacaktır. Öncelikle haksız dönmenin sözleşmeye aykırılık addedilip addedilemeyeceği, ardından hangi sözleşme aykırılık kategorisine girebilecekleri incelendikten sonra varılan saptamalara koşut olarak haksız dönme beyanından doğacak sonuçlar açıklanacaktır.

A. Sözleşmeye Aykırılık

1. Genel Olarak

İlk aşamada haksız dönme beyanının, beyanda bulunan bakımından sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmeyeceği tespit edilmek gerekir. Zira geniş anlamda hukuka aykırılık gerek haksız fiil gerek sözleşmesel sorumluluğun unsurlarından

⁶⁵ Yarg. HGK., 6.10.1982, 356/817 (Lexpera) “Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi "bir işin görülmesi" değil, "bir iş sonucunun meydana getirilmesi" olduğu için bu sözleşme, İş hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların göz önünde tutulması gerekir.”

biridir⁶⁶. Haksız sona erdirme beyanının, beyan sahibini sorumlu kılabilmesi için öncelikle sözleşmeye aykırılık oluşturması gerekir. Sözleşmeye aykırılık⁶⁷, belirtildiği gibi hukuka aykırılığın sözleşmesel sorumluluktaki görünümüdür⁶⁸. Daha geniş bir ifadeyle, sözleşmeye ilişkin kanuni veya sözleşmesel yükümlülük çerçevesinden ayrılma sözleşme ihlalidir⁶⁹. Ancak esasen ihlal edilen, sözleşmesel ilişki olmayıp sözleşmeden doğan borçlardır⁷⁰. Dolayısıyla sözleşme ihlali ile ifade edilen aslında sözleşmeden doğan borçlara aykırılıktır⁷¹. Sözleşmesel borç ilişkisinde karşılıklı borçların yanında kaçınılmaz olarak alacaklar, yetkiler, yenilik doğuran haklar, def'iler, külfetler bulunur. Aykırılık borçlara ilişkin olarak söz konusu olabilir. Bu bakımdan ifadenin anlamı, sözleşmeden doğan bir borcun, borçlusu⁷² tarafından yerine getirilmemesidir⁷³. Bu kapsama borç konusu edimin içeriği, ifa zamanı, ifa eden

⁶⁶ **BSK**-Wiegand, Art. 97 OR, N. 6; **BK**-Weber, Art. 97, N. 23 vd.; Hukuka aykırı davranış olarak: von Tuhr/Peter, s. 496

⁶⁷ Fakat belirtmek gerekir ki genel bir başlık olarak sözleşmeye aykırılık (violation du contrat, Vertragsverletzung/Vertragsbruch, breach of contract) İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununda söz konusu olduğu gibi Türk Borçlar Kanununda da tanımlanmış değildir: Bucher, s. 334-335; Friedrich, s. 469; Wolfgang Fikentscher, **Schuldrecht**, Berlin, 1997, N. 311. Bununla birlikte TBK m. 114/II (BK m. 98/II) hükmünde “sözleşmeye aykırılık (akde muhalif hareket)” terimine yer verilmiştir. Muadil İBK m. 99/III hükmünde ise Almanca metinde sözleşmeye aykırı davranış (*vertragswidrige Verhalten*), Fransızca metinde sözleşmesel kusurun hükümleri (*effets de la faute contractuelle*) ifadeleri kullanılmıştır.

⁶⁸ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1218; Friedrich, s. 475-476, Yazarın işaret ettiği gibi geçerli şekilde kullanılan bozucu yenik doğuran haklar sözleşmeye aykırılık oluşturmaz.

⁶⁹ Yeşim M. Atamer/Mirjam Eggen, “Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht”, **ZBJV** 153/2017, s. 748; Ulrich Magnus, “Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference”, **ZEuP** 2007, s. 264; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 452; Medicus/Lorenz, N. 327; Fikentscher/Heinemann, N. 368; **BK**-Weber, verb. 97-109 OR, N. 10

⁷⁰ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1218; Jean Cuendet, **La faute contractuelle et ses effets**, Bern, 1970, s. 11

⁷¹ Aynı çıkarsama “sözleşmenin ifası” ifadesi açısından da geçerlidir. Teknik olarak bu ifade tam anlamıyla isabetli değildir, esasen ifa edilen sözleşmeden doğan borçlardır. Bu konuda: Oğuzman/Öz, C. I, N. 785 dn. 3

⁷² Borcun yerine getirilememesi alacaklıdan kaynaklanıyorsa, artık alacaklıya ilişkin bir ifa engeli söz konusu olur ve borca aykırılık gerçekleşmez.

⁷³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1218; Friedrich, s. 477; Feyzi N. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, C. II, İstanbul, 1977, s. 160; Markus Müller-Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, 1999, s. 48. Burada borçlunun kusursuz olduğu hallerin sözleşmeye aykırılık sayılmayacağı gibi bir sonuca ulaşmamak gerekir. Borçlunun tazminat sorumluluğunun bulunmaması, ifa engelleri rejimi kapsamında başka hukuki çarelere başvurulmasına (sözleşmeden dönme) gibi engel değildir, bir ifa engeli olarak sonuç doğurabilir. Başka bir deyişle ifa engelleri, sözleşmeye aykırılığı kapsar; sözleşme ihlali de sözleşmesel sorumluluğu kapsar, ancak bu kavramlar birbirlerinin eş anlamlısı değildir. Tazminat sorumluluğu açısından: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 558; Medicus/Lorenz, N. 325; Lorenz, **SR-AT**, s. 342. Bu çerçevede haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık unsuru ile tazminat sorumluluğunun koşut olmaması anımsanmalıdır (Sözleşmesel sorumlulukta, kusur değerlendirilmesinden önce yükümlülüğe aykırılığın (*Pflichtwidrigkeit*) gerektiği şeklinde: Medicus/Lorenz, N. 350). Ayrıca karşı. Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 5 ve 405; Eren, s. 1054, yazar

kişinin şahsı, ifa edilecek kişi ve sözleşmenin amacından kaynaklanan diğer yükümlülükler girer⁷⁴. Sözleşmeye aykırılığın sonucunun belirlenmesi içinse sözleşmeye aykırı eylemin kanunda yer alan sözleşmesel sorumluluk rejimi içinde hangi kategoriye girdiğinin tespit edilmesi lazım gelir⁷⁵. Bu çerçevede sözleşmeye aykırılık, borçlunun sorumlu olduğu hallerde buna özgü hukuki çarelere başvurmak hususunda ön koşul oluşturur⁷⁶.

2. Sözleşmeye Aykırılık Olarak Haksız Dönme

Haksız dönme beyanının sözleşmeye aykırılık teşkil etmek suretiyle ifa engelleri ve sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulama olanağı verebilmesi için beyanda bulunan taraf bakımından ya doğrudan doğruya bir borcu ihlal etmiş olması ya da ilgili şahsın sözleşmeden doğan borçlarını etkilemesi gerekir. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan haksız dönme beyanında bulunmama borcunun var olması şarttır veya haksız dönme beyanıyla mevcut sözleşmesel borçlardan biri ihlal edilmelidir. Dolayısıyla şu noktaya dikkat etmek gerekir ki bu olasılıkta haksız dönme beyanında bulunan taraf sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmiş ise ifa ile borçların ve bu kapsamda sözleşmenin sona ermesinden ötürü, haksız dönme herhangi bir şekilde sözleşmesel borçları etkileyemez ve haksız dönmenin sözleşmeye aykırılığı söz konusu olamaz⁷⁷.

sözleşmeye aykırılığa sözleşmesel sorumluluk adı da verilebileceğini kabul etmektedir. İfa engelinin, borçlunun sorumluluğundan geniş olduğu: Huber, I, s. 2

⁷⁴ **OFK**-Kostkiewicz, Art 97 OR, N. 2; İfa etmeme kavramının tüm borca ayrılık hallerini kapsamadığı için ifa engeli (*Leistungsstörungen*) ve borç ihlali (*Pflichtverletzung*) terimlerinin kullanıldığı yönünde: **BK**-Weber, vorb. Art. 97 OR, N. 13

⁷⁵ Friedrich, s. 481; Benzer: Fikentscher/Heinemann, N. 386

⁷⁶ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 452

⁷⁷ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise sözleşme hükümlerini doğurduğu ölçüde, beyan sahibi taraf kendi borçlarını ifa etmiş olsa dahi haklı nedenin varlığı itibarıyla karşı taraf sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Sözleşmeden doğan yan edimler veya tali edim yükümlülükleri bulunduğu takdirde bu edimlerin yerine getirilmeyeceğine yönelik taraf iradesi açıklandığından, söz konusu edimler bakımından borca aykırılığın önceden belli olması söz konusu olacaktır. Bu olasılıkta da aşağıda açıklanan görüşlerde benimsenen hukuki çözümlerin asli edim yükümlülüklerine özgü olmayan sonuçları uygulanabilecektir.

B. Haksız Dönmeyi Sözleşmeye Aykırılık Dışında Değerlendiren Görüşler

1. Genel Olarak

Sözleşmenin haksız olarak sona erdirilmesine ilişkin beyanların doğuracağı hukuki sonuçlar Alman hukukunda tartışılmaya başlanmış olup daha sonra bu tartışmalar İsviçre ve Türk hukuklarını etkilemiştir. Bu çerçevede söz konusu görüşleri ele alırken çalışmada da hareket noktası Alman Medeni Kanununun yürürlüğü ile 2002 tarihli Borçlar hukuku reformu arasında yapılan tartışmalar olmuştur⁷⁸. Zira reformla birlikte, haksız sona erdirmeye beyanları, genel olarak, özel olarak sevk edilmiş Al. MK §281/II, §286/II ve §323/II kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁹.

Alman Medeni Kanununun ilk halinde borçlunun sorumluluğu genel olarak borçlu temerrüdü ve imkânsızlık kapsamında düzenlenmiş olup lafzen başka bir genel sorumluluk sebebi düzenlenmemiştir. Bu itibarla ileri sürülen görüşler ve yargı uygulaması da genel olarak borçlu temerrüdü ve imkânsızlık açılarından meseleye yaklaşmıştır⁸⁰.

2. Haksız Dönmenin Genel Hükümler Kapsamında Düzenlenmiş Olmadığı Görüşü

Sözleşmeye aykırılığın önceden belli olması Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında olduğu gibi Alman Medeni Kanununda da pozitif olarak sadece eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında düzenlenmişti (§ 634/II). Buradan hareket eden ve önceki ADHGB uygulamasının Alman Medeni Kanununa aktarılması olmamasını da dikkate alan, Alman hukukundaki kronolojik olarak ilk sırada yer alan bu görüşe göre, yasakoyucu ifa talebinin tazminat talebinden öncelikli olacağını düzenlemiş ve bunun istisnası olarak da Al. MK §326 hükmünü sevk etmiştir. Bu

⁷⁸ Alman Medeni Kanunun yürürlüğünden önceki durum için: Weidt, s. 78; Böß, s. 5 vd.

⁷⁹ Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, Münih, 2005, §18, N. 42-44 ve §22 N. 7-14; Medicus/Lorenz, N. 467, 439, 507

⁸⁰ Weidt, s. 86; Gernhuber, s. 150; Fikentscher, N. 311

hüküm koşulları gerçekleşmediği takdirde de sözleşmesel ilişkinin haksız dönmeden etkilenmesi olanaklı değildir⁸¹.

3. Temerrüt İhtarı Gerekliliğini Ortadan Kaldıracağını Kabul Eden Görüş

Reform öncesi Alman Medeni Kanununun §326/I hükmü tam iki taraflı bir sözleşmede, bir taraf borçlu olduğu edimi ifade temerrüde düştüğü takdirde karşı tarafın ifa için tanıdığı önelin semeresiz kalması halinde aynen ifadan vazgeçeceğini belirterek uygun bir mehil verebileceğini, sürenin dolmasıyla birlikte aynen ifa talebinin sona ereceği, ifa yerine tazminat talep etmeye veya sözleşmeden dönmeye hak kazanacağını düzenlemekteydi.

Alman öğretisinin bir kısmı, tam iki taraflı sözleşmeler bakımından, ifanın reddinin ve bu kapsamda haksız dönmenin de, muacceliyet bakımından bir ayırım yapmaksızın bu hükümlerde düzenlenen önel verme külfetini gereksiz kıldığını savunmuştur⁸². Buna göre, öngörülen önel verme külfetinin amacı ifanın gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak tespit edilmesidir. Haksız dönme beyanında bulunulması durumunda, ifanın gerçekleşmeyeceği muhakkak şekilde ortaya çıktığından, bu külfetin yerine getirilmesine gerek kalmamaktadır⁸³. Böylece bu görüş çerçevesinde, haksız dönme bir borca aykırılık teşkil etmeyip borç temerrüdü rejiminde öngörülmüş önel verme külfetini ortadan kaldıran bir olgudan ibarettir. Bu görüşe uygun olarak verilmiş Alman yargı kararları mevcuttur⁸⁴. Yargı kararlarında ana hukuki temellendirme ise amaca göre sınırlama kurumuyla yapılmıştır. Haksız dönmeye de içeren ifanın reddi hallerinde, önel verme amaçsız ve gereksiz olur⁸⁵. Söz

⁸¹ Adalbert Erler, **Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung**, Das recht 1901, s. 421; Bu husustaki görüşler hakkında: Sheng-Lin Jan, **Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN-Kaufrecht**, Frankfurt, 1992, s. 70; İsviçre’de benzer yönde: Hans Hürlimann, **Der Sukzessivlieferungskaufvertrag**, Bern, 1940 s. 34; ATF 40 II 139; Albert Comment, **De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux**, Bern, 1924, s. 54

⁸² Esser/Schimid, **SR-AT I/2** (2000), s. 127; Mankowski, s. 75; Dürüstlük kuralı (Al. MK §242) gerekçesiyle: Hans Walsmann, **Der Verzicht**, Leipzig, 1912, s. 207

⁸³ Friedrich, s. 489; Esser/Schmidt (1977), s. 79

⁸⁴ Kararlar için: Weidt, s. 89 vd.; Böß, s. 13. Başka bir kararda ise ifa etmemeye yönelik beyanın tek başına borçlu temerrüdüne yol açacağı sonucuna ulaşılmıştır: Weidt, s. 91 dn. 149

⁸⁵ Kararlar: Weidt, s. 90 dn 144-145; Avusturya hukukunda aynı şekilde: **PraxisABGB-Reidinger**, 4. Bası, 2014, §918, N. 44; **KK-Bydlinski**, §918 ABGB, N. 7; İsviçre hukukunda muacceliyetin beklenmesi gerektiği ancak ihtar ve önelin gereksiz olacağı fikrinde: Biedermann, s. 37-38, Yazar kural olarak dürüstlük kuralına bir eylem olsa da haksız dönmenin zarara yol açmayacağı ancak alacaklının

konusu hallerde yine de önel verilmesini aramak, yasanın lafzının yasanın amacını gerçekleştirilmesine engel olmasına yol açar.

4. Haksız Dönmenin Önel Verme Külfetinden Feragat Teşkil Ettiği Görüşü

Alman imparatorluk mahkemesinin konuya ilişkin verdiği ilk kararlarında görülen bir diğer görüş ise, edimi ifa etmeyeceğini bildiren borçlunun, tam iki taraflı sözleşmelerde, borçlu temerrüdüne ilişkin olan Al. MK §326/I hükmünde alacaklı için öngörülen önel verme külfetinden feragat teşkil ettiği ve bu nedenle alacaklının önel vermeksizin ilgili hükümde sayılan hakları kullanabileceği şeklindedir⁸⁶. Yukarıdaki başlık altında açıklanan görüş ile aynı sonuca ulaşan bu görüşün farkı, önel vermek külfetinin amaca göre sınırlama ile değil, bu külfetten hukuki işlemle feragat edildiği sonucuyla ortadan kaldığını kabul etmesidir.

Alacaklının önel tanınması, borçluya verilmiş ve tek yanlı irade beyanıyla feragat edilebilecek bir hak değildir. Bu nedenle söz konusu gerekçe, ifa etmeme beyanının sözleşme tadiline yönelik bir öneriye çevrilmesiyle ve alacaklı tarafın da sessizliğinin kabul olarak yorumlanmasıyla bir temel kazanabilir. Bu durumda dahi haksız dönme dışında kalan ifayı ret hallerinde çevrilecek hükümsüz bir hukuki işlem var olmayacağından, mahkemece kullanılan gerekçe yetersiz kalmaktadır⁸⁷. Ayrıca ifa etmemeyi her halükârda feragat iradesi olarak yorumlamak zordur.

Türk hukukunda bu görüşle benzerlik kurulabilecek bir görüş, müccel bir borca dair yapılan ifa etmeme beyanının vadeden feragat anlamına geleceğini, borcun

ifanın gerçekleşmeyeceğine güven duyarak yapmış olduğu masrafların sözleşmenin müsbet ihlali kuramına dayanılarak giderilebileceğini savunmaktadır. **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR, N 15 ve Art. 208 OR, N. 3; Benzer şekilde: Fritz Voser, **Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht**, Aaru, 1914, s. 90: Yazar ifayı red halinde ancak borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğini, ancak dürüstlük kuralı gereği bazı durumlarda borçlunun muacceliyet anında edimini ifasını teklif edemeyeceğini kabul etmektedir. Haksız dönme beyanına, borçlunun fikrini değiştirebileceği gerekçesiyle hukuki bir etki atfedilemeyeceği görüşünde: Hürlimann, s. 34

⁸⁶ Weidt, s. 90 ve dn. 142

⁸⁷ Benzer yönde: Böß, s. 11 ve 41; Kurt Schobert, **Erfüllungsverweigerung als Vertragsverletzung**, Jena, 1932, s. 11; Bu görüşün salt bir varsayımdan ibaret olduğu şeklinde: Jan, s. 72; Walter Schulze, **Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners – Ein Beitrag zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen**, Dresden, 1934, s. 44-45, Yazar beyanda bulunanın böyle bir iradesinin olmadığına ve bu görüşün kabulü durumunda sözleşmenin ikale edilmiş olması sonucuna varılmış olması gerektiğine işaret etmektedir.

vadesiz borç haline dönüşeceğini kabul etmektedir⁸⁸. Oysa vade, üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir hak teşkil etmez. Sözleşmenin bir tarafının, tek yanlı irade açıklamasıyla da vade değişmez, zira vadenin değişimi sözleşmenin tadili anlamına gelir⁸⁹. Bu itibarla fikrimizce bu görüşün kabul edilmesi olanaklı değildir.

5. İfa Menfaatinin Haksız Dönmeyle Ortadan Kalkacağından Hareket Eden Görüş

Alman öğretindeki başka görüş de reform öncesi Al. MK §326/II⁹⁰ hükmünü kıyasen uygulayarak aynı sonuca ulaşmaktadır. Buna göre haksız dönme beyanlarının da dâhil olduğu borçlunun ifayı reddiyle birlikte, alacaklının, ifa menfaatinin kaybetmiş olduğuna dair ispat yükü ortadan kalkar. İfayı reddeden borçlunun, karşı tarafın ifa menfaatinin bulunduğunu ileri sürme olanağı yoktur⁹¹. Başka bir deyişle ifanın reddi, ifa menfaatinin yokluğuna ilişkin bir varsayım doğurur.

6. Ara değerlendirme

Haksız dönmeyi borca aykırılık olarak nitelendirmeyen görüşlere ve yargı kararlarına genel olarak bakıldığında, bunların Alman Medeni Kanununun yürürlüğünün ilk dönemine denk geldiği görülür. Bu itibarla, söz konusu görüşlerin haksız dönme veya genel olarak ifanın reddine ilişkin hukuki sorunların henüz net olarak irdelenemediği bir döneme ait olduğunu ifade etmek mümkündür. Kaldı ki esasen ileri sürülen çözümler Alman Medeni Kanununun yürürlüğünden önceki ADHGB'ye ilişkin karardan aktarılmış durumdadır. Sonraki karar ve görüşler ise sözleşme ihlali yönüne doğru evrilmiştir.

⁸⁸ Yıldız, s. 47, Yazar ayrıca bunun ikale önerisi olarak yorumlanabileceğini de savunmaktadır (s. 48). Ayrıca: **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 24, yazar, kendi ediminden önce ifa ile yükümlü olan borçluya karşı alacaklının önce ifa hakkından feragat edebileceğini belirtmek suretiyle anılan görüşe uygun bir açıklamada bulunmuştur.

⁸⁹ Suha Yılmaz, “Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi”, GSÜSBE, İstanbul, 2019 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 66

⁹⁰ “*Temerrüt nedeniyle karşı tarafın ifaya menfaati kalmamışsa, karşı taraf, birinci fıkrada sayılan haklara önel vermeksizin başvurabilir.*”. Bu bakımdan TBK m. 124/I b. 2 (BK m. 107-İBK m. 108) hükümleriyle özdeş bir düzenleme söz konusuydu.

⁹¹ Fikentscher, N. 311, 367 ve 373; Heinrich Stoll, “Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung – Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre”, **AcP** 136 (1932), s. 492; Aksi yönde: Heinrich Lehmann, “Die positiven Vertragsverletzungen”, **AcP**, C. 96, S. 1, 1915, s. 112; Jan, s. 67-68

Bu görüşlerin ortak noktası, haksız dönmenin, herhangi bir şekilde beyanda bulunan kişinin sözleşmesel sorumluluğunu tek başına doğuran bir sebep olarak görmemeleri ve sonuçta genel ilkelere uygun şekilde borçlu temerrüdü rejiminin uygulanmasıdır.

Haksız dönme halinde, Al. MK reform öncesi §326/I hükmünün amaca göre sınırlandırılması veya §326/II hükmüne kıyasen başvurulması şeklinde ileri sürülen görüşlerin nedeni ise reform öncesi yürürlükte olan borçlu temerrüdü düzenlemelerinde, TBK m. 124/I b. 1 (İBK m. 108/I b. 1) hükmünün karşılığının bulunmamasıdır. Önel zorunluluğunu kaldıran açık bir düzenlemenin bulunmaması öğreti ve yargı uygulamasını açıklanan görüşleri yaratmaya itmiştir. Bu itibarla, aynı akıl yürütme benimsendiği takdirde, önel gereksiz kaldığı durumlara dair özel düzenleme içeren Türk ve İsviçre hukukları bakımından da aynı sonuçların doğacağı ifade edilebilir. Nitekim bu hukuk düzenlerinde, haksız dönmenin borçlu temerrüdüne ilişkin ihtar ve önelere etkisine yönelik etraflı bir değerlendirmede bulunulmasına gerek görülmemiştir, sadece öneli gereksiz kılan durumlar arasında kabul edilmesi yeterlidir⁹². Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuklarında da haksız dönmenin kapsamına girdiği ifanın reddi hallerinde, temerrüt için ihtar gereksinimini ortadan kaldıran bir düzenleme yoktur, ancak MK m. 2 uyarınca bu durumlarda ihtarla gerek olmayacağı ifade edilmektedir⁹³. Bununla birlikte Alman hukukundakine benzer şekilde, amaca göre sınırlama ile gerekçelendirme yapılması MK m. 2'nin ikincil niteliği gereği uygun olur⁹⁴.

⁹² Örnek olarak: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1720; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 497; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 197.8; Eren, s. 1141; Kılıçoğlu, s. 890; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1310; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, Ankara, 1995, s. 50; Tümerdem, s. 207; Kurt, **Temerrüt**, s. 243; Bucher, s. 369; Schwenger, N. 66.19; Huguenin, N. 954; Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, 1998, N. 505

⁹³ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1525; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 186.14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 918; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 174; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, 2008, s. 167; Tümerdem, s. 148; İhtarın yararsızlığı gerekçesi: Eren, s. 1125; Schwenger, N. 65.13; Genel hükümlerden bu sonucun çıkartılabileceği fikrinde: Kılıçoğlu, s. 881; TBK m. 124 hükmünden kıyasen: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 478; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1286; Kurt, **Temerrüt**, s. 181; Huguenin, N. 927; Schenker, N. 223 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 277; Ayrıca: Başak Başoğlu, "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", **İÜHFİM**, C. 66, S. 2 (2008), s. 291

⁹⁴ *Bölüm: 2,II,C,3,b*

Öte yandan, haksız dönmenin borçlu temerrüdü rejimi bakımından TBK m. 124/I b. 1 hükmü çerçevesinde önel verme külfetini ortadan kaldırması, esas olarak, haksız dönmenin sözleşme ihlali olarak kabul edilmesini de engellemez, yeter ki haksız dönmenin borçlu temerrüdünü engelleyecek ölçüde bir sözleşme ihlali yaratmadığı sonucuna varılabiliyor olsun⁹⁵. Başka bir deyişle bu başlık kapsamındaki görüşler, *Bölüm: 2,II,B,2* başlığı haricinde, sözleşmeye aykırılık görüşüyle birlikte savunulabilir ve uygulanabilir niteliktedir.

C. Haksız Dönmeyi Sözleşmeye Aykırılık Olarak Değerlendiren Görüşler

1. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukuklarında geçerli sözleşmeye aykırılık rejiminde, haksız dönmeyle ilişkin özel bir düzenleme yoktur. TBK m. 112 genel olarak borcun ifa edilmemesi halindeki sorumluluğu hüküm altına alırken⁹⁶, borçlu temerrüdü özel olarak ilgili hükümlerle (TBK m. 117 vd.) düzenlenmiştir. Bu itibarla haksız dönme halinde, sözleşmeye aykırılığın varlığı ve uygulanacak hükümler hususunda belirsizliğin bulunduğu ifade edilebilir. Bu yönüyle hukuki tablo, Alman Medeni Hukukunun reform öncesi düzenlemeleriyle bir ölçüde benzeşmektedir. İlgili sorumluluk rejiminde imkânsızlık ve temerrüt düzenlenmiş olmakla birlikte TBK m. 112 benzeri bir genel sorumluluk hükmü yoktur.

⁹⁵ Esser/Schmidt, s. 127: Yazar önel verme külfeti bakımından varılacak sonucun haksız dönmenin sözleşmenin müsbet ihlali olarak kabul edilmesinden bağımsız olacağını belirtmektedir. Alman hukukunda sözleşmenin müsbet ihlalinin tali nitelikte olduğu gerekçesiyle aksi görüşte: Schobert, s. 16

⁹⁶ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1218 ve 1222. Bununla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu (m. 96) ve İsviçre Borçlar Kanununda (m. 97) imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan sözleşmeye aykırılıkların da ilgili hükümlere tabi olup olmayacağı tartışmalıydı (Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 2011, Ankara, s. 68; CR-Thévenoz, Art. 97 CO, N. 20). TBK m. 112'nin uygun olmayıp tümel kıyasa başvurulması görüşü: Rona Serozan, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2016, §18 N. 6-7; Kıyas yönünde: Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2014, s. 66-67; İBK m. 97'nin kıyasen uygulanabileceği yönünde: Alfred Koller, "Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen", **AJP** 1992, s. 1486 ve 1482 vd.; BK-Becker, Art. 97 OR, N. 7-10; Bucher, s. 336 ancak karşı. s. 334 dn. 25; Bazı hallerde dönme hakkı tanıyan görüş: BK-Becker, Art. 97 OR, N. 9; BK m. 96 (TBK m. 112) lehine anlaşılabilir: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 400; Aynı yönde: Kılıçoğlu, s. 858; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 185; Herdem Belen, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, 2014, s. 257; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1547; Aral, **Kötü İfa**, s. 69; von Tuhr/Escher, §68 IV, s. 107; Huguenin, N. 846; Schwenzer, N. 67.02; **BSK**-Wiegand, Art 97 OR, N. 2; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR, N. 49; **BK**-Weber, Art. 97 OR, N. 47,50-51; CR-Thévenoz, Intr. Art. 97-109 CO, N. 1, Art. 97 OR, N. 19

Buna karşılık haksız dönmeyle karşılaşılan uyuşmazlıklarda pratik olarak çözüme ulaştırılması gerekliliği karşısında, Türk ve İsviçre hukuklarında, yer yer Alman hukukunda reform öncesi dönemde savunulmuş görüşlerden mülhem birtakım çözümler ileri sürülmüştür. Çalışmanın bu kısmında, bu çözümler değerlendirilmek suretiyle haksız dönme, sözleşmeye aykırılık bağlamında nitelendirilecektir.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, haksız dönmenin ani edimli sözleşmeler kapsamında sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilebilmesi için beyanda bulunan tarafın borçlarının halen ifa aşamasında olması gerekir ve söz konusu aykırılık ifa aşamasındaki borçları etkiler. Bunun yanı sıra, karşı tarafın henüz ifa etmediği borçları varsa, söz konusu beyan karşı tarafın ediminin kabul edilmeyeceği anlamına gelir ve alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler de uygulama alanı bulabilir⁹⁷.

Sözleşmenin karşı tarafı da tüm borçlarını yerine getirmiş ise haksız dönme beyanı, hükümsüz bir hukuki işlem olarak, sözleşmesel ilişki üzerinde doğrudan veya dolaylı bir etkide kural olarak bulunamaz. Zira hüküm ve sonuçlarıyla ifa ile sonuçlanmış bir sözleşme söz konusudur.

2. Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlık

a. Genel Olarak

Haksız dönmeyi sözleşme ihlali olarak değerlendiren görüşlerden birincisi, haksız dönmenin borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa yol açacağı şeklindedir. Alman hukukunda bu yönde ileri sürülen görüşe göre, reform öncesi Al. MK §325 imkânsızlığı, ifa edilmemenin muhakkak olduğu bir sorumluluk hali olarak düzenlemiştir, buna karşılık §326'da yer alan borçlu temerrüdünde ifanın elde edilip edilemeyeceği belirsizdir⁹⁸. Başka bir deyişle alacaklının ifayı elde edemeyeceği belirsiz ise sorumluluk, borçlu temerrüdüne dayanırken; bu hususta kesinlik söz konusu ise sorumluluk imkânsızlığa dayandırılabilir. Bu itibarla, haksız dönmede

⁹⁷ Bölüm: 2,III,G,1

⁹⁸ Görüşe ilişkin açıklama: Weidt, s. 100

ifanın alacaklı tarafından elde edilmeyeceği kesin olarak beyan edildiği için imkânsızlık gerçekleşir ve reform öncesi Al. MK §325 uygulanmak gerekir⁹⁹.

Alman öğretisinde bu görüşü en ayrıntılı biçimde temellendiren *Jakobs*'a göre, reform öncesi sorumluluk rejiminde düzenlenmiş olan borçlu temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın sorumluluk doğuran özel sebepler olarak görülmesi isabetsizdir¹⁰⁰. Kanun koyucu borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlıkta alacaklının hukuki olanaklarını sınırlamayı amaçlamış olmayıp edimin icra edilemez (*Nichtrealisierbarkeit*) olduğunun belli olmasıyla birlikte doğrudan tazminat talebi tanımak suretiyle aynen ifa talebine başvurulmaya gerek kalmaksızın (reform öncesi Al. MK §283), ancak ona engel teşkil etmeden, alacaklının ifa menfaatini talep edebilmesine olanak tanımıştır¹⁰¹. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta alacaklıya olumlu zararını giderim hakkı tanınmış olmasının nedeni borçlunun korunması, söz konusu tazminat talebinin her zaman ileri sürülebilmesinin önüne geçilmesinden ibarettir. Borcunu ifa etmeyeceğini beyan eden borçlunun bu hükümle himaye edilmesine gerek yoktur¹⁰². İfanın elde edilemeyeceğinin belirlenmesi borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık altında düzenlenen sonuçların doğması için yeterlidir¹⁰³. Alacaklının edimi elde edemeyeceği bu olasılıkta belli olduğundan, imkânsızlık sonucu doğmak gerekir¹⁰⁴. İfa edilmeyecek edimin borçlunun sorumlu olacağı surette imkânsızlaşması söz konusudur. İfa edilmeyeceğinin beyan edilmesi ayrıca bir yan borcun ihlali anlamına gelmez¹⁰⁵. İhlal edilen asli edimdir.

⁹⁹ Paul Fritz, "Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners", *AcP* 134 (1934), s. 211; Horst Heinric Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, s. 49 vd.; Westhelle, s. 65 vd.; Benzer yöndeki Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı için: Jan, s. 65 dn. 3; İmkânsızlığın borca aykırılığın sonucu değil bir ifa etmeme sebebi olduğu, edim sonucunun elde edilememesinin borçlunun ifa etmek istememesi veya edemiyor olması bakımından bir farklılık taşımadığı ve her iki durumda imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü: Arno Rogowski, "Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatz-Auspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungs-Obligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung?", *AcP*, C. 104, S. 3 (1909), s. 317. Ayrıca bkz. Schulze, s. 23

¹⁰⁰ Jakobs, s. 48; Aynı yönde: Westhelle, s. 67

¹⁰¹ Jakobs, s. 49

¹⁰² Jakobs, s. 50; Aynı yönde: Westhelle, s. 68

¹⁰³ Westhelle, s. 68

¹⁰⁴ Jakobs, s. 54; Bu sonuçla alacaklının haklarına derhal başvurabilmesinin de temellendirildiği hakkında. Fritz, s. 215; Westhelle, s. 66. Genellikle bu durum ifanın reddinin bağlayıcılığı ile açıklanmaktadır: Westhelle, s. 66

¹⁰⁵ Jakobs, s. 54. Nitekim kusur da beyanda değil, ifa etmeme vakıasında aranmak gerekir: Jakobs, s. 52; Westhelle, s. 69, dn. 281

Aynı sonuca ulaşan benzer bir görüş uyarınca da, haksız dönmeyi de kapsayan ifanın reddi, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucunu doğurur¹⁰⁶. Zira ifanın kesinlikle gerçekleşmeyecek olmasının iradeden bağımsız veya iradeye bağlı nedenlere bağlı olması arasında fark yoktur.

b. Yapma Borcu İçeren Sözleşmeler

Türk hukukunda *M. Kemal Oğuzman* tarafından ayrıntılı olarak gerekçelendirilen bir görüş ise yapma borcu içeren sözleşmelerde, haksız sona erdirmeye beyanının, konusu yapma edimi olan borçlarda, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa yol açacağını kabul etmektedir¹⁰⁷. Zira alacaklı cebri icra yolu ile bir edimi elde edemiyorsa imkânsızlık gerçekleşir¹⁰⁸. Bu görüş de ifanın gerçekleşmesi bakımından alacaklının ifa menfaatinin yerine gelmesini öngören kabulle uyum içindedir. Eğer alacaklı, borçlunun sözleşmeden döndüğüne yönelik haksız dönme beyanını dürüstlük kuralı çerçevesinde kesin ve mutlak anlamda borçlunun ifayı gerçekleştirilmeyeceği şeklinde anlamakta haklı ise, imkânsızlık doğar¹⁰⁹. Zira borçluya, yapma borcunu cebren yerine getirtmek mümkün değildir. İmkânsızlık

¹⁰⁶ Joachim Rückert, “Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz oder Kondiktion? Die sog. Umbaufälle bei Schönheitsreparaturpflichten als Prüfstein der Schuldrechtsdogmatik”, *AcP*, C. 184, S. 2 (1984), s. 134-135

¹⁰⁷ Oğuzman, s. 143 vd.; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1455 vd.; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978 s. 75; Yapma borçlarında genel olarak aynen ifa değil, tazminatın söz konusu olacağı şeklinde: Belen, s. 254

¹⁰⁸ Oğuzman, s. 143. Bu görüşün, TBK m. 113’ün tazminat hükmü olarak benimsenmesi halinde en azından alacaklı bakımından imkânsızlığın gerçekleştiğinin benimsenebileceği fikrinde: Zekeriya Kurşat, “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004, s. 766 ve ayrıca bkz. dn. 69

¹⁰⁹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1457 ve 1461; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 159; Ayrıca ATF 48 II 224 ve 54 II 32 kararları da borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasını kabul etmiş olsalar da konu bakımından ilginçtir. Söz konusu kararlarda, borçlunun ifayı kesin olarak reddetmesiyle aynen ifa talebinin ortadan kalkmış olacağı ve İBK m. 107 uyarınca alacaklının aynen ifaden vazgeçmesinin gerekli olmadığı kabul edilmiştir. Karş. **BİZÜR** 40 Nr. 114 307: Zürih kanton mahkemesinin bu kararında ise ifayı reddin aynen ifa istemi ortadan kaldırmayacağı vurgulanmış olmakla birlikte alacaklının aynen ifayı elde etmeye yönelik olanakları sonuçsuz şekilde tüketmesiyle imkânsızlıktan söz edilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda karardaki akıl yürütme benimsenirse, yapma borçlarında cebri icra imkânı bulunmadığı için borçlunun ifayı reddi içeren kesin beyanı imkânsızlık sonucunu doğurmaya yeterli olmalıdır. Ayrıca: Gerhard Froberg, **Die ernsthafte und engültige Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und Rechtsfolgen**, Münster, 1979, s. 155 ve 165: Yazar, ifanın reddi beyanının içerik ve unsurlarıyla anlaşılmasının, muhatabın objektif anlayışına bağlı olduğunu belirtmek suretiyle, haksız dönme beyanlarının da esas olarak beyan muhatabının anlayışına bağlı olacağı sonucuna ulaşmış olmaktadır. Bu itibarla başlangıçta söz konusu beyanda sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi kesin bir şekilde bulunmuyorsa, artık beyanın bağlayıcılığı meselesi değil, gerçek bir haksız sona erdirmeye beyanının mevcut olmadığı gündeme gelir.

sonucunda asli edim ve karşı edim borcu sona erer¹¹⁰. İkincil (tali) edim olarak, haksız sona erdirenin karşı tarafın olumlu zararını giderim borcu doğar¹¹¹. Bu itibarla yapma borcunun yerine getirilmeyeceğini içeren beyan geçerli veya geçersiz bir hukuki işlem olarak değil, sözleşmeye aykırı fiil olarak yapma borcunu imkânsızlaştırarak ikincil edim borcunun doğmasına yol açar.

Bu görüş uyarınca, eğer sözleşmedeki asli edim, yapma borcu niteliğinde ise, bu durumda TBK m. 136/II uyarınca asli edimin karşılığını oluşturan edim de sona erer. Sözleşmesel değişim ilişkisi bu şekilde yok olduğundan, bunun üzerine yan borçlar da sona erer.

Öte yandan bu görüş, edimin ifasının alacaklı tarafından elde edilebilir nitelikte olmasını esas aldığından, bu nitelikteki tüm edimler bakımından geçerli olur. Bu kapsamda alacaklı tarafından borçluya cebren icra ettirilemeyecek nitelikteki yapmama borçları da girer. Bununla birlikte, irade beyanında bulunma edimi içeren borçlar açısından, mahkeme hükmünün irade beyanı sonuçları doğuracağı kabul edildiğinden¹¹², bu görüş çerçevesinde irade beyanında bulunma borçları genel olarak yapma borçlarından ayrı tutulmalıdır.

3. Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanması

a. Genel Olarak

Türk ve İsviçre öğretilerinde ifanın reddiyle birlikte haksız dönme beyanının yol açacağı sonuçlara ilişkin olarak ileri sürülen ikinci görüş, bu beyanın borçlu temerrüdüne veya bu hükümlerin kıyasen uygulanmasına neden olacağı şeklindedir. Haksız dönme beyanıyla, beyanda bulunan sözleşme tarafı borçlu olduğu edimler açısından borçlu temerrüdüne düşer veya bu hükümler kıyasen uygulanır. Beyan,

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1472 vd.; Gündoğdu, s. 198-199

¹¹¹ Oğuzman, s. 144 dn. 46; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1472.; M. Kemal Oğuzman, “La sanction de l’inexécution du contrat en droit turc”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 17, S. 26-28, s. 93 vd.

¹¹² Hukuk Muhakemeleri Kanununda İsviçre Federal Usul Kanunundan (m. 344) farklı olarak mahkeme kararının beyanının yerini alacağı yönünde açık bir hüküm olmamakla birlikte; öğretide ve uygulamada, özellikle MK m. 716 ve TBK m. 185 hükümlerinden hareketle, mahkeme kararının irade beyanında bulunma borçlusunun irade beyanının yerine geçeceği kabul görmektedir: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1239; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 34.1; Eren, s. 331; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, N. 1477; Ayrıca: Kocayusufpaşaoğlu, §11 N. 26

sözleşmeyi sona erdirme iradesi içerdiği ve bu nedenle asli edim yükümlülüğünü de kapsayacağı için, tam iki taraflı sözleşmelere özgü sonuçlar da uygulama alanı bulmaya elverişlidir.

b. Muaccel Edimler Bakımından

Haksız dönme beyanında bulunan sözleşme tarafının borçlu olduğu edimler muaccel ise, söz konusu edim için belirli vade¹¹³ tespit edilip edilmemiş olmasına göre bir ayırım yapılmak gerekir. Eğer bu edim için vade belirlenmiş durumdaysa tek başına vadenin gelmiş olması borçlu temerrüdüne yol açacağından (TBK m. 117/I) haksız dönme beyanının bu görüş açısından herhangi bir hukuki etkisi bulunmaz. Vadenin dolmasıyla, karşı taraf borçlu temerrüdünden doğan haklarına TBK m. 124/b. 1 kapsamında derhal ve her zaman başvurabilir.

Buna karşılık söz konusu edim için taraflar vade kararlaştırmadığı için TBK m. 90 uyarınca borç doğduğu anda veya belirsiz vadenin gerçekleşmesi sonucunda muaccel ise farklı bir değerlendirmeye gereksinim duyulur. Belirli vade bulunmadığı takdirde borçlunun temerrüde düşebilmesi için alacaklının ihtarı şarttır (TBK m. 117/I). İhtarın gerekli olmadığı durumlar ise TBK m. 117/II hükmünde sayılmış olmakla birlikte haksız dönme beyanına ilişkin herhangi bir açıklık yoktur. Yukarıda değinildiği üzere¹¹⁴, haksız dönmede kurulmuş bir sözleşme ilişkisi geçerli bir dönme hakkı bulunmadan beyan sahibi tarafından sona erdirilmek istenmektedir. Bu itibarla mevcut bir borç ilişkisinin varlığından haberdar olduğu gibi haksız dönme nedeniyle sözleşmesel borçların ifa edilmeyeceği de açıklanmaktadır. Bu itibarla, TBK m. 117 hükmünün amaca göre daraltılmak suretiyle ihtar gereksinimine duyulmayan hallere haksız dönme beyanının da eklenmesi lazım gelir¹¹⁵. Bu şekilde MK m. 2 hükmüne de

¹¹³ Vadenin belirliği hususunun, vadenin kararlaştırıldığı an itibarıyla mevcut olması gerekliliği tartışmalıdır. Bu konuda ve gerekli olmadığı yönünde: Suat Sarı, “Belirli Vâdenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. II, İstanbul, 2010, s. 1583; Kürşad Yağcı, “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, **İÜHF M C. 77 S. 1** (2019), s. 281 vd.

¹¹⁴ *Bölüm: 2,II,B,6*

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1525; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 186.14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 918; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 174; Ayan, s. 167; Halil Akkanat, “İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**,

başvurulmasına gerek kalmamaktadır¹¹⁶. Bu bağlamda haksız sona erdirmeye beyanının muacceliyetten önce yapılmış olmasında da bir engel yoktur¹¹⁷.

Dolayısıyla söz konusu görüş uyarınca haksız dönme beyanı vade kararlaştırılmamış veya alacaklı lehine belirsiz vade tanınmamış borçlar bakımından borçlu temerrüdünün doğması için ihtar gereksinimini ortadan kaldırır ve muaccel bir borç söz konusu olduğu için borçlu temerrüdü hükümleri doğrudan uygulanır¹¹⁸. Bu şekilde sayılan muaccel edimler açısından haksız dönme beyanı kendi başına özel bir borca aykırılık sayılmaz ve özel sonuçlara yol açmaz¹¹⁹; borçlu temerrüdü rejiminin uygulanmasını, ihtar gereksinimi ortadan kaldırarak sağlayabilir.

c. Muaccel Olmayan Edimler Bakımından

Haksız dönme beyanında bulunan tarafın muaccel olmayan edimleri bulunuyorsa, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler doğrudan doğruya uygulama alanı bulamaz¹²⁰. Zira kanuni düzenlemelerde de görüldüğü üzere borçlu temerrüdü için muacceliyet bir ön koşuldur¹²¹.

İstanbul, 2000, s. 39; Tümerdem, s. 148; İhtarın yararsızlığı gerekçesi: Eren, s. 1125; Schwenzer, N. 65.13; Genel hükümlerden bu sonucun çıkartılabileceği fikrinde: Kılıçoğlu, s. 881; TBK m. 124 hükmünden kıyasen: Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2722; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 478; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1286; Kurt, **Temerrüt**, s. 181; Huguenin, N. 927; Schenker, N. 223 vd.; Dürüstlük kuralından hareketle: Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992, s. 63-65. Ayrıca: Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 291; Karş. Gülşah Vardar Hamamcioğlu, "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı", **BAÜHFD C. 13 S. 169-170** (Eylül-Ekim 2018), s. 206, yazar muacceliyetten sonra ifa etmeme beyanının temerrüt hükümlerinin uygulanacağına işaret ederken, TBK m. 124/I b. 1 hükmüne değinmiştir. Oysa bu hüküm, doğmuş borçlu temerrüdünde tam iki taraflı sözleşmelere özgü sonuçların uygulanmasına dairdir.

¹¹⁶ Alman hukukunda dürüstlük kuralı çerçevesinde ihtar gerek kalmayacağı görüşü: Schobert, s. 4; Dürüstlük kuralından ayrı olarak ihtar gereksiz kılan durum kabul eden: Yıldız, s. 46

¹¹⁷ Akkanat, **Temerrüt**, s. 40; Barlas, **Temerrüt**, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 918

¹¹⁸ Gianella, N. 530; Alman hukukunda benzer şekilde: Jan, s. 79; Schobert, s. 17; Schulze, s. 49. Tam iki taraflı sözleşmelere özgü haklara başvurmak için önel vermeye gerek olmadığı hakkında: Decurtins, s. 67-68

¹¹⁹ Schenker, N. 224; Ayrıca bkz. Gianella, N. 529 vd.

¹²⁰ Schenker, N. 225; Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 290; Gianella, N. 530 vd. ve N. 561; Selin Sert/A. Hulki Cihan, "Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi", **ErciyesÜHFD, C. 8 S. 2** (2013), s. 915

¹²¹ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 49; Bu nedenle söz konusu kıyasın mümkün olmadığı görüşü: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1574; Bu şekilde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 212; Alman hukukunda benzer yönde: Jan, s. 75; Böß, s. 40

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında esas olarak kökleşen bu görüş¹²² uyarınca, haksız dönme halinde, sözleşme ihlalinin gerçekleşeceği belli olur ve borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler tam iki taraflı bir sözleşme söz konusu ise¹²³ kıyasen uygulama imkânı bulur¹²⁴. Bu hususta dikkat edilmelidir ki söz konusu görüşün yer aldığı güncel içtihatlarda, daha eski tarihli kararların aksine sözleşmenin müsbet ihlalden hareketle İBK m. 107-109 hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluna gidilmemiş, haksız sona erdirmenin doğrudan doğruya İsviçre Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla sözleşme ihlali asli edim bakımından gerçekleşmiştir, sözleşmenin müsbet ihlali öğretisi çerçevesinde yer alan ayrı bir borca aykırılıkla karşılaşılmamaktadır¹²⁵. Dolayısıyla varılan sonuç pratik olarak benzer olsa da kuramsal temelde büyük bir farklılık söz konusudur¹²⁶. Zira birinci durumda haksız sona erdirmenin, sözleşme amacına uygun davranma borcu kapsamında sözleşmenin müsbet ihlali olduğu kabul edilmiş, bu kabul uyarınca sözleşmenin müsbet ihlaline borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanırken, ikinci durumda haksız sona erdirmeye aykırılık olarak doğrudan doğruya borçlu temerrüdü hükümlerine tabi tutulmuştur.

¹²² Öğretide de, ifanın gerçekleşmeyeceğın bariz olduğu durumlarda alacaklının ifa zamanını beklemeye mecbur edilmeyeceğı ve kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulması gerektiğı savunulmuştur: Hans Gujer, **Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber**, Zürih, 1947, s. 115; Benzer yönde: Paul Lemp, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, 1939, s. 10; Decurtins, s. 73; Theo Guhl/Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürih, 2000, §32 N. 18; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2017, N. 55.106; Eren, s. 1009. Alman İmparatorluk mahkemesi de bir kararında borçlu temerrüdünün kendiliğinden gerçekleşeceğini kabul etmiştir: Schulze, s. 13, dn. 34 ve s. 49

¹²³ Kıyas yoluyla eksik iki taraflı sözleşmelerde de uygulama alanı bulabileceğı görüşünde: CR-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 9-10; Gianella, N. 538; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1300; ATF 133 III 421

¹²⁴ ATF 110 II 141; İFM, 23.11.1999, 4C.258/1999 (Swisslex); İFM, 11.1.2001, 4C.279/2000 (Swisslex); İFM, 23.7.2004, 4C.58/2004 (Swisslex); Kanton mahkemeleri: **RJV** 2010, s. 169; **RJV** 2011, s. 317; **LGVE** 2012 I N. 13. Ayrıca bkz. Kurşat, **İnşaat**, s. 366-367, yazar bu durumda temerrüt için vadenin beklenmesinin MK m. 2'ye aykırı olacağını kabul ettiğinden, haksız sona dönme beyanı üzerine borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğini sonucuna ulaşacağı öngörülebilir. Ancak bu durumda borçlu temerrüdü hükümleri, yazarın görüşü çerçevesinde, doğrudan uygulanmaktadır. Yazar ayrıca TBK m. 112-113 hükümlerine başvurulabileceğini belirtmektedir: s. 367-368.

¹²⁵ Bu ayrıma dikkat çeken İsviçre öğretisindeki yegâne yazar: Tolou, N. 445, dn. 547

¹²⁶ Sözleşmenin müsbet ihlali görüşünün hangi borca aykırılığın gerçekleştiğı noktasında ikna edici olmadığı, öncelenmiş borca aykırılık (*vorweggenommener Vertragsbruch*) çerçevesinde ifa edilmeyeceğı açık olan edimin ihlal edilmiş olarak kabul edilebileceğı görüşünde: Bucher, s. 363-364; Pratik farklılığın olmadığı hakkında: Decurtins, s. 73, bununla birlikte yazar imkânsızlık durumunda da sözleşmeden dönmenin mümkün olacağını kabul etmektedir: s. 11-12

Federal Mahkeme'nin kararlarıyla şekillenen bu görüş, esasen borca aykırılığın önceden belli olduğu her durumu kapsamaktadır. Bu bağlamda tam iki taraflı bir sözleşmede asli edim borcunun ihlal edileceğine haklı olarak ikna olan alacaklı¹²⁷ İBK m. 107-109 hükümlerine başvurma olanağına sahip olmaktadır¹²⁸. Bununla birlikte her ne kadar ihtara gerek görülmesi de¹²⁹ Federal Mahkeme'ye göre bu durumlarda dahi alacaklının ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep etmesi veya sözleşmeden dönebilmesi için önel vermesi lazım gelmektedir¹³⁰. Şu kadar ki haksız dönme beyanının da kapsamında girdiği İBK m. 108 hükmünün uygulanabildiği hallerde¹³¹ önel verilmesine gerek yoktur¹³².

4. Bağımsız Borç İhlali

Sözleşmeden haksız dönme beyanında bulunulması halinde, beyanda bulunanın asli edim borçlarının ihlal edildiği görüşünden farklı olarak, bu başlık altında açıklanacak görüşler, sözleşmenin amacına aykırı ve amacı tehlikeye düşüren eylemlerde bulunmamasını ayrı sözleşmesel bir borç olarak kabul etmektedir ya da ifaya hazırlık eylemlerini de ayrı bir borç olarak nitelendirme yoluna gitmektedir¹³³.

¹²⁷ Alacaklının haklı anlayışına dayanan bu görüş, *Oğuzman*'ın imkânsızlığa ilişkin savunduğu kurama yakınlığı bakımından ilgi çekicidir.

¹²⁸ Gianella, N. 537 ve 557; Temerrüt hükümlerinin uygulanacağı şeklinde: Eren, s. 1078. Aynen ifa ve gecikme (temerrüt) zararının giderilmesi ise bu hükümlerin kıyasen uygulanması kapsamında mümkün değildir. Aynen ifa için borçlanılan edimin muaccel olması şartken (BöB, s. 35), gecikme (temerrüt) zararının giderilmesi için de temerrüt hükümlerinin doğrudan uygulanmıyor olması ve bu kapsamda edimin muacceliyet kazanması gerekir. Başka bir deyişle haksız sona erdirme, sözleşmesel bağın dönme veya imkânsızlaştırma ile sona erdirilmesi çerçevesinde hukuki çare sağlar, sözleşmede kararlaştırılan edime yönelik erkene alınmış bir talep hakkı vermez.

¹²⁹ Decurtins, s. 74

¹³⁰ Gianella, N. 565; Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 290

¹³¹ Haksız dönme halinde önelin sonuçsuz kalacağı açık olduğu için önel verilmesine bu görüş çerçevesinde gerek yoktur (Decurtins, s. 68; Gianella, N. 564; Bucher, s. 369; **BSK**-Wiegand, Art. 102 OR, N. 11 ve Art. 108 OR, N. 2; **BK**-Weber, Art. 108 OR, N. 15 vd.; Schwenger, N. 66.18; İFM, 23.6.2004, 4C.58/2004 [Swisslex]); Ancak aksi yönde: von Tuhr/Escher, s. 141 dn. 53). Nitekim Federal Mahkeme önel verilmesinin haksız dönme beyanının olduğu hallerde değil, borçlunun vadede ifa edemeyeceğine ilişkin beyanlarında gerekli olduğunu vurgulamıştır. Örnek olarak: ATF 110 II 143; İFM, 11.1.2001, 4C.279/2000 (Swisslex). Bununla birlikte borca aykırılığın önceden belli olduğu durumlarda önelin gereksiz olacağını açık olduğunu belirterek genel olarak önel gerek bulunmayacağı görüşünde: Decurtins, s. 74

¹³² Aksi yönde borçluya son bir şans vermenin daha uygun olacağı gerekçesiyle: Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 291. Viyana Satım Sözleşmesi Konvansiyonu m. 72 bağlamında da ifanın reddi beyanının önel gerekliliğini ortadan kaldırdığı hakkında: Işıl Yelkenci, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, 2014, s. 132

¹³³ Dolayısıyla bu görüşte ihlal edilen ayrı ve muaccel bir borç mevcuttur. Bu nedenle muaccel olmayan bir edime dair haksız dönme beyanı bakımından, bu edimin muaccel olmadığından ötürü sözleşmenin

Bu durumda da haksız dönme beyanında bulunulması söz konusu borca aykırı davranıldığı anlamına gelmektedir.

a. Sözleşmenin Müsbet İhlali

(1) Genel Olarak

Sözleşmenin müsbet ihlali bir sözleşme ihlali kategorisi olarak öncelikle Alman hukukunda vücut bulmuş ve uygulama tarafından benimsenmiş bir öğretimdir. Öyle ki borçlar hukuku reformu kapsamında da bu öğretinin etkileri hissedilmektedir. Daha sonra Alman hukukundaki bu öğretinin Türk ve İsviçre hukuklarında da uygulanabilir olup olmadığı tartışılmıştır.

Sözleşmeyi haksız olarak sona erdirmeye beyanlarını da bu öğreti kapsamında değerlendiren yazarlar ve mahkeme kararları bulunmaktadır. Dolayısıyla öncelikle Alman hukuku ardından da Türk ve İsviçre hukukları açısından bu kavrama değinme gereği görülmüştür.

(2) Alman Hukukunda

(i) Reform Öncesi

Reform öncesi Alman hukukunda yer alan ifa engelleri sisteminde borçlunun sorumluluğu temerrüt (§326) ve sonraki imkânsızlık (§325) olgularına bağlanmıştı. Ayıp ise özel borç ilişkilerinde satım, kira ve eser sözleşmelerinde düzenlenmişti. Bu itibarla, söz konusu sözleşmeler dışında yer alan ayıp olguları başta olmak üzere imkânsızlık veya temerrüt olarak nitelendirilemeyecek sözleşmeye aykırılıklar öngörülen kanuni ifa engelleri rejimi dışında kalmaktaydı. Yasal çerçeve içinde belirtilen sözleşme ihlallerine karşı hukuki çarelere başvurma yolunun aranması ise kaçınılmazdı, zira borçlu temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık dışında yer alan sözleşme ihlalleri pratikte siktir.

müsbet ihlalinin uygulanabilir olmadığı yönünde getirilecek bir eleştiride (Sert/Cihan, s. 914; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1571) isabet yoktur.

1902 yılında 26. Alman Hukukçular Günü'nde verdiği bildiri *Hermann Staub* sözleşmenin müsbet ihlali kavramını ortaya koyarak¹³⁴, Alman Medeni Kanununda yer alan belirtilen boşluğu doldurmuştur¹³⁵. Bu bağlamda yazar, Alman Medeni Kanununda açıkça yer almayan bir ilkeden hareket etmiştir; buna göre, bir borç ilişkisinin kusurlu olarak ihlal edilmesi tazminat sorumluluğu doğurur ve sözleşmenin amacının yerine gelmesini tehlikeye sokan aykırılıklar¹³⁶ da ifa yerine olumlu zararın giderilmesi ile sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı da verir¹³⁷. Alman Medeni Kanunu çerçevesinde ise bu sonuç, reform öncesi §286 ile §326 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla temellendirilebilir¹³⁸. Başka bir deyişle borçlu temerrüdü hükümlerinde öngörülen sorumluluk rejimi diğer yükümlülük ihlallerinde de haklı olarak uygulanabilir¹³⁹. Bu itibarla esasen bir yasa boşluğunun kıyas yoluyla

¹³⁴ Hermann Staub, “Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”, **Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag**, Berlin. 1902, s. 29 vd.

¹³⁵ Christian Mock, **Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung**, Hamburg, 2006, s. 4; Schobert, s. 17. Öğretide *Stoll* ise yasal borç ilişkilerinde de bu öğretinin uygulanabileceğini ortaya koymak suretiyle alacağın müsbet ihlali terimini (*positive Forderungsverletzung*) kullanmıştır: *Stoll*, **AcP** 136, s. 320 vd.; Westhelle, s. 9 dn. 10

¹³⁶ Haksız sona erdirmeye beyanlarında sözleşmenin ifa edilmeyeceğine ilişkin kesin bir irade açıklaması bulunduğundan bu koşul gerçekleşmiş olur: Weidt, s. 102 vd.; Benzer şekilde kesin olarak ifanın gerçekleştirilemeyeceğinin ortaya çıkmasıyla sözleşme amacının tehlikeye uğrayacağı ve beyanda bulunanın sözleşme ihlalinin bu bağlamda söz konusu olduğu yönünde: Böß, s. 38

¹³⁷ Staub, s. 31 vd.; Hans Peter Glöckner, **Positive Vertragsverletzung**, Frankfurt am Main, 2006, s. 32; Dagmar Kaiser, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Tübingen, 2000, s. 10 ve dn. 5; Mock, s. 4 ve 10; M. Murat İnceoğlu, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, **AÜHF D C. 54 S. 4** (2008), s. 244; Jan, s. 77. İmparatorluk mahkemesinin ifanın reddi durumunda verdiği tazminat kararının örtülü olarak bu ilkeye dayanabileceği hakkında: Schulze, s. 12 ve dn. 10

¹³⁸ Hermann Staub, “Der 50. Band der ‘Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen’ Ein juristisches Jubiläum”, **Deutsche Juristen-Zeitung** 7 (1902), s. 41 ve 48; Decurtins, s. 55; Reform öncesi Al. MK §276 ise salt kusuru tanımlamayı amaçladığından genel bir sorumluluk hükmü olarak nitelendirilemez: Staub, **Reichsgerichts**, s. 33-34; Schulze, s. 38; Aksi yönde: Carl Crome, **System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse**, Tübingen-Leipzig, 1902, s. 65; Bu yöndeki görüş ve kararlar: Ulrich Huber, **Leistungsstörungen**, C. I, Tübingen, 1999s. 79; Mock, s. 4 dn. 19; Prusya Genel Memleket Kanunu §285 hükmünün (*Sözleşmenin kurulmasında veya ifasında yükümlülüklerini kasıt veya ağır ihmâl ile ihlal eden kimse, karşı tarafın tüm menfaatini tazmin etmek zorundadır.*) ise genel sorumluluk için dayanak olduğu hakkında: Mock s. 4, Benzer şekilde imkânsızlık ve temerrüt hükümleri yanında düzenlenmiş olan Alman Medeni Kanunu birinci ön tasarısı §224 I hükmü de genel bir sorumluluk dayanağı teşkil eder: “*Borçlu, borç ilişkisinde kendi üzerinde doğan edimleri bütünüyle yerine getirmekle yükümlüdür. Sadece kasti değil ihmâlden ileri gelen ifa etmemeden de sorumludur.*” Yapmama borçlarında benzer yönde ancak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hükümlerinden kıyas yapılması fikrinde: Theodor Kipp, “Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen”, **Deutsche Juristen-Zeitung** 8 (1903), s. 254. Bu kurumun kabulünde tümel kıyas kurumunun işlediği hakkında: Huber, I, s. 80; Mock, s. 4

¹³⁹ Glöckner, s. 34; Burada dayanak olarak sözleşmenin müsbet ihlalinin, temerrüt gibi sözleşme amacını tehlikeye soktuğu ileri sürülmektedir: Schulze, s. 51. Buna karşı görüş ise imkânsızlık hükümlerine kıyasen dayanmanın daha isabetli olacağı fikrindedir: Böß, s. 43; Sözleşmenin müsbet ihlalinde imkânsızlık hükümlerinin uygulandığı İmparatorluk mahkemesi kararı: RGZ 149, 403

doldurulması söz konusudur. Bununla birlikte görüşe karşı, bu kadar büyük bir kanun boşluğunun ileri sürülmesinin, boşluğun varlığını şüpheli kıldığı belirtilmiştir¹⁴⁰.

İleri sürülen bu görüş İmparatorluk mahkemesinin 6 Mart 1903 tarihli kararıyla kabul görmüştür¹⁴¹. Bir yapı işine çakıl taşı temin etmeyi taahhüt eden davacının karşı edimi, yapılan beton duvarın miktarına göre belirlenecektir. İş sahibinin çakıl taşlarını başka amaçlar için kullanması sonucunda karşı edim tutarının son derece azalması üzerine davacı, birincisi borçlu temerrüdüne ikincisi sözleşme ihlaline dayanan iki ihtar çekerek sözleşmeden dönmüştür. Davacı yüklenicinin verdiği teminatların iadesine ilişkin davada ilk derece mahkemesi talebi borçlu temerrüdüne dayanarak kabul etmiş, istinaf başvurusunda ise imkânsızlık söz konusu olmadığından davacının dönme hakkının hukuki bir dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle sadece tazminat talebinde bulunabileceğine karar verilmiştir. İmparatorluk mahkemesi ise esaslı sözleşme ihlallerinde tam iki tarafları sözleşmelerde borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığı ve borçlu temerrüdünü düzenleyen §326 ve §325 hükmündeki haklara başvurulabileceğine karar vermek suretiyle dosyayı istinaf mahkemesine geri göndermiştir. Böylece sözleşmeye aykırılıkların genel olarak tazminat talebine hak vereceği hem İmparatorluk hem istinaf mahkemesi tarafından kabul edilmiş olup sözleşmenin amacını tehlikeye atan esaslı aykırılıkların¹⁴² da anılan hükümlerde derpiş edilen hakları kıyasen uygulama sonucunda sağlayacağı İmparatorluk mahkemesi tarafından ortaya konmuştur¹⁴³. Bu kararla birlikte kabul gören sözleşmenin müsbet ihlali öğretisi İmparatorluk Mahkemesi ile Alman Federal Mahkemesinin sonraki kararlarında uygulama alanı bulmaya devam etmiştir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Emmerich, **Leistungsstörungen**, s. 312

¹⁴¹ Urt. II 388/02-RGZ 54, 98 / Deutsche Juristen-Zeitung 8 (1903), s. 215; Nigel G. Foster/Satish Sule, **German Law System and Laws**, New York, 2010, s. 468-469; Weidt, s. 89

¹⁴² RGZ 54, 100; RGZ 161 337

¹⁴³ Glöckner, s. 73; Decurtins, s. 54; Jan Dirk Harke, **Allgemeines Schuldrecht**, Berlin, 2010, N. 272. Bu kararla Alman Medeni Hukukunda bir boşluğun doldurulduğu konusunda: Bork, N. 45; Boşluk doldurma bakımından örnek bir eser olduğu yönünde: Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1995, s. 193

¹⁴⁴ BGHZ 11, 83; Schulze, s. 50 vd.; Öyle ki istikrarlı içtihat ve öğreti çerçevesinde bu hususta bir örf ve adet hukuku kuralının ortaya çıkmış olduğu ifade edilmektedir: Mock, s. 7; Huber, **I**, s. 80; Huber, **II**, s. 574 vd.; Thomas Karg, **Anwaltsvertragshaftung – Pflichtverletzung und Verschulden im neuen Schuldrecht**, Regensburg, 2004, s. 99; Emmerich, **Leistungsstörungen**, §22 N. 7

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışında kalan sözleşme ihlallerini kapsamı itibarıyla sözleşmenin¹⁴⁵ müsbet ihlali ikincil bir nitelik taşır¹⁴⁶. Sözleşmenin müsbet ihlalinin gerçekleşebilmesi için sorumluluğun genel şartlarının tamam olması lazım gelir. Kusurlu ve sözleşmeye aykırı şekilde gerçekleşen bir eylem sonucunda zarar doğmalıdır¹⁴⁷. Bu bağlamda sözleşmenin müsbet ihlali kavramına altlanabilecek sözleşme ihlallerinin tespit edilmesi önem arz eder.

Bu çerçevede sözleşmedeki alışveriş menfaatlerini ihlal eden aykırılıklar ilk sırada sayılmak gerekir. Bu kategoride iki ayrı aykırılık grubu bulunur. Birincisi, kötü ifa olarak gerçekleşen asli edim yükümlülüğüne aykırılıklardır¹⁴⁸. İkincisi ise kanun, sözleşmenin amacı veya tarafların anlaşması sonucu doğan ve sözleşmede öngörülen edim mübadelesi rejiminin gerçekleşmesine hizmet eden yan edim yükümlülüklerine aykırılıklardır¹⁴⁹. İkinci sırada ise sözleşme taraflarının¹⁵⁰ birbirlerinin kişi ve malvarlıklarına zarar vermeme yükümlülüklerini (bütünlük menfaati) ifade eden koruma yükümlülüklerinin ihlali yer alır¹⁵¹.

¹⁴⁵ Bir görüş ise sözleşmenin müsbet ihlali kapsamında kalan yükümlülükleri sözleşmesel temelde değil, *culpa in solvendo*'nun *culpa in contrahendo*'ya önceliği ilkesine aykırı olarak (s. 476; M. Serkan Ergüne, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010, s. 919 dn. 20) bağımsız bir kanuni borç ilişkisinde görmüştür: Claus-Wilhelm Canaris, "Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen", **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16 (13.8.1965), s. 475 vd.

¹⁴⁶ Fikentscher, s. 216; Mock, s. 7; Sözleşmenin müsbet ihlalinin temerrüt veya imkânsızlık teşkil etmeyen sözleşme aykırılıklarının yol açtığı zararlarına dair boşluk bulunması halinde uygulanacağı şeklinde: Schulze, s. 36-37

¹⁴⁷ Mock, s. 11; Beyanda bulunan sorumlu tutulamadığı hallerde, kıyasen uygulanacak ilgili hükümlerin kusursuzluğa bağlı sonuçlarının uygulanabileceği görüşü: Böß, s. 45; Fritz, s. 217

¹⁴⁸ Mock, s. 15; Decurtins, s. 56; Esser/Schmidt, s. 155; Karg, s. 100

¹⁴⁹ Mock, s. 16; Decurtins, s. 56; Esser/Schmidt, s. 156; Karg, s. 100

¹⁵⁰ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı bağlamında sözleşme dışında yer alan kişilere karşı da bu yükümlülüklerin bulunması mümkündür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için: Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, 2009, s. 59 vd.

¹⁵¹ Mock, s. 17 vd.; Decurtins, s. 56; Esser/Schmidt, s. 157. Al. MK §241/II hükmünde ise koruma yükümlülükleri somut yasal bir dayanak bulmuştur: "Borç ilişkisi, taraflarını, içeriği ölçüsünde, diğer tarafın hakları ve hukuki değerleri ile diğer menfaatlerini korumakla yükümlü kılar." Haklar, §823/I'de yer alan hakları, hukuki değerler saf malvarlığı zararlarına karşı korunmayı ifade ettiği gibi diğer menfaatler de karar verme özgürlüğü gibi hukuki menfaatlere karşılık gelmektedir: **Staudinger-Dirk Olzen**, §241 BGB, N. 423; Karş. **NomosK-Krebs**, §241 BGB, N. 23. §311 hükmü ile de edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine bu yükümlülüklerin girdiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Haksız dönme beyanında bulunmamak ise, ne asli edim yükümlülüğü kapsamında ne de koruma yükümlülüğü çerçevesinde kabul edilebilir. Sözleşmedeki edim mübadele ilişkisinin korunmasına hizmet, dürüstlük kuralından doğan¹⁵² bir yan borç addedilebilir. Bu bağlamda Alman öğretisinde karşı tarafı ifa etmeyeceğine ilişkin haklı şüphelerden uzak tutma yükümlülüğü¹⁵³ veya edime bağlılık yükümlülüğü (*Leistungstreuepflicht*)¹⁵⁴ bulunduğu belirtilmektedir¹⁵⁵. Bu yan borca aykırı davranılması halinde ise sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye atmak suretiyle sözleşmenin müsbet ihlali söz konusu olur¹⁵⁶. Bunun birlikte öğretinin bir kısmı asli edimin muacceliyetinden sonra gerçekleşen haksız dönme salt reform öncesi Al. MK §326/I hükmündeki külfetleri amaca göre sınırlama ile ortadan kaldıracığını kabul edip sözleşmenin müsbet ihlalini muacceliyetten önce gerçekleşen ifanın reddine inhisar ettirmektedir¹⁵⁷.

İmparatorluk mahkemesi, 23 Şubat 1904 tarihli kararıyla asli edim muaccel olmadan gerçekleşen bir haksız sona erdirmeye beyanını sözleşmenin müsbet ihlali olarak nitelendirmiş ve reform öncesi Al. MK §326 hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini kabul etmiştir¹⁵⁸. Karara göre ifadan haksız olarak kaçınma, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye atan haksız ve sözleşmeye aykırı ayrılma anlamına gelir ve bu esaslı ihlal karşı tarafa derhal sözleşmeden dönme veya ifa yerine olumlu zararı talep hakkı verir. Asli edimin muaccel olmasından sonra gerçekleşen ifanın reddi hallerinde ise İmparatorluk mahkemesi, §326'nın amaca göre sınırlanması hakkındaki önceki içtihadını sürdürmeye devam etmiştir¹⁵⁹. Federal Mahkeme de bu

¹⁵² Bu itibarla tarafların bu hususta açıkça veya örtülü olarak anlaşmış olmasına gerek yoktur: Weidt, s. 97

¹⁵³ Hermann Staub, **Die positiven Vertragsverletzungen**, Berlin, 1904, s. 53

¹⁵⁴ Gernhüber, s. 149; Weller, s. 46; Katılma borcu (*Mitwirkungspflicht*) ihlali şeklinde: Günther Köpcke, **Typen der positiven Vertragsverletzung**, Stuttgart, 1965, s. 73 vd.; BeckOK-Riehm, §282 BGB, N. 48; Ayrıca: Emmerich, **Leistungsstörungen**, §22 N. 1

¹⁵⁵ Bu bağlamda temelsiz yenilik doğuran hak kullanımının bu borca aykırılık teşkil edebileceği yönündeki Alman uygulaması hakkında: MünchK-Ernst, §280 BGB, N. 96

¹⁵⁶ Weidt, s. 97; Weller, s. 47; Aral, s. 88 karşı. s. 97

¹⁵⁷ Staudinger-Otto (2001), §326 BGB, N. 139; Palandt-Heinrichs (2002), §326 BGB, N. 20; MünchK-Emmerich (2001), vor §275 BGB, N. 275

¹⁵⁸ RGZ, 57, 105

¹⁵⁹ Weidt, s. 94

içtihadı sürdürmekle birlikte, asli ediminin muacceliyetinden sonra gerçekleşen ifanın reddi durumlarında kararlarında istikrarlı olmamıştır¹⁶⁰.

(ii) Reform Sonrası

Alman borçlar hukukunda 1.1.2002 tarihiyle yürürlüğe giren reformla birlikte büyük çaplı bir değişim yaşanmış olup ifa engelleri sistemi de yeniden şekillenmiştir. Al. MK §280 ile genel olarak borca aykırılık tanımlanmış, borca aykırılığın sonuçları da muhtelif hükümler altında düzenlenmiştir¹⁶¹. Bu bağlamda da sözleşmenin müsbet ihlali yeni düzenleme içinde ayrı bir kavram olarak önemini yitirmiştir¹⁶². Zira artık sorumluluk kurucu ana hüküm, tüm olası sözleşme ihlallerini kapsar niteliktedir.

Sözleşmenin haksız olarak sona erdirilmesi de ifanın reddi kapsamı içinde pozitif düzenlemelere kavuşmuştur. Önceki içtihatlar ve öğretinin de takip ettiği biçimde edimin¹⁶³ muacceliyetine göre bir ayırım yapılmıştır¹⁶⁴. İfa edilmeyeceği beyan edilen muaccel¹⁶⁵ edimden vazgeçilmek suretiyle önelsiz olarak olumlu zararın giderilmesinin talep edilmesi mümkündür (Al. MK §281 I ve II). Keza Al. MK §286 II 3 uyarınca ifası reddedilen bir borç için temerrüt ihtarına gerek yoktur. Tam iki taraflı sözleşmelerde ise Al. MK §323 II 1 uyarınca muaccel asli edim borcunun ifası borçlu tarafından reddedildiyse, önel verilmesine gerek kalmadan karşı taraf sözleşmeden dönebilir. Bu itibarla esasen yürürlükteki düzenlemelerin, süregelen içtihat ve baskın görüşün öngördüğü hukuki imkânları vermeye devam ettiği çıkarımında bulunulabilir. Zira haksız dönme beyanı borçlu temerrüdündeki ihtar

¹⁶⁰ Weidt, s. 95

¹⁶¹ Weidt, s. 105; M. Serkan Ergüne, “Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHF**M, C. 62 S. 1-2 (2004), s. 352 vd.; Serozan, **Alman İfa Engelleri**, s. 233

¹⁶² Yeşim M. Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010, s. 234 ve dn. 50.

¹⁶³ Esasen değerlendirme ifa edilmeyeceği bildirilen edime göre yapılmaktadır. Haksız sona erdirme beyanında ise ifa etmeme iradesi sözleşmesel tüm edimleri kapsadığından sonuçlarının tespit edilmesinde asli edim yükümlülüğüne aykırılığa özgü sonuçlar dikkate alınmak gerekir.

¹⁶⁴ Weidt, s. 106

¹⁶⁵ Al. MK §323 IV hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle muaccel olmayan edimlere inhisar eden beyanların da ilgili düzenleme kapsamına sokulabileceği görüşü: **MünchK**-Ernst, §281 BGB, N. 65. Tartışma için: **NomosK**-Dauner-Lieb, §281 BGB, N. 32

külfetini kaldırdığı gibi, herhangi bir önele gereksinim duyulmadan sözleşmeden dönme hakkı ile ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep hakkını vermektedir.

Asli edimini muaccel olmadığı haksız dönme olasılıkları içinse, yukarıda anılan tam iki taraflı sözleşmelerde ifa etmeme ve kötü ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına ilişkin olan §323 hükmünde özel bir düzenleme (4. Fıkra¹⁶⁶) yapılması yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede muaccel olmayan mübadele ilişkisindeki edimi kaçınılmaz olarak kapsayan haksız dönme beyanı sonucunda karşı taraf, sözleşmeden, önel külfetini yerine getirmeksizin açık bir şekilde muacceliyet anında dönmenin koşullarının (ifa zamanında edimin ifa edilmeyecek olması veya sözleşmeye uygun ifa edilmeyecek olması) gerçekleşeceği gerekçesiyle derhal sözleşmeden dönebilir¹⁶⁷.

Bu bağlamda, muacceliyetten önce sözleşme ihlalinin belli olması artık Alman hukukunda sözleşmenin müsbet ihlali çerçevesinde mevcut bir borcun ihlali olarak değil, sözleşmenin amacını ileride tehlikeye sokacak bir olgu olarak görülmekte olup gerçekleşmesi muhakkak bir ihlal giderilmesi için dönme hakkının tanınmasıyla yetinilmiştir¹⁶⁸. Bu yönüyle reformun, sözleşmenin müsbet ihlali kavramından hareket eden görüşten ayrıldığı ifade edilebilir. Ancak öğretide yine de bu durumlarda Al. MK §241 II anlamında koruma yükümlülüğünün ihlal edilmiş olacağı ve sözleşmeden dönmenin Al. MK §324 hükmüne de istinat edebileceği savunulmuştur¹⁶⁹. Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin edim mübadelesine ilişkin içeriğiyle bağlantısı bulunmadığından bu görüşün kabul edilmesi olanaklı değildir.

¹⁶⁶ “Sözleşmeden dönme koşullarının gerçekleşeceği aşikar ise, alacaklı sözleşmeden [mübadele ilişkisindeki] alacağı muaccel olmadan önce dönebilir.”

¹⁶⁷ Weidt, s. 107

¹⁶⁸ Weidt, s. 107; **MünchK-Ernst** (2003), §323 BGB, N. 132. Bununla birlikte, Al. MK §324/V ve 281 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla ifa yerine olumlu zararının giderilmesinin de mümkün olduğu, bu bağlamda yapılan düzenlemelerin önceki içtihadın çözümlerini takip etmek yönünde olduğu, sınırlama amacının bulunmadığı hakkında: Weidt, s. 206-207; Bu konuda: Emmerich, **Leistungsstörungen**, §22 N. 9 ve 13

¹⁶⁹ Klaus Ramming, “Vorzeitiges Rücktrittrecht und Schadenersatz statt der Leistung”, **Zeitschrift für Vertragsgestaltung** 2002, s. 425 vd.; Stephan Lorenz, “Schuldmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002”, **Karlsruher Forum** 2005, Karlsruhe, 2006, s. 85; İfa yerine olumlu zarar bakımından: **MünchK-Ernst** (2003), §281 BGB, N. 132

(3) Türk ve İsviçre Hukuklarında

Alman hukuku kökenli olsa da kavram olarak sözleşmenin müsbet ihlali Türk ve İsviçre hukuklarında yer bulmuştur. Bu bağlamda sözleşmenin müsbet ihlali, reform öncesi Alman hukukunda söz konusu olduğu gibi, borçlu temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık dışında kalan sözleşme ihlallerini kapsayan bir genel çerçeveyi ifade etmektedir¹⁷⁰. Bu çerçevede haksız sona erdirmeye beyanında bulunmanın da sözleşmenin amacını tehlikeye atmamak yan borcunun ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle sözleşmenin müsbet ihlali bulunduğunu kabul eden görüşler mevcuttur¹⁷¹.

Sözleşme ihlallerini kategorize etmek dışında sözleşmenin müsbet ihlalinin bu hukuk düzenlerinde özel bir sonucunun bulunup bulunamayacağı ise tartışmalıdır. Reform öncesi Alman Medeni Kanunundan farklı olarak Türk ve İsviçre hukuklarında borçlunun sorumluluğunu genel olarak kabul eden bir hüküm bulunmaktadır (BK m. 96, TBK m. 112, İBK m. 97¹⁷²). Bu itibarla borçlu temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık kapsamına girmeyen, yan borç, koruma yükümlülükleri ve kötü ifa dâhil olmak üzere¹⁷³ diğer tüm olası sözleşme ihlalleri bakımından doldurulması lazım gelen bir kanun boşluğu yoktur¹⁷⁴. Bu bakımdan bağımsız bir kurum olarak sözleşmenin müsbet ihlali ifadesi gereksizdir, salt borca aykırılıkların kategorize edilmesinde pratik ve pedagojik bir faydası bulunur. Bu bağlamda ilgili

¹⁷⁰ **BK-Weber**, Art. 97 OR, N. 47; **BSK-Wiegand**, Art. 97/109 OR, N. 4 ve N. 25; Koller, **AT**, §45 N. 6; Schwenger, N. 67.01; Guhl/Koller, §31 N. 14; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 97 OR, N. 6 ve 49 vd.; yazar bu bağlamda yan borç ve koruma yükümlülüklerini de saymaktadır. Ayrıca: İFM, 4A.307/2011; İFM, 4A.306/2009 (Swisslex); **CHK-Furret/Wey**, Art. 102 OR, N. Yazarlar burada sözleşmenin müsbet ihlalini, borçlunun sözleşmenin amacını, imkânsızlık veya temerrüde yol açmayan sözleşmeye aykırı eylemi olarak tanımlamaktadır. **OFK-Kostkiewicz**, Art. 97 OR, N. 3; Alborz Tolou, **La forfaitisation du dommage**, 2017, N. 446 vd.; Ancak öğretilerde geniş anlamda sözleşmenin müsbet ihlalini bu şekilde tanımlayarak, dar anlamda sözleşmenin müsbet ihlalini yan borçların ihlaline inhisar ettiren yazarlar vardır: **CR-Thévenoz**, Art. 97 CO, N. 19

¹⁷¹ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 401; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §18 N. 8; Decurtins, s. 62; Schwenger, N. 67.09; Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, İstanbul, 1952, s. 597 vd.; **BK-Weber**, Art. 97 OR, N. 59; Karş. Akyol, **Dürüstlük**, s. 118-119, yazar sözleşmeye aykırılığın çekilmezlik yarattığı durumlarda MK m. 2 ve kıyasen BK m. 106-107 hükümleri gereği dönme hakkı tanımaktadır. Sözleşmenin akıbetine değinmeksizin, haksız feshin sözleşmenin müsbet ihlali oluşturacağı yönünde: Özen, s. 341

¹⁷² TBK m. 112 hükmü lafzen bütün borca aykırılıklarını kapsamakta daha başarılı olup 818 sayılı BK m. 96 ve İBK m. 97 hükümleri bu yönde tartışmalıydı: Huguenin, N. 846; von Tuhr/Escher, s. 107

¹⁷³ Koller, **pVV**, s. 1485 vd.

¹⁷⁴ von Tuhr/Escher, s. 105 dn. 79; Aral, s. 104; Eren, s. 1071

sözleşme ihlallerine bağlanan tek yaptırım da olumlu zararın giderilmesi olmaktadır¹⁷⁵. Bu sonuç ise, haksız dönmeyi de kapsayan sözleşmeye aykırılığın önceden belli olması durumlarında herhangi bir hukuki çareye bu borç ihlali kategorisi çerçevesinde başvurulmamasına yol açmaktadır. Zira bu durumlarda, alacaklının malvarlığında doğmuş ve bu nedenle tazmini gereken bir zarar, istisnai haller dışında¹⁷⁶ yoktur.

Öğreti ve içtihatlarda aksi yönde de bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş, reform öncesi Alman hukukundaki gibi, sözleşmenin müsbet ihlalinde tümel kıyas¹⁷⁷ yoluna başvurmak suretiyle sözleşmeden dönme ve ifa yerine olumlu zararın giderilmesi talep haklarının tanınabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁸. Federal Mahkeme de haksız sona erdirmeye ilişkin olarak verdiği önceki tarihli bazı kararlarında bu suretle sözleşmenin müsbet ihlalinin gerçekleştiğini ve haksız sona erdirmeye muhatap olan tarafın ifa yerine olumlu zararının talep edilebileceğini veya sözleşmeden dönülebileceğini belirterek bu görüşe katılmıştır¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 858; Schwenger, N. 67.02; Matthias Maurer, **Der Vergleichsvertrag**, 2013, N. 853; Olivier Chapuis, “Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?”, **AJP** 2005, s. 654; İnceoğlu, **İmkânsızlık**, s. 244; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 402

¹⁷⁶ *Bölüm: 2,III,D,4,b*

¹⁷⁷ Şunu ifade etmek gerekir ki reform öncesi Alman Medeni Kanununda sonraki imkânsızlık ve borçlu temerrüdünde tanınan haklar aynı iken İsviçre hukukunda, borçlu temerrüdünden farklı olarak sonraki imkânsızlıkta sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımış değildir. Bu itibarla tümel kıyasla ortak bir ilkeye varılması daha güçtür.

¹⁷⁸ Huguenin, N. 855; Koller, **pVV**, s. 1489 vd.; Dönme hakkının ihlalin sözleşmenin devamını çekilmez halde doğacağı vurgusuyla: Gauch/Schluop/Emmenegger, N. 2624; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin Müsbet İhlali’ ve ‘Culpa in Contrahendo’”, **MHAD**, C. 15 S. 18 (1990), s. 36; Dönme hakkı açısından: Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 827; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul, 2017, s. 477 ancak karşı. s. 402. Cumalıoğlu, s. 34-35; Bucher, s. 336-337; Karş. von Büren, s. 383: Yazar tam iki taraflı sözleşmelerde salt zarar giderim talebinin yeterli olmayabileceğini, ard arda teslimli sözleşmelerde bu nedenle borçlu temerrüdü hükümlerinden yararlanılabileceğini belirtmektedir. Oysa bu durumlarda sözleşmenin müsbet ihlali yerine haklı nedenle fesih kurumuna da başvurulabilmesi mümkündür. Karş. Cherpillod, N. 118 dn. 7: Yazar burada borçlu temerrüdü hükümlerine doğrudan gidilebileceğini, muacceliyet itirazının dürüstlük kuralına aykırı olacağını kabul etmektedir. Şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellenmesine ilişkin hükme (İBK m. 156/TBK m. 175) ilişkin değerlendirme: Philippe Gilliéron, **Les dommages-intérêts contractuels**, 2011, N. 305

¹⁷⁹ Aral, s. 103; Örnek olarak ATF 69 II 224; Zürih kanton mahkemesi: ZR 1941 114 s. 300. Öğretide: **BK-Weber**, Art. 97 OR, N. 59; Schwenger, N. 68.10; İdari Yargıda da bu yönde kararlar verilmiştir: **RVJ** 1981 205; Jörg Schmid, “Die positive Vertragsverletzung im System des schweizerischen und des europäischen Privatrechts”, **Aufbruch nach Europa-75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht**, Tübingen, 2001, s. 1026-1027; Decurtins, s. 73 vd.; Öncelenmiş borca aykırılığın sözleşme amacını ihlal ederek sözleşmenin müsbet ihlali teşkil ettiği: Gauch/Schluop/Emmenegger, N. 2651

Bu kapsamda Federal Mahkeme'nin sözleşmenin müsbet ihlalinde, sözleşmeye son verme veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesinin istenmesine cevaz verdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca Federal Mahkeme bu tutumunu bir adım ileriye götürmüştür. İsviçre Federal Mahkemesinin 21 Temmuz 2015 tarih ve 4A_101/2015 sayılı kararı¹⁸⁰ borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin olup bu kararda imkânsızlıkla karşılaşan alacaklıya, temerrütle karşı karşıya kalmış bir alacaklıdan daha farklı muamele edilmesinin haksızlık yarattığı, bu bağlamda sözleşmeyi sona erdirmek için bozucu yenilik doğuran bir hakkın tanınmasının yerinde olacağı ve bu itibarla İBK m. 107/II ve m. 109 hükümlerinden kıyasen yararlanılacağını belirtmiştir.

Sonuç olarak İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre artık İBK m. 97 hükmü tüm borca aykırılıklara doğrudan uygulanmak zorunda olmayıp kıyasen diğer özel sözleşmeye aykırılık rejimlerine başvurulması mümkündür¹⁸¹. Bu bağlamda sözleşmenin müsbet ihlali teşkil eden aykırılıklarda, aykırılığın esaslı olması halinde, karar doğrultusunda sözleşmeden dönme ve ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi

¹⁸⁰ İFM, 21.7.2015, 4A_101/2015 (Swisslex); Karar yorumları: Pascal Pichonnaz, "Le droit de résoudre le contrat en cas d'application de l'art. 97 CO: vers un régime de l'inexécution toujours plus unifié", **DC** 2015, s. 332 vd.; Jörg Schmid, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015 Obligationenrecht", **ZBJV** 153/2017, s. 560 vd.; Alfred Koller, "Vertragsrücktritt mit positivem Vertragsinteresse?", **AJP** 2017, s. 1170 dn. 1; Tolou, N. 327 dn. 376 ve N. 435 vd.; Jacques de Werra, "Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux", **JdT** 2016 II s. 154 vd.; Franz Werro, "Le point sur la partie spéciale du droit des obligations", **RSJ** 112/2016, s. 303; Pascal Pichonnaz, "Le point sur la partie générale du droit des obligations", **RSJ** 112/2016, s. 205; H. Murat Develioğlu, "21 Temmuz 2015 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlığın Sonuçları", **GSÜHFD** 2017/1, s. 166 vd.

¹⁸¹ İmkânsızlık rejimi ile temerrüt rejimi bakımından benzer menfaat dengesi bulunduğu gerekçesiyle öğretilde bu görüş daha önceden de savunulmaktaydı: Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2587-2588; **BK**-Weber, Art. 97 OR, N. 270; Müller-Chen, s. 175 vd.; **ZK**-Oser/Schönenberger, Art. 97 OR, N. 9; Bucher, s. 339 dn. 46, s. 424 dn. 27; **BSK**-Wiegand, Einleitung zu Art. 97-109 OR, N. 3, Art. 97 OR, N. 58, Art. 109 OR, N. 10; Schwenger, N. 64.27; **CR**-Thévenoz, Art. 97 CO, N. 63; Ayrıca karşı. Huguenin, N. 841-842. Aksi yönde: **BK**-Becker, Art. 97 OR, N. 7; von Tuhr/Escher, s. 105 dn. 79; Türk hukukunda dönme hakkı tanınması yönünde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 265 vd.; Develioğlu, s. 169 vd.; Çekilmezliğin doğduğu istisnai hallerde dürüstlük kuralı gereği bir dönme hakkının tanınabileceği fikrinde: Feyzioğlu, s. 190; Benzer şekilde: Saymen/Elbir, s. 708. Ayrıca belirtmek gerekir ki fikrimizce, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta borcun sona erdiği görüşünün kabul edilmesi ile kıyasen dönme hakkının tanınması birbirlerine kuramsal olarak engel olmaz. Borç sona ermiş bile olsa, yine sözleşmeden doğan tazminat borçlarıyla birlikte sözleşme ilişkisi ayakta olup sözleşmeden dönme ile ortadan kaldırılmaya ve olumsuz zararın giderilmesini istemeye elverişlidir. Dönme hakkı tanınmaması yönünde: Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 158; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1485; Gündoğdu, s. 326; H. Kübra Ercoşkun Şenol, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, İstanbul, 2016, s. 308

mümkün olmaktadır. Haksız sona erdirme beyanlarının da bu kapsamda kabul edildiği karar ve görüşler de yukarıda değinildiği üzere mevcuttur.

b. TBK m. 473/I Hükmüne Aykırılık

Türk hukukunda sözleşmeye aykırılığın önceden belli olmasına ilişkin açık düzenleme olarak sadece eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 473/I hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen vadeyi beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

İlgili hükmün hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüş, borçlu temerrüdünün bir görünümünün söz konusu olduğunu savunurken¹⁸² diğer bir görüş ise esasen ifaya hazırlık hareketlerine aykırılığın bulunduğunu, bunun ise borca aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini sözleşmenin sona erdirilebilmesine yönelik özel bir hakkın düzenlendiğini kabul etmektedir¹⁸³. Bu itibarla ikinci görüşe göre ne asli edime dair bir sözleşme ihlali bulunmaktadır ne de borçlu temerrüdü hükümlerine bu olasılıkta kıyas yoluyla da olsa başvurma olanağı mevcuttur¹⁸⁴. İlk görüş ise ifaya hazırlık eylemlerinin¹⁸⁵ de ayrı bir borç olarak düzenlendiğinden hareketle¹⁸⁶ bu borçlarda borçlu temerrüdünün gerçekleştiğini kabul etmektedir. Bu nedenle de borçlu temerrüdüne ilişkin genel külfetler varlıklarını korumaktadır¹⁸⁷.

¹⁸² **BK**-Gautschi, Art. 336, N. 1d ancak karşı N. 2a; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 79; Haluk Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul, 1989, s. 69; Gauch, **Werkvertrag**, N. 675

¹⁸³ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 49-51; Gümüşsoy Karakurt, s. 196-197; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 127; Bu yönde yorumlanabilir: Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, İstanbul, 2014, s. 25

¹⁸⁴ Özen borcuna aykırılığın bulunduğu görüşü: Ali Avcı, “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, **TBB**, S. 119 (2015), s. 385. Yazar ayrıca sadakat borcuna aykırılık halinde TBK m. 473 ve TBK m. 125 hükümleri uyarınca sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir.

¹⁸⁵ Yapım temerrüdü (*Herstellungsverzug*) şeklinde: **BK**-Alfred Koller, 1998, Art. 366 OR, N. 3 **BSK**-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 OR, N. 8; **CHK**-Hürlimann/Siegenthaler, Art. 366 OR, N. 1: Yazarlar yapım temerrüdünde taahhüt edilen işin yapım sürecine uyma borcunda temerrüt söz konusu olacağını belirtirken, işe başlama tarihinde yapım işlerinin yerine getirilmemesi durumunda tam temerrüdün, işe devam sürecinde gerçekleşmesi halinde de kısmi temerrüdün gerçekleşeceğini kabul etmektedir. **BSK**-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 OR, N. 1; Gauch, **Werkvertrag**, N. 668 vd.; Borçlunun zamanında ifa etme borcu şeklinde: **BK**-Georg Gautschi, 1967, Art. 366 OR, N. 1b ve 1d

¹⁸⁶ Yüklenicinin ifayı reddine ilişkin beyanının İBK m. 366/I (TBK m. 473/I) hükmü kapsamına gireceği görüşünde: **BK**-Koller, Art. 366 OR, N. 22

¹⁸⁷ **OFK**-Huber/Schwendener, Art. 366 OR, N. 2; **ZK**-Theodor Bühler, 1998, Art. 366 OR, N. 8 ve 11; **CHK**-Hürlimann/Siegenthaler, Art. 366 OR, N. 5; **BK**-Gautschi, Art. 366 OR, N. 1b; **BSK**-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 OR, N. 13; Frédéric Krauskopf, “Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen”, **Schweizerische Baurechtstagung – Tagungsband**, 2007, s. 46; ATF 115 II 50; ATF 98

TBK m. 473/I hükmünün sözleşme ihlaline dayalı bir hüküm olduğundan hareket eden bir görüş ise bu düzenlemeden genel bir sonuca ulaşmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde uyarlamanın pozitif dayacağına ilişkin olarak BK m. 365 düzenlemesinden hareket edilmesinden ilham alan bu görüş tümel kıyas¹⁸⁸ yolu ile genel olarak tüm sözleşmeler bakımından borca aykırılığın önceden belli olması halinde sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir¹⁸⁹.

Bu görüş çerçevesinde borçlunun yerine getirmesi lazım gelen ifaya hazırlık hareketlerinin külfet olarak nitelendirilmemesi gerekir. Bunların yerine getirilmemesi durumunda sözleşme ihlali söz konusudur ve alacaklı tarafın sözleşmeden dönme hakkı bulunur¹⁹⁰. Hükmün ikinci fıkrasında da borca aykırılığın önceden belli olması, söz konusu olsa da sözleşmeden dönme hakkı vermediğinden, amaçlanan sonuca ulaşmaya elverişli değildir.

Bu çerçevede eserin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak yapılması ayrı bir borç olarak kabul edildiği takdirde, borcun ihlali TBK m. 473 hükmünde ve çoğunluktaki görüş uyarınca TBK m. 125 hükümlerinde yer alan hukuki çarelere

II 113. İşe başlama hususunda genellikle vade tayin edilmiş olacağından ihtarla çoğunlukla gereksinim duyulmayacaktır: İFM, 5.10.2010, 4D_76/2010 (Swisslex)

¹⁸⁸ Tümel kıyasta (*Rechtsanalogie*, *Gesamtanalogie/ analogie globale*) somut bir hükmün başka bir hukuki ilişkiye uygun düştüğü ölçüde uygulanması söz konusu olmayıp (yalın kıyas, *Einzelanalogie*, *Gesetzesanalogie*) tümevarım yoluyla genelleştirilebilecek bir hukuki sonuca, benzer hukuki düzenlemelerden hareketle ulaşılır: Vincent Mignon, **Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire - Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse**, 2010, N. 914; Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer, "Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?", **PJA** 1999, 423-424; Markus Würdinger, "Die Analogiefähigkeit von Normen", **AcP**, C. 206, S. 6 (2006), s. 954-955; Larenz/Canaris, s. 204 vd.

¹⁸⁹ Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2005, s. 409 dn. 687; Benzer yönde: Claude Ramoni, **Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse**, Zürih, 2002, N. 978; Dursun Karaahmetoğlu, s. 176 dn. 92; Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 310, yazar ayrıca MK m. 2, BK m. 82, 261 ve 346 hükümlerine de kıyas kapsamında başvurmuştur, Aynı yönde: Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, "Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması", **BAÜHFD** S. 175-176 (Mart-Nisan 2019), s. 909. Oysa Alman hukukunda bir görüş, muadil düzenleme olan reform öncesi Al. MK §634 II hükmünün varlığını, genel olarak ilgili durumlara hukuki bir sonuç bağlanmaması iradesini gösterdiğini kabul etmektedir: Erler, s. 421 vd.

¹⁹⁰ Bununla birlikte TBK m. 473 hükmünü borçlu temerrüdünün bir görünümü olarak kabul eden görüş uyarınca, diğer olanaklara da mantık gereği başvurabilmek gerekir. Genel olarak bu hüküm kapsamında borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönme dışındaki hukuki olanaklara da gidilebileceği görüşü: **ZK**-Bühler, Art. 366 OR, N. 38; **CHK**-Hürlimann/Siegenthaler, Art. 366 OR, N. 5; **BSK**-Zindel/Pulver/Schott, Art. 366 OR, N. 24; **BK**-Koller, Art. 366 OR, N. 6; Aksi yönde: Yarg. 15. HD., 13.11.2015, 519/5751 (Lexpera)

başvurma olanağı vermektedir¹⁹¹. Söz konusu görüş uyarınca tümel kıyas doğrultusunda¹⁹² sözleşmeye uygun ve zamanında ifaya hazırlık eylemlerini yerine getirme borcu genel bir nitelik taşır ve ihlali durumunda sözleşmeden dönme ve borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma imkânı bahşeder¹⁹³. İlgili edim, muaccel olduktan sonra ise TBK m. 473 hükmüne kıyasen başvurulamaz, genel sözleşmeye aykırılık rejimi geçerli olur.

5. Beyan Sorumluluğu

Türk ve İsviçre hukuklarında pozitif bir dayanak bulunması mümkün olmayan¹⁹⁴, çelişkili davranış yasağından ve İngiliz hukukundaki *estoppel* öğretisinden mülhem¹⁹⁵ Alman hukukunda ileri sürülen bu görüş uyarınca, borcun ifa edilmeyeceği iradesini içeren bir beyan, “beyan olarak” beyan anı itibarıyla sahibini bağlar ve sorumluluk temelini oluşturur¹⁹⁶. Oysa söz konusu gerekçelerin genel olarak bir sorumluluk temeli oluşturmaları mümkün değildir¹⁹⁷. Nitekim *von Tuhr* da Alman

¹⁹¹ Salt dönme hakkı tanınması, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma gereği olmadığı yönünde: Vardar Hamamcıoğlu, s. 247, yazar olumsuz ve olumlu tazminat talepleri arasında seçim hakkının bulunduğunu da kabul etmektedir. Ayrıca: Dilşah Buşra Kartal/Pinar Ögün, “TBK m. 473/I Hükümü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi”, **Sorumluluk Hukuku – Seminerler 2016**, Ed. Başak Baysal, İstanbul, 2016, s. 238 ve. 241, yazarlar bu hükmün uygulanması bakımından birtakım tartışmaların bulunduğunu belirtirken isabetsiz şekilde madde hükmündeki kanun boşluğu ifadesini kullanmıştır. Bir kanun hükmünde olsa olsa örtülü boşluk bulunabilir ve durumda kanunun lafzı sınırlanır. Yazarların belirttiği durum ise örtülü boşlukla dahi örtüşmemektedir.

¹⁹² Karş. Sert/Cihan, s. 916, yazarlar işgörme sözleşmeleri bakımından kıyası uygun görmektedir. Vekalet sözleşmeleri gibi işgörme sözleşmelerinde genel nitelik taşımayan eser sözleşmesinde böyle bir kıyasa cevaz verildiği takdirde fikrimizce diğer sözleşme tipleri bakımından da bu olanak açılır.

¹⁹³ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s. 409, dn. 687; Bu yönde anlaşılabilir: Cumalıoğlu, s. 188 ancak karşı. s. 215

¹⁹⁴ Alman hukuku bakımından da ifa engelleri sistematığı bakımından temel bulunamayacağı hakkında: Larenz, **SR-AT**, s. 336 dn. 8

¹⁹⁵ Weidt, s. 101

¹⁹⁶ Esser/Schmidt (1977), s. 79; Ernst Rabel, **Das Recht des Warenkaufs**, C. I, 1936, s. 386; Karş. BGH ZIP 1990, s. 1265 ve Jan, s. 86-89. Bu kararda ifanın reddinin önel verme külfetini ortadan kaldıracığı, bu beyanın sözleşmesel ilişkiyi etkileyecek bir hukuki işlem olmadığı belirtilmiştir. Buradan hareket eden yazar ise kararın örtülü olarak *Rabel*'in görüşünü reddettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte beyanın bağlayıcılığı görüşü çelişkili davranış yasağından ileri geldiği için hukuki bir fiilin varlığı bu yasağın uygulanması için yeterli olabilir. Bu nedenle söz konusu kararın bütün olarak bu görüşü reddettiği şeklinde bir yorum isabetli değildir.

¹⁹⁷ Weidt, s. 102; Jan, s. 9; Froberg, s. 68; Hans-Georg Hartmann, **Die Erfüllungsverweigerung mit besonderer Berücksichtigung der positiven Vertragsverletzungen**, Breslau, 1934, s. 39; Uwe Huffer, **Leistungstörung durch Gläubigerhandeln**, Berlin, 1976, s. 243. Karş. Paul Krückmann, “Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitklausel” **AcP** 116 (1918), s. 246-247: Yazar haksız dönme halinde herhangi bir sözleşme ihlali bulunmayacağını ve muaccel bir borç yoksa temerrüt hükümlerinin uygulanmayacağını savunarak, beyan sahibinin çelişkili davranışına karşı tarafa tanınacak

hukukunda hakka dayalı olmayan hükümsüz yenilik doğuran hak kullanımı beyanlarının, beyan sahibini hukuken bağlamasının ancak olması gereken hukuk açısından savunulabileceğini belirtmiştir¹⁹⁸.

6. İfa Engeli Olarak Kendine Özgü Durum (*Tatbestand sui generis*)

Alman hukukunda savunulan bir başka görüş ise ifanın reddine ilişkin beyanların sözleşmesel bir yan borca aykırılık olarak kabul edilmesine, bir yan borca aykırılığın sözleşmeden dönme hakkı veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep hakkı vermeye elverişli olmadığı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır¹⁹⁹. Buna göre ifanın reddi, bir yan borcun ihlali değil, kendine özgü bir sözleşme ihlali olup²⁰⁰ asli edimini reddiyle birlikte sözleşme amacını boşa çıkaran bir eylemdir ve ancak bu nedenle reform öncesi Al. MK §326 hükmüne kıyasen başvurulabilir²⁰¹.

7. Değerlendirme ve Görüş

a. İmkânsızlık ve Sınırlandırılması

Gerek borçlu gerek alacaklı açısından temerrüdün gerçekleşebilmesinin ön koşullarından biri temerrüde düşülecek edimin ifasının mümkün olmasıdır. Bu itibarla öncelikle konu açısından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulama alanını tespit edebilmek için haksız dönme beyanının sonraki imkânsızlığa yol açıp açmayacağı tespit edilmek gerekir.

Genel olarak haksız dönme beyanının sonraki imkânsızlığa yol açacağı görüşü reddedilmek gerekir. Zira bu görüş, alacaklının cebri icra yoluyla verme edimlerini elde edebileceğini göz ardı etmektedir. İfa konusu edimin elde edilmeyeceği

exceptio doli ile engel olunabileceğini kabul etmektedir. Yazar *exceptio doli* ile bir fesih hakkı tanınacağını ileri sürmektedir. Ayrıca bkz. Schulze, s. 15, dn. 48

¹⁹⁸ von Tuhr, **AT II/1**, §53 dn. 33; Vionnet, s. 201

¹⁹⁹ Gunther Teubner, **Gegenseitige Vertragsuntreue**, Tübingen, 1975, s. 52 vd.; Huber, **II**, s. 579; Wolfgang Schünemann, "Die positive Vertragsverletzung", **JuS** 1987, s. 6 vd.: Öyle ki yazar ifanın reddi durumunda anılan hakların tanınmasını, asli ediminin ikinci bir kopyasının çıkarılması olarak görmektedir. Benzer eleştiri: Jan, s. 80, yazar ayrıca sözleşme amacına uygun davranma borcunun da temelsiz bir varsayım olduğunu ileri sürmektedir.

²⁰⁰ Hans G. Leser, Die Erfüllungsverweigerung Ein Typ der Leistungsstörungen", *Ius Privatum Gentium*, **Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969**, s. 654

²⁰¹ Huber, **II**, s. 580. Reform öncesi dönem bakımından karşı. Froberg, s. 143: Yazar, muacceliyetten önce edimi ifa etme iradesi eksikliği olarak ifade ettiği ifayı reddin, asli edimin kusurlu olarak ihlali sayılabileceği ve sözleşme amacının bu şekilde tehlikeye düşeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar bu durumu yine sözleşmenin müsbet ihlali kurumu çerçevesinde dâhil etmektedir.

hususunda bir kesinlik söz konusu değildir. Farklı bir söyleyişle bu görüş, alacak hakkının ifasının sağlanması bağlamında dava ve cebri icra olanağını dikkate almamaktadır. Oysa dava edilebilirlik ve icra edilebilirlik alacak hakkının doğal içeriğinde yer alan unsurlardır²⁰². Bu bakımdan alacaklının ifayı hiçbir şekilde elde edemeyeceği ve bu nedenle imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını haklı kılacak bir kesinliğin tüm edim tipleri bakımından bulunmadığı açıktır.

Buna karşılık yapma borcu bakımından imkânsızlık görüşüne üstünlük tanınmak gerekir. Zira bir borcun ifa edilip edilmediği nasıl alacaklının ifa menfaatine göre belirlenebiliyorsa, imkânsızlaşmış imkânsızlaşmadığı da alacaklının söz konusu edimi elde etme olanağına göre belirlenmelidir. Yapma borçlarının ise cebri icra yoluyla borçluya yaptırılmasının olanağı yoktur (*nemo potest præcise cogi ad factum/one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*²⁰³). Bu itibarla İİK m. 30 ve TBK m. 113/I hükümlerinin de alacaklı bakımından olumlu zararın giderilmesine yönelik hükümler olduğu kabul edilmek gerekir.

Bu itibarla yapma borçlarında imkânsızlık, alacaklının borçludan ifayı elde edemeyeceğini dürüstlük kural çerçevesinde kesin olarak anlamasıyla doğar. Nitekim yukarıda da arz edildiği üzere haksız sona erdirme beyanının gerçekleştiği sonucuna ulaşılabilmesi için beyanın kesinlik taşıması gereklidir. Dolayısıyla haksız dönme

²⁰² Larenz, **SR-AT**, s. 19; Nabholz, s. 174; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 49; Karş. Bucher, s. 247. Eksik borçlar örneğinde olduğu gibi dava edilebilirlik kısmın veya tamamen ancak istisnai olarak ortadan kaldırılmış olabilir. Benzer şekilde yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisindeki eşler arasındaki cebri icra yasağı gibi geçici veya sürekli cebri icra yasakları tanınmış olabilir. Her iki halde de söz konusu alacak haklarının olağan içeriğine yapılmış kanuni bir müdahale söz konusudur. Ayrıca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde de bir alacağın dava edilebilirlik ve cebri icraya konu edilebilirlik özelliklerinin sınırlandırılması mümkün olmak gerekir (Bucher, s. 69 ve 400). Aksi yönde: Kudret Güven, “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerinde Bir İnceleme”, **BaşkentÜHFD C. 2 S. 2** (2016), s. 47 vd.

²⁰³ Müller-Chen, s. 87; Remy Cabrillac, **Droit des Obligations**, Paris, 2016, N. 472; François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, **Droit civil – Les obligations**, Paris, 2013, N. 558 ve 1112 vd. Fransız Medeni Kanununda ise bu husus, 2016 değişikliklerinden önce m. 1142’de açıkça düzenlenmekteydi (*Yapma ve yapmama borçları, borçlu tarafından ifa edilmezse tazminat borcu haline gelir*). Ancak nama ifa ile şahsi nitelik taşımayan edimlerin aynen ifasının gerçekleşeceği kabul edilmekteydi: Cabrillac, N. 473; Terré/Simler/Lequette, N. 1116). 10 Şubat 2016 kararnamesi ile değişen Fransız Medeni Kanununda ise böyle bir açık hükme yer verilmemiştir. FMK m. 1221 ve 1341 hükümleri uyarınca, aynen ifa talebinin mümkün olduğu ve nama ifaya başvurulabileceği kabul edilmiştir (Cabrillac, N. 474). Bununla birlikte söz konusu değişiklik hukuki durumu fikrimizce etkilememiştir. Aşağıdaki açıklamalar dâhilinde nama ifanın kaçınılmaz salt tazminat fonksiyonu olacağı dikkate alındığında, bu husus için ayrı bir kanun hükmü sevk edilmesinin gerekli olmadığı anlaşılacaktır. Farklı bir söyleyişle 2016 reformu öncesindeki FMK m. 1142 sadece genel bir ilkeyi tekrarlamakla yetinmektedir, ayrıca bir düzenleme yapılmasını gerektirmemektedir.

beyanındaki kesinlik, imkânsızlığı doğurur. Dolayısıyla, haksız dönmeye ilişkin bir beyana muhatap olmasına karşın alacaklı aynen ifa talebinde bulunursa, bu durum beyanın yeterince ciddi olmadığını ve bu nedenle henüz ilgili edimin imkânsızlaşmadığını gösterir²⁰⁴. Bu bağlamda haksız dönme beyanının ciddiyeti ilamlı icra aşamasında İİK m. 30/II alacaklının işin üçüncü kişiye yaptırılmasını istemesiyle husule gelir. Dolayısıyla İİK m. 30/II hükmüyle takdir edilecek masraf, olumlu zarar tazminatı niteliğindedir. Benzer şekilde “nama ifaya” ilişkin TBK m. 113/I hükmüne de ne bir aynen ifa²⁰⁵ ne de cebri icra işlevi yüklenebilir²⁰⁶. Her şeyden önce sistematik olarak Türk Borçlar Kanununda “I. Giderim Borcu” başlığı altında hükmün bulunması esasen bir tazminat düzenlenmesinin öngörüldüğünü göstermektedir. Sonucu itibarıyla da edim borçlusundan para alacağı tahsil edilmektedir, yapma edimi yerine gelmemektedir²⁰⁷. TBK m. 113/I hükmü “*edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir.*” şeklindedir. Buna göre, alacaklı edimi bizzat kendi yerine getirmişse yapma borcu ifa edilmiş sayılamaz zira maddi fiillerde uygulanma olanağı bulunmayan temsil söz konusu olmadıkça kimse kendi alacağını kendine eda edemez. Üçüncü kişi tarafından yapma edimi yerine getirilse de kural olarak üçüncü kişi, alacaklıyla arasında akdedilen sözleşme uyarınca kendi borcunu ifa etmiş olacağından ve başka birinin borcunu ifa etme maksadı bulunmadığından²⁰⁸ üçüncü kişinin ediminin ifasının şartları gerçekleşmez. Cebri icra veya aynen ifaya ilişkin bir

²⁰⁴ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1461

²⁰⁵ Esasen cebri icra görüşü çerçevesinde de aynen ifa elde edilmektedir: Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları-Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, 2013, s. 88

²⁰⁶ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1460-1461. Aksi yöndeki çoğunluk görüşü: Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2514; Eren, s. 1060; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1173-1174; Feyzioğlu, s. 168-169; Kılıçoğlu, s. 819 vd.; Antalya, C. III, s. 174 vd.; Vardar Hamamcıoğlu, s. 219-220; Bucher, s. 332; Schwenger, N. 61.06 vd.; Huguenin, N. 812; **CR**-Thévenoz, Art. 98 CO, N. 15; von Tuhr/Escher, s. 90; Gauch, **Werkvertrag**, N. 1805; **BK**-Weber, Art. 98 OR, N. 47-49; **BK**-Becker, Art. 98 OR, N. 5; **OFK**-Kostkiewicz, Art. 98 OR, N. 4; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR, N. 160, Hans Giger, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, Art. 98 OR, 2016, N. 1; Ayrıca ifa görüşü lehine geniş değerlendirme: Walter Fellmann, “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR - «Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie»”, **recht** 1993, s. 109 vd.; Gerçek anlamda icranın olmadığı, icra ikamesinin olduğu şeklinde: Max Keller/Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht Band IV**, Basel, 1984, s. 125

²⁰⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1461. Oysa kural ifaya uygun edimle borcun sona ermesidir ve esasen istisnaları genişletecek yorumdan kaçınmak gerekir.

²⁰⁸ Gerekliliği hakkında: Oğuzman/Öz, C. I, N. 809; Genel olarak gerektiği görüşünde: Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2018, ancak yazarlar dürüstlük kuralı gereği ifa iradesinin karine olarak varlığının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

hüküm söz konusu olsaydı, hükümlerin uygulanmalarının sonucunda yapma borcu borçlu tarafından veya borçlu adına yerine getirilmiş olunurdu. Bu nedenle söz konusu hüküm kapsamında imkânsızlaşan yapma borcundan sorumlu olan borçlunun tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde özel bir yöntem öngörülmüştür²⁰⁹. Sözleşme ihlali sonucunda bu yöntemle hesaplanan zarardan başkaca bir zarar bulunuyorsa yine TBK m. 113/I uyarınca TBK m. 112'ye göre bakiye zararın tazmin edilmesi mümkündür²¹⁰.

Ara sonuç olarak, asli edimi yükümlülüğü yapma borcu teşkil eden sözleşmelerde haksız dönme beyanı, muacceliyetten bağımsız olarak asli edimin imkânsızlaşmasına yol açar ve bu itibarla imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanmak gerekir. Yapma borcu niteliğindeki yan edimler de imkânsızlaşır ve ona uygun hukuki sonuçlar doğar²¹¹. Bununla birlikte sözleşmede beyan sahibinin borçlu olduğu asli edim yapma borcu niteliği taşııyorsa, sözleşmenin akıbetini ve mübadele ilişkisini etkilemez. Dolayısıyla, haksız dönme beyanında bulunanın borçlu olduğu ve mübadele ilişkisi içindeki edim cebri icra ile elde edilemeyecek nitelikteyse, bu edimin imkânsızlaşması sonucu karşılık ilişkisi içindeki edim de TBK m. 136/II uyarınca sona erer²¹² ve yerine olumlu zararın giderilmesi borcu doğar²¹³. Bu değerlendirme esasen,

²⁰⁹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1413; **BK**-Gautschi, Art. 366 OR, N. 2b; Jürgen Blomeyer, **ZfBR** 1985, s. 157; Müller-Chen, s. 128; Belen, s. 263-264; Oğuzman, s. 144, Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 55 ve 158; Alexandre Gross, **De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires**, Lozan, 1934, s. 38; Kanton mahkemesi kararı: ObGer Luzern, LGVE 1985 I, s. 24 vd (Eleştirisi: Peter Gauch, "Die Ersatzvornahme nach OR 981 und viele Fragen Nichterfüllung Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts" **recht 1987** Heft I, s. 24 vd.). TBK m. 113/I hükmünün hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen tazminat, aynen ifa ve cebri icra görüşlerinden başka kaim değer görüşü de bulunmaktadır. Bu görüş, TBK m. 113/I hükmüne başvurulabilmesi için ilk derecede olan asli yükümlülüğünün sona ermesini şart koşar ve nama ifayı sözleşme ihlalinin sonucu olarak görür (Bkz. **BK**-Koller, Art. 366 OR, N. 89-90; Niklaus, s. 29 vd.). Bu itibarla varılan sonuç, *Oğuzman* tarafından savunulan imkânsızlığa ilişkin görüşle uyduğundan esasen TBK m. 113/I hükmünü tazminata ilişkin sayan görüşten esaslı bir farklılığı bulunmamaktadır. Bu görüş savunucularının asli edim yükümlülüğünün sona ermesine karşın masraflara ilişkin talebi sözleşme ihlaline karşın aynen ifa talebinin para borcuna dönüştüğünü kabul etmeleri ise çelişkilidir. Kaldı ki benzer hüküm addettikleri BK m. 188/II (TBK m. 213, İBK m. 191) hükmü de tazminat sorumluluğunu düzenlemektedir. Ayrıca: Kurşat, **İnşaat**, s. 393, yazar bu hüküm için genel borca aykırılık koşullarının aranması gerektiğine işaret etmektedir.

²¹⁰ TBK m. 113/I hükmünün yapma borçlarına özgü olarak borçlu temerrüdü halinde aynen ifa ve tam iki taraflı sözleşmelere ilişkin sözleşmeden dönme ile ifa yerine olumlu zararın tazmini taleplerinin yanında ayrı bir seçimlik hak teşkil edeceği görüşü için karş. Aydınçık, **Nama İfa**, s. 101 vd. Aksi şekilde: Antalya, C. III, s. 175; Huguenin, N. 914

²¹¹ İcra edilebilirliği etkileme salt bağımsız yan borçlar için söz konusu ise, imkânsızlık onlar üzerinde doğar. Yan borçlarda imkânsızlığın sonuçları: Kurt, **İmkânsızlık**, s. 311-312

²¹² Kurt, **İmkânsızlık**, s. 249; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul, 1976, s. 161

²¹³ TBK m. 136 hükmü imkânsızlıkta borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı durumlardaki (Oğuzman/Öz, C. I, N. 1474; Tufan Ögüz, **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul, 2018, s. 139) sonuçları

icra yoluyla elde edilemeyecek nitelikteki tüm edimler için geçerlidir. Beyan sahibinin borçlu olduğu ve mübadele ilişkisi içindeki edim bu nitelikte değilse, diğer görüşler değerlendirilmek gerekir.

b. İmkânsızlığın Doğmadığı Durumlarda

Haksız dönme beyanının, beyan sahibinin muaccel borçları için kural olarak ayrıca özel bir borca aykırılık eylemi olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Haksız dönme beyanı, niteliği itibarıyla sözleşmesel bütün borçları kapsar. Kapsadığı muaccel borçlar bakımından TBK m. 117 hükmündeki yer alan diğer istisnai koşullar bulunmuyorsa dahi beyan sahibini mütemerrit kılar. Karşı taraf borçlu temerrüdünden doğan bütün haklarını, tam iki taraflı sözleşmelerde, karşılık ilişkisindeki edimde de borçlu temerrüdü doğduğundan, TBK m. 124/b.1 uyarınca önel verilmesine gerek kalmadan kullanabilir. Burada sözleşmeye aykırılık, haksız dönme beyanında değil, ifası mümkün ve muaccel bir borç bakımından borçlu temerrüdünün koşullarının gerçekleşmesinde bulunmaktadır. Haksız dönme beyanına muhatap olan kişi bakımından hukuki himaye olanakları borçlu temerrüdüyle sağlanmaktadır.

Temel hukuki sorun ise beyanda bulunan bakımından asli edim borcu muaccel olmayan sözleşmelerde bulunmaktadır. Bu bağlamda tespit edilmesi gereken ilk husus, haksız dönmenin, borca aykırılığın önceden belli olmasının bir görünümü olması itibarıyla, beyan muhatabının korunmasını gerektiren bir sözleşmeye aykırılık teşkil etmekte olmasıdır. Öyle ki açık ve özel bir düzenleme bulunmadığı halde İsviçre ve reform öncesi Alman hukuklarında öncelenmiş borca aykırılığa çözümler aranmış, reform sonrası Alman hukukunda açık düzenlemeler sevk edilmiştir. Benzer şekilde 10 Şubat 2016 kararnamesiyle birlikte Fransız Medeni Kanununda da m. 1220 hükmüyle def'i hakkı tanınmış (*exceptio timoris*)²¹⁴, 1992 tarihli Hollanda Medeni

hüküm altına aldığından, hükmün salt borçlar bakımından sonuçları düzenlediği, borç ilişkisinin bütününe etkilemediği kabul edilmek gerekir. Salt borcun akıbetinin düzenlendiği yönünde: Kurt, **İmkânsızlık**, s. 217; **CR**-Thévenoz, Art. 119 CO, N. 17; **BSK**-Wiegand, Art. 119 OR, N. 12; Bucher, s. 417; Schwenger, N. 64.16. Ancak bu imkânsızlaşma, özellikle imkânsızlıktan sorumlu bir taraf yoksa, sözleşmeden doğan bütün borçlarına sona ermesine ve böylece sözleşmenin de sona ermiş olmasına yol açabilir. Öğretideki bir başka görüş ise TBK m. 136 hükmünün borç ilişkisine ilişkin olarak öngörüldüğünü kabul etmektedir: Dural, s. 126; Koller, **AT**, §54 N. 23; **BK**-Becker, Art. 119 OR, N. 9 ²¹⁴ Gael Chantepie/Mathias Latina, **La réforme du droit des obligations**, Paris, 2016, N. 57 ve 630; Yvaine Buffelan-Lanore, **Droit civil Les obligations**, Paris, 2017, N. 1782. Bu hüküm, içtihatla geliştirilen çözümlerden mülhemdir: Cabrillac, N. 173

Kanununda, m. 6:80 hükmüyle borçlunun sözleşmeye uygun ifade bulunmayacağını kesin olarak beyan etmesi veya alacaklının sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmeyeceğine dair haklı kuşkusu varsa muacceliyetten önce, ifa etmemenin sonuçlarının doğacağı düzenlenmiş²¹⁵, Viyana Uluslararası Satım Konvansiyonu (m. 71 vd.) ve Avrupa Sözleşme Hukuku (8:105 vd.) ile UNIDROIT (m. 7.3.3 vd.) ilkeleri gibi metinlerde de borca aykırılığın önceden belli olması ihtimaline ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Anglo-Sakson hukukunda da *anticipatory breach* kurumu uzun süredir uygulanmaktadır²¹⁶. Bu itibarla genel olarak öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin hukuki bir çözüm yoluna gereksinim duyulduğu açıktır ve kanun lafzı ile ruhuyla çatışmadığı ölçüde de güncel toplumsal ihtiyaçlar kanun yorumlanmasında dikkate alınmak gerekir. Bu itibarla, Türk hukuku bakımından değerlendirme yapılırken bu husus göz ardı edilmemelidir.

Türk hukukunda sözleşmenin müsbet ihlali kuramının uygulanma ihtimaline gelinirse, sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak eylem ve işlemlerden kaçınmanın dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan borç olacağı kabul edilebilir²¹⁷. Gerçekten, sözleşme kurulduktan sonra bu sözleşmeden doğan borçların ifasına engel oluşturabilecek davranışlardan kaçınılmasını taraflar birbirlerinden dürüstlük kuralı çerçevesinde bekleyebilir. Buna karşılık sözleşmenin yerine getirilmesine hizmet eden söz konusu yan borcun ihlaline, sözleşmenin sona erdirilmesi veya asli edim yerine olumlu zararın giderilmesi talebinin doğması sonucunun bağlanması olanaklı değildir. Zira Türk hukukunda, reform öncesi Alman hukukundaki gibi sözleşme aykırılıklarının düzenlenmesinde boşluklu bir yapı mevcut değildir. TBK m. 112 (BK m. 96-İBK m. 97) her türlü borç bakımından ve ihlal sonucu bakımından tazminat sorumluluğunu öngörmüş durumdadır.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi'nin borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta, sözleşmenin karşı tarafına sözleşmeye son verme hakkı tanıyan içtihadının, sözleşme amacını tehlikeye sokmama borcuna aktarılması da mümkün

²¹⁵ Daha ayrıntılı değerlendirme: Gianella, N. 412

²¹⁶ Weidt, s. 51 vd.; Cumalıoğlu, s. 13 vd.

²¹⁷ Antalya, C. III, s. 401-402, yazar alacaklının katlanamayacağı durumlarda da sözleşmenin müsbet ihlaline dayalı tazminat talebinde bulunulabileceğini belirtmektedir. Kanımızca, bu talebin doğumu için sözleşmenin ihlali yeterli bir olgudur.

değildir. Zira söz konusu kararda ana gerekçe, alacaklıya asli edimde imkânsızlık halinde borçlu temerrüdünden farklı haklar tanınmasının haksız olmasıdır. Oysa haksız dönme beyanıyla ortaya çıkan sözleşmenin amacına aykırı hareket etmeme yan borcunun ihlalinde böyle bir karşılaştırmaya dayanak oluşturacak şekilde yan borç ihlaline sözleşmeyi sona erdirmeyi veya asli edim yerine olumlu zararın giderilmesi talep hakkı veren başka bir hukuki olanak yoktur. Başka bir deyişle, yan borca aykırılık, asli edimlere aykırılıkla eş değer olmadığı gibi, genel çerçevede bir yan borca aykırılığa sözleşmenin akıbetini etkileyecek haklar tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla yukarıda değinilen Federal Mahkeme'nin borca aykırılığın önceden belli olması ve sözleşmesel ilişkinin çözülmesi bağlamında sözleşmenin müsbet ihlaline dayanan kararlarında isabet yoktur. Başka bir deyişle, haksız sona erdirme beyanı, bir sözleşmeye aykırı eylem olarak, sözleşmenin amacına uygun davranma yan borcunun ihlali sonucuna yol açar. Ancak Türk hukukunda bu ihlal sonucunda sadece bu beyan nedeniyle doğmuş olumlu zararın giderimi talep edilebilir. Başka bir hukuki çareye bu hukuki temelde başvurulması mümkün değildir.

Haksız dönme beyanı olarak tezahür eden öncelenmiş borca aykırılıklarda, doğrudan doğruya ilgili edim bakımından borçlu temerrüdü hükümlerini kıyasen uygulayan ve güncel İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüşe²¹⁸ karşı yöneltilen temerrüt ile müeccel olmanın bağdaşamaz olması eleştirisi görüldüğü ölçüde kuvvetli değildir. İnsan düşüncesi ile kurulan hukuk düzeninde, kavramlar ve kurallar fizik bilimdeki kadar katı değildir. Alacaklının edimi elde edemeyeceğinin ifa zamanında belli olmasıyla, ifa zamanından önce belli olması halinde, alacaklıyı sözleşmeye bağlı tutulması bakımından bir ayırım yapılması gerekliliği yoktur. Aksine sözleşme ihlalinin gerçekleşeceğinin kesinleşmesiyle birlikte, karşı tarafın akıbeti belirsiz sözleşmeye riayetle mecbur edilmemesi gerekir. Kaldı ki kıyasen uygulama söz konusu olduğundan, ne temerrüde düşülen edimin aynen ifası talep müeccelken istenebilmektedir ne de gecikme (temerrüt) zararı henüz edim muaccel olmadan talep

²¹⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki İtalyan hukukunda da açık bir düzenleme olmamakla birlikte aynı durumlarda, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasıyla sözleşmenin sona erdirilmesine ifa zamanının beklenmesinin haksız olacağı gerekçesiyle cevaz verilmektedir: Luisa Antonioli, "Chapter 9-Particular Remedies for Non-Performance", **Principles of European Contract Law and Italian Law**, Lahey, 2005, s. 423 vd.

edilmektedir. Bu itibarla, edimin ifasının belirsizliğine karşı korunma menfaati bakımından borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyasen²¹⁹ (MK m. 1/II) haksız dönme ve genel olarak tüm öncelenmiş borca aykırılık hallerinde uygulanması lazım gelir. Federal Mahkeme kararlarında veya öğretide bu konuda etraflı bir gerekçelendirmeye rastlanmamakla birlikte kuşkusuz bu sonuca ulaşılabilmesi için ilk aşamada kanun boşluğu tespit edilmek gerekir.

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta, imkânsızlaşan edimin muacceliyetinden bağımsız olarak, tazminat borcu doğduğundan, imkânsızlığa yol açan öncelenmiş borca aykırılık olarak gerçekleşen sözleşme ihlalleri bakımından herhangi bir hukuki himaye eksikliği bulunmamasına karşın, imkânsızlığa yol açmayan öncelenmiş borca aykırılıklar yönünden Türk Borçlar Kanununun genel sözleşmesel sorumluluk rejimi etkin bir koruma sağlamak açısından eksiktir²²⁰. Başka bir deyişle Türk Borçlar Kanunu, muaccel borçların bakımından çeşitli hukuki olanaklar öngördüğü halde, öncelenmiş aykırılıklar açısından korunması gereken hukuki menfaatlere ilişkin herhangi bir mekanizma düzenlememiştir. Salt TBK m. 112 hükmüne dayalı olumlu zararın giderilmesi istemi yeterli bir koruma sağlayabilecek nitelikte değildir. Burada değinilen pek çok hukuk düzeninde bu hukuki soruna karşı uzun süredir çözüm öngörülmüş ve yeni düzenlemelerde de yer veriliyor olması, günümüzde artık bu husustaki menfaatlerin korunmasının gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla, yapma borçlarında haksız dönme beyanının imkânsızlığa yol açması dışında, haksız dönme beyanlarına ve genel olarak öncelenmiş sözleşme ihlalleri karşı sözleşmenin diğer tarafının derhal korunma menfaatine dair boşluk, borçlu temerrüdü hükümlerinin MK m. 1/II kapsamında kıyasen uygulanması suretiyle güncel İsviçre

²¹⁹ Kıyasen uygulama (örneksemeyle uygulama) deyimini tek başına ilgili hükümlerin uygulanma tekniği açısından bilgi vermez. Öncelikle kanun hükmü yorumlanmasında kıyastan yararlanma, ilgili hükümlerin uygulanmasını anlamına gelmediği vurgulanmalıdır. Bir hüküm üç farklı şekilde kıyasen uygulanabilir. Birincisi, hüküm için boşluğun atfıyla, ikincisi MK m. 5 uyarınca, üçüncüsü ise MK m. 1/II kapsamında kanun boşluğunun doldurulması kapsamında uygulamadır. Bu nedenle kıyasen uygulamadan söz edilirken bu ayrıma da dikkat edilmesi gerekir. Sözleşmeye aykırılığın önceden belli olması bağlamında TBK m. 123 vd. hükümlerinden yararlanılması da MK m. 1/II kapsamında bir kıyas anlamına gelir. Bu bağlamda, MK m. 1/II ile MK m. 5 arasındaki ilişki hakkında: O. Berat Gürzumar, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, **GSÜHFD**, 2004/1 (Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan), İstanbul, 2006, s. 105 vd.; Oğuzman/Barlas, N. 212 vd.

²²⁰ Kanun boşluğunun varlığı hakkında: Kartal/Öğün, s. 234

Federal Mahkemesi kararlarına koşut olarak doldurulmak gerekir²²¹. Örneksenmesi uygun düşen hükümler ise tehlikeye düşen sözleşmesel karşılık ilişkisini sona erdiren sözleşmeye son verme ve aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talebe yönelik yenilik doğuran hak veren TBK m. 123 ila 126 hükümleridir. Bu durumda, tam iki taraflı bir sözleşmede, bir taraf haksız dönme beyanında bulunduğu takdirde, beyanda bulunanın asli edimi²²² müeccel olsa dahi, haksız dönme bu borcu da kapsadığından, beyanın muhatabı TBK m. 123 vd. hükümlerine kıyas yoluyla başvurulabilir. Tam iki taraflı olmayan sözleşmelerde bu olanak yoktur. Muacceliyetten sonra elde bulunacak hukuki çarelerden daha fazlasının muacceliyetten önce bulunmasına cevaz verilemez.

III. Haksız Sona Erdirmenin Yol Açtığı Sonuçlar

A. Genel Olarak

Bir sözleşmenin haksız olarak sona erdirilmesine ilişkin irade beyanına sözleşmeye aykırılık olarak bağlanacak sonuçların belirlenmesinden önce iki temel hususun açıklığa kavuşturulması lazım gelmektedir. Birincisi, haksız beyanda bulunan sözleşme tarafının beyanıyla bağlı tutulup tutulamayacağı; ikincisi ise beyanda bulunan tarafının beyanda bulunmak suretiyle gerçekleşen sözleşme ihlalindeki kusurunun söz konusu sonuçlar üzerindeki etkisidir. Dolayısıyla bu başlık altında değinilen iki husus öncelikle açıklanacak ardından ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından haksız sona erdirmenin sonuçları irdelenecektir.

²²¹ Bu yönde Türk yargı kararları da mevcuttur: Yarg. 6. HD., 8.4.2014, 2303/4525 (Kazancı) “Ayrıca,iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafca haksız feshedildiği hallerde 818 sayılı Borçlar Kanununun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanununun 325. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir.”; Yarg. 15. HD., 16.11.1989, 899/4803 (Kazancı) “- Sözleşmenin karşı tarafca haksız feshedildiği hallerde; BK.nun 106 ve 108. maddeleri hükümleri gereğince yüklenici tarafından müsbet zararın istenebileceği, bu zararın saptanmasında, BK.nun 325. madde hükmünden kaynaklanan, kesinti yönteminin uygulanacağı belirgindir.”; Yarg. 15. HD., 9.12.2004, 7040/6389 (Kazancı) “İş sahibi kooperatif tarafından sözleşme haksız olarak fesih olunmuş ve haksız fesih kabul edilmemiş ise, yüklenicinin ya sözleşmenin aynen ifasını ya da aynen ifadan vazgeçip ifa yerine geçen olumlu zararını isteyebileceği kuşkusuzdur.”; Yarg. 11. HD., 15.4.2014, 193/7416 (Kazancı)”; Yarg. 11. HD., 5.6.2013, 17737/11760 (Kazancı) “fesihte haksız olduğunun tespiti durumunda, davacının B.K. 106 vd. maddeleri gereğince müspet veya menfi zararını isteyebileceği göz önüne alınarak, oluşturulacak bilirkişi kurulundan haksız fesih nedeniyle, davacının talep edebileceği tazminat miktarı konusunda rapor alınarak.”; Sert/Cihan, s. 915

²²² Yan edim, karşılık ilişkisi içinde kabul edilebilirse, o edim bakımından da TBK m. 123 vd. hükümleri işletilebilir: Buz, **Temerrüt**, s. 114; Havutçu, s. 27 vd.; Cumalıoğlu, s. 33; Schenker, N. 776. Bu ihtimalde ilgili edimin asli sayılacağı yönünde: **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR, N. 4; Larenz, **SR-AT**, §23 II, s. 331

1. Haksız Sona Erdirme Beyanının Bağlayıcılığı

a. Genel Olarak

Sözleşmede bir tarafın haksız sona erdirmeye beyanında bulunduktan sonra bundan doğan hukuki sonuçlara engel olma imkânı, söz konusu beyana atfedilecek bağlayıcılığa göre belirlenebilir.

Öncelikle haksız dönme beyanını geri alma hakkı gibi bir ifade kullanmanın isabetsizliği vurgulanmak gerekir. Birinci bölümde arz edildiği üzere, haksız sona erdirmeye beyanı hukuki işlem olarak kesin hükümsüzdür; sonucunu sözleşmeye aykırı hukuki bir fiil olarak doğurur. Dolayısıyla haksız sona erdirmeye beyanının geri alınması, ortada geçerli bir hukuki işlem bulunmadığı için mümkün değildir²²³.

Yukarıdaki paragrafa koşut olarak tekrar vurgulanması lazım gelen ikinci husus ise haksız sona erdirmeye beyanının hukuki etkilerinin irade bozukluğu hükümlerine dayanarak iptal suretiyle ortadan kaldırılmasının mümkün olmamasıdır. Zira beyan sonuçlarını, hukuki işlem olarak değil, sözleşmeye aykırı fiil olarak doğurur. Burada, irade beyanının iptaline cevaz verildiği varsayılrsa dahi, sona erdirmeye beyanının muhataba ulaşmasıyla muhatap nezdinde sözleşme amacının gerçekleşmeyeceği kanısının doğmasıyla ortaya çıkan sözleşme ihlalinin iptal beyanı ile ortadan kalkması söz konusu olamaz.

Öneri ve kabul beyanlarının geri alınmasına ilişkin TBK m. 10 hükmünün ise haksız sona erdirmeye beyanına uygulanması mümkündür. Her ne kadar hukuki işlem olarak beyan hükümsüz olsa da, muhatap nezdinde sözleşmeden doğan borçların ifa edileceğine dair güveni ortadan kaldırabilmesi için öncelikle beyanın muhataba ulaşmış olması lazım gelir. Başka bir ifadeyle, sözleşmeye aykırı hukuki fiil olarak haksız sona erdirmeye beyanı, muhatabına ulaşmakla tamamlanır. Dolayısıyla öneri ve kabul beyanlarının geri alınmasına ilişkin hüküm, haksız sona erdirmeye beyanlarına da MK m. 5 uyarınca kıyasen uygulanabilir.

Haksız sona erdirmeye beyanının yapma borçlarına ilişkin etkisinde, bu beyan sonucunda yapma borcunun ve yapma borçlarıyla aynı icra yeteneğine sahip diğer

²²³ Bu itibarla bir geri alma hakkından söz etmesinin isabetsiz olacağı hakkında: Jan, s. 110 dn. 12. Aksi yönde ifayı reddin hukuki işlemle gerçekleşeceği görüşünde: Huber, **II**, s. 636-637

edimlerin, alacaklının aynen ifayı cebren elde etme olanağının bulunmaması nedeniyle imkânsızlaşacağı ifade edilmişti²²⁴. Bununla koşut olarak, haksız sona erdirmeye beyanı yapma borçlarına ilişkin olduğu ölçüde, imkânsızlık gerçekleşikten sonra, imkânsızlaşan borcun tekrar ve kendiliğinden doğması söz konusu olamayacağından, beyanda bulunan tarafların sonuçlarının bertaraf edilmesi kavramsal olarak mümkün değildir. Bununla birlikte daha sonra bir tarafın ifada bulunması ve karşı tarafın bunu kabul etmesi halinde, edim konu borçların sona ermiş olduğu itirazının ileri sürülmesine, tarafların aynı içerikli yeni bir sözleşme ilişkisi kurma iradelerinin bulunduğu sonucuna ulaşılamasa dahi, MK m. 2 hükmü engel olacaktır. Bu itibarla haksız sona erdirmeye beyanının bağlayıcılığı sorunu, yapma borcu dışındaki borçlara ilişkin beyanlar ve beyanda bulunanın sözleşmeden doğan borçların ifasına yönelik eylemlerinin sözleşmenin diğer tarafınca kabul edilme külfetinin varlığı açısından söz konusu olabilir.

b. Borçlu Temerrüdü Hükümleri Kapsamında

Haksız dönme beyanına sözleşmeye aykırılık olarak uygulanacak hükümler, muaccel edimler için doğrudan müaccel borçlar için kıyasen (TBK m. 124-126) uygulanacak, borçlu temerrüdü hükümleri olduğu için konu iki aşamada incelenmek gerekir²²⁵. Birinci aşama haksız dönme beyanının muhataba ulaşması ile muhatabın, olanak varsa, aynen ifadeni vaze geçmek suretiyle dönme veya olumlu zararın giderilmesi haklarının kullanılmasına ilişkin beyanının karşı tarafa ulaşması arasındaki süreci kapsarken; ikinci aşama, söz konusu haklar kullanıldıktan sonraki süreçte karşılık gelir²²⁶.

²²⁴ Bölüm: 2,II,C,7,a

²²⁵ Öğretide Böß böyle bir ayırım yapmadan genel olarak çelişkili davranış yasağını bir ölçüt olarak ortaya koymuştur. Yazara göre, sözleşmenin haksız sona erdirilmesine ilişkin beyanı da kapsayan ifanın reddi sonucunda karşı tarafın sözleşmeyle bağlı kalması beklenemez duruma geliyorsa; beyan, sahibini bağlar. Böylece borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık benzeri bir hukuki durum meydana gelir. Ayrıca bu surette beyan sahibinin hukuki durumunun açık olmasının, ilgilinin menfaatine olduğunu ifade etmektedir: Böß, s. 43. Benzer yönde de Fritz, ayırım yapmaksızın karar değiştiren beyan sahibine karşı her zaman *exceptio doli* ileri sürülebileceği ve bu itibarla beyanın bağlayıcı olacağını kabul etmektedir, bu görüşün söz konusu hallerde sonraki imkânsızlıktan mühlhem görüşüyle de uygun düşmektedir: Fritz, s. 213

²²⁶ Karş. Huber, II, s. 636: Yazar kural olarak ifanın reddinden vazgeçilebileceğini kabul ederek buna istisnai hallerde cevaz verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

İkinci aşama bakımından varılacak sonuç açıktır. Zira aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkının veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep hakkının kullanılması birer yenilik doğuran hak niteliğinde olup kullanılmalarıyla sözleşme ilişkisini tek taraflı olarak değiştirirler²²⁷. Hakların kullanılmasıyla, haksız dönme beyanında bulunan tarafın ifa edebileceği edim ortadan kalkar. Dolayısıyla haksız dönme beyanında bulunan sözleşme tarafı, bu beyan sonucu oluşan sözleşme ihlalinin sonuçlarını tek başına yok edemez²²⁸. Aynen ifadan vazgeçmek suretiyle dönme veya olumlu zararın giderilmesini talep haklarının yenilik doğurucu niteliği tek başına bu sonuca varılmasına yeterlidir. Ayrıca çelişkili davranış yasağı veya genel olarak dürüstlük kuralına dayanılmasına gerek yoktur. Buna rağmen, haksız sona erdirmeye beyanında bulunan taraf ifasını reddettiği edimleri yine de sonradan ifa olarak arz eder ve karşı taraf ifayı kabul ederse, tarafların örtülü olarak anlaşmak suretiyle yenilik doğuran hakkın kullanımını geri aldıkları²²⁹ sonucuna varılmak gerekir.

Buna karşılık, haksız dönme beyanına muhatap olan tarafın, söz konusu haklarını kullanmadan önceki süreçte veya TBK m. 125 hükmündeki hakların doğumuna olanak vermeyecek, örnek olarak tam iki taraflı olmayan, bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşen bir haksız dönme durumunda, haksız dönme beyanında bulunan tarafın sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olması meselesi daha karmaşıktır.

Haksız dönme beyanı, yapma borcuna ilişkin olmadıkça, ne sözleşme ne de sözleşmeden doğan borçlar üzerinde doğrudan doğruya bir etkide bulunabilir. Keza kesin hükümsüz bir hukuki işlem olarak beyanda bulunan tarafı bu sıfatıyla bağlayamaz. Dolayısıyla kural olarak mevcut ve ifası mümkün bir borcun varlığı

²²⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1671; Schwenger, N. 66.31 ve 66.25; Bucher, s. 373; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1313; Yıldız, s. 183 dn. 1018; Bu yönde anlaşılabilir: Antalya, C. III, s. 495 ve 507; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 14; Eren, s. 1145 ve 1148

²²⁸ Schulze, s. 48; Weidt, s. 187; Huber, **II**, s. 637, yazar hukuk güvenliği gerekçesini de belirtmektedir. Benzer yönde: Jan, s. 112 ancak yazar ayrıca çelişkili davranış yasağına da dayanmaktadır. Aynı şekilde: Froberg, s. 165-166; Sözleşme sonlandırılana kadar beyanın geri alınabileceği şeklinde: Cumalıoğlu, s. 177

²²⁹ Yenilik doğuran haklar, kural olarak geri alınamaz nitelikte olsa da, karşı tarafın hukuki güvenliğini ihlal etmeyecek durumlarda istisnaen geri alınabileceği öğretide savunulmuştur (Medicus/Petersen, N. 90; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 454 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 156-157). Bunun yanı sıra hak sahibi ile muhatabın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hakkın kullanımını geri alabileceği kabul edilmektedir (Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 448 vd.; Mankowski, s. 1115; Wolf/Neuner, §20 N. 39; L'huillier, s. 224 vd.).

nedeniyle, haksız dönme beyanından vazgeçen tarafın ifasını karşı taraf kabul etmek külfeti altında olacaktır. Bu bağlamda, haksız sona erdirme durumunun sona erdirilebilmesi için temerrüt hükümlerinin uygulanmasını engelleyebilecek şekilde ifanın veya ifa teklifinin yapılması gerekir. İfa veya ifa teklifinin arzı dışında haksız sona erdirmeye doğrudan veya kıyasen uygulanan borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasının bertaraf edilmesi mümkün değildir.

Haksız dönme beyanında bulunan tarafın ifa arzını²³⁰ engelleyebilecek tek dayanak MK m. 2 hükmünün yansımasını teşkil eden “çelişkili davranış yasağı” olacaktır²³¹. MK m. 2 anlamında çelişkili davranış yasağının uygulama alanı bulabilmesi içinse, bir tarafın öncelikle bir davranışta bulunması, sonrasında bu davranışın karşı tarafta korunmaya değer bir güven²³² oluşturması gerekir²³³. Bu durumda, çelişki davranışının çelişkili davranış özgürlüğü bulunan taraf ile haklı güven sahibinin menfaatleri arasında korunmaya değer menfaatin belirlenebilmesi için bir değerlendirme yapılır²³⁴.

Sözleşmeye aykırı davranan veya davranacağını beyan eden bir tarafın sonradan fikrini değiştirip sözleşmeye uygun davranmasında herhangi bir engel yoktur²³⁵. Çelişkili davranış yasağı kapsamında haksız dönme beyanına muhatap olan tarafın korunabilmesi için bu beyanın sözleşmenin ifa edilmeyeceğine dair haklı bir güven uyandırması gerekecektir. Haksız dönme şeklinde gerçekleşen sözleşmeye aykırılık özelinde ise, söz konusu beyanın içeriği dikkate alındığında bu hususta bir güvenin doğacağı sonucuna da varılmak gerekir. Bu güvenin hukuki korumaya layık olması ise yanıtlanması gereken temel meseleyi oluşturmaktadır. Fikrimizce, haksız

²³⁰ Karş. Huber, **II**, s. 637: Yazar ifayı arzın borçlu temerrüdünün sona ermesi için gerekli olduğu, haksız dönme/ifanın reddi olgusunun yarattığı hukuki durumun sona ermesi içinse salt beyanın yeterli olacağı fikrindedir.

²³¹ Jan, s. 114 vd. Yazar beyanda bulunanın karar değiştirmesi sözleşmenin karşı tarafına zarar vermediği ölçüde çelişkili davranış yasağına başvurulmayacağını vurgulamaktadır: s. 117; BöB, s. 42. Bu gerekçe Türk hukuku açısından yeterli değildir zira MK m. 2'ye başvurulması için zararlandırıcı bir sonucun varlığı aranmaz: Oğuzman/Barlas, N. 870; Akyol, **Dürüstlük**, s. 22

²³² **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 290; **NomosK**-Krebs, §242 BGB, N. 94; **PraxisK**-Pfeifer, §242 BGB, N. 58

²³³ Hans Walter Dette, **Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur – Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts**, Berlin, 1985, s. 57 vd.

²³⁴ **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 289; Akyol, s. 54

²³⁵ Edis, s. 339 vd.; Akyol, s. 52. Buradan hareketle beyanda bulunanın her zaman fikrini değiştireceği görüşünde: Erler, s. 422

dönme beyanı muhatabının güveni ancak, beyan üzerine kendi aynen ifa talebini bertaraf edecek haklarını kullanmasıyla korunabilir bir nitelik kazanır ki o andan sonra da teknik olarak çelişkili davranış yasağına başvurma gereği kalmayacaktır. Söz konusu haklarını kullanmadan önce, beyan muhatabı sözleşmeye uygun ifa teklifiyle karşılaşabileceğini bildiği gibi kendi haklarını kullanmadan önce giriştiği hukuki işlemlerin riskini üstlendiğinin de ayırındadır²³⁶. Bu itibarla ikame sözleşme kurmadan önce, haksız dönme muhatabının aşağıdaki bölümlerde açıklanacak şekilde, koşulları sözleşmeden dönme veya aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesini istemezse, haksız dönme beyanının MK m. 2 uyarınca bağlayıcı olacağını kural olarak ileri süremez.

Bu konuda Alman uygulamasında ise özellikle başlangıçta farklı kararlar verilmiştir²³⁷. Alman İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi bir kararında sözleşmeden doğan borçların ifa edilmeyeceğine yönelik beyanının beyan sahibini, muhatabın kendi zararına karşı tarafın karar değişikliklerine uymakla yükümlü tutulamayacağı gerekçesiyle bağlayacağına hükmetmişken²³⁸; başka kararlarında²³⁹ muhatabın beyanı kabul ettiğini veya sözleşmeyi sona erdirdiğini beyan etmedikçe²⁴⁰, haksız dönme beyanında bulunanın ifayı arz etmekte serbest olduğu sonucuna varılmıştır. İmparatorluk Mahkemesi de bir kararında sözleşmesel edimlerin ifa edilmesiyle sözleşmeyi ifa etmekten kaçınacağını beyan eden tarafın sorumlu tutulamayacağı kararına varmışken²⁴¹; başka bir kararda sözleşmeden dönüldüğü veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesi talep edildikten sonra, haksız dönme beyanının

²³⁶ Weidt, s. 188; **MünchK**-Ernst, §323 BGB, N. 162; Karş. Froberg, s. 166; Güvene dayalı tedbirlerin alınmasıyla korunmaya layık bir güvenin söz konusu olacağı hakkında: **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 293. Farklı olarak: Jan, s. 114 ve 117. Bununla birlikte, haksız sona erdirmeye beyanı üzerine ikame sözleşme kurma girişimleri bağlamında uğranılan zararlardan, beyan sahibinin olumlu zararın giderilmesi çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilir. Zira sözleşmeden doğan borçların sonradan ifa edilmiş veya edilecek olması, haksız dönme beyanı ile bağlantılı uğranılmış zararları ortadan kaldırmaz, sözleşme ihlalini geçmişe etkili olarak yok etmez: Jan, s. 116; Aynı yönde sadece ileriye etkili olabileceği hakkında: Huber, **II**, s. 636

²³⁷ Jan, s. 107 vd.; Weidt, s. 85

²³⁸ ROHGE 3, 319

²³⁹ ROHGE 12, 282; ROHGE 17, 224

²⁴⁰ Beyandan önce ikame sözleşme kurma yoluna giderse, asıl sözleşmenin ifa edileceği riskini üstlenmiş demektir: Jan, s. 108

²⁴¹ RGZ 5, 69; Aynı yönde: RGZ 52, 150; Froberg, s. 165

bağlayıcı olduğuna hükmedilmiştir²⁴². Alman Federal Mahkemesi de benzer yönde bir karar vermiştir²⁴³.

2. Haksız Sona Erdirme Yoluyla Gerçekleşen Sözleşme İhlalinde Kusurun İşlevi

Haksız dönme beyanı, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme ihlali teşkil eder ve buna bağlanan sonuçlar sözleşmenin niteliğine, beyanın kapsadığı edim tipleri ile beyanın yapıldığı ana bağlıdır. Şuna işaret etmek gerekir ki sözleşme ihlallerinde ve genel olarak ifa engellerinde²⁴⁴ kusur, mutlak bir unsur değildir. Bir tarafın kusuruna özgü birtakım sonuçlar da öngörülmüş olabilir yahut kusurun varlığına bağlanmamış sonuçlar da bulunabilir²⁴⁵. Bu nedenle haksız dönme beyanları bakımından kusur konusuna ayrıca değinmek icap eder. Haksız fesih beyanı olarak gerçekleşen sözleşmeye aykırılıkta ihlalin kusurlu olarak işlendiği değerlendirildiğinde, kusura bağlı sonuçlar doğacakken, ihlalin kusursuz olarak işlendiği kabul edildiği takdirde, sadece kusura bağlı olmayan sonuçlar doğabilecektir.

Haksız sona erdirmede sözleşmeye aykırılık, haksız sona erdirmeye iradesini açıklayan beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla gerçekleşir. Sonuç olarak sözleşmeye aykırılık ise, muhatabında sözleşmenin olağan şekilde ifa edilmeyeceğine yönelik uyandırdığı haklı intiba nedeniyle doğar. Yapma borçlarına ilişkin olarak beyan, sonraki imkânsızlığa yol açarken, muaccel edimlerde doğrudan, müaccel diğer edimlerde kıyasen temerrüt hükümlerinin uygulanmasına imkân verir.

Gerek sonraki imkânsızlık gerekse borçlu temerrüdü, ihlalde bulunan tarafın kusuruna özgülümlenmiş ifa etmeme rejimleri öngörmemektedir. Dolayısıyla ilk aşamada belirtilmesi lazım gelen husus, söz konusu sorumluluk rejimlerinde yer alan kusura

²⁴² RGZ (23.2.1904) 57,105; Froberg, s. 165; Weidt, s. 94

²⁴³ BGH ZIP 1990, 1265; Öğretide bu yönde: Froberg, s. 165; Schobert, s. 38

²⁴⁴ İfa engellerinin kavram olarak sözleşme ihlalinin kapsadığı hakkında: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 1

²⁴⁵ Karş. Jan, s. 54: Yazar reform öncesi Alman sorumluluk düzeninde sorumluluk esas olarak kusura dayandığı için hukuki sonuçlarda yanılma durumunda da kusurun aranması gerektiğini savunmaktadır. Olması gereken hukuk açısından ise haksız sona erdirmeye beyanı üzerine dönme hakkının kusurdan bağımsız olarak tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda da özellikle kusurun objektifleştirilmesiyle mevcut düzende daha doyurucu sonuçlara varılabileceğini ifade etmektedir.

bağlı sonuçların²⁴⁶ ancak ve ancak beyanda bulunan tarafın kusurlu olması halinde uygulama alanı bulabileceğidir²⁴⁷. Genel sözleşmesel sorumluluk rejimi söz konusu olduğundan, aslında kusursuzluğa ilişkin ispat yükü, beyanda bulunan tarafa aittir (TBK m. 112). Bu durumda haksız sona erdirme bakımından da kusura ilişkin sonuçlar, beyan sahibinin sözleşme ihlalinde kusurlu olması halinde doğabilir.

Temel olarak yanıtlanması gereken soru, haksız sona erdirme beyanında bulunanın, bu beyan bakımından hangi koşullarda kusurlu addedilebileceğidir. Haksız sona erdirme beyanında bulunma fiili, her halde beyanda bulunan açısından bilinçli bir eylem olacağından, bizatihi bu fiil bakımından kusur değerlendirilmesi yapılması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, hafif veya ağır ihmalle haksız sona erdirme beyanı fiilinde bulunulmaz; her durumda beyan sahibi beyanını bu irade ile yapar²⁴⁸. Kusura ilişkili değerlendirme, beyan sahibinin kusuru beyanda açıklanan iradenin oluşumuna ve açıklanmasına ilişkin olarak yapılmak gerekir. Bu durumda dört olasılıkla karşı karşıya gelinir. Beyan sahibi, sözleşmeyi sona erdirecek herhangi bir hukuki imkânı olmadığını bildiği halde sözleşmeyi sona erdirmeyi istiyor olabilir. İkinci olasılıkta beyan sahibi, sözleşmeyi sona erdirirken dayandığı vakıaların varlığı hususunda yanılmış olabilir²⁴⁹. Üçüncü olasılıkta ise beyan sahibi, dayandığı vakıaların yaratacağı hukuki etki (sona erdirme hakkının varlığı) hususunda yanılmaya düşmüş olabilir. Dördüncü olasılıkta ise beyan hatası söz konusu olabilir. Birincisi dışındaki bütün olasılıklar bakımından vurgulanması gereken, burada kusurun sözleşmeye aykırılık bakımından değerlendiriliyor ve bu kapsamda yanılma hükümlerinden yararlanılıyor olunmasıdır. Hukuki işlemi etkileyen irade bozukluğunun gerçekleşme koşulu bakımından bir değerlendirme söz konusu değildir.

²⁴⁶ Bu sonuçlar, sonraki imkânsızlıkta, imkânsızlaşan edim yerine doğan olumlu zararın giderilmesi talebi; borçlu temerrüdünde, gecikme (temerrüt) zararının giderilmesi, sözleşmeden dönmede olumsuz zararın giderilmesi talebi ve aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesi talebi ile TBK m. 119 hükmüdür.

²⁴⁷ Bu yönde: Cumalıoğlu, s. 38-39

²⁴⁸ Beyan sahibinin ayırt etme gücünün bulunmaması ise, yukarıda verilen haksız sona erdirme beyanı tanımına girmeyen istisnai bir durum teşkil eder. Bu durumda da irade beyanı, ehliyetsizlik nedeniyle kesin olarak hükümsüz olur. Beyanın muhatabı açısından, ifanın gerçekleşeceğine dair haklı kuşku, özellikle durumdan habersizse yine gerçekleşecektir. Bu nedenle haksız sona erdirmeye bağlanan sonuçlar bu olasılıkta da geçerli olmalıdır. Fakat bu durumda, ayırt etme gücü olmayan beyan sahibine kusur yüklenemez. Bununla birlikte TBK m. 59 ve 65 hükümleri uygulama alanı bulabilir.

²⁴⁹ Örnek olarak kira sözleşmesinin hukuken bulunmayan gerekçelerle fesih edilmesinin, haksız sona erdirme addedileceği hakkında: Jan, s. 50-51; BGHZ (11.1.1984) 89, 296

Birinci olasılık, beyan sahibinin sözleşmeyi ihlal iradesinin en bariz görünümlerinden birini teşkil ettiğinden, bu durumda her halde kasıt derecesinde²⁵⁰ bir kusurun bulunacağı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir. İkinci olasılıkta, fiili vakıaların varlığına dair bir yanılma söz konusu olduğundan, genel olarak yanılmaya ilişkin değerlendirme yapılmak gerekir, dördüncü olasılık da bu kapsamda kalır. Üçüncü olasılıkta ise, beyanına ilişkin olarak hukuk düzeninin öngördüğü sonuçlar açısından bir yanılma söz konusu olduğu için beyan sahibinin hukuki sonuçlarda yanıldığı (*Rechtsirrtum*) anlaşılır²⁵¹.

Bu bağlamda ikinci ve dördüncü olasılıkta esas alınacak nokta ise TBK m. 26/I hükmü olmalıdır. Söz konusu hükümde, yanılma nedeniyle iptal edilen bir hukuki işlemin hükümsüzlüğünden ileri gelen sorumluluk düzenlenmiş olsa da, bu sorumlulukta esas, yanılanın yanılmasındaki kusuru ve sözleşmeye aykırı eylemi olduğundan bu hükümdeki esaslar haksız sona erdirme beyanındaki kusurun tespitinde dikkate alınmalıdır. Bu itibarla beyan sahibinin kusursuzluğu hususunda sıkı bir değerlendirme yapılmak gerekir²⁵². Bu çerçevede yanılmada kusurluluğun bulunduğu sonucuna varmak için, yanılmasının farkına varamadığı gerekçesiyle yanılanın kınanabilir olmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir²⁵³.

Hukuki sonuçlarda yanılmanın²⁵⁴ söz konusu olduğu üçüncü olasılıkta değerlendirme daha güçtür. Zira bu kavram bünyesinde geniş ölçüde belirsizlik

²⁵⁰ İBK m. 26 açısından yanılmada: Nina Reiser, **Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR**, Zürich-Basel-Cenevre, 2012, §5 N. 72

²⁵¹ Karşı tarafla hukuki konulara ilişkin tartışma bulunuyorsa, haksız sona erdirme beyanının unsuru olarak kesinlik ve ciddiyetin söz konusu olamayacağı hakkında: Weidt, s. 124; Westhelle, s. 69 vd.; Froberg, s. 154. Bu kabule ancak karşı tarafın hukuki uyumsuzluk hususunda bilgisinin bulunması halinde cevaz verilebilir. Beyan sahibinin tek başında hukuki sonuçlarda yanılma içinde olması, muhatabın bu beyanda sözleşmeyi sona erdirme iradesinin mutlak olarak bulunmadığı gibi bir anlayışta olmasını gerektirmez.

²⁵² Bucher, s. 217; von Tuhr/Peter, s. 316, **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 26 OR, N. 8; **BK-Schmidlin**, Art. 26 OR, N. 13; **BSK-Schwenzer**, Art. 26 OR, N. 2; Kocayusufpaşaoğlu, §36 N. 84 ve §13 N. 11; Reiser, §5 N. 83; ATF 113 II 25; ATF 105 II 23; Zira yanılığa düşmek kural olarak yanılığa düşenin risk alanında kalır ve kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle kolaylık sorumluluktan kurtulamaması lazım gelir. Alman hukukunda ifanın reddi bağlamında: Jan, s. 50; BGH NJW 1972, 1045; Genel olarak: **Staudinger-Caspers**, §276 BGB, N. 55. Hukuki işlemin iptali bakımından ise kusursuz sorumluluk öngörülmüştür: Al. MK §122 I.

²⁵³ **BK-Schmidlin**, Art. 26 OR, N. 14; Reiser, §5 N. 74 vd.; Sözleşmenin karşı tarafı da aynı yanılığa düşmüşse sorumluluk söz konusu olmaz: ATF 135 III 25; **OFK-Dasser**, Art. 26 OR, N. 2

²⁵⁴ Hukuki sonuçlarda yanılmada vakıaların varlığına ilişkin bir hata bulunmaz, mevcut vakıaların hukuki sonuçlarına dair yanılma söz konusudur: **BK-Schmidlin**, Art. 23/24 OR, N. 214; Ayrıca: Koller, **AT**, N. 14.83

içermekte olsa da²⁵⁵ genel olarak belirli bir hukuk kuralına ilişkin olarak ve bu kuralın bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından kaynaklanan hata olarak tanımlanmaktadır²⁵⁶. Haksız sona erdirme beyanları açısından hukuki sonuçlarda yanılma ise “hakkın varlığı konusunda yanılma” olarak gerçekleşir²⁵⁷. Hukuki sonuçlarda yanılmanın iki ana etkisi bulunur: Birincisi, hukuki sonuçlarda yanılma altında yapılan irade beyanları üzerindeki etkisi²⁵⁸, ikincisi ise sözleşme veya dar anlamda hukuka aykırı fiillerde kusurun varlığı üzerindeki etki²⁵⁹. Burada işlenen hukuki mesele açısından ise salt ikinci etki önem taşır. Kusurun varlığı kural olarak ona bağlı sorumluluk için yeterli olur, kusurun ağırlığı ise sadece tazminatın belirlenmesinde rol oynar²⁶⁰.

²⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, §36 N. 50

²⁵⁶ Jean-Pierre Lichti, **Der Rechtsirrtum besonders im Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, 1950, s. 70; Ayrıca bkz. Jörg Mayer, **Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht**, Biefeld, 1989, s. 6 vd.; Sözleşme hükümleri de bu hukuk kuralları kapsamındadır. Sözleşme hükümlerinin varlığına ilişkin bir hukuki sonuçlarda yanılmanın daha mazur görülebilir olduğu fikrinde: Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 420. Sözleşme boşluklarının doldurulması bakımından irade beyanının geçerliliği bakımından yanılmanın gerçekleşmeyeceği: Wolf/Neuner, §35 N. 73; Flume, s. 466

²⁵⁷ Mayer, s. 12. Karş. **BK-Schmidlin**, Art. 23/24 OR, N. 215 vd.: Yazar farkı bir yönden ikili ayırım yapmaktadır. Hukuk kuralını bilmemekten kaynaklanan yanılmanın temel hatası teşkil ederek iptale olanak verebileceğini kabul ederken, hukuki sonuçlara ilişkin yanılmanın, sonucunda hataya düşülen hukuk kuralının niteliğine bağlı olarak farklı sonuçlara varılması gerektiğini savunmaktadır. Yedek hukuk kurallarının sonuçlarına ilişkin yanılma, hukuk kuralının bilinmemesinden kaynaklanan yanılma hükmünde iken, diğer hukuk kurallarının sonuçlarına dair yanılma saik hatasından ibaret kalmaktadır.

²⁵⁸ Hukuki sonuçlarda yanılmanın saik hatasından ibaret olacağı ve bu nedenle hukuki işlemin iptal edilemeyeceği çoğunluktaki görüştür: JdT 1993 I 154; İFM, 4A_120/2008 (Swisslex); **BSK-Schwenzer**, Art. 24 OR, N. 29; Schwenzer, N. 37.37; Christine Chappuis, “Colloque du 11 juin 2004 - contributions/la compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux”, **Le contrat dans tous ses états/Publication de la société genevoise de droit et de législation à l’occasion du 125e anniversaire de la semaine judiciaire**, 2004, s. 321 vd.; Stehle, Art. 25 OR, N. 13; Alman hukukunda: Bork, N. 831 Yine Federal Mahkeme hukuki sonuçlar dışındaki yanılmaların iptali mümkün kılabileceğini kabul etmektedir: ATF 118 II 58; ATF 96 II 101; Ayrıca bkz: Koller, **AT**, N. 14.81. Öğretide başka bir görüş ise, kanunda yanılmaya ilişkin olarak vakıa ve hukuka ilişkin bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle, hukuki sonuçlarda yanılmada da iptalin mümkün olabileceğini kabul etmektedir: Paul Piotet, “L’annulation pour erreur de droit”, **JdT** 1993 I 538; Daha ayrıntılı açıklamalarla: Paul Piotet, “De l’adage "nul n’est censé ignorer la loi" et des conséquences de l’erreur de droit”, Contributions choisies Recueil offert par la Faculté de droit de l’Université de Lausanne à l’occasion de son 80ème anniversaire, 2004, s. 755 vd., öyle ki yazar sonuçta hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından İsviçre özel hukukunda “kanunu bilmemek mazeret olmaz” dogmasının geçerli olmadığını belirtmektedir. Ayrıca: Lichti, s. 124-125. Şunu vurgulamak gerekir ki hukuki sonuçlarda yanılmalarda kural olarak iptale cevaz vermeyen görüş içinde dahi mazur görülebilir yanılmalarda iptalin mümkün olabileceğini kabul edenler mevcuttur: ATF 47 II 462; Nicolas Rouiller, **Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst**, 2002, s. 254-255; Oğuzman/Öz, C. I, N. 330 dn. 194.

²⁵⁹ Mayer, s. 101; **Staudinger-Caspers**, §276 BGB, N. 53

²⁶⁰ Tazminat ve kusur ilişkisi hususunda: Cuendet, s. 250 vd.; Hüseyin Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 1998, §7 N. 16; Feyzioğlu, s. 179; Eren, s. 789; Kılıçoğlu, s. 827;

Genel kabul gören ilke, herkesin hukuku bilmekle yükümlü olduğudur (*Error iuris nocet – error iuris non podest*); dolayısıyla hukuki sonuçlarda yanılma daima bir kusur teşkil eder²⁶¹. Buna karşılık ilke, mutlak bir anlam taşımaz, gerek öğreti gerekse uygulama vurgulandığı üzere hukuki sonuçlarda yanılma mazur görülebildiği (*Entschuldbarkeit*) takdirde kusurluluktan söz edilemez²⁶². Kural olarak, hukuki durumunu değerlendirme suretiyle ona göre pozisyon alan herkes, değerlendirmelerinin hatalı çıkma riskini üstlenir²⁶³. Hukuki sonuçlarda yanılmanın sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için kural olarak son derece karışık bir hukuki durumun varlığı ve bu hususa ilişkin kökleşen içtihadın yokluğu şarttır²⁶⁴. Mazur görülebilirlik için hukuki duruma dair görüşün oluşumunda herhangi bir şekilde boşa çıkmayacak surette iş hayatında gerekli olan en üst özenin gösterilmesi gerekir²⁶⁵. Bu bağlamda, yüksek mahkeme içtihatlarına dayalı olan hukuki sonuçlarda yanılma yeterli sayılabilir²⁶⁶. Somut olaya uygun içtihat bulunmuyorsa, öğretilerdeki baskın görüşe dayanabileceği ifade edilmiş²⁶⁷ olsa da, fikrimizce tek başına öğretiye dayanılması mazur görülebilirlik için yeterli değildir. Ayrıca ne istikrarlı içtihat ne de

Antalya, C. III, s. 297-298. Genel olarak bu konuda: Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 72-75

²⁶¹ Avusturya Medeni Kanunu §2’de bu husus açıkça ifade edilmiştir. Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarında ise açıkça belirtmeye gerek dahi duyulmadığı hakkında: **BK-Schmidlin**, Art. 23/24 OR, N. 212

²⁶² Weidt, 223; Borçlu temerrüdünde: Mayer, s. 136 vd.; Mayer-Maly, s. 149d; **Staudinger-Löwisch/Feldmann**, §286 BGB, N. 263 vd.; **MünchK-Ernst**, §286 BGB, N. 111; **BSK-Wiegand**, Art. 103 OR, N. 3; İfanın reddi bakımından, Jan, s. 50: Yazar hukuki sonuçlarda yanılmanın, kusuru ancak yanılmanın kusursuz olduğu takdirde ortadan kaldıracağını ifade etmektedir. Ayrıca Alman Yüksek Mahkeme kararları için: Jan, s. 52 dn. 77. Karş. von Tuhr/Peter, § 47, I, s. 428: Yazarlar, hukuki sonuçlarda yanılmanın mutlak şekilde kusurun varlığı anlamına gelmeyeceği ancak genellikle kusurla hukuk hatasına düşüldüğü kanısındadır. Roma hukukunda da ilkenin geçerli olmakla birlikte mutlak katıllıkta uygulanmadığı hakkında: Zimmermann, s. 606

²⁶³ Jan, s. 49 ve s. 57 ile dn. 94; Bu çerçevede ispat yükü de hukuki sonuçlarda yanılma bulunur: Reiser, N. 261

²⁶⁴ **Staudinger-Schwarze**, §280 BGB, N. F47; **Staudinger-Löwisch/Feldmann**, §286 BGB, N. 163

²⁶⁵ Jan, s. 52; Theo Mayer-Maly, “Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts”, **AcP**, C. 170, S. 2/3 (1970), s. 136 vd.; Başka bir deyişle iç özen bakımından kişinin kınanabilir bir bilgisizliğinin olmaması gerekir: **Staudinger-Schwarze**, §280 BGB, N. F47

²⁶⁶ Jan, s. 50; Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen**, Berlin, 2017, §34 N. 21; **Staudinger-Caspers**, §276 BGB, N. 58. Başka bir ifade ile içtihat değişikliği halinde hukuki sonuçlarda yanılma mazur görülebilir. Bir uyuşmazlıkta ilk ve ikinci derece mahkemesi kararlarına dayanılması halinde hukuki sonuçlarda kusurlu bir yanılma söz konusu olmayacağı fikrinde: Jan, s. 59; Aksi yönde: BGH NJW 1974 1903

²⁶⁷ Jan, s. 52; **Staudinger-Löwisch**, §285 BGB, N. 20 vd.; **Staudinger-Caspers**, §276, N. 58; Özellikle hukuki düzenlemeler henüz değişmiş ve içtihat ortaya çıkmamışsa: BGH NJW 2011 386, kararda bir avukatın öğretilerdeki baskın görüş ve bir adet eyalet mahkemesine aykırı eylemde bulunmuş olması, mazur görülemez bir hukuki sonuçlarda yanılma görülerek avukatın sorumluluğuna gidilmiştir.

baskın öğretisi görüşü bulunan hususlarda, riskin her zaman hukuki sonuçlarda yanılan kişi üzerinde kalacağı belirtilmektedir²⁶⁸. Başka bir deyişle ilgili şahıs, hukuki durumu özenle değerlendirmedikçe, gerektiği ölçüde hukuki görüş temin etmedikçe ve yüksek mahkeme içtihatlarını takip etmedikçe hukuki sonuçlarda yanılma mazur görülemez²⁶⁹.

B. Aynen İfa

1. Genel Olarak

Sözleşmenin bir tarafı haksız dönme beyanına muhatap olduktan sonra, herhangi bir eylemde bulunmak zorunda değildir. Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi etkileyen herhangi bir sözleşmeye aykırı eylem yokmuşçasına, haksız dönme beyanına muhatap olan kişi karşı tarafın edimlerinin muacceliyetiyle²⁷⁰ birlikte aynen ifa talebinde bulunabilir. Eş söyleyişle haksız dönme, aynen ifa talebini kural olarak ortadan kaldıramaz²⁷¹.

Aynen ifa talebinin varlığı, haksız dönme beyanının veya herhangi başka bir sözleşme ihlalinin sonucu olmayıp muaccel ve ifası mümkün bir alacağın varlığının doğal sonucudur²⁷². Öyle ki Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında bu yönde açık bir

²⁶⁸ Jan, s. 53; Soergel-Wolf, §276 BGB, N. 58. Karş. Özellik arz eden şüpheli hukuki meseleler bakımından: MünchK-Walchshöfer, §285, N. 10

²⁶⁹ Staudinger-Caspers, §276 BGB, N. 55; Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Kurumunun davalı olduğu bir uyuşmazlıkta, feshin haksızlığının yargı kararıyla anlaşılacağı gerekçesiyle kusursuzluğun söz konusu olduğunu kabul etmesinde isabet yoktur: Yarg. 13. HD., 5.11.2014, 10956/34505 (Kazancı) "Davacı ile yapılan sözleşmeye ilişkin fesih işleminin uygulanmasına esas teftiş incelemesi sırasında tespit edilen hususlar itibarıyla davalı kurumun sözleşmenin feshini düzenleyen bölümün 6. maddesine aykırı davranıldığı gerekçesi ile sözleşmeyi feshetmesinde, tazminat ödemesini gerektiren kusurlu bir davranışı bulunmamaktadır."

²⁷⁰ Jan, s. 127; Bernd Scheifele, **Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach deutschem und UN-Kaufrecht Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: Recht; 3**, 1986, s. 80 vd.; Başka bir deyişle haksız dönme beyanının, sözleşmede kararlaştırılmış edimlerin ifa zamanına dair doğrudan bir etkisi yoktur (BK-Weber, Art. 102 OR, N. 56; CR-Thévenoz, Art. 102 CO, N. 31; Ayrıca: İFM, 4C.58/2004 (Swisslex)). Her halükârda aynen ifa istemi edimin muacceliyetiyle talep edilebilir hale gelir. Buna karşılık haksız dönme beyanının dâhil olduğu yapma borçlarına ilişkin dolaylı bir etkisi olacaktır. Beyanla birlikte imkânsızlaşan yapma borçlarının yerine TBK m. 90 uyarınca derhal muaccel olan olumlu zararın giderilmesine yönelik tali edim doğar. Karş. RJN 1965 I 171, Nöşatel Kanton Yüksek Mahkemesi'nin bu kararına göre, kiralananın tahliye edilmeyeceğinin beyan edilmesi, borcun ihlali ile eş değer nitelikte olup kiralayana tahliye davası açma hakkı verir, bu bağlamda kiracının tahliye borcunun muaccel olmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bu karar sonucunda elde edilecek hüküm, borcun muaccel olmasıyla icra edilebilecektir.

²⁷¹ Weidt, s. 151

²⁷² Weidt, s. 151; Weller, s. 389 vd.; Jan, s. 127; Müller-Chen, s. 75; Gauch/Schluop/Emmenegger, N. 2488; BK-Becker, Vorb. Art. 68-96 OR, N. 8; von Tuhr/Escher, s. 86 vd.; Neufang, s. 274; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1214 ve 1218; Feyzioğlu, s. 165; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**,

genel hüküm sevk edilmesi yoluna dahi gidilmemiştir²⁷³. Birincil edim olarak bir borç varlığını sürdürdüğü müddetçe, ikincil edim olarak edimin ifası yerine olumlu zararın giderilmesini talep hakkı doğmaz²⁷⁴. Bunun için kural olarak dışsal (imkânsızlık) veya içsel (ifadan vazgeçmeye yönelik yenilik doğuran hakların kullanılması) nedenlerle talebe konu borcun sona ermiş olması lazım gelir. Ayrıca istisnai olarak, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek hallerde²⁷⁵ aynen ifa talebi ileri sürülemez. Haksız dönme beyanına muhatap olan sözleşme tarafının aynen ifa talebini ileri sürmesi MK m. 2'ye aykırılık teşkil etmedikçe ve aksine bir sözleşme hükmü bulunmadığı sürece, herhangi bir engel bulunamaz.

2. Zararı Azaltma Külfeti Karşısında Aynen İfa Talebi

Aynen ifa talebinin alacağın varlığının doğal bir sonucu olması nedeniyle, haksız dönme beyanına muhatap olan tarafın, alacaklı olduğu edimleri muaccel olduğu anda talep etmesi ve sonrasında bu talebinde ısrarcı olması kural olarak ne bir sözleşme

İstanbul, 2012, s. 330; Başak Başoğlu, **Aynen İfa Talebi**, İstanbul, 2012, s. 71; Engel, s. 697; Schwenzer, N. 61.02, yazar aynen ifa talebini, borcun omurgası olarak nitelemektedir. Morad A. Goerg, **Exécution en nature et specific performance – Etude de droit comparé allemand, français et anglais**, Basel, 2017, s. 62 ve Alman hukukunda: s. 73; Kılıçoğlu, s. 818 ancak karşı. 821. Bununla birlikte işaret etmek gerekir ki Roma hukukunda her zaman geçerliliğe sahip olmayan (Goerg, s. 17) bu ilke, Prusya Genel Memleket Kanunu'nda (1.5 §270 ALR) katı bir şekilde kabul edilmişti (Goerg, s. 35 vd.). Ayrıca modern Alman hukukunda aynen ifa ilkesinin yumuşatılmasında etkili olan iş ve evlilik hukuku temelli gelişmeler için: Goerg, s. 57 vd.; Ayrıca: Pelin Işıntan, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı", **GSÜHFD** 2013/I, s. 166-167. Bununla birlikte aynen ifa talebinin, talebin ihlaline karşı bir hukuki çare olduğu görüşü de mevcuttur: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 459; Jürgen Schmidt, " 'Actio', 'Anspruch', 'Forderung', " **Festschrift für Günther Jahr**, Tübingen, 1993, s. 416

²⁷³ Antalya, C. III, s. 172; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1215; Huguenin, N. 808; Schwenzer, N. 61.02; Fransız hukukunda da benzer bir durum söz konusuydu: Terré/Simler/Lequette, N. 1110, 10 Şubat 2016 tarihli kararname ile değişik FMK m. 1341 ve 1342 hükmüyle açık bir düzenleme getirilmiştir. Alman hukuku için bkz. Goerg, s. 62; Weller, s. 106-107 ve 383 vd.

²⁷⁴ Goerg, s. 63; Belen, s. 260; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 406; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1147; Antalya, C. III, s. 171; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1219; Özel durumlar istisnasıyla: Feyzioğlu, s. 166 ve 171

²⁷⁵ Alman hukukunda ise bu hususta özel olarak Al. MK §275 II ve III'te tanınan def'i hakları da (*Leistungsverweigerungsrecht*) düzenlenmiştir. Reformla getirilen bu hükmün öncesinde ise öğreti tarafından yaratılan pratik ve ahlaki imkânsızlık kavramıyla aynen ifa talebinin önüne geçiliyordu (Goerg, s. 65 vd.; Neufang, s. 301 vd). Hüküm kapsamı dışında kalabilecek hakkın kötüye kullanım hallerinde ise genel ilkeye başvurma yolu da açık kalmaya devam etmektedir. Ahlaki imkânsızlık özellikle iş hukuku çerçevesinde de önem taşıyan bir kavramdır. Türk iş hukukunda ahlaki imkânsızlığın hükümleri hakkında değerlendirme: Ayşe Ledün Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, İstanbul, 2018, s. 200 vd. İş hukukunda geçici imkânsızlığın da sözleşmenin askıya alınmasına yol açacağı kabul edilmektedir: Süzek, **Askı**, s. 66 vd. Esasen işgörmeye ediminin geçici olarak imkânsızlaşması halinde karşı edim de edimler arası bağıllık ilişkisi nedeniyle doğmayacağından, askı olarak adlandırılan durum kendiliğinden gerçekleşmektedir. Karş. sözleşme boşluğunun doldurulması şeklinde: Süzek, **Askı**, s. 41-42. Geçici imkânsızlık ve askı durumu, fesih için haklı neden de teşkil edebilir (s. 43 ancak karşı. 88).

ihlali teşkil eder ne de bu talebinden vazgeçmesi zararı azaltma külfeti bakımından beklenebilir²⁷⁶. Kaldı ki aynen ifa istemi, bir tazminat talebi olmadığı için TBK m. 52²⁷⁷ herhangi bir şekilde uygulama bulamaz²⁷⁸.

Aynen ifa talebinde bulunan taraf, daha sonra aynen ifa talebinden vazgeçmek suretiyle, koşulları varsa, sözleşmeden döner veya ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep eder yahut söz konusu edim sonradan borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşırsa²⁷⁹, başka bir deyişle birincil edim yükümlülüğünün yerini ikincil edim yükümlülüğü alırsa, farklı bir hukuki değerlendirme yapılmak gerekir. Zira bu olasılıkta tazminat talebi söz konusu olacağından teknik olarak birlikte kusura ilişkin TBK m. 52 hükmüne başvurulması mümkün olur²⁸⁰. Temel hukuki mesele, ikincil yükümlülüğün doğma anına dek aynen ifa talebinde bulunmanın birlikte kusur bağlamında kabul edilip edilemeyeceğidir²⁸¹.

Bu aşamada yanıtlanması gelecek ilk soru, aynen ifada ısrarcı olmanın alacaklı bakımından birlikte kusur sayılabilmemesinin kuramsal olanağıdır. Başka bir deyişle, kişinin bir hakkını kullanmasının birlikte kusur addedilip edilmeyeceği ilk sorunu teşkil eder. Hakkın kullanılması, hukuka aykırılık oluşturmayacağı gibi teknik olarak

²⁷⁶ Weidt, s. 152; **MünchK**-Oetker, §254 BGB, N. 22; **Staudinger**-Schiemann, §254 BGB, N. 24; Huber, **II**, s. 164 vd.

²⁷⁷ Bu külfetin açıkça genel olarak düzenlenmiş olmadığı, hükümde dolaylı bir yollama yapıldığı fikrinde: Leyla Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **AÜHFD**, C. 64 S. 3 (2015), s. 778. İlkenin temelinde ise dürüstlük kuralı yer almaktadır: Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2916; Nomer, **Tazminat**, s. 87; Pichonnaz, s. 115; **BK**-Roland Brehm, 2013, Art. 44 OR, N. 48; Annick Achtari, **Le devoir du lésé de minimiser son dommage**, 2008, N. 35; **Staudinger**-Schiemann, §254 BGB, N. 2; **MünchK**-Oetker, §254 BGB, N. 4; **NomosK**-Knöfler, §254 BGB, N. 1; Fikentscher/Heinemann, N. 711. Genel bir ilkenin söz konusu olduğu hakkında: Achtari, N. 32

²⁷⁸ **BK**-Brehm, Art. 44 OR, N. 4; Jan, s. 132; **MünchK**-Oetker, §254 BGB, N. 7; **Staudinger**-Schiemann, §254 BGB, N. 5 ve 24; Weidt, s. 152; Müller-Chen, s. 98; **CR**-Werro, Art. 44 CO, N. 26; Karş. Frank Peters, “Der Einwand des Mitverschuldens gegenüber Erfüllungsansprüchen”, **JZ** 1995, s. 754 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 313: Yazarlar birlikte kusurun dürüstlük kuralıyla ilişkisinden hareketle aynen ifa taleplerinin söz konusu hükme dayanılarak bertaraf edilebileceğini savunmaktadır. Bu itibarla esasen uygulanan sonuç olarak birlikte kusurdan ziyade dürüstlük kuralı olmaktadır. Ayrıca bkz. Achtari, N. 248 vd.

²⁷⁹ Borçlu taraf çoğunlukla mütemerrit olacağı için bu hallerde kural olarak TBK m. 117/I uyarınca borçlu sorumlu olur.

²⁸⁰ TBK m. 114/II uyarınca, TBK m. 52 sözleşmesel sorumluluğu da uygulanır. Kaldı ki bu atif bulunmasa dahi dürüstlük kuralına dayanan bir sorumluluk hukuku ilkesi olarak uygulama alanı bulunacaktır. Ayrıca: Achtari, N. 34 Pichonnaz, s. 110; İFM, 4C.236/2002 (Swisslex)

²⁸¹ Bu andan sonra ise birlikte kusura ilişkin esaslar doğrudan uygulanabilir: Weidt, s. 152

kusur da teşkil etmez, kınanabilir nitelikte değildir²⁸². Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında aynen ifa talebinde ısrarcı olmanın müterafik kusur olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir ve bu yöndeki içtihat Alman hukukunda istikrar kazanmıştır²⁸³. Fakat Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise bir kararında örtülü olarak bu içtihattan ayrılmıştır²⁸⁴. Karara göre, alacaklı ve borçlu taraf arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için alacaklının ifa talebinden önceden vazgeçmesi gerekmiyor idiyse sözleşmesel ilişkinin devamı veya sona erdirilmesine somut olayın koşullarına hükmedilebilir²⁸⁵.

İsviçre hukukunda da konu özellikle ifa edilmeyen sözleşmesel edim yerine muadil ikame bir sözleşme (*Deckungsgeschäft/contrat de remplacement*) kurulması bakımından değerlendirilmiştir²⁸⁶. Satış sözleşmesindeki özel hükümler (İBK m. 191-TBK m. 213, İBK m. 215-TBK m. 236) dışında, genel hükümler çerçevesinde de zararın azaltılması külfeti çerçevesinde ikame sözleşme yapılması olanağı mevcuttur²⁸⁷. Bunun içinse öncelikle borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesine yönelik seçimlik hakkın kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu itibarla zararın azaltılması külfeti çerçevesinde, aynen ifa

²⁸² Birlikte kusurda, kusur teşkil eden eylem, hukuka aykırı olmak zorunda olmadığı (Nomer, **Tazminat**, s. 84; Kurt, **Külfet**, s. 796-797; **BK-Brehm**, Art. 44 OR, N 18) gibi teknik olarak kusur da oluşturmaz (Kusura ilişkin değerlendirmenin ancak hukuka veya sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesinden sonra anlam taşıyabileceği ve kusura ilişkin ilkelerin kıyasen uygulanabileceği: Nomer, **Tazminat**, s. 86; Farklı yönde, kusurluluğun, sözleşme veya hukuka aykırılıktan bağımsız olarak var olabileceği: (**BK-Brehm**, Art. 44 OR, N. 18; **BSK-Schnyder**, Art. 44 OR, N. 13; Schwenger, N. 16.14; Ahtari, N. 190; Baysal, **Kusur**, s. 33-34; Kurt, **Külfet**, s. 797) ancak her halukarda kınanabilir nitelikte olmalıdır.

²⁸³ Weidt, s. 152-153; Öğretide bu yönde: Jan, s. 128 ve 132, Yazar dürüstlük kuralının yeterli olduğunu ifade etmektedir; Pfeiffer, s. 348; Weidt, s. 154; Huber, **II**, s. 148; İngiliz hukukunda *anticipatory breach* bağlamında: *Tredgar Iron & Coal co Ltd v Hawthorn Bros & Co [1902]* 18 TLR 716; Weidt, s. 155 dn. 16

²⁸⁴ BGH, NJW 1997 1231: “Saticının da zararın doğumunda kısmen müterafik kusurunun bulunduğu sözleşmeyle bağlı kalıp kalmamakta serbest olduğu gerekçesiyle yadsınamaz.”; **Staudinger-Schiemann**, §254 BGB, N. 94; Kararın aynen ifa talebinin önceliği ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirisi ve değerlendirilmesi için: Thomas Pfeiffer, “Leistungsaufgabe beim Kaufvertrag, Verzugschaden und Mitverschulden”, **EWiR** 1997, s. 347-348; Benzer şekilde: Weidt, s. 154. Türk hukukunda cezai şart tutarının sınırlanması saikiyle bu yönde verilen kararlar için: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1675, dn. 642; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 180 dn. 132; Baysal, **Kusur**, s. 329 dn. 1139. Söz konusu kararların gerekçe itibarıyla isabetsizliği hakkında: Selçü, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 75

²⁸⁵ Weidt, s. 153

²⁸⁶ Ahtari, N. 877; Schwenger, N. 16.15. İkame sözleşme kurulması sözleşmesel sorumluluk bağlamında zararı azaltma külfetinin başta gelen görünümlerinden biridir: Ahtari, N. 47

²⁸⁷ Ahtari, N. 878 ve 47; Peter Gauch, “Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung - Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts”, **recht** 1987, s. 26

talebinde ısrar etmek hiçbir şekilde yer almamakta, ancak aynen ifa talebinin yerini olumlu zararın giderilmesi talebinin almasıyla ve o andan itibaren²⁸⁸ doğmaktadır²⁸⁹.

Türk hukukunda ise aynen ifa talebinde ısrar, daha ziyade cezai şart tutarının sınırlanmasını sağlamak bağlamında değerlendirilmektedir²⁹⁰. Şunu hemen belirtmek gerekir ki tutarı bakımından teknik olarak tazminatın belirlenmesiyle ilgili olmayan cezai şartın, kıyasen dahi birlikte kusur hükümlerine tabi tutulmasında herhangi bir isabet yoktur. Bu husus esas itibarıyla, dürüstlük kuralına aykırılık ile açıklanabilir.

Kuramsal olarak, alacaklının aynen ifa talebinde bir süre bulduktan sonra, tam iki taraflı sözleşmelerde borçlu temerrüdüne özgü hukuki imkânlarla başvurması halinde, aynen ifa talebinde bulunmuş olmasının birlikte kusur olarak değerlendirilmesi önündeki temel engel, mevcut bir hakkın kullanılmasının herhangi bir şekilde TBK m. 52 anlamında bir külfetin ihlali olarak kabul edilememesinde yatmaktadır. Bu çerçevede, aynen ifa talebinde ısrarcı olunmak suretiyle olumlu zararın giderilmesi hakkının kullanılmasının “hakların sakınarak kullanılması” (*Gebot der schonenden Rechtsausübung*) ilkesine aykırılık oluşturabileceği sorusu akla gelebilir. Bu soruya iki yönden olumsuz yanıt verilmek gerekir.

Birincisi, hakların sakınılarak kullanılması dürüstlük kuralının bir yansımasıdır²⁹¹ ve bu nedenle birlikte kusur kapsamında değerlendirilemez. Aynen ifa talebinde bulunmanın birlikte kusur olarak değerlendirilebileceğini kabul eden görüşler de esasında birlikte kusura kavramsal olarak dayanmamaktadır. Zira son tahlilde dayanak dürüstlük kuralı olmaktadır. Oysa birlikte kusurun kökeninde, pek çok hukuki kurumun da kökeninde var olan dürüstlük kuralı bulunsa da, dürüstlük kuralına başvurulması birlikte kusur kurumunun işletildiği anlamına gelmez. Bilakis dürüstlük kuralına, söz konusu hallerde, birlikte kusurun uygulanabilir olmadığı

²⁸⁸ Tam iki taraflı sözleşmelere özgü borçlu temerrüdünden doğan hakların kullanılmasına ilişkin yenilik doğurucu beyanın etkisi, olumlu zararın giderilmesi bakımından ileriye etkili olduğu hakkında: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1678; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 962; Karş. Schwenzer, N. 66.27; **CR**-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 107; Aksi yönde: **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 167. Genel olarak borçlu temerrüdünün ileriye etkili olarak sona ereceği: Barlas, **Temerrüt**, s. 113

²⁸⁹ **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 160

²⁹⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1675 dn. 642; Kılıçoğlu, s. 927-928

²⁹¹ **BK**-Merz, Art. 2 ZGB, N. 393; **ZK**-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 295; Ayrıca: ATF 131 III 459; Edis, s. 338-339, yazar borçlar hukuku alanında bu ilkenin, hakların kapsamının belli olduğu gerekçesiyle, daha sınırlı bir uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir.

gerekeciyle başvurulabilir. İlgili görüşlerin dayanabilecekleri kuramsal temel birlikte kusur değil, dürüstlük kuralıdır.

Ayrıca, borçlar hukukunda hakların sakınılarak kullanılması ilkesinin yeri olup olmadığı sorgulanabilir. MK m. 2/II hükmünün hak sahibini hakkını kötüye kullanmamakla sınırladığı, bunun dışındaki hak kullanımlarında hak sahibinin özgür olduğu ilk aşamada akla gelse de, bu gerekçe kabul edilebilir nitelikte değildir. Bu ilke, hak sahibinin aynı menfaati elde edebileceği birden fazla olanak varsa bu olanaklardan hakkın muhatabı ile üçüncü kişilerin menfaatlerine en az zarar verecek şekilde kullanması gerektiğini ifade eder²⁹². Bu itibarla daha ziyade içerik olarak geniş ve kullanılmakla somutlaşacak haklar²⁹³ bakımından söz konusu olsa da borçlar hukukunda taleplerin ileri sürülmesi tarzı ile yenilik doğuran hakların kullanımında da bu ilke uygulanma imkânı bulabilir²⁹⁴. Dolayısıyla hakkın sakınarak kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasından daha önce gelen bir MK m. 2 ihlalidir²⁹⁵. Hakkın kötüye kullanılması, hakkın ancak tek bir şekilde kullanılmasının mümkün olduğu veya kullanılabilmesi tüm şekillerin aynı sonuca yol açacağı durumlarda söz konusu olabilir.

İkincisi, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi birlikte kusur kapsamında farz edilse dahi, aynen ifa talebi ile aynen ifa yerine olumlu zararın istenmesi veya sözleşmeden dönme hakları sonuçları bakımından alacaklıya aynı menfaat durumunu sağlamaz. Kaldı ki aynen ifa talebinde bulunmanın, alacaklı bakımından birlikte kusur

²⁹² **BSK**-Honsell, Art. 2 ZGB, N. 22; **BK**-Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, 2012, Art. 2 ZGB, N. 219; **ZK**-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 295

²⁹³ **BK**-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 219; **BK**-Merz, Art. 2 ZGB, N. 395. Özellikle aynı haklar ile ortaklıklar hukuku bakımından uygulama alanı bulur: **BSK**-Honsell, Art. 2 ZGB, N. 22; **ZK**-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 296 ve 301; **BK**-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 221 ve 224

²⁹⁴ Borçlar hukukunda taleplerin sözleşmeye ve kanunla içeriklerinin belirli olduğu için taleplerin ileri sürülme tarzları bakımından bu ilkenin uygulama alanı bulacağı yönünde: **BK**-Merz, Art. 2 ZGB, N. 393; Yenilik doğuran hakları ekleyerek bu yönde: **BK**-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 222-223; Fesih hakkında: İFİM, 8.8.2018, A-4716/2017 (Swisslex); Ariyet sözleşmesinde: Basel İstinaf Mahkemesi, 14.7.2017, ZB.2017.22 (Swisslex); Ayrıca İsviçre hukukunda eksik teselsülde rücu hakkı bakımından da bu ilke değerlendirilmiştir: Andreas Weiss, **Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, 2011, s. 265-267

²⁹⁵ Ayrıca taraflar bu ilke taraf arasındaki sözleşme kapsamında bir yan borç olarak da somutlaşabilir: Florent Thouvenin, **Der Kooperationsvertrag**, 2017, N. 464; Yalın ortaklık bakımından: **BK**-Walter Fellmann/Karin Müller, 2006, Art. 530 OR, N. 603; **ZK**-Lukas Handschin/Reto Vonzun, 2009, Art. 530 OR, N. 190

olarak kabul edilmesi kaçınılmaz olarak alacaklıyı tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüde özgü seçimlik haklarını derhal kullanmaya itecektir. Oysa aynen ifa talebi ile söz konusu seçimlik haklar arasında herhangi bir öncelik ve sonralık ilişkisi yoktur.

Sonuç olarak, salt aynen ifa talebinin ileri sürülmüş olması, sonraki tazminat taleplerinde tazminatın azaltılması sebebi kapsamında birlikte kusur olarak değerlendirilemez²⁹⁶. Aynen ifa talebinde bulunulması hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği takdirde²⁹⁷ ise bu durum, kişinin uğradığı zarar bakımından nedensellik bağımlı kesseğinden, TBK m. 52 hükmünün değil zararın belirlenmesi²⁹⁸ çerçevesinde TBK m. 50 kapsamında değerlendirilir. Bu kapsamda, zarar, aynen ifa talebinde bulunmanın hakkın kötüye kullanılması sayıldığı andan itibaren aynen ifa talebinde ısrar edilmesi nedeniyle uğranılan zararlar hariç bırakılarak hesaplanır.

3. Yapma Borcu İçeren Sözleşmelerde

Bünyesinde yapma borcu içeren sözleşmeler bakımından haksız sona erdirme halinde aynen ifa olanağının varlığı, yukarıda imkânsızlık hususunda yapılan açıklamalarla koşutluk gösterecektir. Alacaklı tarafından bu edimlerin cebren icrasının elde edilmesi mümkün olmadığından, sözleşmede yer alan yapma borçları muaccel olsun veya olmasın, haksız sona erdirme beyanının alacaklıya ulaşmasından itibaren imkânsızlaşacak ve bu nedenle sona erecektir. Bu edimler yerine ikincil edim niteliği taşıyan olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminat edimleri doğar. Zira haksız sona

²⁹⁶ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 75; Karş. Baysal, **Kusur**, s. 335, yazar aynen ifa talebinin zararı arttırmama külfetine aykırılık teşkil ettiği takdirde sınırlanabileceğini savunmaktadır. Bununla birlikte sonraki açıklamalardan yazarın MK m. 2'ye aykırılıkla aynen ifa talebini sınırladığı anlaşılmaktadır.

²⁹⁷ Borçlu temerrüdünde seçimlik hakların kullanılmasının MK m. 2 kapsamında mütalaa edileceği: Baysal, **Kusur**, s. 327

²⁹⁸ Zararı azaltma külfeti, tazminatın tayininde rol oynar (Huguenin, N. 886; Schwenzer, N. 106.04 vd.; Baysal, **Kusur**, s. 41; Ahtari, N. 35 vd.; Pascal Pichonnaz, “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, La fixation de l'indemnité, Bern, 2004, s. 115-116 ve 120). Zararın varlığı, zarar görenin kusurundan bağımsız şekilde gerçek zarar tutarına göre belirlenir: **BK**-Brehm, Art. 44 OR, N. 50; **ZK**-Bernhard Schnyder, 1998, Art. 44 OR, N. 13; **CR**-Werro, Art. 44 CO, N. 26. Aksi yöndeki görüş ise zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacağını kabul etmektedir. Görüş hakkında bilgi: Pınar Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, 2016, s. 109-110. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ise istikrarlı bir içtihadı yoktur: Ahtari, N. 44. Dikkat edilmelidir ki, zarar görenin eylemi zarar ile sorumlunun fiili arasındaki nedensellik bağımlı kesip kendi başına ayrı bir zarara yol açıyorsa artık konu, TBK m. 52 anlamında tazminatın belirlenmesi ve birlikte kusura değil, nedensellik bağı ve zararın belirlenmesine ilişkin olacaktır: Kurt, **Külfet**, s. 805 vd.; Altınok Ormancı, **Külfet**, s. 124 vd.

erdirme beyanı, tanım gereği, muhatabınca kesinlik içerir. Bu kesinlik de yapma borcu edimlerinin borçlu tarafından iradi olarak yerine getirilmeyeceğini ortaya koyar.

Bu itibarla, haksız sona erdirmeye şeklinde gerçekleşen sözleşme ihlali, yapma borçlarında aynen ifa olanağını dışlar. Önceki paragrafta belirtildiği üzere, beyanın muhataba ulaşmasıyla yapma edimleri sonraki imkânsızlık nedeniyle sona erer. Eğer sözleşmenin asli edimlerinden birisinin konusu yapma borcundan ibaret ise, TBK m. 136 gereği karşılıklı edimler sona erer ve sonraki imkânsızlıktan sorumlu haksız dönme beyanında bulunan borçlu taraf nezdinde olumlu zararın giderilmesi borcu doğar.

4. Geçici Hukuki Koruma Önlemleri

Aynen ifa talebi dava veya takip yoluyla ileri sürüldüğünde, davacı veya takipçi alacaklı aynen ifaya konu edimin yargılama veya takip sonucunda²⁹⁹ elde edilebilmesi için geçici hukuki koruma önlemlerine dava ve takip öncesinde veya esnasında başvurabilir. Bu çerçevede talep konusu para alacağı ise ihtiyati haciz hükümleri (İİK m. 257); diğer edimler bakımından da ihtiyati tedbir hükümleri (HMK m. 389) uygulama alanı bulur³⁰⁰.

Sözleşmenin haksız olarak sona erdirilmesi bağlamında, söz konusu geçici koruma önlemlerinin aynen ifa talebi kapsamında değerlendirilmesi de yine iki

²⁹⁹ İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, dava ve takip konusu edimlerin söz konusu usuli süreçler sonucunda talep sahibi tarafından elde edilmesi temin eder, davadan veya takip sonuçlanmadan taleplerin elde edilmesini hedeflemez. Bu itibarla TBK m. 76 hükmü de olağan bir geçici hukuki koruma önlemi olarak nitelendirilmemek gerekir. Bkz. Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C. I, Ankara, 2001, s. 845; **Pekcanitez Usûl-Özkes**, s. 2508: Yazar, istisnai olarak eda amaçlı ihtiyati tedbiri talep edenin vücut bütünlüğünün bozulması gibi telafisi mümkün olmayacak durumlarda başvurulabileceğini de belirtmektedir. Benzer yönde: Postacıoğlu/Altay, N. 1723; Bu yönde ayrıca bkz. Evrim Erişir, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, İstanbul, 2013, s. 387 vd.; Uygulamada elektrik ve su kesintileri açısından tedbire karar verildiği: Yılmaz, s. 847, yazar da bu uygulamayı yerinde bulmaktadır: s. 585 vd. Bu çerçevede, haksız sona erdirmeye gerekçesiyle beyan sahibinin ifayı kesmesi veya ifadan çekinmesi halinde ifanın temini için kural olarak ihtiyati tedbir kararı verilmemesi lazım gelir. İsviçre hukukunda uygulamasında bu yönde tedbir kararı verilebileceği hususunda: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1535; Silvain Marchand, “Le juge face à la résiliation douteuse d’un contrat de distribution exclusive”, **L’évolution récente du droit des obligations: travaux de la journée d’étude organisée à l’Université de Lausanne le 10 février 2004**, Lozan, 2004, s. 98; JdT 2000 I 163: “*Hakların etkin surette korunması bakımından, aynı zamanda, ifanın uzun süre boyunca kesilmiş olmasının, talep sahibinin talep sonucunu elde etmesini, müşteri çevresinin kaybı gibi büyük ölçüde veya tamamen imkânsız kılacak zararlara yol açacağı hallerde öncelenmiş ifa tedbirine karar verilmesi zorunlu görülebilir.*”

³⁰⁰ **Pekcanitez Usûl-Özkes**, s. 2447-2448

aşamalı olmalıdır. Haksız sona erdirme beyanı üzerine sözleşmeden doğan edimlere ilişkin olarak aynen ifa talebinde bulunmak isteyen sözleşme tarafı bakımından ilgili edimler muaccel ise, usulüne uygun olarak ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talebinde aynen ifa talebiyle birlikte bulunulmasında herhangi bir engel yoktur. Zira her iki geçici hukuki koruma önlemi de dava veya takibin, tedbir kararı verilmesinden bir süre sonra, dava veya takip esnasında istenmemiş ise, başlatılmasını gerekli kılmaktadır (HMK m. 397, İİK m. 264). Muaccel edimler açısından bu gereklilik herhangi bir engel teşkil etmez. Ancak bunların kural olarak ifaya değil, dava konusunun muhafazasına yönelik olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Muaccel olmayan edimler bakımından hukuki tablo farklıdır. Belirtildiği üzere haksız sona erdirme beyanı, sözleşmesel hükümlerin değişmesine yol açmaz, sözleşmeye aykırı bir fiil olarak sonuç doğurur. Bu itibarla beyan, sözleşme içeriğini değiştirmek suretiyle sözleşmeden doğan edimleri muaccel kılmaz ve bu itibarla aynen ifa talebinde bulunulması mümkün değildir. Bu olasılıkta aynen ifaya yönelik bir dava açılırsa istem, hâkim tarafından esastan³⁰¹ ve re'sen reddedilir. Başka bir ifadeyle muacceliyetin yokluğu itiraz teşkil eder. Çünkü bir alacak hakkı henüz muaccel olmadığından alacağa bağlı olan talep hakkı³⁰² da doğmamıştır ve bu hakkın yokluğu

³⁰¹ Bir görüş ise talep edilen alacağın muacceliyetini hukuki yararın varlığı kapsamında değerlendirmek suretiyle dava şartı kabul etmekte olup bunun usuli bir mesele olduğu sonucuna bu itibarla ulaşmaktadır (**Pekcanitez Usûl**-Pekcanitez, s. 948). Oysa davalının davayı kabul etmesiyle birlikte alacaklının elinde icraya elverişli bir hüküm bulunacağından fikrimizce muaccel olmayan bir alacak için dava açan kişinin hukuki yararının bulunmadığı savlanamaz.

³⁰² Talep, Al. MK §194 II hükmünde tanımlanmış olup birinden olumlu veya olumsuz bir eylemi yerine getirme hakkını ifade etmektedir. Borçlar hukukunda talep hakkıyla alacak hakkının özdeş olup olmadığı tartışmalı olsa da üstün tutulması gereken görüş alacak hakkının talep hakkın farklı olduğudur. Aksi yöndeki görüş, muaccel olmayan alacak hakkının var olmayacağı ve bu nedenle ifa edilemeyeceğini sonucunu kabule götürmektedir: Oğuzman/Barlas, N. 975 ve 978; von Tuhr/Peter, §2 IV b, s. 13; Cumalıoğlu, s. 85. Salt muaccel alacaklar bakımından özdeş olacağı yönünde karşı. Kocayusufpaşaoğlu, §4 N. 8. Genel olarak alacak hakkının talebin özel bir görünümü olduğu görüşü: Medicus/Petersen, §11 N. 75; Wolf/Neuner, §20 N. 27. Alman hukukundaki *betagten Forderung* (dayanak hukuki işlemin kendisi vadeye bağlıdır.) ve *befristeten Forderung* (dayanak hukuki işlem değil, o işlem kapsamında doğacak bizatihi alacak hakkı vadeye bağlıdır.) ayrımı (Wolf/Neuner, §53 N. 6; Medicus/Petersen, §52 N. 845; Flume, s. 730) da talep ve alacağın özdeş sayılması için dayanak teşkil edemez. Talebin, bazen alacakla eşanlımlı bazen muaccel alacak bazen de teknik anlamında kullanıldığı hakkında: Gauch/Schluep/Schmid, N. 80

nedeniyle davanın reddedilmesi, itiraza³⁰³ dayanır³⁰⁴. Dolayısıyla, geçici hukuki korunma önlemine karar verilmesinden dava veya takibin³⁰⁵ başlatılmasına kadarki süre içinde talep konusu alacağın muaccel olması ihtimali dışında, haksız dönme beyanına maruz kalan alacaklı için bu önlemlere başvurulması etkin bir koruma sağlayamaz. Nitekim bu durum da esasen haksız sona erdirme beyanlarına karşı diğer hukuki yöntemlerle koruma getirilmesi gerekliliğini bir başka açıdan ortaya koymaktadır³⁰⁶.

C. Sözleşmesel Edimlerin Askıya Alınması

1. Aynı Anda İfanın Kararlaştırılmış Olması

Haksız sona erdirme beyanına karşın, bu beyana muhatap olan sözleşme tarafı sözleşmeden dönme veya asli edim yerine olumlu zararın giderilmesini talep etme hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşme varlığını, haksız sona erdirme beyanında

³⁰³ Davanın esastan reddedilmesi ise def'i ve itiraz sebeplerine dayanabilir. İtirazda ileri sürülen hak yoktur, def'ide ise hak mevcut olsa da onun kullanımını geçici veya sürekli olarak baskılayan bir karşı hak bulunur (Oğuzman/Barlas, N. 1007 vd.; Eren, s. 71 vd.; Neslihan Çukadar, **Borç İlişkisinde Def'i ve İtirazlar**, Ankara, 2014, s. 39 vd.). Bunun haricinde dava temelinin yetersizliği olarak adlandırılan davanın esastan savunması olarak nitelendirilecek üçüncü bir savunma türü medeni hukuk açısından yoktur (Aksi yönde karşı: Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, 1962, s. 20 vd.; Cüneyt Pekmez, **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, İstanbul, 2019, s. 187; Oğuzman/Barlas, N. 1004; İlknur Serdar, "Tüketici Kredilerinde Kefaletin Türü Ve Kefile Başvurmanın Şartları", **İzmir Barosu Dergisi** Temmuz 2010, s. 103 vd.). Zira ileri sürülen vakıaların dayanılan hakkı doğurmaya yeterli olmaması hakkın var olmadığını ve itirazın bulunduğunu gösterir.

³⁰⁴ Dava açıldıktan sonra talep konusu muaccel olursa, itiraz ortadan kalkmış olacağı için davanın bu sebeple reddedilmesi mümkün değildir. Yargılama, sav ve savunmanın değiştirilmesi yasağının başladığı bir aşamada olsa dahi, muacceliyetin gerçekleşmesi bu yasaktan sonra gerçekleşen bir vakia olduğundan talep sahibi tarafından serbestçe ileri sürülebilecektir. Dava kesin hükme bağlandıktan sonra muacceliyet gerçekleştiği takdirde, muacceliyet kesin hüküm kapsamında kalmayacağı için açılacak dava kesin hüküm dava şartına takılmayacaktır (Kuru, s. 772; Hamide Özden Özkaya Ferendeci, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, 2009, s. 50). Kesin hükümden sonra gerçekleşen vakıaların kesin hüküm kapsamına girmeyeceği: **Pekantez Usul-Atalı**, C. III, s. 2072; Alangoya, s. 556

³⁰⁵ İhtiyati hacze muaccel olmayan bir para alacağı için başvurmak ancak İİK m. 257/II hükmündeki koşullar çerçevesinde mümkündür. Sözleşme tarafların birinin haksız sona erdirme beyanı ise tek başına hiçbir zaman ilgili hükümde yer alan koşulların gerçekleştiği anlamına gelmeyecektir.

³⁰⁶ Alman Hukukunda ise ZPO §259 hükmü daha farklı bir olanak tanımaktadır. İlgili hüküm uyarınca muacceliyetten önce ifa davası açma olanağı taniyan §257-258 hükümleri saklı kalmak üzere, koşullar borçlunun ifa etmeyeceğine yönelik haklı bir kuşunun doğumuna yol açıyorsa, hüküm edimin muacceliyetinde icra edilmek üzere ifa davası açılabilir ve ifanın reddini içeren beyanlar bu kapsama girer (Weidt, s. 170; Herbert Roth, "Die Klage auf künftige Leistung nach §§257-259", **Zeitschrift für Zivilprozess**, C. 98 (1985), s. 295 vd.; Edlef Lange, **Vorbereitung und Gefährdung der Leistung**, Tübingen, 1971, s. 126). Bununla birlikte söz konusu hüküm, muacceliyet anına kadar başkaca herhangi bir olanak sağlamamaktadır.

bulunan tarafın borçlu olduğu yapma edimleri haricinde³⁰⁷, olduğu gibi korur. Bu nedenle, haksız sona erdirmeye muhatap olan taraf da kendi edimleri bakımından borçlu sıfatını taşımaya devam eder³⁰⁸.

Haksız sona erdirme beyanında bulunan taraf, kendi alacaklı olduğu edimi talep ettiği takdirde³⁰⁹, haksız sona erdirme beyanına muhatap olmuş borçlunun, söz konusu olan tam iki taraflı sözleşme ve talep edilen karşılık ilişkisi içindeki edim olmak kaydıyla ödemezlik def'ine başvurup başvuramayacağı sorunu ortaya çıkar. Bu olasılıkta, karşılık ilişkisi içindeki kendi muaccel borcunu ifa etmemiş olan beyan sahibine karşı borçlu, ödemezlik def'ini ileri sürebilir³¹⁰. Genel hükümlerden kaynaklanan bu sonucun konu bakımından herhangi bir özelliği yoktur³¹¹. Beyan sahibi tarafından talep edilen edim, karşılık ilişkisi içinde yer almıyorsa, ödemezlik def'ine doğrudan veya kıyasen başvurma olanağı yoktur³¹².

Öte yandan, haksız sona erdirme beyanında bulunan taraf kendi borcunu beyandan önce ifa etmiş veya beyandan sonra usulüne uygun olarak ifayı teklif etmiş ise, borçlu ödemezlik def'i hakkına dayanma olanağını yitirir³¹³. Dolayısıyla ifa talebi üzerine, borcunu ifa etmeyen yahut edemeyen haksız sona erdirme beyanına muhatap olmuş borçlu, borçlu temerrüdünün bütün diğer koşulları sağlanmış ise, mütemerrit

³⁰⁷ Bölüm: 2,II,7,a

³⁰⁸ Weidt, s. 162; Jan, s. 133; **MünchK**-Emmerich (2001), §326 BGB, N. 34

³⁰⁹ Yukarıda ifade edildiği üzere, haksız sona erdirme beyanı kural olarak bağlayıcı olmadığından, söz konusu talebin yapılmasında herhangi bir engel olmadığı gibi esas itibarıyla haksız sona erdirme iradesinin sona erdiğini gösterir.

³¹⁰ Al. MK §320 I bakımından: Jan, s. 133; Frohberg, s. 163

³¹¹ Keza beyanda bulunanın talep ettiği edimler, henüz muaccel değilse yine genel hükümler gereği, durum itiraz olarak re'sen nazara alınır: Eren, s. 1018; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1108; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §6 N. 13; Belen, s. 205. Dava temelinin yetersizliği olarak: Pekmez, s. 186

³¹² Oğuzman/Öz, C. I, N. 1095; Antalya, C. III, s. 65; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §6 N. 10; **OFK**-Kostkiewicz, Art. 82 OR, N. 5, yazar bu çerçevede karşılık ilişkisi içindeki yan edimler için de bu def'ie başvurulabileceğini, ifa edilmediği takdirde asli edimini değersiz veya anlamsız kılacak edimlerin bu kapsamda mütalaa edileceğini kabul etmektedir. Aynı yönde: **CHK**-Wullschlegel, Art. 82 OR, N. 16; Alman hukukunda (Al. MK §320): **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 30; Medicus/Lorenz, N. 239; **BeckOK**-Bamberger, §320 BGB, N. 2 ve 12; **NomosK**-Schulze, §320 BGB, N. 3; **JauernigK**-Stadler, §320 BGB, N. 7. Ayrıca, TBK m. 97 kapsamına girmeyen durumlarda kişisel hapis hakkına dayanma olasılığı tartışılmalıdır. Bu hak için: Bilgehan Çetiner, **Hapis Hakkı**, İstanbul, 2010, s. 53-55; Pekmez, s. 381 vd.; Bucher, s. 311; **CR**-Hohl, Art. 82 CO, N. 9; **BK**-Weber, Art. 82 OR, N. 23 vd., yazar karşılık ilişkisi dışındaki edimler bakımından kanun boşluğu olduğunu, bunun kişisel hapis hakkıyla doldurulduğunu, bu çerçevede genel hapis hakkı gibi talep edilen edim veya ifadan kaçınılan edim arasında bir bağlantı olması gerektiğini ifade etmektedir.

³¹³ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1113

olur. Buna karşılık borçlunun temerrüde düşmesine yol açan, karşı tarafın kendi borcunu ifa etmeyeceğine olan güveni ise –örnek olarak haksız sona erdirme beyanı nedeniyle ifaya hazırlık fiilleri yerine getirilmemiş ise– borçlu bakımından temerrüdün kusura bağlı sonuçları gerçekleşmez³¹⁴. Buna karşılık, alacaklı olduğu edimin ifası veya ifasının teklif edildiği tarihten itibaren kendi edimini ifaya hazır olabileceği sürenin geçmesine rağmen kusuruyla ifayı eda etmezse, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarına da başvurulması olanaklı hale gelir³¹⁵. Zira borçlu temerrüdü, sonraki imkânsızlıktan farklı olarak, anlık surette gerçekleşen bir sözleşmeye aykırılık olmayıp ifanın mümkün olmasından kaynaklanan borca aykırı bir süreçtir. Bu süreç zarfında, borçlu ifa edebilecek konuma gelmesine karşın, ifadan kaçınırsa, temerrüdün kusura ilişkin hükümleri de uygulama alanı bulmak gerekir.

2. Haksız Dönme Beyanı Muhatabının Önce İfa ile Yükümlü Olması

Haksız sona erdirme beyanına muhatap olan taraf, bu beyana karşı herhangi bir hakkını kullanmadığı için sözleşmeyle bağlı kalmaya devam ediyor ve sözleşme uyarınca kendisinin karşılık ilişkisi çerçevesinde önce ifa etmesi gereken edim bulunuyorsa, haksız sona erdirme beyanına muhatap olmuş borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik bir def'i hakkının bulunup bulunamayacağı ayrı bir hukuki sorun oluşturmaktadır. TBK m. 97 hükmü, aynı anda ifası talep edilebilir³¹⁶ karşılıklı borçları kapsıyorken, TBK m. 98 hükmü ise sadece karşı edimin elde edilmesi hususunda karşı tarafın ifa güçsüzlüğü nedeniyle şüphe bulunduğu durumlar için bir def'i hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde, haksız sona erdirme beyanının varlığına karşın, önceden ifa yükümlülüğü³¹⁷ bulunan muhatap tarafı,

³¹⁴ Alman hukukunda karşı. Weidt, s. 162. Yazar, söz konusu hallerde Al. MK §320 (ödemezlik def'i) ve §321 (ifanın belirsizliği def'i) hükümlerine kural olarak başvurma olanağının bulunmadığını ancak §321 I hükmüne ilişkin gerekçede ifaya hazırlık eylemlerinin de önceden ifası gereken borç kapsamında değerlendirilebileceğinden hareketle §321 I'in kıyasen uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

³¹⁵ **CHK**-Furrer/Wey, Art. 103 OR

³¹⁶ Önce ifa kuralının kararlaştırıldığı hallerde, iki edim de muaccel hale gelene dek, fonksiyonel sinallagma kilitli haldedir: **BeckOK**-Schmidt, §320 BGB, N. 19; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §15 I 1; Muacceliyet gerçekleştikten sonra ödemezlik def'ini ileri sürmekte bir engel kalmaz: **NomosK**-Schulze, §320 BGB, N. 14; **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 24

³¹⁷ Sonradan iki edim de muaccel hale gelirse (*unbeständigen Vorleistungspflicht*), bu sefer doğrudan ödemezlik def'ine başvurulabilir: **CHK**-Wullschleger, Art. 82 OR, N. 25; **ZK**-Marius Schraner, 1991, Art. 82 OR, N. 117. Ayrıca: Medicus/Lorenz, N. 242

yükümlülüğünden sözleşme muhafaza edildiği halde geçici olarak koruyacak bir olanak, doğrudan doğruya düzenlenmiş değildir.

Haksız sona erdirme beyanında bulunan tarafa, kendi edimini ifa etmemiş oldukça veya ifasını teklif etmedikçe, sözleşmede yer alan önce ifa kuralından istifade etmek suretiyle alacaklı olduğu edimi elde etmek imkânı tanınmamak gerekir. Çünkü kendi edimini ifa etmeyeceğini haksız sona erdirme beyanı kapsamında açıklayan sözleşme tarafının, bu beyanından vazgeçmesi imkânı olmakla birlikte, kendi edimini ifa edeceğine dair haklı bir güven vermeden karşı tarafı ifaya zorlaması çelişkili bir davranış oluşturur. Başka bir deyişle, haksız sona erdirme beyanının yarattığı güvensizlik, bu şahsın kendi edimlerini ifaya arz etmesiyle ortadan kalkabilir³¹⁸. Bu itibarla söz konusu durumda, haksız sona erdirme beyanına muhatap olan tarafa karşı, haksız sona erdirme beyanında bulunan, muhatabın önce ifa yükümlülüğünden bahisle ödemezlik def'ini koşullarının gerçekleşmediği şeklinde bir itirazda MK m. 2 hükmü uyarınca bulunulamaz. Başka bir deyişle haksız sona erdirme beyanına muhatap olan taraf ödemezlik def'ini önce ifa yükümlülüğünün bulunmasına rağmen ileri sürebilir³¹⁹.

Alman hukukunda da gerek reform öncesinde gerek reform sonrasında, haksız sona erdirme beyanında bulunanın karşı tarafın önce ifa yükümlülüğüne dayanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Hukuki gerekçe de Al. MK §242'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır³²⁰. Zira haksız sona erdirme beyanı ile önceden ifa kararlaştırılmış olsa bile karşılık ilişkisi ciddi surette tehlikeye girmektedir ve artık

³¹⁸ Karş. Karşı edimin kayıtsız şartsız kabul edilmesinin yeterli olacağı şeklinde: Weidt, s. 165; **Staudinger**-Otto (2004), §320 BGB, N. 8; **MünchK**-Emmerich (2003), §320 BGB, N. 27

³¹⁹ Önce ifa borcunun kalkacağı şekilde: Feyzioğlu, s. 130. Bkz. Antalya, C. III, s. 66, yazar TBK m. 97 hükmünün kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir. Pekmez, s. 378 vd.; Bu yönde yorumlanmaya açık: **BK**-Weber, Art. 82 OR, N. 147; **ZK**-Schraner, Art. 82 OR, N. 120; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2209; Reform öncesi Al. MK kapsamında yasada düzenlenmeyen bir ödemezlik def'i durumu olduğu görüşünde karşı. Huber, **I**, s. 383; Gernhuber, s. 155. Bu şekilde açılan bir dava ödemezlik def'i nedeniyle reddedilirse oluşan kesin hüküm, sonradan ödemezlik def'ine başvurma olanağını kaldıran vakıaların gerçekleşmesiyle (örn.: haksız sona erdirme beyanında bulunan tarafın kendi edimini ifa etmiş olması) doğan hukuki duruma dayanılarak dava açılmasına engel olmaz. Kesin hükümden sonra gerçekleşen vakıaların kesin hüküm etkisi dışında kalacağı: **Pekcanitez Usûl**-Atalı, C. III, s. 2072.

³²⁰ Weidt, s. 165; Jan, s. 133; **Staudinger**-Otto (2004), §320 BGB, N. 8; **BeckOK**-Schmidt, §320 BGB, N. 20; Huber, **II**, § 53 V; **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 25-26; NJW 1997 938. Bununla birlikte reform sonrası Al. MK §321/I hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde görüşler de ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu hususta bkz. Weidt, s. 165 vd.; Ayrıca: **NomosK**-Schulze, §320 BGB, N. 9; **JauernigK**-Stadler, §320 BGB, N. 22

önceden ifa haksız sona erdirme beyanı muhatabından beklenemez hale gelir³²¹. Başka bir deyişle, bir edimin daha önce ifa edileceğinin kararlaştırılması, karşılıklılık ilişkisini bir nebze zayıflatsa dahi ortadan kaldırmaz³²². Başka bir görüş ise doğrudan doğruya haksız sona erdirme beyanı muhatabı olan önce edim borçlusuna ödemelik def'ine benzer bir def'iyi, çoğun için de azı da vardır ilkesinden hareketle (*a maiore ad minus*), haksız sona erdirme halinde sözleşmeyi sona erdirme hakkı ve olumlu zararın giderilmesi taleplerinin tanınıyor olması gerekçesiyle kabul etmektedir³²³. Hatta içtihatla daha ileri gidilmiş olup önce ifası lazım gelen edimin ifa anından itibaren, haksız sona erdirme beyanına muhatap olan önce edim borçlusunun kendine karşı açılan davada aynı anda edime mahkum edilmeyi isteme olanağı tanınmıştır³²⁴. Yine dürüstlük kuralına dayanmak suretiyle, karşı edimin muaccel olmamasını ileri sürme olanağı da yoktur³²⁵.

Türk hukuku açısından, kendi edimini ifa etmeden karşı edimini elde etmeye yönelik bir ifa talebine, muacceliyeti göz ardı ederek dürüstlük kuralı gerekçesiyle cevaz verilmesi olanaklı değildir. Ödemelik def'ine doğrudan başvurulabilecek hallerde, aynı anda ifaya (*Zug um Zug*) hükmedilmesinde bir engel olmamasına karşılık³²⁶, fikrimizce, haksız dönme söz konusu olsa dahi, haksız dönme beyanında

³²¹ Jan, s. 133; **MünchK**-Emmerich (2003), §320 BGB, N. 27; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, s. 375

³²² Weidt, s. 166

³²³ Huber, **I**, s. 383. Fikrimizce görüşün kabulü son derece güçtür. Sözleşme ilişkisini değiştiren veya sona erdiren yenilik doğuran haklar ile def'i hakkı arasında azlık-çokluk ilişkisi kuracak bir nitelik özdeşliği yoktur.

³²⁴ Huber, **I**, s. 374 vd.; **PalandtK**-Grüneberg, §320 BGB, N. 18; BGH, 15.5.1990, NJW 1990, s. 3009; Eleştiri: Uwe Hüffer, **Leistungsstörung durch Gläubigerhandeln**, Berlin, 1976, s. 207 vd.

³²⁵ Jan, s. 133; Weidt, s. 167, yazar, davalının ödemelik def'ini ileri sürmesi halinde aynı anda ifaya hükmedilmesinin gerektiğini, ifanın reddedilmesinin –bundan kaynaklanan haklar kullanılmadıkça- karşılıklılık bağına hanel getirmeyeceğini ileri sürmektedir.

³²⁶ Ahu Ayanoglu, “Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2008/2, S. 10, s. 464; **Pekcanitez Usûl**-Atalı, C. III, s. 1978-1979; Pekmez, s. 456 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2212; Yarg. 3. HD., 8.11.2017, 7472/15540 (Lexpera); Engel, s. 657. Bu olanak Alman hukukunda ise Al. MK §322 ile açıkça düzenlenmiştir. İsviçre’de: Schwenger, N. 62.07; Huguenin, N. 933; **BK**-Weber, Art. 82 OR, N. 225 ve 226, yazar davacının def'iyeye karşı savunma yapmadığı durumda aynı anda ifaya hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir; **ZK**-Schranner, Art. 82 OR, N. 207; **CR**-Hohl, Art. 82 CO, N. 13, karşı N. 14, yazar davacının yöneltilecek ödemelik def'ine karşı savunma yapmamış olması halinde davanın reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. **CHK**-Wullschleger, Art. 82 OR, N. 35. Aksi yönde: von Tuhr/Escher, s. 61; Bucher, s. 309; Kaniti, s. 171; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1116; Feyzioğlu, s. 138; Antalya, C. III, s. 70; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 153-154; Yarg. 19. HD., 22.10.2015, 1735/13471 (Lexpera); Bedelin depo edilmesi şeklinde: Yarg. 14. HD., 6.6.2017, 16693/4758 (Lexpera), depo kararlarıyla Yargıtay aynı anda ifaya karar verilmesinden kaçınmakta olup davanın salt ödemelik def'i

bulunanın tarafın, karşı tarafın muaccel edimine yönelik açtığı davada, beyan sahibinin henüz muaccel olmayan edimine ilişkin bir karar verilmemelidir. Dava esastan reddedilmekle yetinilmelidir.

D. Olumlu Zararın Giderilmesi

1. Genel Olarak

Olumlu zarar, bir borcun ifa edilmemesinden ötürü alacaklının uğradığı zararı³²⁷ ifade eder³²⁸. Başka bir deyişle, borç herhangi bir ihlal gerçekleşmeksizin ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı varsayımsal durum ile ihlal sonrasında bulunduğu gerçek durum arasındaki fark alacaklının uğramış olduğu zararı gösterir³²⁹. Başka bir deyişle alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleşmemesinden ileri gelen zarar, olumlu zarardır³³⁰.

Esas itibarıyla olumlu zarar, borç ilişkisinde yer alan bir borcun ihlal edilmesinden doğan zararı tanımlar. Daha açık bir deyişle, sadece sözleşmeye aykırılıktan doğan zarara özgü bir kavram değildir³³¹. Öyle ki haksız fiilden doğan tazmin borcu bakımından da sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu bakımından da olumlu zararın giderilmesi söz konusu olabilir³³². Zira her iki borç kaynağı

nedeniyle doğrudan reddedilmesinin de önüne geçmektedir. Uygulamadaki tevdi kurumunun hukuki dayanağına ilişkin değerlendirme: Pekmez, s. 458

³²⁷ Zararın doğumu ispatlanmadıkça tazminat söz konusu olmaz: Yarg. 19. HD., 23.1.2013, 15173/1179 (Kazancı) “..davalı yanca sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği ispat edilememiş ise de, davacının sözleşmenin feshi nedeniyle zarara uğradığını ispat edemediği, kur farkından doğan bir alacağının belirlenemediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş... ONANMASINA ...”

³²⁸ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1266; Gündoğdu, s. 268

³²⁹ Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 283

³³⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1266; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR, N. 2; **OFK**-Kostkiewicz, Art. 97 OR, N. 1; **BK**-Weber, Art. 97 OR, N. 9; **BSK**-Wiegand, Art. 97 OR, N. 3. Farklı yönde sözleşmenin ifası şeklinde: Cuendet, s. 61; Bucher, s. 342; Karş. Kılıçoğlu, s. 824, yazar TBK m. 112 kapsamında olumlu veya olumsuz zararın gerçekleşebileceğini ifade ederek, genel olarak TBK m. 112 kapsamında olumlu zararın doğacağını da belirtmiş olmaktadır. Ayrıca Karş. Huguenin, N. 873. Alman hukukunda borçlu temerrüdü açısından: Emmerich, **Leistungsstörungen**, §15 N. 14

³³¹ Kaldı ki TBK m. 112 hükmü genel olarak “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” başlığı altında düzenlenmiştir. Aksi yönde: Cuendet, s. 60-61; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2898, ancak yazar N. 2933’te İBK m. 97 vd. hükümlerinin bütün borçları kapsadığını belirtmektedir. Huguenin, N. 859; Mevcut bir borcun ihlal edilmiş olması gerekliliği ile Karş. Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 415; Aynı şekilde: **CR**-Thévenoz, Art. 97 CO, N. 4; İBK m. 97’nin İMK m. 7 atfıyla bütün borçlara uygulandığı şeklinde: Hans Giger, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, 2016, Art. 97 OR, N. 2

³³² Haksız fiil sorumluluğunda ise benzer senaryonun gerçekleşmesi çok düşük bir olasılıktır. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında ancak hükmedilen aynen tazminatın, giderim borçlusunun sorumlu olduğu bir sebeple cebri icrasının elde edilemez hale gelmesi halinde böyle bir olasılık gerçekleşebilir. TBK m. 112’nin bütün borç kaynaklarını kapsadığı hakkında: Kılıçoğlu, s. 822

açısından da borçlu, temerrüde düşebilir (TBK m. 117 hükmü uyarınca haksız fiilde tazminat borçlusunu her zaman ve sebepsiz zenginleşmede kötüniyetli iade borçlusunu her zaman mütemerrit addedilir.) ve bu borçlara temerrüde düşülmesinden kaynaklanan ve olumlu zararın bir görünümünü teşkil eden gecikme (temerrüt) zararı talep edilebilir. Bu itibarla olumlu zararın, sözleşmeden doğan borçlara özgü olduğunu ifade etmek hatalı olur³³³. Bir borcun gereği gibi ifa edilmesine olan menfaat (*Erfüllungsinteresse*) ile olumlu zarar tanımlanmalıdır. Sözleşme hukukuna özgü olan, olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki farklılıktır. Esasen sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olmaya karşılık gelen menfaati ifade eden olumsuz zarar³³⁴, tanımı itibarıyla sözleşmesel sorumluluğa özgüdür³³⁵.

Olumlu zararın giderilmesi genel olarak, TBK m. 112 kapsamında, edimin kötü ifası, ifanın borçlunun sorumlu olduğu bir nedenle imkânsızlaşması ve edimin ifasında temerrüde düşülmesi ile bu kapsamda gecikme (temerrüt) zararı, aşkın³³⁶ zarar³³⁷ ve

³³³ Karş. Fikentscher/Heinemann, §52 II, N. 608, yazarlar haksız fiilde sözleşmesel bir ifa istemi olmadığı gerekçesiyle ifa menfaatinden söz edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte haksız fiilin işlenmesinden sonra doğan tazminat borcu ilişkisinde, zarar görenin tazminat alacağı bakımından ifa menfaati bulunacaktır.

³³⁴ Ergüne, s. 27-28; Tümerdem, s. 249; CR-Thévenoz, Art. 97 CO, N. 35; BK-Weber, Art. 97 OR, N. 211

³³⁵ Bu yönde anlaşılabilir: Ergüne, s. 26. Zira haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sair kanuni borç kaynaklarından farklı olarak, sözleşmesel ilişki hükümsüzlük nedeniyle hiç doğmayabilir veya kanunda tanıyan imkânlarla hükümsüzleştirilebilir. Bu itibarla sözleşmesel ilişkinin varlığına ve hükümlerine duyulan güven korunmak gerekir. Oysa koşullarının gerçekleşmesiyle haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç ilişkisi hiç doğmamış gibi ortadan kaldırılamaz. Sözleşmesel ilişkilerin bu özelliği olumsuz zararı bu alana özgülemektedir. Karş. Fikentscher/Heinemann, §52 II, N. 608, yazarlar haksız fiilin sorumluluğunu pratik olarak olumsuz menfaatin korunmasına benzetmektedir, zira haksız fiil hiç işlenmeseydi malvarlığının bulunacağı durum esas alınmaktadır. Bu tespit, haksız fiille doğan tazminat borcu için yerindedir. Ancak doğmuş tazminat borcunun ifa edilmemesi bakımından bu tespit geçerliliğini korumaz. Kaldı ki olumsuz zararın giderilmesine yönelik olarak doğmuş tazminat borçlarının da gereği gibi ifa edilmemesi halinde yine borçların ifa edilmemesinden doğan olumlu zararın giderimi söz konusu olur.

³³⁶ Aşkın zarar, para borcunun ifasında temerrüde düşülmesiyle uğranılan ve temerrüt faizini aşan meblağdaki zararı ifade ettiğinden kurumu son derece isabetli şekilde açıklamaktadır. Aşkın sözcüğü ile gerçek sözcüğü birbirini nakzetmemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunundaki “munzam” sözcüğünü üstün tutan yerinde olmayan eleştiri için: Tümerdem, s. 181 dn. 498

³³⁷ Aşkın zararın, olumlu zararın görünümü olduğu konusunda: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 941; Barlas, **Temerrüt**, s. 189; Tümerdem, s. 181; Huguenin, N. 942; Bu yönde anlaşılabilir: Bucher, s. 306 ve 362; Ayrıca karşı. Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar**, Ankara, 2006, s. 116, yazar sözleşmeden doğan para borçları bakımından bu hususu kabul etmekte olup diğer para borçları bakımından konuya açıklık getirmemektedir. Sözleşme dışındaki kaynaklardan doğan para borçlarını nazara alarak özel bir tazminat olduğu fikrinde: Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği** Ankara, 2004, s. 117; Ayrıca karşı. Kılıçoğlu, s. 901, Yazar somut olayın niteliğine göre aşkın zararın olumlu veya olumsuz zarar oluşturabileceğini belirtmektedir. Fikrimizce aşkın zararın olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmesi olanaksızdır. Olumsuz zarar bir

ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi kapsamında söz konusu olur. Aşağıda da bu hususlara ilişkin olarak sözleşmenin haksız sona erdirilmesi bağlamında açıklamalara yer verilecektir.

2. Yapma Borçlarında

Haksız sona erdirme beyanına konu olan sözleşme kapsamında yer alan yapma borçları, beyanın söz konusu borçları ifa etmeme iradesi içermesinden ötürü, yukarıda arz edilen gerekçelerle sonraki imkânsızlığa uğrarlar. Bunun sonucunda, imkânsızlaşan borçlar sona erer ve genel ilkeler uygulama alanı bulur.

Haksız sona erdirme beyanında bulunan sözleşme tarafı, söz konusu borçların sona ermesine beyanıyla yol açtığı için kural olarak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin sonuçlar doğacaktır. Zira haksız sona erdirme beyanında bulunmak, yukarıda açıklandığı üzere, ancak yanılma kurumu çerçevesinde mazur görülebildiği ölçüde kusursuz bir sözleşme ihlali addedilebilir. Bu olasılık gerçekleştiği takdirde ise borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık (TBK m. 136) sonuçları doğmak gerekir.

Beyan sahibi, beyanından sorumlu olduğu takdirde ise TBK m. 112 uyarınca sona eren yapma borçlarının yerine, ikincil edim olarak, olumlu zararı giderim borcu doğar³³⁸. Olumlu zararı giderim borcunun hesaplanmasına ilişkin esaslarda aşağıda açıklanan ilkeler geçerli olacaktır.

3. Asli Edim Yükümlülüğünün Yanında Olumlu Zararın Giderilmesi

a. Gecikme (Temerrüt) Zararı

(1) Genel Olarak

Aynen ifa talebi kısmında açıklandığı üzere, haksız sona erdirme beyanı, yapma borçlarına ilişkin sonuçları saklı kalmak kaydıyla sözleşme içeriğini değiştirici

hukuki ilişkiye hiç girmemiş olmaya yönelik menfaati konu aldığından, olumsuz zararın giderilmesinin istendiği durumda, temerrüt faizine ve aşkın zararın kökenini oluşturacak para borcu da varlığını yitirmektedir. Sadece genel olarak olumsuz zarar hesaplanmaktadır. Aşkın zararın, haksız fiilden doğan tazminat borcuna ilişkin olarak doğabileceği de dikkate alınır, olumlu zarar kavramının salt sözleşmeden doğan borçlara özgü olmadığı bir kez daha görülür.

³³⁸ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1472 vd.; Gündoğdu, s. 199 vd.

bir etkide bulunmaz ve bu itibarla haksız sona erdirme beyanına muhatap olan taraf bakımından alacaklısı olduğu edimleri muacceliyet gerçekleşmeden aynen talep etme hakkı doğmaz. Başka bir deyişle haksız sona erdirme beyanı, muacceliyete etkili olmaz.

TBK m. 118 hükmü uyarınca, haksız sona erdirme beyanı alacaklısı aynen ifayı talep etme hakkının³³⁹ doğmasıyla ve borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi şartıyla³⁴⁰ ve borçlu temerrütten sorumlu olduğu ölçüde³⁴¹, gecikme (temerrüt) tazminatı da talep etme hakkı kazanır³⁴². Alacaklı, borçluya karşı ifası borçlanılan edimin, temerrüde düşülmeksizin³⁴³ ifa edilmiş olması halinde içinde alacaklının bulunacağı malvarlığı durumuna getirmeye yönelik bir talep hakkı kazanmış olur³⁴⁴. Borcun gereği gibi ifa edilmiş olması halindeki durumun tazmin edilmesi istendiğinden, TBK m. 112 hükmünün bir görünümü olarak TBK m. 118, olumlu zararın tazmin edilmesini

³³⁹ Muacceliyetin gerçekleşmesi üzerine, alacak hakkına ilişkin talep hakkı doğar.

³⁴⁰ Haksız dönme beyanı bağlamında borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi, alacak hakkının muaccel olmasıyla kendiliğinden gerçekleşir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, haksız dönme beyanı borçlu temerrüdü için ihtar külfetidir.

³⁴¹ Bu bağlamda temerrüde kusurla düşülmesi ve kusurla temerrütte kalınması olduğu kadar, borçlunun ifa yardımcısı nedeniyle mütemerrit olması gibi kusurundan bağımsız surette sorumlu olduğu haller girer. Kusursuzluğunu ispatlamak ise, TBK m. 118'de genel ilkeye (TBK m. 112) koşut olarak borçluya yüklenmiştir. Ayrıca, temerrüt bir borca aykırılık süreci oluşturduğundan, başka bir deyişle anlık bir sözleşme ihlali teşkil etmediği için, borçlu başlangıçta sorumlu olmasa dahi sonradan temerrüdün devam ettirmesi bakımından sorumlu olabilir ve o an itibarıyla gecikme (temerrüt) zararından sorumludur. Aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesi açısından: **CHK-Furrer/Wey**, Art. 103 OR, N. 23

³⁴² Bununla birlikte ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılmışsa, kural olarak emredici olmayan borçlu temerrüdünün yerini cezai şart düzenlemesi alır. Şu kadar ki, cezai şartla karşılanmayacak bir gecikme (temerrüt) zararı doğmuş ise TBK m. 180/II hükmü dairesinde cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı aşan zarar talep edilebilir: Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 240.3; Kocaağa, s. 315. Diğer yandan cezai şart bağlanan borç para borcu ise (Mümkün olduğu hakkında: Kocaağa, s.68-69; Erdem, s. 73-75) cezai şart temerrüt faizine tanınan sınırlamalar ölçüsünde hüküm ifade edebilir (Kocaağa, s. 70; Erdem, s. 74 ve orada anılan temerrüt faizi sınırlamasının olduğu dönme ilişkin olarak kararlar: Yarg. 4. HD, 7.12.1965, 9146/6973; Yarg. 4. HD, 15.11.1965, 6592/5919).

³⁴³ Bu itibarla salt ifada gecikilmesi, bu kapsamda bir tazminatın doğması için yeterli değildir. Başka bir deyişle sadece gecikme suretiyle gerçekleşen borca aykırılık yasal sorumluluk rejimi tarafından tazminat sorumluluğunun doğması için yeterli görülmemiştir, borçlu temerrüdü de gerçekleşmelidir: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1585; Feyzioğlu, s. 243; Barlas, **Temerrüt**, s. 116; Kılıçoğlu, s. 893; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 189.1; Yıldız, s. 86; Schenker, N. 257; **BK-Becker**, Art. 103 OR, N. 12; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 103 OR, N. 1; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 103 OR, N. 17

³⁴⁴ Vaktinde olan ifaya menfaat şeklinde: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 482; Schenker, N. 255; Gecikmeden ifaya olan menfaat: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1582-1583; Şunu belirtmek gerekir ki salt borcun temerrütle ifa edilmiş olmasından kaynaklanan zararın giderilmesini amaçlar şeklinde bir ifade kullanmak yetersiz olacaktır. Zira bu talep, her halükârda borcun ifa edilmemiş olmasından doğan bir zararı gidermeye yönelik olduğu gibi, aynen ifa talebi ileri sürülmeden dahi tek başına dava edilebilmektedir. Başka bir deyişle talep, geç ifa edilmiş olmaktan değil henüz ifa edilmemiş olmaktan ileri gelmektedir.

sağlar³⁴⁵. Bu tazminat TBK m. 118 hükmü ve kenar başlığında “gecikme tazminatı” olarak adlandırılmış olsa da, tazminatın doğumu için gecikmenin yetersiz olduğu ve borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinin gerektiği dikkate alındığında, temerrüt tazminatı teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı fikrindeyiz. Bununla birlikte çalışmada alışılmış ve yasal terim olarak gecikme tazminatı terimi de yok sayılmamış olup gecikme (temerrüt) tazminatı/zararı ifadesi kullanılmıştır.

Esasen borçlunun sorumluluğuna bağlı sonuçlarından biri olarak, gecikme (temerrüt) zararından sorumluluk bir özellik arz etmez³⁴⁶. Keza bir tazminat kalemi olarak, zararın ispatı, hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi gibi sair hususlar da genel hükümlere tabidir.

Birincil edim niteliğindeki aynen ifa talebiyle, ikincil edim niteliğindeki gecikme (temerrüt) zararını giderim hakkı arasında fer’ilik ilişkisi yoktur. Başka bir deyişle, gecikme (temerrüt) zararının doğumu birincil edimin varlığına³⁴⁷ bağlı olsa da, sona ermeleri açısından böyle bir bağıllık söz konusu değildir. Birincil edim imkânsızlık nedeniyle sona ererse, imkânsızlık anına kadar işleyen gecikme (temerrüt) zararını tazmin borcu varlığını korur. Dolayısıyla birinin sona ermesi, diğerinin de

³⁴⁵ Barlas, **Temerrüt**, s. 116; Belen, s. 282; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 482; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1583; Feyzioğlu, s. 243; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 923; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 189.1; Ayan, s. 184; Ramoni, N. 24; Bucher, s. 260; Schenker, N. 266; Huguenin, N. 942; Schenker, N. 266; **BK-Weber**, Art. 103 OR, N. 10; Engel, s. 691; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2674; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 103 OR, N. 2; Ancak tam olarak olumlu zarar olarak sayılamayacağı görüşü: **BK-Weber**, Art. 103 OR, N. 15 ve 36 yazar ifa zamanı menfaatinin (*Zeitinteresse*) giderildiğini belirtmektedir. Yine ifa zamanı menfaati şeklinde: **OFK-Kostkiewicz**, Art. 103 OR, N. 5

³⁴⁶ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1586; **CR-Thévenoz**, Art. 103 CO, N. 6; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 103 OR, N. 7

³⁴⁷ Birincil edim imkânsızlık nedeniyle sona ermiş durumda ise artık borçlu temerrüdü sonuçları doğamaz. Sadece imkânsızlığın sonuçları söz konusu olur.

sona ermesine³⁴⁸ yol açmaz; ayrı ayrı talep edilebilir³⁴⁹, ayrı ayrı temlik edilebilir³⁵⁰, her biri kendi hükümleri çerçevesinde zamanaşımına tabi olur³⁵¹.

³⁴⁸ Şu kadar ki, aynen ifa talebinin sona ermesi halinde, temerrüt olgusu sona erip koşullarına göre TBK m. 112 veya TBK m. 136 hükmü uygulanacağından, temerrüdün sona ermesi nedeniyle gecikme (temerrüt) zararı da ondan itibaren devam etmez. Zarar doğmuş olduğu ölçüde tazminat talebi varlığını korur. Oğuzman/Öz, C. I, N. 1589

³⁴⁹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1583; Kurt, **Temerrüt**, s. 209; Bununla birlikte, aynen ifa talebinde bulunulmaksızın salt gecikme (temerrüt) zararının dava edilmesi olasılığı daha dikkatli değerlendirilmek gerekir. Bir yandan zararın giderilmesini talep ederken diğer yandan zararın doğumuna kaynaklık eden olgunun sona erdirilmesine ilişkin istemden kaçınmak, davacının davadan sonra da işlemeye devam edecek gecikme (temerrüt) zararını arttırmaya yönelik tutumdur. Bunun doğrudan doğruya hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmesi her ne kadar mümkün olmasa da, sonradan işleyecek gecikme (temerrüt) zararına ilişkin tazminat taleplerinde kuşkusuz birlikte kusur olarak değerlendirilecektir. Mevcut talep bakımından ise tek başına gecikme (temerrüt) zararının giderilmesinin talep edilmesi birlikte kusur olarak mütalaa edilmeye fikrimizce yeterli değildir. El atmanın önlenmesi davası açılmadan ecri misil talep edilen ve bu itibarla aynen ifa talep edilmeden gecikme (temerrüt) zararının istenmesine benzetilebilecek bir uyumsuzlukta ise Yargıtay ecri misil talebinin MK m. 2'ye aykırı olacağı sonucuna varmıştır: Yarg. HGK., 23.1.1991, 3-529/2 (Kazancı). Aynen ifadan vazgeçip yalnız gecikme (temerrüt) tazminatı talep edilemeyeceği görüşünde: Eren, s. 1130

³⁵⁰ Bu bağlamda üç ayrı olasılığın değerlendirilmesi gerekir. Birinci olarak, hem asli edimin ifasına yönelik alacak hem de gecikme (temerrüt) tazminatına ilişkin alacak temlik edilmiş olabilir. Bu durumda, gecikme (temerrüt) zararı, asli edimi de temellük eden alacaklının malvarlığı durumu nazara alınarak hesaplanmak gerekir. Şu kadar ki aynı zamanda, bu şekilde tazminatın, alacak hiç temlik edilmemiş olsaydı ulaşacağı tutarla sınırlanması lazım gelir. Zira alacağın temliki, rızasına gerek görülmeyen borçlunun durumunu hiçbir şekilde kötüleştirmez. İkinci olasılık, asli edime ilişkin alacak hakkı devredilmezken, gecikme (temerrüt) tazminatına ilişkin alacağın temlik edilmiş olmasıdır. Bu durumda gecikme (temerrüt) tazminatı, asli edim alacaklısının ifa menfaati bakımından hesaplanır. Son olasılıkta ise, gecikme (temerrüt) tazminatı alacak hakkı devredilmezken, asli edime ilişkin alacak hakkı temlik edilmiş olabilir. Bu son hal de alacağın devrinde borçlunun korunması ilkesi uyarınca birinci olasılıkla aynı kurallara tabi olacaktır.

³⁵¹ Fer'i alacaklara özgü olan TBK m. 152 hükmünün uygulanma olanağı yoktur (Karş. Tümerdem, s. 170). Bu kapsamda, temerrüt nedeniyle zarar doğduğu anda, tazminat borcu da doğar ve derhal muaccel olur. Dolayısıyla zamanaşımının işlemesi, zararın doğumuyla aynı anda gerçekleşecektir (Aynı yönde: Yıldız, s. 96; Aksi yönde asıl alacağın zamanaşımına bağlı olduğu görüşünde: Gauch/Schluep/Emmengger, N. 2677; Bucher, s. 455, 460; **CR**-Thévenoz, Art. 103 CO, N. 15; **BK**-Weber, Art. 103 OR, N. 64; Schwenzer, N. 84.14, Bu görüş ise sonuç olarak istisnai şekilde doğmamış gecikme (temerrüt) zararı giderim talebine zamanaşımı işletilmesi sonucuna varmaktadır.). Tazminat alacağı ise doğduğu borç ilişkisinden doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olur. Bu alacağı, bağımsız ve yeni bir talep hakkı olduğu gerekçesiyle TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmak mümkün değildir. Zira bu mantığın izlenmesi halinde tüm sözleşmesel tazminat talepleri on yıllık zamanaşımına tabi tutulmak ve yasadaki zamanaşımına ilişkin hükümleri aksine açıklık bulunmadıkça birincil edimlere özgü anlamak gerekir. Aksi yönde: Yıldız, s. 96; Schenker, N. 272; Aşkın zarar tazminat talebi açısından: Barlas, **Temerrüt**, s. 226. Öte yandan tazminat tutarının belirlenebilir olmadığı gibi bir gerekçeyle muacceliyetin gerçekleşmeyeceğinin ileri sürülmesi de kabul edilemez, zira 6102 sayılı HMK'nda tanından belirsiz alacak davası ile bu türlü tazminat talepleri için dahi dava açılma olanağı artık tanınmıştır. Genel olarak ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşme ihlallerinde tazminatın zararın doğduğu anda değil sözleşmeye aykırı eylemin yapıldığı tarih yönündeki içtihadı (İFM, 29.5.2018, 4A_558/2017; ATF 137 III 16; ATF 122 III 10; ATF 87 II 155) ve bu yöndeki öğretisi (Huguenin, N. 2251; Schwenzer, N. 84.14; **BSK**-Däppen, Art. 130 OR, N. 11a; **BK**-Weber, Art. 97 OR, N. 52) de kabul edilemez. Böylesi bir zamanaşımı kurgusu haksız fiillere özgü TBK m. 72 (İBK m. 60)'de mutlak zamanaşımı süresine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Alacağına ilişkin zamanaşımına dair genel kural ise muacceliyetle zamanaşımının işlemesi olup muacceliyet de alacağın doğmuş olmasını

(2) Para Borçlarında

Borçlu temerrüdüne düşülen edim, para borcu niteliğinde ise hukuki durum bir ölçüde farklılık gösterir. Kanun koyucu para borçları bakımından TBK m. 118 hükmüne doğrudan başvurulması yerine TBK m. 120 vd. hükümleriyle temerrüt faizi yaptırımını öngörmüştür. Buna göre borçlu temerrüdünün gerçekleşmesiyle, TBK m. 121 hükmü saklı kalmak üzere, temerrüdü izleyen günden itibaren³⁵², temerrüt nedeniyle bir zarara uğranılmasına gerek kalmadan, temerrüde kusursuz bile düşülmüş olsa temerrüt faizi işler³⁵³.

Bununla birlikte borçlu temerrüdü nedeniyle bir zarara uğranılmışsa ve bu zararın tutarı temerrüt faizini aşıyorsa, genel kurala dönülür³⁵⁴. Temerrüt faiziyle karşılanmayan zarar tutarı için TBK m. 112 ve 118 hükümlerinin tekrarı niteliğindeki TBK m. 122/I uyarınca talepte bulunulabilir³⁵⁵. Aşkın zarar, gecikme (temerrüt) tazminatı ile bu nedenle aynı özellikleri gösterir. Diğer yandan aşkın zararın talep edilebileceğinin öngörülmesi, temerrüt faizinin de özü itibarıyla alacaklının zararını giderme işlevi taşıdığına işaret eder. Ancak temerrüt faizinin doğumu için, belirtildiği üzere, alacaklının gerçek anlamda zarara uğramasına gerek yoktur. Borçlu temerrüdüyle birlikte ve temerrüt sürdükçe temerrüt faizi tutarında zararın doğduğu yönünde bir kanuni varsayım (faraziye) söz konusudur. Bununla birlikte alacağın

gerektirir (**CR**-Pichonnaz, Art. 130 CO, N. 5e ve 5j; **ZK**-Higi, Art. 259e OR, N. 3). Birincil edimin yerine gelen tazminat istemlerinde ise asıl alacağa ilişkin işlemeye başlamış zamanaşımının devam edeceğinin kabul edilmesi (Huguenin, N. 2251; **OFK**-Schwander, Art. 130 OR, N. 1; **CHK**-Killias/Wiger, Art. 130 OR, N. 4; **CR**-Pichonnaz, Art. 130 CO, N. 5i; **BSK**-Däppen, Art. 130 OR, N. 11; Keller/Schöbi, s. 135; ATF 119 II 216; Aksi yönde isabetli şekilde zararın doğumunda başlayacağı fikrinde: **ZK**-Stephen V. Berti, 2002, Art. 130 OR, N. 129; Bu yönde anlaşılabilir: İFM, 20.12.2017, 4A_148/2017) ancak tazminat (ikincil alacak) alacağının doğmayıp mevcut birincil edimin ona dönüşmesiyle kuramsal olarak temellendirilebilir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere bu kabulde fikrimizce isabet yoktur. Mevcut haliyle Federal Mahkeme uygulaması ve çoğunluktaki İsviçre öğretisi İBK m. 130 hükmünü salt birincil edimlerle sınırlamakta olup böyle bir uygulamaya dayanak oluşturacak açık bir düzenleme hükümde yer almamaktadır.

³⁵² Barlas, **Temerrüt**, s. 172; Ayrancı, s. 103; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1624; Feyzioğlu, s. 250; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1297; **CR**-Thévenoz, Art. 104 CO, N. 9; Schenker, N. 376

³⁵³ Belen, s. 288; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 484-485; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1600-1602; Feyzioğlu, s. 247; Eren, s. 1128; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1295; **CR**-Thévenoz, Art. 104 CO, N. 4; Huguenin, N. 939

³⁵⁴ Feyzioğlu, s. 252; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2674

³⁵⁵ Belen, s. 295; Kılıçoğlu, s. 902-903; Yıldız, s. 136; Ramoni, N. 41-42; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 106 OR, N. 2; Ayrıca: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1291 ve 1298; **CR**-Thévenoz, Art. 106 CO, N. 1; Bucher, s. 362; Karş. Huguenin, N. 942, yazar aşkın zarara ilişkin düzenlemenin para borçlarında gecikme (temerrüt) zararına ilişkin boşluğu doldurduğunu ifade etmektedir. **BK**-Weber, Art. 106 OR, N. 5, yazar aşkın zarar hükmünün İBK m. 103 (TBK m. 118) hükmünü somutlaştırdığını belirtmektedir.

doğum anı yönünden temerrüt faizi farklılık gösterir. Tazminat alacağıının doğumu zarara bağlı olduğundan, zarar gerçekleşmeden tazminat talepleri doğmazken, temerrüt faizinde varsayımsal zarar temerrütle birlikte doğduğu için borçlu temerrüdünün gerçekleştiği anı izleyen günden itibaren temerrüt faizi alacağı doğar ve işler. Zamanaşımı açısından, temerrüt faizi, TBK m. 147 hükmü salt anapara faizini kapsadığı için genel kurala tabi olur³⁵⁶. Bu bakımdan temerrüt faizi alacağına TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı uygulanmak gerekir³⁵⁷. TBK m. 152 hükmünün varlığı da faiz alacağıının, asıl alacağın doğduğu hukuki ilişkiden farklı bir zamanaşımı süresine tabi olacağını örtülü olarak gösterir. Asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin dolmasıyla temerrüt faizinin zamanaşımına uğraması TBK m. 152 hükmü icabı ve fer'ilik nedeniyle gerçekleşmektedir³⁵⁸. Temerrüt faizine ilişkin kendine özgü zamanaşımı süresinin dolmasıyla zamanaşımının gerçekleşmesi söz konusu olmamaktadır.

b. Diğer Zararlar

Haksız sona erdirmeye beyanı, muhatap bakımından, henüz sözleşmeden dönme veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakları kullanılmamış olsa dahi, gecikme (temerrüt) zararı kavramı dâhilinde değerlendirilemeyecek zararlara yol açmış olabilir. Örnek olarak, muhatap söz konusu beyanın hukuki sonuçlarına ilişkin olarak bir uzmandan aldığı hukuki yardım almış³⁵⁹ olabilir.

Söz konusu zararlar, herhangi bir edimin ifasında temerrüde düşülmüş olması veya ifanın imkânsızlaşmasından kaynaklanmamaktadır³⁶⁰. Haksız sona erdirmeye

³⁵⁶ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1925; Feyzioğlu, s. 554; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1562; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, 2010, s. 63

³⁵⁷ Barlas, **Temerrüt**, s. 186; Feyzioğlu, s. 554; Huguenin, N. 2236

³⁵⁸ Huguenin, N. 2236; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 104 OR, N. 2; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 104 OR, N. 6; Asıl alacakla aynı zamanaşımı şeklinde: Engel, s. 807; Beş yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği fikrinde: **CR-Pichonnaz**, Art. 128 CO, N. 8

³⁵⁹ Weidt, s. 227; Gernhuber, s. 154. Başka bir örnek olarak konsere çıkmayacağını beyan eden ama sonradan konsere çıkan sanatçının, bu beyanının aleniyet kazanması nedeniyle konser bileti satışlarının düşmesi verilmektedir: Vanwijck-Alexandre, s. 127-128 dn. 4

³⁶⁰ Bu itibarla tazmin edilmesi için de asli edimde ifanın gerçekleşmesine veya ifa zamanının beklenmesine gerek yoktur. Kaldı ki haksız sona erdirmeye beyanın yapıldığı an ile asli edimin ifa zamanı arasında büyük bir fasıla bulunuyorsa, bu süre zarfında zararın giderilmesi olanağından zarara uğrayan tarafı yoksun bırakmak yerinde olmaz. İngiliz hukukunda ise *anticipatory breach* bağlamında sözleşmenin korunması yoluna gidildiği takdirde herhangi bir şekilde tazminat sorumluluğunun doğmayacağı fikri egemendir: Weidt, s. 227

beyanının muhatabının uğradığı zararın temelinde, haksız sona erdirmeye beyanıyla yaratılan güvensizlik yer almaktadır. Bununla birlikte yaratılmış güvensizlik tek başına zararın giderilmesine yönelik bir tazminat talebine hukuki sebep teşkil etmez. Haksız sona erdirmeye beyanının, sözleşmeye aykırı bir eylem vasfıyla, aynı zamanda³⁶¹ sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmesi lazım gelir³⁶².

Sözleşmesel sorumluluğun doğumuna dayanak sağlayacak borç, sözleşmenin karşı tarafının menfaatlerini gözetme yükümlülüğü kapsamında somutlaşmış olan, sözleşmenin kurulmasıyla taraflar arasında karşılıklı olarak varlık kazanan sözleşmenin amacına aykırı hareketle bulunmamak (*Leistungstreuepflicht*)³⁶³ borcudur³⁶⁴. Bu borç her sözleşme kapsamında doğar ve sözleşme tarafları arasındaki bağlılık arttıkça³⁶⁵ daha ağır bir içerik kazanır. Bu borç, dürüstlük kuralından doğan bir yan borç³⁶⁶ niteliği taşır ve taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla ortaya çıkar³⁶⁷. Sözleşmenin haksız sona erdirilmesi beyanı, bu borca aykırılığın açık örnekleri arasında yer alır³⁶⁸. Dolayısıyla, haksız sona erdirmeye beyanı sözleşme

³⁶¹ Haksız sona erdirmeye beyanı, hem borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlayan bir asli edim ihlali olduğu kadar aynı zamanda sözleşmeden doğan diğer borçların da ihlaline yol açabilir. Zira tek bir eylem, sözleşmeden doğan birden fazla borca aynı anda aykırı olabilir.

³⁶² Daha açık bir deyişle, esas olarak sorumluluğu doğuran sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olmasıdır. Sözleşmeden doğan en az bir borç ihlal edilmedikçe sözleşmeye aykırılık söz konusu olamaz.

³⁶³ Bu borç kapsamında genel olarak tarafların tüm işbirliği ve destekleme yükümlülüklerinin yer aldığı hususunda: **Staudinger**-Olzen, §241 BGB, N. 176; **BeckOK**-Sutschet, §241 BGB, N. 55

³⁶⁴ Weidt, s. 228; Yan borçların sözleşme ilişkisi içinde yer almakla, temelini dürüstlük kuralı, kanun hükmü veya taraf iradelerinde bulsa da sözleşme içeriğinden sayılacağı hakkında: Patrick Middendorf, **Nachwirkende Vertragspflichten**, Freiburg, 2002, N. 11. Bu yönde yorumlanmaya elverişli: Engel, s. 706

³⁶⁵ Örnek olarak, sürekli borç ilişkisi borç doğuran sözleşmeler veya taraflar arasında kişisel bağlılığın daha kuvvetli olduğu vekâlet ve hizmet sözleşmeleri verilebilir (Sürekli borç ilişkilerinde güven ilişkisi açısından: Seliçi, s. 35-36). Ayrıca, haksız fesih beyanının bu kapsamda, tazminat sorumluluğu açacağı hususunda: Kochendörfer, s. 144

³⁶⁶ İfanın gerçekleşmesinden sonra ise, ifa sonucunda taraflara yapılan kazandırma ilgililerin malvarlığında yer alacağı için, malvarlığının mevcudunu koruma açısından, kazandırmalara zarar verilmesi, koruma yükümlülüğü ihlali olarak değerlendirilmek gerekir: Middendorf, N. 179

³⁶⁷ Alman hukuku bakımından da dayanak, açık düzenleme olarak Al. MK §241/II hükmünde bulunmaktadır: **MünchK**-Ernst, §280 BGB, N. 94. Reform öncesinde ise Türk hukukunda söz konusu olduğu gibi dayanak olarak dürüstlük kuralı (§242 BGB) kabul edilmekteydi: Helmut Köhler, "Vertragliche Unterlassungspflichten", **AcP**, C. 190 S. 5 (1990), s. 498. Borcun ihlali sonucunda tazminat sorumluluğunun doğacağı hakkında: **Staudinger**-Olzen, §241 BGB, N. 550. İhlal sözleşme ilişkisini çekilmez kılıyorsa ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi veya tam iki taraflı sözleşmelerde sözleşmeden dönülmesi de Alman hukukunda, Türk hukukunun aksine, mümkün kılınmıştır: Al. MK §280/III atfıyla uygulanan §282 ile §324. Sözleşme kurulmadan önce de edimden bağımsız borç ilişkisi kapsamında kurulacak sözleşmenin amacına uygun davranma borcu olarak olur.

³⁶⁸ **Staudinger**-Olzen, §241 BGB, N. 524; **BeckOK**-Sutschet, §241 BGB, N. 50, özellikle ifanın reddi ve haksız fesih bakımından: N. 51 ve 53; **MünchK**-Ernst, §280 BGB, N. 95 ve 96, Yazar hukuki temelden yoksun talep ve hakların dermeyan edilmesinin bu kapsamda olduğunu vurgulamaktadır.

amacına aykırı harekette bulunma borcuna aykırılık oluşturduğundan, bu beyanın muhatabına ulaşmasıyla sözleşmeye aykırı eylem³⁶⁹ tamamlanır ve bundan bir zarar doğduğu anda beyan muhatabı tarafından tazmini talep edilebilir.

Bu kapsamda tazminat talebi doğrudan TBK m. 112'ye dayanır ve olumlu zararın giderilmesine (sözleşme amacını tehlikeye atmama borcunun gereği gibi ifa edilmiş olması) yönelik olur. Bu talebin tabi olduğu esaslar, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin genel ilkelere tabi olur. Dolayısıyla tazminat, zararın doğduğu an itibarıyla³⁷⁰ TBK m. 50-52 hükümlerine göre belirlenir, talebe ilişkin zamanaşımı zarar doğduğu andan itibaren sözleşmenin tabi olduğu süre kapsamında işlemeye başlar. Haksız dönme beyanında bulunanın sorumlu tutulamayacağı beyan sahibi tarafından ispatlanırsa, söz konusu zararların giderilmesi talep edilemez.

4. İfa Yerine Olumlu Zararın Giderilmesi

a. Genel Olarak

Haksız sona erdirmeye beyanı sonucunda, beyan muhatabının, muhatabın alacaklı olduğu asli edim muaccel ise doğrudan, değilse kıyasen (MK m. 1/II uyarınca) uygulanacak borçlu temerrüdü hükümleriyle, muhatabın kullanabileceği haklardan biri asli edimin ifasından vazgeçmek suretiyle olumlu zararının giderilmesini

Haksız dönme ve genel olarak haksız yenilik doğuran hak kullanımı bakımından: Christoph Thole, "Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung", **AcP**, C. 209, S. 3-4 (Ağustos 2009), s. 502 ve 528; Karş. **BeckOK-Sutschet**, §241 BGB, N. 54. Yargı süreci dışında böyle bir talebin yan borç ihlali nedeniyle sorumluluk doğurabileceği yönünde: BGHZ 179, 238. Haksız fesih bakımından: BGHZ 89, 296; BGH NJW 1988, 1269. Yargılama kapsamında ileri sürmenin herhangi bir aykırılık teşkil etmediği hakkında: **Staudinger-Olzen**, §241 BGB, N. 524; BGH NJW 2008, 1147.

³⁶⁹ Beyanın bir olgu olarak imkânsızlığa yol açtığı şeklinde: Oğuzman, s. 147

³⁷⁰ TBK m. 117 hükmüyle haksız fiillerde tazminat talebine ilişkin temerrüt faizinin haksız fiilin ika edildiği tarihte işleyeceği düzenlenmiş olması, kural olarak Türk hukukunda zararın belirlenme anı olarak zararın doğumunun belirlendiğini göstermektedir. Zira hüküm anı esas alınmış olsaydı ayrıca temerrüt faizinin işletilmesine gerek kalmazdı (Yargılama kapsamında hükmedilen faizin temerrüt faizi niteliği taşıdığı hakkında: Barlas, **Temerrüt**, s. 133). Bu itibarla TBK m. 75 hükmünün uygulandığı ihtimaller dışında haksız fiil ve sözleşmesel sorumlulukta (TBK m. 114/II gereği) zararın hesaplanmasında hüküm anı dikkate alınmaz, doğum anı dikkate alınmak gerekir TBK m. 75 hükmü uygulandığı takdirde de faiz karar tarihi itibarıyla işler. Haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi hususunda, zararın hükümden önceki bir tarihe göre belirlendiği durumlarda faize de hükmedilmesi gerekeceği konusunda: Oğuzman/Öz, C. II, N. 264; Bu yönde anlaşılabilir: Kılıçoğlu, s. 534-535; Bu yöndeki Yargıtay uygulaması: Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 128.6; TBK m. 117 hükmünü göz ardı ederek TBK m. 75'i genel esas kabul eden aksi yöndeki görüş: Eren, s. 752, ancak yazar zarara doğduğu an itibarıyla faiz işletilmesi gerektiğini de ifade etmektedir: s. 753; Zararın doğumuyla talep doğduğu için zarar anının dikkate alınması gerektiği yönünde: ATF 130 II 597

istemektir (TBK m. 125/II). Bu bölümde, öncelikle bu hakkın kullanılmasına ilişkin koşullar değerlendirildikten sonra, hakkın sonuçları ve bu bağlamda olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminatın belirlenmesi hususlarına değinilecektir. Bu kapsamda, yapılacak açıklamalar asli edimin muaccel olduğu ve olmadığı her iki durum için de geçerli olup farklılık arz ettiği ölçüde gerekli değerlendirmeler yapılacaktır.

Açıklamalara geçmeden önce işaret etmek gerekir ki, açıkça anılmasına gerek olmasa da, tüm bu hükümlerin uygulanabilmesine olanak veren ön koşul, çalışmanın birinci kısmında çerçevesi çizildiği gibi, borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanmasını sağlayan sözleşme ihlalinin devamıdır.³⁷¹ Zira borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya TBK m. 125-126 hükümleriyle sınırlı olarak kıyasen uygulanabilmesi, bunu doğuran sözleşmeye aykırılıkların varlığına bağlıdır. Bu yönüyle temerrüt, imkânsızlıktan ayrılır. Gerçek ve teknik anlamda imkânsızlık bir kez gerçekleştikten sonra, imkânsızlığın sona ermesi söz konusu olmaz. Halbuki temerrüt zamana yayılan bir sözleşmeye aykırılık olarak sona erebilir ve koşullar gerçekleşirse tekrar doğabilir.

b. Koşulları

(1) Tam İki Taraflı Bir Sözleşmenin Varlığı

Borçlu temerrüdü hükümleri kapsamında aynen ifa talebinin yerine olumlu zararın giderilmesi hakkı, tam iki taraflı sözleşmelere³⁷² ve karşılık ilişkisini oluşturan

³⁷¹ Temerrüde düşülen edim imkânsızlaşırsa, borçlu temerrüdünün işlemiş sonuçları saklı kalmak üzere, imkânsızlığa bağlı sonuçlar ortaya çıkar. Barlas, **Temerrüt**, s. 17 dn. 34; Akkanat, **Temerrüt**, s. 48; Kurt, **İmkânsızlık**, s. 210; İlhan Helvacı, **Hukukî Mütalaalar Cilt: II (2010-2015)**, İstanbul, 2017, s. 71; Karş. Yıldız, s. 193; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 912

³⁷² Oğuzman/Öz, C. I, N. 1641; Eren, s. 1138; Kılıçoğlu, s. 885; Havutçu, s. 42; Karş. Tek tarafa borç yükleyen ve eksik iki taraflı sözleşmelerde: Bucher, s. 340 dn. 48; Engel, s. 727; Ramoni, N. 51; **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 44; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR, N. 4; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 107 OR, N. 11; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 107 OR, N. 2; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 107 OR, N. 1; Antalya, C. III, s. 467; Asli edimin ifasında temerrütte korunmaya değer bir menfaat bulunduğu gerekçesiyle: Huguenin, N. 949. Şunu ifade etmek gerekir ki, mevcut bir hukuki ilişkinin sona ermesi sonucu ortaya çıkan iade ve tazminat borçları da karşılık ilişkisi içinde bulunabilir ve bu nedenle ödemelik def'i uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık, tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüde özgü hükümlerin uygulanması sonucu doğan tasfiye ilişkilerinde borçlu temerrüdü doğarsa, bu özel hükümlere başvurulmasına yer ve gerek olmaz. Yalın ortaklık sözleşmesi gibi çok taraflı ve borçlar arasında mübadele ilişkisi bulunmayan sözleşmelerde de uygulanamayacağı hakkında: **BK-Becker**, Art. 530 OR, N. 4; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR, N. 8; Schenker, N. 443, şu kadar ki bu yazar salt iki ortaktan mürekkep yalın ortaklıklarda istisnaen bu olanağın tanınabileceğini kabul etmektedir.

edimde³⁷³ borçlunun sorumlu olduğu bir nedenle³⁷⁴ temerrüde düşülmesine özgü olarak öngörülmüştür (TBK m. 125).

Haksız sona erdirme beyanı, sözleşmeden doğan tüm edimlerin yerine getirilmeyeceğini gösterdiğinden, beyan sahibi nezdinde doğan tüm borçlar bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine doğrudan yahut kıyasen başvurulması olanağını sağlar. Dolayısıyla bu beyan, asli edim bakımından da ilgili hükümlere uygulanma imkânı verir.

Tam iki taraflı sözleşmeden ise, sözleşmenin iki tarafı arasında karşılıklı olarak doğan ve birbirleriyle mübadele ilişkisi ve bu itibarla bağıllık içinde bulunan borçların bulunduğu sözleşmeler anlaşılır³⁷⁵. Bu bağıllık karşılıklı borçların doğumunda,

³⁷³ Bucher, s. 366; **BK-Becker**, Art. 107 OR, N. 13; Belen, s. 297. Bu itibarla yan borçlarda temerrütte bu hükümlere başvurulması olanaklı değildir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde bir yan borçta temerrütte, alacaklısı bakımından çekilmezlik varsa, bu hükümlere başvurulabileceği savunan görüşte (**CR-Thévenoz**, Art. 107 CO, N. 6) isabet yoktur. Esasen söz konusu borcun karşılık ilişkisini ortadan kaldırmaya varacak ölçüde önem arz ediyor olması, onun yan borç değil asli edimlerden biri olduğunu göstermektedir. (Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 42 dn. 98. Dönme bakımından benzer yönde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 391; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 107 OR, N. 2) Bununla birlikte yan edim yükümlülüklerinin karşılık ilişkisi içinde yer alabileceğini kabul eden yazarlar vardır: Havutçu, s. 20-21 ve 42; **ZK-Schraner**, Art. 82 OR, N. 52; **BK-Weber**, Art. 82 OR, N. 79; **CHK-Furret/Wey**, Art. 107 OR, N. 9; **Hubert Stöckli**, Das Synallagma im Vertragsrecht, 2008, N. 55; Antalya, C. III, s. 468. Bununla birlikte yan edimlerin karşılık ilişkisi içinde yer alabileceğini kabul eden görüşle, bu durumda esasen asli bir edimin varlığını kabul eden görüş arasında salt kuramsal bir farklılık bulunur, pratik sonuçları özdeştir.

³⁷⁴ Eren, s. 1142, yazar bu gerekliliği dönme hakkına da yaymaktadır. Haksız sona erdirme beyanında bulunmak beyanda bulunan açısından kusur olarak değerlendirilemediği takdirde, bu hak hiç doğmamış sayılır ve kullanımına ilişkin beyanlar da herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz: Schenker, s. 237; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 170; Huguenin, N. 959; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 181, dn. 133; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR, N. 15. Hiç kuşkusuz sonradan yöneltilen aynen ifa talepleri bakımından MK m. 2 hükmü uygulama alanı bulabilir ancak bu genel kuralın uygulamasından ibaret olan bu durum herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bunun dışında aynen ifa talebinin kaybedildiği ancak sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğine dair görüş ise (Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2790) aynen ifadan vazgeçmeyi ayrı bir hak olarak kabul ettiği için yerinde değildir. Öte yandan bu durumda borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını öneren görüş ise (**CR-Thévenoz**, Art. 107 CO, N. 23; Bucher, s. 373 dn. 172; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 949), sözleşmedeki karşılık ilişkisini çözmeye yönelmiş bu hakkın borçlu temerrüdünün kusura bağlı özel bir sonucu olduğunu gözden kaçırmakta, sanki tam iki taraflı sözleşmeler için daima ve her durumda böyle bir hakkın varlığını kabul ediyor gibi gözükmektedir.

³⁷⁵ Schenker, N. 438; Stöckli, N. 45 vd.; **MünchK-Emmerich**, vorb. §320 BGB, N. 2-3; **PraxisK-Alpmann**, §323 BGB, N. 5 ve §320 BGB, N. 4 vd.; **NomosK-Tettinger**, §320 BGB, N. 2-3a; Weber, Art. 82 OR, N. 40; Havutçu, s. 4; Roma hukukunda isimli sözleşmeler çerçevesinde bu durum *do ut des /do ut facias/facias ut facias/facio ut des* ayrımlarıyla gözlemlenebilir: George Mousourakis, **Fundamentals of Roman Private Law**, Berlin, 2012, s. 244; Friedrich Carl von Savigny, **Le droit des obligations**, Çeviri: Paul Jozon/C. Gerardin, Paris, 1873, s. 370; Bu kapsamda bulunan isimli sözleşmelerin sinallagmatik yapıda olduğu hakkında: Zimmermann, s. 536-537

varlığında ve ifasında kendini gösterir³⁷⁶. Dolayısıyla karşılık ilişkisi çerçevesinde alacaklı olduğu edimi elde edemeyen sözleşme tarafına, karşılık ilişkisinin bozulması sonucunda bu ilişkiyi ortadan kaldırma hakkı TBK m. 125/II hükmüyle tanınmıştır. Bu yönüyle TBK m. 125/II’de tanınmış olan ifa yerine olumlu zararın giderilmesi ile ifa yerine sözleşmeden dönme hakları, karşılıklılık ilişkisindeki bozukluğu farklı açılardan gideren benzer işleve sahip haklardır.

(2) Olumlu Zararın Giderilmesine Yönelik Hakkın Kullanılması

TBK m. 125/II hükmünde düzenlenen iki³⁷⁷ seçimlik hak, sebebe bağlı yenilik doğurucudur³⁷⁸. Haklar, koşullarının gerçekleşmesi ile doğar; fakat kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğurmaz. Temerrüde düşülen asli edimin alacaklısının, tek yanlı ve ulaşması gereken irade beyanının, borçlu sözleşme tarafına ulaşmasıyla birlikte bu hak kullanılmış olur. Tipik yenilik doğuran bir hak olarak, bu tür hakların kullanılmasına ilişkin genel ilkeler geçerli olur.

Bununla birlikte haksız sona erdirme açısından durum bir ölçüde özellik gösterir. Kural olarak TBK m. 125/II hükmündeki hakları kullanabilmesi için hak sahibine, borçluya ifa için son bir olanak tanımak üzere uygun bir önel verme külfeti yüklemiştir (TBK m. 123)³⁷⁹. Fakat TBK m. 124/b.1 hükmü uyarınca “*borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa*” herhangi bir önel verilmesine gerek kalmaz³⁸⁰. Borçlu tarafın, haksız

³⁷⁶ Havutçu, s. 15 vd.; Schenker, N. 438

³⁷⁷ Aynen ifa talebi muaccel borcun varlığının sonucu, gecikme (temerrüt) tazminatı da borçlu temerrüdünün genel bir sonucu olduğu için söz konusu hakları TBK m. 125 hükmüne özgü kabul etmek doğru değildir (Karş. Feyzioğlu, s. 254 dn. 341a). Kaldı ki bu taleplerde ısrar edilmesi, sözleşmeden dönme ve ifa yerine olumlu zararı isteme haklarını da sona erdirici nitelikte olmadığında, bu hakların TBK m. 125/II’deki haklarla seçimlik bir ilişkide olduğunu ifade etmek tam olarak isabetli olmaz. Karş. Antalya, C. III, s. 466; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 491;

³⁷⁸ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1671; Bucher, s. 373; **BSK**-Wiegand, Art. 107 OR, N. 14; **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 112; Antalya, C. III, s. 484; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1313; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 107 OR, N. 30; Kılıçoğlu, s. 933

³⁷⁹ **CR**-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 12. Uygun önel hak sahibi tarafından verilebildiği gibi, söz konusu uyarınca hâkimden de bu sürenin verilmesi istenebilir. Fakat bu önel verme etkinliğinin hâkime bırakılmasının hiç pratik olmadığı ifade edilmek gerekir. Üstelik hâkim tarafından verilen önel, çekişmesiz yargı işi olduğundan, sonraki yargılamalarda önelin yeterliliği ve yerindeliliği uyumsuzluk konusu da yapılabilir (**BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 92; Antalya, C. III, s. 475), verilen karar kesin hüküm etkisi taşıyamaz. 818 sayılı BK m. 375/II hükmü ise süre verme görevini münhasıran hâkime vermiş idi.

³⁸⁰ Bu hükmün dürüstlük kuralının somutlaşması olarak algılayan görüş: **BSK**-Wiegand, Art. 108 OR, N. 2; **BK**-Weber, Art. 108 OR, N. 9; Çelişkili davranış yasağının özel bir uygulaması şeklinde: Antalya, C. III, s. 475

sona erdirmeye beyanında bulunmuş olması da söz konusu hükmün en temel uygulama alanlarından birini oluşturur³⁸¹. Bu itibarla haksız sona erdirmeye şeklinde gerçekleşen borca aykırı eylem sonucunda doğan borçlu temerrüdünde, TBK m. 125/II hükmünde yer alan seçimlik hakların kullanılması için önel verme külfeti yoktur³⁸².

Bu aşamada ise yanıtlanması gereken başka bir hukuki soruyla karşılaşılır. Önel tanındığı takdirde genel hükümler uyarınca, önel sona erdikten sonra alacaklının ifadan vazgeçtiğini beyan ederek seçimlik haklarını³⁸³ derhal kullanmak zorundadır.

³⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 950; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 938; Havutçu, s. 50; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2743; Ramoni, N. 57; **CR**-Thévenoz, Art. 108 CO, N. 4; Koller, **AT**, N. 55.106; **BK**-Becker, Art. 108 OR, N. 3 ve 6; Guhl/Koller, §32 N. 18; Engel, s. 729; Bucher, s. 396; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 108 OR, N. 4-5; Tandoğan, Mesuliyet, s. 497; Antalya, C. III, s. 477; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 108 OR, N. 9; Bucher, s. 369; Müller-Chen, s. 204; Schwenger, N. 66.19; İFM, 11.1.2000, 4C.279/2000 (Swisslex). Zira sözleşmeyi tanımama ve borcunu ifa etmeme iradesini açıkça ortaya koyan borçlu lehine önel verilmesinin herhangi bir haklı gerekçesi yoktur. Önemli olarak borçlunun ifa etmeme iradesini kesin surette göstermiş olmasıdır. Buna karşı bir görüş ise ifa etmeme iradesinin mutlaka muacceliyetten sonra gösterilmiş olmasını arar: von Tuhr/Escher, s. 141; **BK**-Weber, Art. 108 OR, N. 13; Havutçu, s. 50

³⁸² Buna karşılık önel külfetini olmamasına karşın ayrıca ifadan vazgeçme beyanının yapılmasını arayan görüş vardır (Decurtins, s. 75 vd.; Engel, s. 732; Aksi görüş: **CR**-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 20; Koller, **AT**, §55 N. 126; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 108 OR, N. 23; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964, s. 375; Schenker, s. 208; Karş. Bucher, s. 375; ATF 76 II 301: Karara göre, borçlu, alacaklının aynen ifa talebi bulunmuyormuş gibi davranmış ise daha sonradan alacaklının ifadan vazgeçtiğini beyan etmediği gerekçesiyle alacaklının yenilik doğuran haklarını kullanamayacağını ileri süremez. Aynı yönde: İFM, 4.9.2017, 4A_141/2017 (Swisslex); Karar yorumu: Roman Huber, “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_141/2017 vom 4. September 2017, Stadt U. gegen A. AG., Sachliche Zuständigkeit bei Widerklage, Software-Integrationsvertrag, Rücktritt (zur amtlichen Publikation vorgesehen)”, **AJP** 2017, s. 1521 vd.). Kanımızca bu beyanı, seçimlik hakların kullanılmasından ayırmak mümkün olmadığından söz konusu görüşe de katılma olanağı göremekteyiz.

³⁸³ Bu vesileyle, tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüde ilişkin olarak tanınmış özel haklar bakımından söz konusu haklar ve ifadan vazgeçme beyanının iki ayrı hukuki işlem teşkil ettiği sonucunun kabul edilemeyeceği (Bu yönde yorumlanabilir: Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 491; Kılıçoğlu, s. 927; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1665 ve 1668) vurgulanmak gerekir. Öncelikle bunları iki ayrı hukuki işlem olarak görmekle birlikte aynı anda yapılmasını arayanlar (von Tuhr/Escher, s. 154; **CR**-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 21; Huguenin, N. 957; Bucher, s. 374 ve dn. 176, yazar zararın hesaplanması bakımından seçimlik hakkın sonradan kullanabileceği fikrindedir. **BK**-Hans Giger, 1997, Art. 214 OR, N. 55; Schwenger, N. 66.29; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1311; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 946; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 178 vd.; Kurt, **Temerrüt**, s. 249; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 958 dn. 33; Yıldız, s. 184 vd.) açısından, burada ileri sürülen görüşün kabul edilmesi mantığa uygundur. Zira tek bir beyanla sözleşmeden dönülmekte veya aynen ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi hakkı kullanılmaktadır ve söz konusu haklar da kaçınılmaz olarak aynen ifanın istenmediği iradesi açığa vurmaktadır. Hem aynen ifadan vazgeçme iradesinin hem de ilgili hakların kullanıldığına ilişkin iradenin açıklanması aslında aynı hususun iki kere beyan edilmesinden başka bir şey olmamaktadır. Bu itibarla esasen iki ayrı ve kaçınılmaz olarak aynen ifa talebini ortadan kaldıracak seçimlik hak bulunmamaktadır. Bunların kullanılabilmesi için ayrıca aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunmaya gerek yoktur. Böyle bir ek külfeti alacaklıya yüklemenin herhangi bir gereği yoktur. Kaldı ki ifadan vazgeçme beyanının birlikte yapılmasını aramayan görüşler açısından da (Antalya, C. III, s. 491; **BK**-Becker, Art. 107 OR, N. 36) mantıklı sonuçların doğacağını ifade etmek güçtür. Zira ifadan vazgeçilen an ile söz konusu yenilik doğuran hakların kullanıldığı an arasındaki süreçte sözleşmenin akıbeti belirsiz

Önel tanınmasına gerek görülmeyen hallerde ise, söz konusu hakların derhal kullanılmasına gerek olup olmadığı bu husustaki temel hukuki meseleyi oluşturmaktadır. Bir görüş, alacaklıya bu külfeti yüklerken³⁸⁴, diğer bir görüş ise böyle bir külfet yüklemeyerek alacaklının haklarını her zaman kullanabileceğini kabul etmektedir³⁸⁵. Çalışmanın ilk bölümünde değinildiği üzere, yenilik doğuran haklara kanun tarafından hak düşürücü süre tanınmadığı takdirde hakkın zamansal sınırını ancak *etkisizleşme* kurumu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, vazgeçme beyanının ayrı bir hukuki işlem olarak kabul edilmeyeceği de dikkate alındığında, söz konusu haklar için herhangi bir yasal zamansal sınır konulmadığından kural olarak bu hakların her zaman kullanılabilmesi mümkündür³⁸⁶. Ayrıca, söz konusu hakların kullanılmamış olması da, hak sahibinin, ifa talebinde bulunarak ilgili haklardan örtülü olarak feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz³⁸⁷. Başka bir deyişle, haksız sona erdirmeyeyle ortaya çıkan

olmaktadır. Aynen ifadan vazgeçilmekle, asli edim sona eriyor ve onun yerine herhangi bir tali edim yerine gelmemekte midir ya da asli edim yükümlülüğü eksik bir borç haline mi dönüşmekte midir gibi soruların akla gelmesi mümkündür. Bu bakımdan hukuki kurumları açıklamayı güçleştiren ve herhangi bir pratik fonksiyonu olmayan bir vazgeçme beyanı külfetini kabul etmektense, tek başına var olan sözleşmeden dönme ve olumlu zararın giderilmesi talep etme haklarını kabul etmek daha makul kalmaktadır. Vazgeçme beyanında bulunabilen alacaklının, hangi hakkını kullanabileceğini de takdir edebilecek konumda olduğu, aksi halde kendisine hak kaybında bulundurmayacak şekilde aynen ifa talebini koruyabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

³⁸⁴ Voser, s. 89; **BK-Becker**, Art. 108 OR, N. 1; Eren, s. 1145; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 197.14; ATF 69 II 243; Jörg Schmid/Céline Bussmann, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017 (2/2)”, **ZBJV** 154/2018, s. 769; Yıldız, s. 192; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 107 OR, N. 20

³⁸⁵ Havutçu, s. 64-65; Koller, **AT**, N. 55.122-55.124; Feyzioğlu, s. 262; Schenker, N. 567; Kurt, **Temerrüt**, s. 251; **CR-Thévenoz**, Art. 107 CO, N. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 960. İlk iki yazar, doğrudan doğruya seçimlik hakların kullanılabilmesini kabul ederken; sonraki yazarlar her zaman ifadan vazgeçme beyanının yapılabileceğinin kabul etmektedir. Söz konusu seçimlik hakların kullanılmasının vazgeçme beyanını içerdiğini ve ayrı bir vazgeçme işleminin temelini bulunmadığı bu çalışmada kabul edildiği için söz konusu yazarlarla aynı vargılara ulaşılmış olmaktadır. **İBK** m. 107/I b.1 (TBK m. 124/I b.1) ile sınırlı olarak: **CHK-Furrer/Wey**, Art. 108 OR, N. 23; **BK-Weber**, Art. 108 OR, N. 52; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 108 OR, N. 9; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 108 OR, N. 5

³⁸⁶ **İFM**, 4C.58/2004; **İFM**, 4A_474/2009 (Swisslex). Öğretide önel verilmesine gerek olmayan hallerde, kural olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı varsayılması yönündeki görüşün (Oğuzman/Öz, C. I, N. 1733) de kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu görüş, kanımızca, alacaklıyı, hakkını kullanması için hemen harekete geçmesi için yasal bir dayanak olmadan zorlamaktadır. Diğer yandan bu görüş icabı aslında temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmeden dönülmüş olması lazım gelir. Hangi anda olumlu zararın giderilmesine yönelik hakkın kullanılabilmesi açık değildir. Benzer yönde bkz. Yıldız, s. 192; Tümerdem, s. 233; Ayrıca: Işintan, s. 168-169. Hakkın uygun sürede kullanılması gerektiği görüşü: Antalya, C. III, s. 493

³⁸⁷ Weidt, s. 189-190; Al. MK §323 bakımından: **Staudinger-Schwarze**, §323 BGB, N. E23; **MünchK-Ernst**, §323 BGB, N. 161

sözleşme ihlali devamlılık arz eder³⁸⁸. Bununla birlikte hiç kuşkusuz, yenilik doğuran bu haklardan feragat edilmesinde engel yoktur³⁸⁹.

c. Sonuçları

(1) Genel Olarak

Haksız dönme beyanına muhatap olan asli edim alacaklısının, TBK m. 125/II hükmünün doğrudan yahut kıyasen uygulanması sonucunda sahip olduğu ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkını kullandığına ilişkin beyanın borçlu tarafa ulaşmasıyla birlikte, sözleşme ilişkisi değişikliğe uğrar³⁹⁰. Bu bakımdan, ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkı değiştirici yenilik doğuran hak vasfındadır³⁹¹.

Söz konusu hakkın kullanılması, temerrüde düşülmüş veya temerrüt hükümleri kıyasen uygulanan asli ve birincil edimin sona ermesine ve onun yerine ikincil edim olarak olumlu zararın giderilmesi borcunun doğmasına yol açar³⁹². Bu itibarla, sözleşme kurulduğu andaki edimlerin mübadelesine yönelik kimliğini yitirir. Bu hakkın kullanılmasının zamansal olarak, sözleşmenin kurulduğu ana kadar mı etkili olacağı, yoksa ileriye mi etkili olacağı hususunda açıklık yoktur³⁹³. Bununla beraber, geçmişe etkinin istisnai nitelikli olduğu kanuni rejim dikkate alındığında, bunun ileriye etkili olacağını kabul etmek daha yerinde olur³⁹⁴.

³⁸⁸ Weidt, s. 190

³⁸⁹ Dönme hakkında: **MünchK**-Gaier, §349 BGB, N. 7; **NomosK**-Hager, §349 BGB, N. 7; **Palandt**-Grüneberg, §350 BGB, N. 3; **Staudinger**-Kaiser (2012), §349 BGB, N. 56; Burada temel hukuki sorun, öncelenmiş şekilde tasarruf işleminde bulunup bulunulamayacağından ibarettir. Yenilik doğuran bir hakkın sona erdirilmesi söz konusu olduğundan, fikrimize konunun sorumsuzluk anlaşması kapsamında değerlendirilmesi yerinde olmaz, kaldı ki dönme hakkının doğumu için mütemerrit tarafın sorumlu olması dahi gerekmemektedir. Karş. Yıldız, s. 223; Al. MK §276 uyarınca sorumsuzluk anlaşmalarına kasıt dışında cevaz verilen Alman hukukunda, sözleşmeden dönme hakkından feragat edilebileceği hakkında: **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. E23; **MünchK**-Ernst, §323 BGB, N. 161; Ayrıca, İBK m. 109/TBK m. 125 hükmünün emredici olmadığı hakkında: **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 20

³⁹⁰ Weidt, s. 199; Eren, s. 1145

³⁹¹ Havutçu, s. 97; Kurt, **Temerrüt**, s. 257; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 193; Schenker, N. 547; Sözleşmenin değiştirilmesi şeklinde: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1315; **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 159

³⁹² Ayan, s. 229; Eren, s. 1145; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 502; Antalya, C. III, s. 494; Kurt, **Temerrüt**, s. 257; Yıldız, s. 198; Schwenzler, N. 66.25; Huguenin, N. 959; Schenker, N. 615

³⁹³ Temel pratik önemi, gecikme (temerrüt) zararının ayrı bir talep olarak mı yoksa olumlu zararın içinde bir kalem olarak mı belirleneceğinde yer almaktadır.

³⁹⁴ Antalya, C. III, s. 495 ve 498; Bu yönde yorumlanabilir: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1678; Aksi yönde yorumlanabilir: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 962. Temerrüt nedeniyle uğranılan zararın hiçbir şekilde giderilemeyeceğini ileri süren görüş (**BK**-Becker, Art. 107 OR, N. 41; **ZK**-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR, N. 25) açısından da geriye etkinin bulunduğunu kabul etmek zorunludur.

İfa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkı, sonuçları itibarıyla alacaklıya, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık (TBK m. 112) hükümlerini işletme olanağı tanımaktadır³⁹⁵. Dolayısıyla, bir kez bu hak kullanıldıktan sonra, uygulanacak hükümler özdeş olmak gerekir³⁹⁶. Bu nedenle, hakkın kullanılması sonucunda temerrüde düşülen asli edimin sona ermesiyle birlikte, karşı edim sona erer, alacaklının karşılıklı edimlerin değer farkından istifade edemeyişi olumlu zararın giderilmesine yönelik tazminat borcunu doğurur³⁹⁷. Borç, doğmakla birlikte, yerine geçtiği asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak muaccel olur³⁹⁸, zamanaşımı işlemeye başlar³⁹⁹. Zamanaşımı süresi, tazminat borcuna temel oluşturan sözleşmeye göre belirlenir⁴⁰⁰. Bununla birlikte, aşağıda değinilecek zararın hesaplanmasında mübadele kuramını üstün tutan görüş uyarınca, sadece temerrüde düşülen edim yerine ikincil edim olarak tazminat borcu doğarken, karşı edim varlığını sürdürür.

³⁹⁵ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1677; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 962; CR-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 29; OFK-Kostkiewicz, Art. 107 OR, N. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 962; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1317; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 199; Eren, s. 1147; Antalya, C. III, s. 494; Feyzioğlu, s. 262-263. Ancak karşı. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182 dn. 138

³⁹⁶ Karşı. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182-183 ve dn. 138, Yazar ifa yerine olumlu zararın talep etme hakkının kullandığı durumlarda, borcun gerçek anlamda sona ermediği gerekçesiyle, zararın hesaplanması bakımından fark kuramının uygulanabileceği sonucuna varmaktadır. Bu itibarla yazar, sonraki imkânsızlık ve borçlu temerrüdünde ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi hakkı açısından farklı hükümlerin uygulanabileceğini kabul etmektedir.

³⁹⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1681; Alman hukukunda bu yönde anlaşılabilir şekilde: Tanja Maile-Zinser, **Auswirkungen der Unmöglichkeit auf den Erfüllungsanspruch**, Berlin, 2006, s. 19-20, yazar imkânsızlığın birincil edimden borçluyu kurtardığı, sözleşmesel temel ayakta kaldığı için ikincil edimlerin ileri sürülebildiğini ifade etmektedir.

³⁹⁸ Weidt, s. 200; BGH, 21.12.1984, **WM** 1985, s. 394; BGH, 18.1.1991, **NJW** 1991, s. 1823; Gernhuber, s. 158; Huber, **II**, s. 633; **MünchK-Ernst** (2003), §281 BGB, N. 63; Asli edime bağlı olacağı şeklinde aksi yönde: BGH, 18.12.1963, **MDR** 1964, s. 319; Brigitte Keuk, **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, 1972, s. 152 vd. Yazar, genel itibarıyla borcun içeriğinin değiştiğini, tazminat borcunun ifa menfaatini karşılamak suretiyle asli edimin devamı olduğunu kabul etmek suretiyle görüşlerini temellendirmektedir.

³⁹⁹ Havutçu, s. 135; Kurt, **Temerrüt**, s. 823; Ayan, s. 315; Yıldız, s. 205 ve 221; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1677 dn. 654, yazarlar zamanaşımının yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla başlayacağını belirtmekle birlikte, bu hakkın kullanılmasıyla zamanaşımına tabi olacak da doğmaktadır. Türk hukukunda belirsiz alacak davası ile birlikte söz konusu istemlerin her zaman talep edilebilir bir nitelik taşıdığı teyit edilmiştir. Ayrıca TBK m. 117/II hükmü de tazminat alacağına doğum anından itibaren temerrüt faizi işletileceğini belirtmek suretiyle söz konusu alacağın muaccel olduğunu örtülü olarak göstermektedir. Karş. Alman hukukunda, tazminat talebinin muaccel olabilmesi için kapsam ve meblağ olarak hesaplanabilir olması gerektiği yönünde: Huber, **II**, s. 634; **MünchK-Ernst** (2003), §281 BGB, N. 63; Weidt, s. 201. Zamanaşımının birincil edimin muacceliyetiyle işleyeceği görüşü: **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 243; **CR-Thévenoz**, Art. 107 CO, N. 35

⁴⁰⁰ **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 242; Havutçu, s. 135; Kurt, **Temerrüt**, s. 283; İkincil edimin salt TBK m. 146'ya tabi olacağı görüşü: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1425; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 107 OR, N. 25

(2) Tazminatın Belirlenmesi

(i) Genel Olarak

İfa yerine olumu zararın giderilmesi hakkının kullanılmasının temel sonucu, olumlu zararın giderilmesi amacıyla alacaklı lehine tazminat alacağına doğmasıdır. Tipik bir maddi zararın giderilmesi talebi olduğundan zararın tespiti ile tespit edilen zarara ilişkin tazminatın indirilmesi şeklinde iki aşamalı bir süreç izlenir⁴⁰¹.

(ii) Zararın Hesaplanması

TBK m. 114/II hükmü atfıyla uygulanan TBK m. 50 gereği, zararın ve miktarının ispat yükü alacaklıya iken, zararın miktarının kanıtlanamaması halinde, hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler⁴⁰². Bu itibarla, zararın hesaplanması kural olarak hâkimin takdir yetkisi içinde kalmaktadır (MK m. 4). Esasen zararın belirlenmesinde genel kuralların uygulanması söz konusu olmaktadır⁴⁰³. Bununla birlikte hâkim, zararın belirlenmesi etkinliği kapsamında kuramsal çerçeve ile sınırlıdır. Tazmin edilen, alacaklının olumlu ifa menfaatidir. Bu durumda, temerrüde düşülen edimi, borçlusu sözleşme hükümlerine uygun ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığının bulunacağı varsayımsal durum zararın tespitinde

⁴⁰¹ TBK m. 114/II hükmüne koşut olarak haksız fiillerde tazminat borcunun belirlenmesine ilişkin ilkeler kıyas yolu ile geçerli olur. Bu nedenle öncelikle zarar belirlenir ve belirlenen tutar üzerinden tazminat takdir edilir: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 430-431; Eren, s. 1094 vd.; Feyzioğlu, s. 183-184; Antalya, C. III, s. 334

⁴⁰² Yarg. 11. HD., 3.5.2011, 6106/5347 (Kazancı) “davalı Banka tarafından bu davacının genel kredi sözleşmesinin haksız feshedildiği mahkemenin de kabulüne olup, bu durumun davacı açısından nakit sıkıntısına yol açacağı kuşkusuzdur. Sözleşmenin tek taraflı ve haklı bir neden olmaksızın feshi halinde, hâkim mal varlığının artmasına neden olan kar yoksunluğunu doğrudan araştırmak zorundadır. Bu bağlamda, davacılarından Dost A.Ş'nin haksız fesih nedeniyle kar yoksunluğuna maruz kaldığı şüphesiz olup, gerektiğinde bu davacı lehine BK'nun 42 nci maddesi hükmü uyarınca bir miktar maddi tazminata hükmetmek yerine bu kalem tazminat talebinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi doğru olmamış..”

⁴⁰³ Örnek olarak zararın belirlenmesinde kesinti yönteminin uygulanacağı şeklinde: Yarg. 15. HD., 27.3.2017, 1750/1330 (Kazancı) “öğreti ve uygulamada bu hesaplama, kesinti yöntemi olarak adlandırılmaktadır. TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine dair olmasına rağmen diğer sözleşmelerin haksız feshi halinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 esas, 2010/260 karar sayılı kararında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.”

esas noktayı oluşturur⁴⁰⁴. Bu bağlamda, hâkim tam iki taraflı sözleşmelerde olumlu zararın giderilmesine ilişkin taleplerde, mübadele ve fark kuramlarıyla karşılaşır. Hukuki temeller esas alınmak suretiyle de hâkim bu kuramlardan birini üstün tutulmak zorunda kalacaktır. Buradaki temel hukuki mesele, imkânsızlaşan veya imkânsızlaşmış gibi muamele gören edimin karşılığını oluşturan edimin sözleşmesel ilişki içinde varlığını koruyup koruyamaması olmaktadır⁴⁰⁵.

Mübadele kuramı uyarınca, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın gerçekleşmesi veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkının kullanılması sonucunda ikincil edim yükümlülüğünün doğması, sözleşmedeki karşılık (sinallagma) ilişkisini etkilemez⁴⁰⁶, başka bir deyişle karşılık ilişkisi asli ve tali edimler arasında sürer⁴⁰⁷. Bunun sonucunda, alacaklı hak sahibi kendisinin borçlu olduğu edimi ifa ile yükümlü olmaya devam eder⁴⁰⁸.

Mübadele kuramının karşısında, fark kuramı bulunur. Bu kuram uyarınca, tali edimin doğumu sözleşmesel karşılık ilişkisini sona erdirir⁴⁰⁹. Farklı bir ifadeyle asli edim yükümlülükleri ile tali edim yükümlülükleri birlikte karşılık ilişkisi içinde bulunamaz. Böylece, alacaklı lehine karşılıklı edimler arasındaki değer farkı, olumlu zararın giderilmesi borcu olarak doğar⁴¹⁰.

Eklektik bir görüş ise, kural olarak fark kuramının uygulanacağını ancak alacaklının kendi edimini ifa etmek istediği takdirde mübadele kuramına göre zararının giderilmesini talep edebileceğini savunmaktadır⁴¹¹. Bu çerçevede alacaklıya

⁴⁰⁴ Eren, s. 1145; Antalya, C. III, s. 495; Schwenger, N. 66.27; Bucher, s. 372; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 107 OR, N. 44; **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 166

⁴⁰⁵ **Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E39; Weidt, s. 213; Havutçu, s. 76

⁴⁰⁶ Bu kuram özellikle, kendi edimini ifa etmekte menfaati bulunan alacaklı açısından avantajlı olur: Weidt, s. 213

⁴⁰⁷ Havutçu, s. 77; **Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E41

⁴⁰⁸ Kendi edimi de para borcu ise, olumlu zararı giderim borcu takas edilerek sonuç olarak tek bir alacağın kalması sağlanabilir: **Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E41

⁴⁰⁹ **Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E42; Havutçu, s. 77

⁴¹⁰ Şu kadar ki bu kuram kapsamında bir görüş (*ingeschränkte Differenztherie*), alacaklı kendi edimini ifa etmişse, ifa edilmiş edimin geri alınmayacağını kabul ederken, diğer bir görüş (*strenge Differenztherie*) ise fark kuramının her halükârda ifa edilen edimini iade edilmek suretiyle uygulanacağını ileri sürmektedir. Bu son görüşün çoğunlukça kabul edilmediği hakkında: **CHK**-Furrer/Wey, Art. 107 OR, N. 50; Bucher, s. 318; Schenker, N. 676

⁴¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 870; Havutçu, s. 91; Antalya, C. III, s. 501; İmkân şeklinde: Feyzioğlu, s. 187; Schwenger, N. 66.28; Huguenin, N. 965; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 107 OR, N. 49; **BSK**-Wiegand, Art. 107 OR, N. 18; Reform öncesi Alman hukukundaki çoğunluk görüşü bu yöndedir:

her zaman değiştirebileceği bir seçim yetkisi⁴¹² tanınmaktadır⁴¹³. Öyle ki öğretilerde TBK m. 125 (İBK m. 107) hükmünün, fark ve mübadele kuramları bakımından bir seçimlik hak manzumesi olduğu da ileri sürülmektedir⁴¹⁴.

Kuramlar hakkında bir değerlendirme yapmadan önce, alacaklıya seçim hakkı tanıyan görüşlerin reddedilmesi gerektiği vurgulanmak gerekir. Olumlu zararın giderilmesi borcunun doğmasıyla birlikte, söz konusu borç varlık kazanır ve tazminat kapsamında hâkimin takdir yetkisi ile hesaplanır. Başka bir deyişle doğan tazminat borcu tek ve içerik olarak sabittir. Alacaklıya, hâkimin takdir yetkisini sınırlayacak tarzda ve herhangi bir kanuni veya sözleşmesel temeli bulunmadan böyle bir seçimlik yetki tanınmaz⁴¹⁵. Burada söz konusu olan kuramsal olarak hangi görüşün hukuki temeller açısından yeğleneceğini tespit etmekten ibarettir. Bu kapsamda fikrimizce fark kuramının⁴¹⁶ temellerinin daha güçlü olduğu ifade edilebilir⁴¹⁷. Zira bu hakkın kullanılması, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığa eş sonuçlar doğurmaktadır⁴¹⁸. Bununla birlikte gerçek anlamda bir imkânsızlığın söz konusu olmaması da mübadele kuramının tamamen reddedilmesinin önüne geçmektedir⁴¹⁹. Bu nedenle hâkimin zararı belirlemeye yönelik takdir hakkı kapsamında mübadele kuramına başvurulmasında da

Staudinger-Schwarze, §280 BGB, N. E43; Weidt, s. 213. Reform sonrasında ise bir görüş (**MünchK**-Ernst, §325 BGB, N. 5), sinallagma bağının salt sözleşmeden dönme ile kırılacağından hareketle mübadele kuramının geçerli olduğunu kabul ederken, diğer bir görüş (Roland Schwarze, “Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungsrecht”, **Jura** 2002, s. 82) fark kuramını mutlak anlamda geçerli saymaktadır. Şu var ki mevcut hukuki düzenlemeler kapsamında hâkim görüş alacaklıya yine seçim yetkisi (*Wahlbefugnis*) tanınmaktadır (**Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E48; **MünchK**-Emmerich, Vor §281 BGB, N. 23).

⁴¹² Yenilik doğuran hak olduğu ve bağlayıcı olduğu görüşü: Antalya, C. III, s. 501

⁴¹³ **Staudinger**-Schwarze, §280 BGB, N. E48 ve E55. Yazar bu seçim yetkisini hak olarak ifade etmektedir.

⁴¹⁴ Antalya, C. III, s. 484

⁴¹⁵ Karşı yönde bkz. Havutçu, s. 93, Yazar bu seçim hakkının temelini sözleşmesel ilişkideki menfaat dengesinde görmektedir.

⁴¹⁶ Fark kuramı, alacaklının kendi edimini ifa etmemiş olduğu durumlarda uygulanabilir. Zira bu hakkın kullanılmasının etkisi ileriye etkili olduğundan ifa edilmiş edimin iadesine hukuki neden oluşturmaz. Başka bir deyişle fark kuramı “sınırlı” olarak (*ingeschränkte Differenztherie*) uygulanmak gerekir. Kılıçoğlu, s. 930 dn. 972

⁴¹⁷ Fark kuramı lehine: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1325; Eren, s. 1095 ve 1146. Öte yandan bir yandan tazminatın indirilmesi söz konusu iken alacaklının kendi edimini aynen ifa etmek durumunda kalması ve böylece edimler arasındaki başlangıçtaki varsayımsal dengenin bozulması da mübadele kuramı bakımından bir sorun teşkil eder: Schenker, N. 634

⁴¹⁸ İmkânsızlıkta fark kuramının uygulanacağı hakkında: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1478

⁴¹⁹ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182 dn. 138. Genel olarak mübadele kuramı lehinde: Gianella, N. 577; **CR**-Thévenoz, Art. 107 CO, N. 32; Yıldız, s. 212, yazar, ayrıca satış sözleşmesinde fark kuramına uygun olarak sevk edilen hükümlerin kanunda genel olarak bu ilkenin kabul edilmediğine delil olduğunu kabul etmektedir. Ancak yine yazar, hâkimin kıyasen fark kuramından istifade edebileceğini belirtmektedir.

bir engel olmamak gerekir⁴²⁰. Şu kadar ki tazminat alacaklısının açık yasal düzenlemelere dayandığı, doğrudan doğruya TBK m. 213 veya 236 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hallerde, hâkim bu hükümlere göre karar vermelidir. Bu durumda, hâkim zararın belirlenmesindeki takdir hakkından hareketle mübadele kuramına dayanamaz. Benzer şekilde alacaklının somut veya soyut yöntem bakımından yaptığı seçim de yargılama etkinliği kapsamında hâkimi bağlayıcı nitelikte olur.

Fark kuramı kapsamında zararın belirlenmesi bakımından da somut ve soyut yöntem olarak iki yöntem önerilmektedir⁴²¹. Adı geçen yöntemler, TBK m. 213 ve 216 hükümlerinde alıcı ve satıcı bakımından açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte esasen zararın fark kuramına göre hesaplanması bakımından hâkimin takdir hakkı çerçevesinde başvurabileceği yöntemler olarak tüm sözleşmelere uygulanma imkânına sahiptirler⁴²².

Somut zarar, alacaklının, ifa edilmeme nedeniyle üçüncü bir kişiyle akdettiği sözleşme nedeniyle uğradığı zararı ifade eder⁴²³. Örnek olarak, alıcı, satıcının temerrüdü nedeniyle satım konusunu üçüncü bir kişiden daha yüksek bir bedelle temin etmek zorunda kalmışsa, asıl sözleşme ile ikame sözleşme arasındaki bedel farkı zararı teşkil ederken; satıcı, alıcının temerrüdü nedeniyle satım konusu üçüncü bir kişiye daha düşük bir bedelle satmış ise bu değer düşüklüğü satıcının zararını oluşturur. Kuşkusuz üçüncü kişiyle sözleşme⁴²⁴ kurulması ile ilgili olarak alacaklı taraf birlikte

⁴²⁰ TBK m. 114/II atfının nazara alınarak, hâkimin mübadele kuramıyla bağlı tutulmaması, akit adaletine uygun sonucun hâkimin takdir yetkisinde kalması gerektiği görüşü: Hatemi/Gökyayla, §26 N. 99; Benzer şekilde hâkime olanak tanındığı şeklinde yorumlanabilir: Yıldız, s. 212

⁴²¹ Bu yöntemler bakımından da alacaklının bir seçimlik hakkının bulunduğu görüşü: Antalya, C. III, s. 502

⁴²² Havuççu, s. 115-116; **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 180. Kaldı ki Alman hukukunda genel olarak kabul edilmiş somut yöntemin, Alman Ticaret Kanununun kesin vadeli satışlara dair §376 II hükmü dışında açık bir yasal dayanağı olmaması rağmen kabul edilmekteydi: Weidt, s. 217, dn. 253. Nitekim satış sözleşmesinde de hâkimden bu iki yönteme bağlı kalmadan da tazminat talep edilebileceği ifade edilmekteydi: Tandoğan, C, I/1, s. 147. Keza, zararın hesaplanması hâkimin takdir yetkisi içinde kaldığından, bu yöntemlere başvurulması yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilemez. Sav ve savunmanın değiştirilmesi yasağı ve ıslah kurumları çerçevesinde, zararın belirlenmesi açısından istenen yönteminin talep sahibi tarafından değiştirilmesi mümkündür (Jan, s. 229). Değiştirme olanağı hakkında: Havuççu, s. 127

⁴²³ Weidt, s. 216

⁴²⁴ Bu sözleşmede, sözleşme konusu edimin, asıl sözleşmeyle aynı vadeye bağlanmış olup olmaması gerektiği tartışmalıdır (Weidt, s. 216; **MünchK-Ernst**, §281 BGB) Zararı arttırmama külfeti açısından

kusurlu olarak hareket ederse, bu durumda tazminatın indirilmesi hükümleri uygulama alanı bulur (TBK m. 52)⁴²⁵. Ayrıca bu yöntemle hesaplanamayan zararlar söz konusu ise genel hükümlere göre, bu zararların da giderilmesi istenebilir⁴²⁶. Zira alacaklının uğramış olduğu zarar kalemleri, birden farklı olabilir ve bunlar farklı yöntemlerle hesaplanabilir⁴²⁷.

Soyut zararda ise, üçüncü kişiyle eylemli olarak sözleşme kurulmasına gerek kalmaksızın⁴²⁸, zarar hesaplaması temerrüde düşülen edimin varsa kararlaştırılmış ifa anındaki⁴²⁹ mevcut piyasa veya borsa bedeli üzerinden, ikame işlem varmış gibi, yapılır⁴³⁰.

Zararın hesaplanacağı anın hangi an olacağı da bu kapsamda incelenmesi gereken hukuki bir mesele teşkil etmektedir. Esas itibarıyla bu konu, genel olarak borçlar hukukunda sorumluluk hususunu ilgilendirmektedir. Bu bağlamda iki ana farklı olasılık söz konusudur⁴³¹. Zararın, tazminat borcunun doğduğu an itibarıyla⁴³²

farklı vadeye bağlanmış bir ikame sözleşme yapılabileceği görüşünde: Weidt, s. 216; Günther Hager, **Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware**, Frankfurt, 1975, s. 175

⁴²⁵ Weidt, s. 216; Huber, **II**, s. 233.

⁴²⁶ Aksi yönde somut hesaplama yöntemi kapsamında: Jan, s. 238

⁴²⁷ Jan, s. 229

⁴²⁸ Şu kadar ki mütemerrit tarafın, somut olarak yapılan işlemle daha az zarara uğranılmış olunması gibi, zararın miktarına karşı ispat faaliyetinde bulunabilir: Havutçu, s. 127; Jan, s. 231; **BSK-Koller**, Art. 191 OR, N. 24-29; **BK-Giger**, Art. 191 OR, N. 51; ATF 43 II 784; BGH, 19.10.2005, NJW-RR 2006; Ulrich Huber, “Abstrakte Schadensberechnung des Käufers”, **Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag**, Köln, 2009, s. 727. Bununla birlikte Alman hukukunda bu iki olanak arasında öncelik sonralık ilişkisi olmadığı, somut olarak akdedilen işleme karşın soyut yöntemle tazminat talep edilebileceği savunulmuştur: Weidt, s. 215 dn. 245; BGH, 19.11.1998, **WM** 1998, s. 931. Fikrimizce, somut yöntemle hesaplanan zararın, soyut yöntemden fazla olması halinde ise ikame işlemi yapan alacaklı birlikte kusur işlemiş olur ve tazminat bu oranda indirilmek gerekir. Ayrıca: Yeşim M. Atamer, “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalman Kâr Talebi ile İlişkisi”, **GSÜHFD** 2013/1, s. 149: Yazar sonuç olarak soyut yöntemle yapılan hesaplamanın *ex ante* bakış açısıyla gerçekleştirilmesi gerektiğine işaret etmektedir: s. 149. Karş. **ZK-Herbert Schönle**, 1993, Art. 191 OR, N. 38, yazar soyut yöntemle hesaplama yapıldıktan sonra öznel herhangi bir unsurun nazara alınmayacağı görüşündedir.

⁴²⁹ Bunun aynen ifa talebinin düştüğü an olarak anlaşılacağı: Haluk N. Nomer/B. İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2018, m. 213, N. 24; **CR-Venturi**, Art. 191 CO, N. 14 vd.; **BSK-Koller**, Art. 191 OR, N. 21; Alman hukukunda ifa günü yönünde: Weidt, 220; Hager, s. 175; Leser, s. 657; İfadadan vazgeçme anı şeklinde: **MünchK-Ernst** (2003), §281 BGB, N. 64. İsviçre’de ifa zamanı fikrinde: Benoît Chappuis, **Le moment du dommage**, 2007, N. 772; **ZK-Schönle**, Art. 191 OR, N. 27

⁴³⁰ Jan, s. 230; Weidt, s. 327. Soyut yöntemle salt kanunun açıkça cevaz verilen hallerde başvurulabileceği görüşü: Eren, s. 1095; Aynı yönde yorumlanabilir: Gündoğdu, s. 283

⁴³¹ Feyzioğlu, s. 184-185. Karş. Bucher, s. 380: Yazar, aynen ifa talebinin düştüğü tarih ile ifa zamanı olarak alacaklının seçim hakkının bulunacağı görüşündedir.

⁴³² TBK m. 125 anlamında bu durum kural olarak hakkın kullanıldığı an olarak gerçekleşir. Hakkın kullanılma anının dikkate alınacağı şeklinde: **BK-Becker**, Art. 107 OR, N. 42; Tandoğan, **Mes’uliyet**,

hesaplanması yahut yargılamada hüküm tarihine en yakın tarihin dikkate alınması olanaklıdır⁴³³. Bununla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte kanımızca bu husustaki tartışma doğrudan doğruya kanun tarafından çözülmüştür⁴³⁴. TBK m. 117/II hükmü uyarınca, haksız fiilden sorumlulukta fiilin işlendiği an⁴³⁵ itibarıyla temerrüt faizi işlemektedir (TBK m. 114/II uyarınca sözleşmesel sorumlulukta da aynı sonuç geçerlidir.). Bu durum ise hesaplamada dikkate alınan anın hukuka veya sözleşmeye aykırı eylem sonucunda zararın gerçekleştiği an olduğunu, başka bir deyişle tazminat borcunun doğduğu an olduğunu, TBK m. 75'in uygulanacağı haller dışında, göstermektedir. Zira hüküm anı dikkate alınmıyor olsaydı, tazminat borcuna ayrıca temerrüt faizi işletilmesine gerek kalmazdı⁴³⁶. Kaldı ki bu sonuç fark kuramıyla zarar hesaplanması halinde, imkânsızlığın gerçekleştiği veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkının kullanıldığı an olarak daha önceden kabul görmekteydi⁴³⁷. Bununla birlikte, fark kuramına göre somut veya soyut yöntemle hesaplama yapıldığında, hukuki durum yine farklılık arz edecektir. Somut yöntemde, zarar ikame işlemin yapıldığı anda zarar doğacağından bu an dikkate alınmak gerekir⁴³⁸. Soyut yöntemde ise, ifa yerine olumlu

s. 502; Eren, s. 1147; Antalya, C. III, s. 498; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 107 OR, N. 7; İmkânsızlıkta imkânsızlaşma anı: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1319; Ayrıca: ATF 120 II 296; İFM, 4A_257/2007 (Swisslex). Karş. Kusurlu temerrüt anı: **BSK**-Wiegand, Art. 107 OR, N. 19; **BK**-Weber, Art. 107 OR, N. 186 ve 207.

⁴³³ Oğuzman/Öz, C. II, N. 263 ve 333; C. I, N. 1319 vd.; Ayrıca: Gianella, N. 576; von Tuhr/Escher, s. 254; Schenker, N. 661. Aksi yönde hesaplamada sözleşmedeki ifa anının dikkate alınması fikrinde: Schwenzer, N. 66.27; Bucher, s. 380, yazar burada herhangi bir pozitif temel bulunmaksızın alacaklının temerrüt tarihi ile ifadan vazgeçme tarihi arasında seçim yetkisinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Zararın doğduğu anın dikkate alınması gerektiği hakkında: Haluk N. Nomer, "Farazi İlliyet Problemi", **İÜHF**M C. 55 Y. 1996, s. 417; Hüküm anı lehine: Feyzioğlu, s. 185; Diğer zararlarda: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1320; TBK m. 75 hükmünden hareketle: Eren, s. 752

⁴³⁴ Böyle bir hüküm içermeyen İsviçre hukukunda, içtihatlarla karar gününün esas alınacağı kural olarak kabul edilmektedir: Chappuis, N. 193

⁴³⁵ Haksız fiil, zarar unsurunun da gerçekleşmesiyle bütün unsurlarıyla tamamlanır ve haksız fiil böylece işlenmiş sayılır.

⁴³⁶ Oğuzman/Öz, C. II, N. 333

⁴³⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1319; Borca aykırılığın önceden belli olması bakımından: Gianella, N. 576; von Tuhr/Escher, s. 254; Schenker, N. 661; ATF 120 II 296

⁴³⁸ Weidt, s. 216. Şu kadar ki yazar işlemin yapılabileceği ilk uygun anın dikkate alınmasını önermektedir. Oysa uygun anda yapılmayan işlem ancak tazminatın indirilmesi aşamasında birlikte kusur bağlamında dikkate alınmak gerekir.

zararın giderilmesi hakkı kullanıldığı andaki varsayımsal durum dikkate alındığından genel sonuçtan herhangi bir farklılık söz konusu olmaz⁴³⁹.

Bu hak, haksız sona erdirme beyanı ile borçlu temerrüdü hükümlerine, asli edimin müeccel olması nedeniyle, kıyasa başvurulması sonucunda kullanılıyorsa, ifa zamanının henüz gelmemiş olması gerekçesiyle, zararın hesaplanması hususunda da ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Somut veya soyut yöntemde muadil bir işlem nazara alınacağından, gerçek veya varsayımsal ikame işlem alacaklıya kural olarak bir avantaj veya dezavantaj sağlamaz. Genel hükümlere göre bir hesaplama yapıldığında ise, haksız sona erdirme alacaklı tarafa ifa tarihinde elde edebileceğinden daha fazla bir menfaat sağlamamalıdır. Bu nedenle de hâkimin zarar hesaplamasında sözleşmede öngörülmüş olan ifa tarihini göz önünde bulundurması lazım gelir⁴⁴⁰.

(iii) Tazminatın Nihai Olarak Belirlenmesi

Zararın belirlenmesinin ardından olumlu zararın hesaplanmasında ikinci aşama olan tazminatın tayini ve indirilmesine geçilir. Haksız sona erdirme suretiyle gerçekleşen ihlaller bakımından kural olarak burada genel ilkelere ayrılma söz konusu olmaz. TBK m. 51 ve 52 hükümleri uygulanır⁴⁴¹. Tazminatın belirlenmesi etkinliğinde hâkimin hüküm vermesine dek gerçekleşen vakıalar dikkate alınır. Zira aksi halde zararı azaltma külfetinin, zararın doğumu anında alınabilecek tedbirler dışında, herhangi bir anlamı kalmazdı.

⁴³⁹ Huber, II, s. 634; Weidt, s. 220. Sözleşmedeki ifa zamanı yönünde karşı. Hager, **Rechtsbehelfe**, s. 175; Leser, 657; Keuk, s. 152. Beyan tarihi yönünde: **MünchK-Ernst** (2003), §281 BGB, N. 64, bu sonuca ancak yapma borçlarında ifa etmeme beyanının imkânsızlığa yol açtığı olasılıkta cevaz verilebilir.

⁴⁴⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1481; Gianella, N. 578-579: Yazar bu hesaplamanın güç olduğuna işaret ederek, alacaklı bakımından asıl işlevsel hakkın sözleşmeyi sona erdirme olduğuna işaret etmektedir. Bu yönde: Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 906 dn. 67; Başoğlu, **Öncelenmiş**, s. 292; TBK m. 473/I çerçevesinde: Gümüşsoy Karakurt, s. 197. Ancak vurgulanmalıdır ki hesaplamanın güç olması hakkın varlığını ve işlevini yadsımaya yeterli olmaz. TBK m. 50/II hükmü var oldukça, bu bağlamda da zarar tutarı hakkaniyet ölçüsünde takdir edilecektir. İmkânsızlaşan edim nedeniyle, birincil edimin muaccel olmasını beklemeden tazminat talebinde bulunabildiğine göre, bu durumda da tazminat talebinin önünde bir engel olmaz.

⁴⁴¹ **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 185 ve 209; İmkânsızlık bakımından: Antalya, C. III, s. 334. Bu çerçevede aynen tazminata istisnai hallerde karar verilmesinde kuramsal bir engel bulunmamak gerekir: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 870; **BK-Weber**, Art. 107 OR, N. 176. Karşı. Her zaman para ile tazminin söz konusu olduğu yönünde: Kılıçoğlu, s. 930; Hâkimin alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş olmasıyla bağlı olacağı gerekçesiyle: Schenker, N. 667

Haksız sona erdirme hallerinde karşılaşılabilecek ikame işlemin daha geç yapılmış veya daha elverişsiz şartlarla akdedilmesi gibi olgular da zararı azaltma külfeti bakımından değerlendirilmek gerekecektir.

Ayrıca, asli edimin muaccel olmasından önce gerçekleşen haksız sona erdirmelerde, ifa zamanından önce temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkı kullanıldıysa, varsayımsal nedensellik⁴⁴² meselesiyle karşılaşılması son derece olasıdır. Örnek olarak ifa zamanında yapılsa idi, satıcının TBK m. 136 hüküm uyarınca sorumlu olmayacağı gerekçesiyle, haksız sona erdirme beyanında bulunmuş satıcının, olumlu zarardan sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı tartışması verilebilir. Bu konu, yargılama esnasında kesin hüküm verilene kadar söz konusu olabilir, bir kere kesin hüküm verildikten sonra hukuki barışı sağlamış kesin hükmün sonraki sebeplerle ortadan kaldırılması söz konusu olamaz⁴⁴³. Varsayımsal nedensellik, sorumluluk kuran uygun nedensellik bağımlı kesmediğinden ötürü, bu mesele sorumluluğun varlığı ile ilgili değildir, tazminatın tayini bakımından rol oynar⁴⁴⁴. Bu bağlamda, TBK m. 51 “*durumun gereği*” çerçevesinde hâkim, varsayımsal nedenleri tazminatın tespitinde indirim nedeni olarak nazara alabilir⁴⁴⁵. İngiliz hukukunda başlangıçta kabul görmüş ve İsviçre-Türk hukukunda karşılaşılan diğer görüş ise, varsayımsal nedenselliğin

⁴⁴² Kavram için: Nomer, **Farazi İlliyet**, s. 413 vd.; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, 1975, s. 164 vd.

⁴⁴³ Patrick Suter, “Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1997 i.S. X. Versicherungsgesellschaft gegen S. (Berufung) BGE 123 III 110”, **HAVE** 2005, s. 38; Wyss, s. 321; Matthias Leemann, **Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht**, Zürih 2002, s. 102. Alman hukukunda aksi yönde: **MünchK-Oetker**, §249 BGB, N. 216. Bu çerçevede dayanak, ZPO §767 hükmü olmaktadır: **MünchK-Oetker**, §249 BGB, N. 319

⁴⁴⁴ Chappuis, N. 294 vd. Varsayımsal nedenin, aslında nedensellik bağımlı etkilemediği, tazminatın hesaplanmasını ilgilendirdiği hakkında: **MünchK-Oetker**, §249 BGB, N. 208; Esser/Schmidt, s. 245 vd.; ATF 115 II 445; **BK-Brehm**, Art. 41 OR, N 149g; Ayrıca: **CHK-Furrer/Wey**, Art. 97-98 OR, N. 107

⁴⁴⁵ Eren, **İlliyet**, s. 167-168. Tazminatın, cezalandırma veya zenginleştirme işlevi olmadığı gerekçesiyle genel olarak Nomer, **Farazi İlliyet**, s. 418, şu kadar ki yazar sonradan çıkan varsayımsal nedenin başka bir kişinin sorumluluğuna yol açmaması gerektiğini belirtmektedir (Benzer yönde: **MünchK-Oetker**, §249 BGB, N. 213; **BeckOK-Flume**, §249 BGB N. 325 ve 327 vd.; **Staudinger-Schiemann**, §249 BGB, N. 95 vd.; Lukas Wyss, “Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität”, **SJZ** 93/1997, s. 319 vd.; Eren, **İlliyet**, s. 169). Bu yöndeki İngiliz mahkeme kararları: Weidt, s. 222 dn. 272, yazar sonucun Alman hukuku bakımından da kabul edilebilir olduğunu ileri sürmektedir.

doğmuş alacağın varlığı ve kapsamı bakımından etkide bulunamayacağını ileri sürmektedir⁴⁴⁶.

E. Sözleşmeden Dönme

1. Genel Olarak

Tam iki taraflı bir sözleşme kapsamında haksız sona erdirme beyanı sonucunda borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanmasıyla, beyan muhatabı tarafından başvurulabilecek diğer bir olanak da sözleşmeden dönme hakkıdır. Sözleşmeden dönme hakkı ile, bozulan karşılık ilişkisi, sözleşmenin tasfiye süreciyle sözleşmenin hiç kurulmamış olduğu hale getirilmesi suretiyle düzeltilmektedir⁴⁴⁷. Bu bakımdan olumlu zararın giderilmesini isteme hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı, birbirinin karşılık ilişkisinde meydana gelen bozulmayı gidermek üzere öngörülmüş tamamlayıcıdır. Birinci hak, ifa menfaatinin giderilmesini sağlayarak öngörülen düzeltmeyi temin ederken; ikinci hak bu ilişkiyi ortadan tamamen kaldırarak dengesizliği gidermektedir⁴⁴⁸.

Tam iki taraflı sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin rejimde, sözleşmeden dönme hakkı, ifa yerine olumlu zararın giderilmesine koşul olarak düzenlendiğinden, bu hakkın kullanılmasına ilişkin koşullar ve hakkın niteliği ile özellikleri de kural olarak özdeşlik gösterir. Koşul itibarıyla tek fark, sözleşmeden dönme hakkının doğumu için borçlu temerrüdünün doğumundan borçlunun sorumlu olmasının gerekmemesidir⁴⁴⁹. Ayrıca, temerrüt bir borca aykırılık süreci oluşturduğundan, başka bir deyişle anlık bir sözleşme ihlali teşkil etmediği için, borçlu başlangıçta sorumlu olmasa dahi sonradan temerrüdün devam ettirmesi bakımından sorumlu olabilir. Bu olasılıkta da söz konusu andan itibaren kullanılmış dönme hakkı sonucunda, olumsuz zararın giderilmesi de talep edilebilir⁴⁵⁰. Haksız sona erdirme bakımındansa bu

⁴⁴⁶ Genel olarak: von Tuhr/Peter, §13 I 6, 92; **BK**-Becker, Art. 41 OR, N. 14; İngiliz hukukunda: Peel, N. 17-026

⁴⁴⁷ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78; Eren, s. 1148; Hatemi/Gökyayla, §26 N. 88

⁴⁴⁸ Benzer şekilde sözleşmeden dönmenin, talebin devlet zoruyla yerine getirilmesinin yerine geçtiği şeklinde: **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 22

⁴⁴⁹ Ramoni, N. 80; Gianella, N. 582; Karş. Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 955

⁴⁵⁰ Aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesi hakkı bakımından: **CHK**-Furrer/Wey, Art. 103 OR, N. 23

olasılığın gerçekleşme ihtimali oldukça zayıftır. Zira öncelikle bu beyanda bulunanın kusursuz sayılması düşük bir olasılıktır.

Borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanması sonucunda doğan sözleşmeden dönme hakkı, özellikle haksız sona erdirmeye beyanının asli edimin ifa zamanından önce yapılması halinde sözleşmesel ilişkiden kurtulma olanağı tanıdığından pratik olarak daha büyük bir önem taşımaktadır⁴⁵¹.

2. Sözleşme İlişkisi Üzerindeki Etki

Sözleşmeden dönme beyanın muhatabına ulaşmasıyla birlikte, haksız sona erdirmeye beyanına konu olan sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Böylece taraflar, hiç sözleşme yapılmamış konuma getirilir (*statu quo ante*)⁴⁵². Bu bağlamda, doğmuş fakat ifa edilmemiş borçlar alacağın temlik ile başkasına temlik edilmiş dahi olsalar⁴⁵³ sona ererken⁴⁵⁴, ifa edilen edimler ise karşılıklı olarak⁴⁵⁵ iade borçlarına⁴⁵⁶ konu olur⁴⁵⁷.

İade kural olarak aynen gerçekleşir⁴⁵⁸. Aynen ifa mümkün değilse⁴⁵⁹, bu durumda dönme hakkının mümkün olup olmadığı veya iadesi mümkün olmayan

⁴⁵¹ Gianella, N. 579 ve 583

⁴⁵² Gianella, N. 580; **CR**-Thévenoz, Art. 109 CO, N. 5; Schwenzer, N. 66.33; **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. D21; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78; Eren, s. 1149; Antalya, C. III, s. 503; Ayan, s. 254; Schenker, N. 692; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 109 OR, N. 10; Esser/Schmidt, s. 313

⁴⁵³ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 263; Ayan, s. 254

⁴⁵⁴ **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 59; Schenker, N. 694; **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. D22: Alman hukukunda bu etki açıkça yasada düzenlenmemiş olduğundan, etki dönme iradesine dayandırılmaktadır.

⁴⁵⁵ Başka bir deyişle tasfiye ilişkisinde de karşılık ilişkisi mevcuttur: Jan, s. 186; Gianella, N. 580; **CR**-Thévenoz, Art. 109 CO, N. 1; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2219, yazarlar kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir; Pekmez, s. 123 vd.; Bu husus Al. MK §348 ile açık hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, aynı etkili dönme kuramı uyarınca doğan hukuki sonuçlarda, aynı talepler de doğabilir. Bu durumda teknik anlamda karşılık ilişkisinden söz etmek mümkün olmaz.

⁴⁵⁶ **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 60; Schenker, N. 695

⁴⁵⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1687; **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 59-60; **OFK**-Kostkiewicz, Art. 109 OR, N. 2; **CHK**-Furrer/Wey, Art. 109 OR, N. 14; Larenz, **SR-AT**, s. 374. Bu husus TBK m. 181/I hükmünden de anlaşılacağı üzere emredici nitelikte değildir ancak cezai şart hükümleri uygulama alanı bulur: Kılıçoğlu, N. 935

⁴⁵⁸ Bu husus sebepsiz zenginleşmede bir kural iken, aynı iade talebi söz konusu ise de talebin niteliği gereği söz konusu olmaktadır.

⁴⁵⁹ İmkânsızlık, iade edimlerinin doğmasından gerçekleşmiş ise genel hükümler uygulanmak gerekir: **BK**-Weber, Art. 109 OR, N. 74-75; Schenker, N. 725

edimlerin değerinin mi edim konusu olacağı sorusu akla gelir⁴⁶⁰. Dönme hakkının kullanılmasından sonra genel ifa engelleri rejimi uygulama alanı bulur⁴⁶¹. Dönme hakkının kullanılmasından önceki süreç bakımındansa aynen iadesi olanaksız olan veya olanaksızlaşan edimin parasal değerinin iade borcuna konu olacağı kabul edilmektedir⁴⁶².

Tasfiye ilişkisinin tabi olacağı hükümler ise sözleşmeden dönmenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin kabul edilen kurama göre farklılık gösterir⁴⁶³. Klasik görüş, sözleşmeden dönme üzerinde akdi ilişkinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul eder ve iade borçlarının hukuki sebebi sebepsiz zenginleşme olur⁴⁶⁴. Bu kuram içinde yer alan farklı bir görüş ise sözleşmeden dönme üzerine, söz konusu sözleşmenin sebep teşkil ettiği sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin de hükümden düşeceğini tutarlı

⁴⁶⁰ **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 69. Dönme hakkı üzerinde doğan iade ilişkisindeki bunun gibi özel hususlar Al. MK §346 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, aynen iadesi niteliği gereği mümkün olmayan, devredildiği, işlendiği, takyit veya tağyir edildiği için aynen iade edilemeyen, amacına uygun olarak kullanılmadığı için imha olan veya hasar gören edimler yerine değerleri iade konusu olur.

⁴⁶¹ Eren, s. 1151; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1321; Antalya, C. III, s. 518; Kurt, **Temerrüt**, s. 319; Schenker, N. 725; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR, N. 22; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR, N. 9; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 74-75; Larenz, **SR-AT**, s. 376; Karş. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 215 vd., yazar iade borçlarının imkânsızlığı açısından zamansal bir ayırımın isabetsiz olacağı, dönmeden önce gerçekleşen imkânsızlığa dair varılan sonuçların esas alınması gerektiği fikrindedir. Bu noktadan sonra iade borçlarında temerrüde düşülmesi halinde, sözleşme ilişkisinin ortadan kalktığını kabul eden görüş uyarınca, TBK m. 125 hükmü uygulama alanı bulamayacağı gibi sözleşme görüşü uyarınca da tasfiye ilişkisinde bu hükümler uygulanmaz: **Staudinger-Schwarze**, §323 BGB, N. D28. Sözleşme kuramına bu yönden yapılan eleştiri: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1702. Söz konusu durumda, iade borçları yerine getirilmezse, TBK m. 125 hükmüne kıyasen başvurulup dönme sonuçlarının ortadan kaldırılacağı görüşü: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 237; Bucher, s. 378 dn. 197

⁴⁶² Huguenin, N. 961; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR, N. 19; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 109 OR, N. 6; **CR-Thévenoz**, Art. 109 CO, N. 7 ve 10; Schenker, N. 716 ve 737; **BK-Becker**, Art. 109, N. 5-6; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 80; Schwenger, N. 66.33; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR, N. 7; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1321; Antalya, C. III, s. 517; İnşaat sözleşmesinde: Ayan, s. 257-258; Kurt, **Temerrüt**, s. 305. Malvarlığındaki zenginleşmenin parasal iadesinin söz konusu olacağı ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı görüşünde: Feyzioğlu, s. 263; Ayrıca: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 250 vd. Farklı yönde, bu durumda olumsuz zararın hesaplanmasında bir kalem olarak yer alacağı şeklinde: **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 109 OR, N. 7. MK m. 2 çerçevesinde dönme engeli olabileceği hakkında: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1440; Bucher, s. 377; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 36. Ayrıntılı inceleme: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 185 vd.

⁴⁶³ Eren, s. 1149; Kuramlar için ayrıca: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 117 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 510 vd.; Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılması", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 16 (1985), s. 133 vd.; Turgut Öz, "İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 20 (1996), s. 52 vd.

⁴⁶⁴ Engel, s. 733-734; von Tuhr/Escher, s. 150; Genel bilgi için: **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 40

olarak belirtmektedir⁴⁶⁵. Sözleşme görüşü ise dönme beyanı üzerine sözleşmesel ilişkinin ayakta kaldığını ancak içerik değiştirdiğini ve bu surette iade borçlarının sözleşmesel temele dayandığını kabul etmektedir⁴⁶⁶. Yasal borç görüşü ise sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul etmekle birlikte iadenin kanundan doğan bir borç ilişkisi yarattığını ve bu iade borçlarının kapsamlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirleneceğini ileri sürmektedir⁴⁶⁷.

İade talepleri, üstün tutulan sözleşmeden dönmenin etkisi kuramına göre zamanaşımı süresine tabi olur⁴⁶⁸. Bu tartışmadan bağımsız olarak, sözleşmeden dönme beyanının muhatabına ulaşmasıyla alacaklar bakımından zamanaşımı işlemeye başlar. Zira o andan önce bu alacaklar ne doğmuştur ne de muacceldir.

3. Olumsuz Zararı Tazmin Sorumluluğu

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin tasfiye sürecine girmesiyle birlikte oluşabilecek ikinci sonuç, haksız sona erdirme beyanında bulunan ve borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasından sorumlu olan⁴⁶⁹ tarafın, sözleşmeden dönen tarafın olumsuz zararını gidermekle sorumlu olmasıdır.

⁴⁶⁵ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 40 vd.; Öz, **Aynı Haklara Etki**, s. 141 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 139 vd.; İsviçre hukukundaki yazarlar için: **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 42; Yargıtay’ında bu görüşte olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çerçevesinde verdiği kararlardan anlaşılmaktadır: Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 200.5, ancak taşınmaz mülkiyetini konu almayan içtihatlar bakımından ise yasal borç kuramına yaklaştığı hususunda: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 132

⁴⁶⁶ Huguenin, N. 960; Schwenzer, N. 66.33; Bucher, s. 377; **CR-Thévenoz**, Art. 109 CO, N. 6; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 46 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 505 vd. İsviçre Federal Mahkemesi esas olarak JdT 1988 I 528 ile bu yönde görüş değiştirmiştir: “*Güncel öğretiyile birlikte, borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi iptal edilmiş hale getirmediği kabul edilmelidir. Aslında, dönme hakkı sözleşmenin konusunu değiştirir. Onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. İBK m. 109 hükmünde düzenlenmiş iki talep bu nedenle sözleşmesel niteliktedir. Zamanaşımı bakımından da bu talepler genel kurala tabidir. Tazminat talebi gibi, iade talepleri de dolaylı olarak sözleşmenin borçlu tarafından gereği gibi getirilmemesi ve bunun alacaklının sözleşmeden dönmesinden kaynaklanır. Bu nedenle, zamanaşımı bakımından, iki talebi ayrı hükümlere tabi tutmanın hiçbir mantığı yoktur.*” Sözleşme görüşünü kabul ettiği halde, sebepsiz zenginleşme taleplerinin yarışacağı fikrinde: Hatemi/Gökyayla, §26 N. 92. Bütünlük menfaatini korumaya yönelik davranış yükümlülükleri ise her halükârda varlığını korur (Antalya, C. III, s. 514; **CR-Thévenoz**, Art. 109 CO, N. 13; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR, N. 6; Schwenzer, N. 66.33; İFM, 4C.199/2004 [Swisslex]). Zira, sözleşmeden dönülmüş olsa dahi, sözleşmesel temasın başladığı andan itibaren taraf arasındaki birbirlerinin kişi ve mal varlıklarını korumaya dair duydukları güven aynı nitelikte kalmayı sürdürür.

⁴⁶⁷ **BK-Becker**, Art. 109 OR, N. 4; ATF 63 II 258; ATF 61 II 258

⁴⁶⁸ Sözleşmeden doğan borç olduğu gerekçesiyle on yıl görüşünde: Eren, s. 1151; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR, N. 5; Karş. Sebepsiz zenginleşme kabul edildiği halde on yıllık zamanaşımını uygulayan karar: Yarg. 8. HD., 13.7.2010, 1575/3921 (Lexpera)

⁴⁶⁹ Bu hükümlerin uygulanmasından beyan sahibi sorumlu tutulamıyorsa, olumsuz zarardan da sorumluluk doğmaz. Haksız dönme beyanı bakımından kusur için: *Bölüm: 2, III, A, 2*

Bu olasılıkta beyan sahibi karşı tarafın, sözleşmesel ilişkiye hiç girmemiş olmasına ilişkin menfaatini tazmin eder⁴⁷⁰. Farklı söyleyişle, sözleşmeden dönen tarafın, sözleşmeden dönülmesine neden olacak eylemlerde bulunulmayacağına ilişkin güveni korunmaktadır⁴⁷¹. Bu bağlamda zararın belirlenmesinde yapılacak karşılaştırmada, sözleşmeden dönen tarafın mevcut malvarlığı ile sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olunsaydı bulanacağı varsayımsal malvarlığı arasındaki fark esas alınır⁴⁷².

Olumsuz zararın giderilmesine ilişkin talep de tipik bir tazminat talebi olduğundan, zarar ve tazminatın belirlenmesi ve sorumluluğa ilişkin genel esaslara tabi olmaya devam eder⁴⁷³. Şu kadar ki açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, olumsuz zararın giderilmesine ilişkin menfaatin, olumu zararın giderilmesine ilişkin menfaatle sınırlandırılması kabul edilemez⁴⁷⁴.

TBK m. 125 hükmünün açık lafzı karşısında, sözleşmeden dönen tarafın olumlu zararının giderilmesini istemesi de söz konusu olamaz⁴⁷⁵. Kaldı ki hem sözleşmeden dönülerek sözleşmenin hiç yapılmamış olduğu varsayımının tasfiye ile gerçekleştirilmesi hem de alacaklının sözleşmeye uygun ifaya olan menfaatinin tazmin

⁴⁷⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1706; Eren, s. 1152; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1322; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 240; Huguenin, N. 963; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 82

⁴⁷¹ Ergüne, s. 49; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 82; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR, N. 8; **CR-Thévenoz**, Art. 109 CO, N. 14; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR, N. 35; Kurt, **Temerrüt**, s. 354. Ayrıca sözleşmenin geçerliliğine güven şeklinde: Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 201.1; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2899

⁴⁷² Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2899; Engel, s. 735; **CR-Thévenoz**, Art. 109 CO, N. 14; Schwenzer, N. 66.34

⁴⁷³ **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 102; Antalya, C. III, s. 521; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR, N. 32; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 109 OR, N. 9

⁴⁷⁴ Ergüne, s. 360-361; Eren, s. 1154; Antalya, C. III, s. 528; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2901

⁴⁷⁵ Ergüne, s. 256; Ayan, s. 278; Antalya, C. III, s. 522, ancak karşı s. 527 yazar burada dönme anına kadarki süreç için gecikme (temerrüt) tazminatı ile temerrüt faizinin talep edilebileceğini ifade etmektedir. Sözleşmesel dönme kuramı kapsamında buna cevaz veren görüş: **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 84; Schwenzer, N. 66.34; Bu görüşün yasa hükmünün bu şekilde yorumlanmasının veya doldurulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez olduğu: **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR, N. 27; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 109 OR, N. 7; İFM, 18.1.2006, 4C.286/2005 (Swisslex). Bununla birlikte koruma yükümlülüklerine ilişkin sorumluluk sözleşmeden dönmeden etkilenmez. Öte yandan İBK m. 109 ve BK m. 108 hükümlerinin lafızlarından farklı olarak TBK m. 125'te "hükümsüzlük" ifadesiyle olumsuz zararın giderileceği vurgulanmış ve öğretideki tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir: Antalya, C. III, s. 503

edilmesi çelişkili bir durum olup kabulü için açık bir kanun veya sözleşme⁴⁷⁶ hükmü bulunmalıdır⁴⁷⁷.

Olumsuz zararın giderilmesine ilişkin tazminat talebinde, zararın hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı hususunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda öğreti ve uygulamada genel kabul gören ilkeye koşut olarak bir görüş yine hüküm tarihinin dikkate alınması taraftarıdır⁴⁷⁸. Buna karşılık bir görüş, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı anı⁴⁷⁹, bir başka görüş ise sözleşmenin kurulduğu anı esas almaktadır⁴⁸⁰. Son bir görüş ise temerrüdün doğduğu veya temerrüt hükümlerinin işlerlik kazanmaya başladığı anı esas almaktadır⁴⁸¹. Türk hukuku açısından olumlu zararın hesaplanmasına ilişkin açıklamalarda işaret edildiği üzere hüküm tarihinin dikkate alınması kural olarak mümkün değildir⁴⁸². Bu itibarla, dikkate alınacak an, olumsuz zararın gerçekleştiği an, başka bir deyişle tazminat talebinin doğduğu an olacaktır. Dolayısıyla olumsuz zarar da, sözleşmenin hükümsüzleşmesiyle doğduğundan, sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarını doğurduğu an esas alınmak gerekir⁴⁸³.

Bu tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi de, kökeninde sözleşme ihlali bulunduğu⁴⁸⁴, dönülen sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımına bağlıdır⁴⁸⁵. Bu süre ise dönme hakkının kullanıldığı, başka bir deyişle dönme beyanının muhataba

⁴⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 936

⁴⁷⁷ Ergüne, s. 72-73; Nitekim Alman hukukunda getirilen §325 hükmüyle birlikte sözleşmeden dönme yaptırımının olumlu zararın talep hakkını ortadan kaldırmayacağı açık hükme bağlanmıştır: **Staudinger-Schwarze**, §325 BGB, N. 3 ve 17 vd.; **NomosK-Dauner-Lieb**, §325 BGB, N. 1; **MünchK-Ernst**, §325 BGB, N. 1. Buna göre iki taraflı sözleşmelerde koşullar sağlandıktan sonra alacaklı, sözleşmeden dönüp olumlu zararının giderilmesini talep edebilir veya sadece dönebilir yahut sadece olumlu zararının giderilmesini isteyebilir ya da iki hakkını da kullanmayabilir: N. 5

⁴⁷⁸ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 275; Ergüne, s. 351

⁴⁷⁹ Görüş hakkında bilgi: Yıldız, s. 263

⁴⁸⁰ Guhl/Koller, §10 N. 48

⁴⁸¹ **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 104

⁴⁸² Yoksul kalınan kâr bakımından hüküm tarihi görüşü: Eren, s. 1154

⁴⁸³ Dönme hakkının geç kullanılması nedeniyle zararın artması söz konusu ise, yukarıda belirtilen nedenlerle birlikte kusurun varlığını kabul etmek mümkün olmasa da TBK m. 51/I anlamında durumun gereği zımında dikkate alınabilir.

⁴⁸⁴ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 149; Ergüne, s. 144; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1707; **BK-Becker**, Art. 109 OR, N. 8

⁴⁸⁵ Ergüne, s. 145; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 302; Ayan, s. 279; Sözleşme kuramını üstün kabul ettiği için karşı. Eren, s. 1154

ulaştığı ve böylece zararın doğduğu andan itibaren işlemeye başlar⁴⁸⁶. Dönme hakkının kullanılmasından önce, bu istemin talep edilebilmesi olanaksızdır.

F. Manevi Zararın Giderilmesi

Sözleşmenin kurulmasıyla ve daha öncesinde sözleşmesel ilişki kurulmak üzere sosyal temasın başlamasıyla taraflar arasında, edimden bağımsız borç ilişkisi kapsamında MK m. 2 uyarınca koruma yükümlülükleri doğar⁴⁸⁷. Koruma yükümlülükleri, sözleşmedeki edim değişimine hizmet etmez, tarafların mal ve kişi varlığı bakımından korunmasına yöneliktir. Başka bir deyişle koruma yükümlülükleri, sözleşmedeki edim değişimi hariç bırakılarak, tarafların mevcut malvarlığı ve hukuki durumunu (*status quo*)'yu korur⁴⁸⁸.

Sözleşme taraflarının kişilik haklarının korunması da, koruma yükümlülüklerinin kapsamına girer. Başka bir deyişle *status quo* olarak korunması gereken değerler arasında kişilik hakları da bulunur, bütünlük menfaatinin içinde kişilik haklarının dokunulmazlığı da dahildir⁴⁸⁹. Bu kapsamda taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyle fonksiyonel bir bağlantı⁴⁹⁰ bulunmak kaydıyla, bir tarafın karşı tarafın kişilik haklarını ihlal etmesi, koruma yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sözleşmesel sorumluluğa tabi olur⁴⁹¹. Bu çerçevede, haksız sona erdirme beyanı olarak

⁴⁸⁶ Ergüne, s. 147; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 302; **BK-Weber**, Art. 109 OR, N. 110; Giger, **Haftpflichtkommentar**, Art. 109 OR, N. 11; Yıldız, s. 265

⁴⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, §2 N. 15; Ergüne, s. 112 vd.; Eren, s. 40 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 961; Antalya, C. I, s. 16; Akyol, **Dürüstlük**, s. 48; Oğuzman/Barlas, N. 940; Bu kuram hakkında: Oğuzman/Öz, C. I, N. 139; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, **CS - Commentaire Stämpfli - Die Einleitungsartikel des ZGB**, Art. 2 ZGB, 2003, N. 66 vd.; Larenz, **SR-AT**, §2 I, s. 10-14

⁴⁸⁸ Ergüne, s. 113; Eren, s. 40; Medicus/Lorenz, N. 113 ve 521

⁴⁸⁹ Bu yönde: Pierre Tercier, **Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg, 1971, s. 133-134; Emmerich, **Leistungsstörungen**, §22 N. 24

⁴⁹⁰ Bir tarafın, diğer taraftan sözleşmesel ilişki çerçevesinde yapmamasını beklemekte haklı olmadığı fiiller, koruma yükümlülüğünün ihlali kapsamına girmez. Rastlantısal şekilde gerçekleşen bir kişilik hakkı ihlali, bu durumda, sözleşmesel sorumluluğa değil, haksız fiil sorumluluğuna tabi olmak gerekir.

⁴⁹¹ Bu çerçevede TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 58'in uygulanacağı ifade edilmekte (Dursun Karaahmetoğlu, s. 181; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, 2008, s. 58 vd.; Eren, s. 806; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1215; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2920) ise de kanımızca bu temellendirme sözleşmesel manevi tazminat talepleri için yeterli değildir. Başka bir deyişle bir talebi sözleşmesel olarak nitelendirmek için talebin sözleşmesel bir borçtan ileri gelmesi lazımdır. Sözleşmesel bir borca aykırılık, alacaklısının kişilik haklarını ihlal ediyorsa, aynı zamanda koruma yükümlülüğüne de aykırılık teşkil eder ve o şekilde manevi tazminat alacağına hak kazandırabilir. Manevi tazminata hak kazandıran, koruma yükümlülüğüne aykırılıktır, genel olarak diğer borçlara aykırılık değildir. Karş. Genç Arıdemir, s. 87-99; M. Murat İnceoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", **BATİDER** C. 24 S. 4 (2008), s. 80-81. Öte yandan TBK m. 114/II atfı bulunmasa dahil,

gerçekleşen sözleşme ihlali, karşı tarafın kişilik haklarını da ihlal ediyorsa, manevi tazminat talebi doğurmaya elverişlidir⁴⁹². Ancak soyut olarak haksız sona erdirmeye beyanı, tek başına bir sözleşme ihlali olarak manevi tazminata hak kazandırmaz⁴⁹³. Kişilik hakkı ihlalinin somut şekilde kanıtlanması gerekir. Haksız sona erdirmeye şeklinde gerçekleşen sözleşme ihlalinin aynı zamanda, koruma yükümlülüğü ihlali olarak muhatabın kişilik haklarını zedelemiş olması gerekir. Aksi halde sadece tek başına kişilik haklarının zedelenmesi haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde manevi tazminat talebine dayanak kazandırabilir.

Sözleşmesel sorumluluğa tabi manevi tazminat talebi kapsamında, sözleşmesel borcun ihlali aynı zamanda başka bir sözleşmesel borç olan koruma yükümlülüğünün de ihlaline yol açabilmektedir. Bununla birlikte, belirleyici olan, kişilik haklarının ihlal edilmiş olmasıdır, sözleşmesel bir asli veya yan edimin ihlal edilmiş olması değildir⁴⁹⁴. Zira kişilik hakkının ihlal edilmiş olması, koruma borcunun ihlali olduğundan, başlı başına sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, haksız fiil olarak doğan manevi tazminat talebinden (TBK m. 58), sözleşmesel manevi tazminat talebini ayıran nokta, sözleşme sorumluluğuna tabi manevi tazminatta, sözleşme tarafları arasındaki karşılıklı koruma yükümlülüğünün (bütünlük menfaati) ihlal edilmiş

MK m. 5 uyarınca TBK m. 58 sözleşmesel sorumluluk kapsamında uygulama alanı bulabilirdi. Kişilik haklarının korunması, genel nitelikli bir hüküm olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Farklı yönde: **BK-Brehm**, Art. 49 OR, N. 75: Yazar İBK m. 49 (TBK m. 58) hükmünün doğrudan uygulandığı, zamanaşımı haricinde, manevi tazminat talebinin sözleşme ihlalden kaynaklanmasının önemli olmadığı görüşünü kabul etmektedir. Benzer şekilde: **CHK-Müller**, Art. 49 OR, N. 7. Bununla birlikte fikrimizce kusurun ispatı açısından TBK m. 112 hükmü uygulanacağından bu yöndeki farklılık gözden kaçırılmamalıdır.

⁴⁹² Karş. Hatemi/Gökyayla, §20 N. 53, yazarlar fiziki bütünlüğü ihlal etmeyen sözleşmeye aykırılıklar ve eden aykırılıklar olarak bir ayırım yapmakta olup ikinci grup açısından manevi zarar karinesinin bulunduğunu kabul etmekte, birinci grup bakımından manevi zarar ve nedensellik bağının alacaklı tarafından kanıtlanması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁴⁹³ Yarg. 13. HD., 3.5.2017, 15476/5450 (Lexpera) “Kişilik haklarının zarar görmediği hallerde, eylem hukuka aykırı olsa dahi manevi tazminata hükmedilmesi olanaklı değildir. Somut olayda, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle, davacının kişilik haklarının zarar gördüğü kabul edilemez.”; Yarg. 11. HD., 14.7.2011, 9953/8930 (Lexpera) “..sadece sözleşmenin haksız feshi, manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmez.”. Buna karşılık İsviçre’de hizmet sözleşmesi çerçevesinde, haksız feshin kendi başına kişilik hakkı ihlali oluşturacağı kabul edilmektedir: ATF 116 II 300; **ZK-Hardy Landolt**, 2007, Art. 49, N. 864

⁴⁹⁴ **CHK-Müller**, Art. 49 OR, N. 7; Hatemi, **Sorumluluk**, §10 N. 18. Bu çerçevede kişilik hakkı ihlali gerçekleşmeden, manevi tazminata hükmedilmemesi gerekir. Başka bir deyişle TBK m. 49/II hükmüne uyarınca manevi tazminata hak kazanılamaz. Bu husustaki tartışmalar ve manevi tazminat talebinin doğmayacağı hakkında: Kadir Berk Kapancı, **Ahlaka Aykırı Bir Fille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, İstanbul, 2016, s. 181-184

olmasıdır. Manevi tazminata hak kazandıran, kişilik hakları ihlalinin koruma yükümlülüğü ihlaline yol açması olduğundan, manevi tazminata sözleşmesel olarak hak kazanabilmek için mutlaka sözleşmeden doğan asli veya bir yan edim borcunun da ihlal edilmesi ön koşul değildir. Örnek olarak, badana işlerini mükemmel olarak yapan badanacının, işine karışan iş sahibine sinirlenip hakaret etmiş olması durumunda, iş sahibinin manevi tazminat istemi sözleşmesel sorumluluk esaslarına tabi olacaktır. Bununla birlikte haksız sona erdirme beyanının sözleşmesel manevi tazminat sorumluluğu doğurması açısından, haksız sona erdirme beyanında bulunmak, manevi tazminat sorumluluğu doğurabilecek sonuçlarının öncesinde, sözleşme amacına uygun davranma yan borcunun ihlalinin oluşturmaktadır. Diğer yandan, sözleşmesel olarak manevi tazminata hak kazanılacağı sonucuna varılan her durumda, haksız fiile dayalı olarak manevi tazminat alacağı talep edilebilir⁴⁹⁵. Zira sorumluluk doğuran olgu olarak, mutlak hak ihlali (kişilik haklarının ihlali) ortaktır. Her iki talep, yarışma halinde doğar.

Haksız sona erdirme beyanı⁴⁹⁶, öncelikli olarak, içeriği itibarıyla veya beyan ediliş tarzıyla, muhatabının kişilik haklarını zedeleyebilir ve bu şekilde manevi tazminat talebine hak kazanılabilir⁴⁹⁷. İkinci olarak, haksız sona erdirme beyanı, içeriği ve beyan tarzı bakımından muhatabının kişilik haklarını ihlal edici nitelikte olmasa dahi, yine de manevi tazminat talebine yol açabilir. Bu durumda, salt haksız sona erdirme şeklinde tezahür eden sözleşmeye aykırı eylem, muhatabın ticari, mesleki ve toplumsal itibarı, yeterliliği ve güvenilirliğinde yol açtığı zedelenmeyle kişilik hakkı

⁴⁹⁵ Manevi tazminata hak kazandıran bir olgu olarak kişilik haklarının ihlal edilmesi bir mutlak hak ihlali teşkil ettiğinden (**BSK-Kessler**, Art. 49 OR, N. 4; Tercier, **Moral**, s. 133) aynı zamanda bir haksız fiil de işlenmiştir ve sözleşmesel ve haksız fiilden doğan manevi tazminat talepleri kaçınılmaz olarak yarışır. Karş. **ZK-Landolt**, Art. 49 OR, N. 775, yazarın sadece sözleşmesel manevi tazminat talebinin doğabileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

⁴⁹⁶ Burada kişilik hakkı ihlalinin teşkil eden fiil, sözleşmenin karşı tarafına ulaşan haksız sona erdirme beyanıdır. Beyan sahibi, ayrıca, borçlusunun iflas ettiği ve sair şekilde açıklamalarda bulunmuşsa, bu fiiller ayrıca sözleşmeye aykırılık oluşturur ve manevi tazminata hak kazandırabilir. Ancak bu talebin, haksız sona erdirme beyanıyla bir ilgili yoktur. Nedensellik bağı, açıklama ve manevi zarar arasındadır, haksız fesih beyanı ile manevi zarar arasında değil. Karş. Dursun Karaahmetoğlu, s. 184-185

⁴⁹⁷ Bu yönde yorumlanabilir: **ZK-Landolt**, Art. 49 OR, N. 865. Ticari itibar kaybından doğan zararın niteliği hakkında ayrıntılı değerlendirme ve bunun maddi zarar olarak kabul edilmesi görüşü: Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme hakkı – TBK ve CISG Uyarınca-**, İstanbul, 2018, s. 299-300

ihlali teşkil eder⁴⁹⁸. Özellikle, haksız sona erdirme beyanına muhatap olan kişi hakkında, bu kişinin yetersizliği nedeniyle sözleşmesel ilişkisinin sona erdirilmek istendiği şeklinde bir izlenim kamuoyunda oluşabilir⁴⁹⁹ ve bu nedenle manevi tazminat talebi doğar⁵⁰⁰. Bu talebe ilişkin zamanaşımı, koruma yükümlülüğünün doğduğu sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı süresidir⁵⁰¹. Manevi zarara yol açan eylem olan haksız sona erdirme beyanı, bu beyanın sözleşmenin karşı tarafa ulaşmasıyla tamamlanarak manevi zararı doğuracağından kural olarak zamanaşımı beyanın ulaşmasıyla birlikte işlemeye başlar. Sözleşmesel sorumluluk söz konusu olduğu için kusur bakımından ispat yükü, kusursuzluğunu kanıtlama bakımından borçlu tarafta olacaktır.

G. Alacaklı Temerrüdü

1. Genel Olarak

Haksız sona erdirme beyanı sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin reddi anlamına geldiğinden, beyan sahibinin borçları bakımından yukarıda ifade edilen sonuçlara yol açarken; aynı zamanda alacakları bakımından da ifanın kabul edilmeyeceği veya ifaya hazırlık fillerinin yerine getirilmeyeceğini de gösterir⁵⁰². Bu nedenle meselenin ayrıca alacaklı temerrüdü yönünden değerlendirilmesi

⁴⁹⁸ Bu değerler kişilik hakkına dahildir ve hem gerçek hem tüzel kişiler bakımından korunur (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 300; Gönen, s. 129 vd.; Teoman Akunal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, s. 1995, s. 28; Gülşah Sinem Aydın, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme**, İstanbul, 2017, s. 63). Tüzel kişilerin de kişilik haklarına ilişkin korumadan yararlandığı hakkında: Doruk Gönen, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, 2011, s. 27 vd.; Aydın, **Kişilik Hakkı**, s. 62-63

⁴⁹⁹ Tercier, **Moral**, s. 134; Dursun Karaahmetoğlu, s. 184

⁵⁰⁰ Yarg. 11. HD., 14.6.2007, 14550/9038 (Lexpera); Kredi kesilmesi şeklinde verilen örnekler: İnceoğlu, **Manevi Tazminat**, s. 91; Harun Demirbaş, “Sosyal ve Ticari İtibarına Yönelik Saldırlara Karşı Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, **BAÜHFD C. 9 S. 119-120** (2014), s. 142-143; Ölekli, s. 202

⁵⁰¹ Genç Arıdemir, s. 269-270; On yıllık zamanaşımı şeklinde: **BK-Brehm**, Art. 49 OR, N. 75; Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 3290. Sözleşme ihlalden ötürü yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanların taleplerinin haksız fiil zamanaşımı süresine tabi olacağı: **CHK-Müller**, Art. 49 OR, N. 7; ATF 123 III 204

⁵⁰² Benzer yorum: Guhl/Koller, §33 N. 16 “*wer nicht annehmen will, will auch nicht leisten*”. Şu kadar ki tam iki taraflı bir sözleşmede beyan sahibinin asli edim borcu yapma ediminden ibaret ise, genel olarak sonraki imkânsızlık hükümleri doğacaktır. Ters yapıda karşı. **ZK-Schraner**, Art. 95 OR, N. 12; **BSK-Bernet**, Art. 95 OR, N. 1: Alacağını kabul etmeyen borcunu ifa etmeyeceği ilkesinden hareketle alacaklı temerrüdünün borçlu temerrüdü hükümlerine işlerlik kazandıracığı belirtilmektedir. İkinci yazar, bu halde sözleşmenin olumlu ihlalinin de gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bu doğrultuda: ATF 110 II 148

gerekmektedir⁵⁰³. Bu durumda ön koşul olarak, haksız sona erdirme beyanın sonucunda karşılıklı borçların sona ermemiş olması gerekir.

Alacaklı temerrüdü bir ifa engeli olup alacaklının borcun niteliği itibarıyla ifası için gerektirdiği işbirliği külfetini⁵⁰⁴ yerine getirmekten haksız olarak kaçınmasıyla gerçekleşir⁵⁰⁵. Bu itibarla alacaklı temerrüdünün gerçekleşebilmesi için ön koşulu ifası mümkün ve alacaklının ifaya katılma külfetinin bulunduğu bir borcun varlığıdır. Alacaklının ifaya katılımı, doğrudan doğruya ifanın kabulü olarak gerçekleşebileceği gibi ifaya hazırlık eylemlerinin yahut ifaya eşlik eden külfetlerin yerine getirilmesi şeklinde de olabilir⁵⁰⁶.

2. Haksız Sona Erdirme Beyanının Yeterliliği

Alacaklı temerrüdünün gerçekleşebilmesi için alacaklının ifayı kabul külfetini veya ifaya eşlik eden külfeti haksız⁵⁰⁷ olarak yerine getirmemesi lazım gelir⁵⁰⁸. Bu itibarla öncelikle borçlunun, ifayı kararlaştırılan şekilde ve eylemli olarak arz etmesi

⁵⁰³ Bununla birlikte borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması, beyan muhatabı açısından daha elverişli olduğundan alacaklı temerrüdü ile düzenlenen hukuki çarelere başvurulması daha zayıf bir olasılıktır: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 1

⁵⁰⁴ Külfet ihlali, borç ihlali olmadığından alacaklının, alacaklı temerrüdüne yol açması sözleşmesel sorumluluğunu doğurmaz: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 3; **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 25 ve N. 44; **BK-Weber**, Art. 91 OR, N. 52 vd.; **BSK-Bernet**, Vorb. Art. 91-96 OR, N. 2. Külfetler aynı zamanda borç teşkil ediyorsa, bu durumda borca aykırılık sayılabildiği ölçüde sözleşmesel sorumluluk doğar. Hizmet sözleşmesi bağlamında: Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2247

⁵⁰⁵ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1135; Nomer, N. 175; Antalya, C. III, s. 140; Bunun bir külfet ihlali (*Obliegenheitsverletzung*) olduğu: Medicus/Lorenz, N. 544. Öğretide, alacaklının ifaya katılmasının genelleme yapılarak nitelendirilmemesi gerektiği, somut olayın koşulları, taraf iradeleri ve menfaat dengesinin tespit edilmesiyle sonuca varılması gerektiğine işaret eden bir görüş bulunmaktadır: Arpacı, s. 110-111; **CR-Loertscher**, Art. 91 CO, N. 10; **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 7; Bucher, s. 318; Engel, s. 663. Borçlunun ifasına alacaklı haksız surette engel olduğundan, alacaklı temerrüdünün varlığı borçlu temerrüdünün koşullarının gerçekleşmediğini gösterir. Başka bir deyişle alacaklı ve borçlu temerrütlerini birbirlerini kaçınılmaz olarak dışlar: Schwenzler, N. 70.03; Huguenin, N. 983; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1406. Esasen alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olması, borçlu temerrüdünün doğumunu engeller; gerçekleşmiş borçlu temerrüdünü sona erdiren ise edimin belirli olması dikkate alındığında, ifa tekliflidir (Oğuzman/Öz, C. I, N. 1559).

⁵⁰⁶ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1395-1397; Antalya, C. III, s. 138-139; Huguenin, N. 969 vd.; **CR-Loertscher**, Art. 91 CO, N. 11; **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 15-18. Bu çerçevede ifayı kabullen kaçınma ve işbirliğinde bulunmaktan kaçınma olarak alacaklı temerrüdü olarak ikiye ayrılabilir. Karş. Demian Stauber, **Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs**, 2009, N. 66 vd.

⁵⁰⁷ Alacaklının kusurlu olması söz konusu değildir, nesnel bir red sebebinin varlığı alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesine engel olmaya yeterlidir: **BSK-Bernet**, Art. 91 OR, N. 13; **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 125; Bucher, s. 321

⁵⁰⁸ Schwenzler, N. 69.09

gerekir⁵⁰⁹. Başka bir deyişle ifa teklifinin⁵¹⁰ alacaklı tarafından kabul edilmesi üzerine borçlunun ifayı derhal yerine getirebilecek durumda bulunması şarttır⁵¹¹. Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi, külfetlerin ihlal edileceğinin anlaşılmasıyla birlikte öncelenmiş şekilde de gerçekleşebilir, zira borçlu kural olarak vadeden önce ifa olanağına sahiptir⁵¹². Vade, alacaklı lehineyse, alacaklının külfet ihlalinin bulunduğu sonucuna haklı nedenin varlığı nedeniyle ulaşamaz.

Bu itibarla genel ilkedен, yasal düzenlemede başkaca açıklık bulunmadığı için⁵¹³, ilk bakışta, haksız sona erdirme beyanına muhatap olan borçlunun da ifayı fiili ve sözleşmeye uygun şekilde teklif etmedikçe alacaklı temerrüdü hükümlerine başvuramayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Oysa bu sonucun kabul edilmemesi lazım gelir. Zira sözleşmeden doğan alacaklarını kabul etmeyeceğini ve özellikle haksız sona erdirme beyanıyla sözleşmeyle hukuki olarak bağlı olmadığını açıklayan alacaklıya karşı borçluyu, semeresiz olacağı açık olduğu halde ve alacaklı ifayı talep iradesini tekrar açıklamadan, eylemli yahut sözlü olarak ifayı önermeye mecbur etmenin gereği yoktur. Bu bakımdan alacaklı temerrüdünde ifanın eylemli olarak teklif edilmesi şart koşan TBK m. 106 hükmünde bir istisna boşluğu (örtülü boşluk) mevcuttur ve bu boşluk alacaklının ifaya ilişkin külfetleri yerine getirmeme iradesini kesin olarak bildirdiği hallerde alacaklı temerrüdünün kendiliğinden gerçekleşeceği şeklinde doldurulmak gerekir⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de sözleşme yürürlükte olduğu müddetçe borçlunun ifaya hazır olması gerektiği hususu: **BK-Weber**, Art. 91 OR, N. 95a

⁵¹⁰ Bunun hukuki işlem benzeri fiil olduğu görüşünde: **BSK-Bernet**, Art. 91 OR, N. 4; **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 74; **BK-Weber**, Art. 91 OR, N. 97; Alman hukukunda ise maddi fiil olarak kabul görmektedir: Huber, **I**, §8 I 2, s. 203; **MünchK-Ernst**, §294 BGB, N. 2 ve §293 BGB N. 15; **BeckOK-Dötterl**, §294 BGB, N. 5; Al. MK §295 hükmü uyarınca yapılan sözlü teklifin hukuki işlem benzeri fiil olduğu fikrinde: Huber, **I**, §9 I 2, s. 225

⁵¹¹ **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 60; Bucher, s. 320

⁵¹² Guhl/Koller, §33 N. 3; ATF 111 II 156

⁵¹³ Al. MK §295 hükmü ile fiili ifa arzına gerek kalmadan sözlü teklifin yeterli olacağı haller ayrıca düzenlenme yoluna gidilmiştir. Bu hüküm kapsamında alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini beyan etmiş olması halinde sözlü teklif alacaklı temerrüdünün işleme için yeterli olmaktadır. §296 ise ifaya hazırlık eylemlerinin belli bir süre içinde yapılması gerektiği hallerde ifa teklifine gerek kalmayacağını hüküm altına almaktadır.

⁵¹⁴ Genel olarak bu yönde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 840; Kılıçoğlu, s. 861; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 91 OR, N. 9; Robert Liron, **Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse**, Lozan, 1953, s. 54-56; Schwenger, N. 69.08; Huguenin, N. 978; Kesin vade halinde: **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 108; Bucher, s. 321; Schenker, N. 228; Haksız sona erdirme: **ZK-Schraner**, Art. 91 OR, N. 109-110; von Tuhr/Escher, s. 71; Bucher, s. 320 dn. 10; Bu durumda sözlü teklifin gerekeceği fikrinde: Saymen/Elbir, s. 691; Feyzioğlu, s. 143; Eren, s. 1041; **CR-Loertscher**, Art.

3. Alacaklı Temerrüdünün Haksız Dönme Beyanı Muhatabına Sağladığı Olanaklar

a. Genel Olarak

Haksız sona erdirme beyanı üzerine beyan sahibinin alacakları bakımından alacaklı temerrüdüne düşmesiyle, beyan muhatabı TBK m. 107-110 hükümlerine başvurabilir. Burada ilgili olanaklara, çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde değinileceğinden tevdi ve satış olanağı birlikte ele alınmıştır. Gerek yürürlükteki ve mülga Borçlar Kanunu gerekse İsviçre Borçlar Kanunu tevdi ve satışa ilişkin hükümlerin kenar başlığında “hak” terimini kullanmaktadır. Ancak bu terim seçimi yerinde değildir. Zira tevdi ve satış olanağını hak olarak nitelendirmek mümkün değildir⁵¹⁵. Bu olanaklar, ifa yerine geçmektedir ve borcu ifa etmek de bir hak olarak nitelendirilemez. İfa borçlu bakımından bir hak olmayıp borcun varlığının ve yerine getirilmesi zorunluluğunun yansımından ibarettir. Alacaklı temerrüdü, tevdi ile sadece ifa tarz ve olanağını genişletmektedir. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılabileceği olanaklar artmaktadır. Şayet ifa, hak olarak nitelendirilirse, alacaklının temerrüdü de hak ihlali anlamına gelir ve külfet ihlali olarak yapılan tanımlamanın dışına çıkmış olur. Kaldı ki ifanın borçtan ayrılarak hak sayılması yapaydır. Bu akıl yürütme ile her bir hak ve yükümlülük kendi içinde sonsuz derece yükümlülük ve haklara bölünebilir.

Haksız dönme beyanı muhatabı, alacaklı sıfatına dayanarak borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması sonucunda sözleşmeden döndüğü veya ifa yerine olumlu zararının giderilmesini istediğinde, kendi borçlu olduğu edimler de kural olarak sona ereceğinden alacaklı temerrüdü kendiliğinden sona erer.

91 CO, N. 14; **BSK**-Bernet, Art. 91 OR, N. 4; **BK**-Weber, Art. 91 OR, N. 128; İfaya hazırlık külfetlerinin yerine getirilmediği halde sözlü teklifin yeterli olacağı yönünde: **ZK**-Schraner, Art. 91 OR, N. 100. İfaya hazırlık külfetinin icrası için ihtarın gerekeceği: von Tuhr/Escher, s. 72; **BK**-Weber, Art. 91 OR, N. 131

⁵¹⁵ Borçtan kurtarıcı olanak şeklinde: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1164; **CR**-Loertscher, Art. 91 CO, N. 2; Kılıçoğlu, s. 864; Yollar ifadesi: Feyzioğlu, s. 153 ancak karşı. 154; Aksi yönde bağımsız bir borçtan kurtarıcı eylem hakkı olduğu fikrinde: **BK**-Weber, Art. 92 OR, N. 5; **ZK**-Schraner, Art. 92 OR, N. 4; **BSK**-Bernet, Art. 92 OR, N. 1; Antalya, C. III, s. 147. Hak olmadığı için feragat de edilemez. Aksi yönde: **BK**-Weber, Art. 92 OR, N. 8

b. Borç Konusu veya Satım Bedelinin Tevdi

Alacaklı temerrüdünde ifanın alacaklı tarafından engellenmesi söz konusu olduğundan bu halde borçluya tanınan esas olanak, verme borçlarında⁵¹⁶ edim konusunun veya satım suretiyle⁵¹⁷ edim konusunun yerine geçen değer⁵¹⁸ tevdi edilmesidir. Bu şekilde borçluya⁵¹⁹, borcunu alacaklı dışında ve alacaklının rızası olmadan başka bir kişi aracılığı ile ifanın yapılması olanağı verilmektedir⁵²⁰. Borçlu, üçüncü kişiyle, alacaklı lehine saklama sözleşmesi kurarak⁵²¹ bu sözleşme kapsamında borç konusu edimi teslim eder. Bununla birlikte tevdi tek başına ifa hükmünde olmayıp ifa benzeri bir nitelik gösterir. Zira TBK m. 109 hükmü uyarınca alacaklı, tevdiyi kabul ettiğini tevdi alana⁵²² beyan etmedikçe veya tevdi ile rehin hakkı sona ermedikçe⁵²³, borçlu tevdiden vazgeçtiğini tevdi alana⁵²⁴ beyan etmek suretiyle tevdiden dönebilir

⁵¹⁶ **BK-Weber**, Art. 92 OR, N. 7

⁵¹⁷ Bu ihtimal, ancak TBK m. 108/I hükmündeki koşullarının sağlanmasıyla gerçekleşebilir. Bu itibarla verme edimi konusunu satarak kaim değeri tevdi etmek borçlunun ihtiyarında değildir. Borçlunun bu yola başvurması da dürüstlük kuralının gerektirdiği haller dışında borç addedilemez (Oğuzman/Öz, C. I, N. 1173 dn. 413; **BSK-Bernet**, Art. 93 OR, N. 1; Genel olarak: **BK-Weber**, Art. 92 OR, N. 54). Bu olasılıkta dahi, borçlunun sorumluluğu daha hafif takdir edilmek gerekir.

⁵¹⁸ Bu yönüyle borçluya borç konusu edim dışındaki bir edimle borcu yerine getirme olanağı alacaklının rızası olmadan verilmiştir. Borcun içeriğinin değiştiği şekilde: **BSK-Bernet**, Art. 93 OR, N. 7; **CR-Loertscher**, Art. 93 CO, N. 11; **ZK-Schraner**, Art. 93 OR, N. 49

⁵¹⁹ Şu kadar ki üçüncü kişiye karşı da alacaklının alacaklı temerrüdüne düşmesi ve bu kapsamda üçüncü kişinin tevdi olanağına başvurması üçüncü kişinin ifası sözleşmeye uygun olduğu ölçüde mümkündür: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1170; Daver, s. 97

⁵²⁰ Oğuzman/Öz, C. I, N. 857; Eren, s. 964. Ancak teknik anlamda üçüncü kişiye ifa söz konusu değildir.

⁵²¹ **BK-Weber**, Art. 92 OR, N. 104-105; **ZK-Schraner**, Art. 92 OR, N. 89; Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, 1996, s. 80; Hatemi/Gökyayla, §26 N. 25; Düzensiz saklama sözleşmesi de kurulabileceği: Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 770. Sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına olması gereklidir: Akkanat, s. 86

⁵²² Bu hususta TBK m. 129/II hükmüne koşut bir çözüm benimsenmelidir. Benzer şekilde: Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992, s. 193 vd. Borçlu veya tevdi alana bildirebileceği görüşünde: Antalya, C. III, s. 152

⁵²³ İpotek hakkı terkin edilmedikçe veya taşınır rehininde taşınır halen rehin verenin zilyetliğine geçmemiş ise, tevdiden dönme hakkı sona ermez (**ZK-Schraner**, Art. 94 OR, N. 25; **BK-Weber**, Art. 94 OR, N. 28; Stauber, N. 366 vd.). Zira tevdiden dönülmesi geçmişe etkili sonuç doğuracağından söz konusu rehin hakları fer'i haklar olarak başlangıçtan itibaren canlanır. Diğer yandan, tevdiden dönme hakkından feragat edilip edilmeyeceği öğretide tartışılmıştır (Koç, s. 192), kanımızca bu durumda konuya saklama sözleşmesinin olağan fesih hakkın vazgeçilmesi bakımından yaklaşmak doğru olur. Karş. Öner, s. 29, yazar sonradan anlaşma yoluyla dahi yenilik doğuran hakkın sonuçlarının engellenemeyeceğini, bunun yenilik doğuran sonuçlar doğmadan yapılabileceğini kabul etmektedir.

⁵²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 844; Stauber, N. 364; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1172. Dolayısıyla tevdi alan ile borçlu arasındaki saklama sözleşmesinin sona erdirilmesi anlamına gelir. Karş. Alacaklı veya tevdi alana beyanda bulunulabileceği fikrinde: **BK-Weber**, Art. 92 OR, N. 130, kanımızca alacaklıya yapılacak beyanın saklama sözleşmesi üzerinde bir etkide bulunması mümkün olmadığı gibi alacaklının kimliğinin belirli olmadığı durumlarda (TBK m. 111) da salt alacaklıya beyan yapılmasının zorlanması, tevdiden dönme olanağının işlevsiz kalmasına yol açabilir. Ayrıca, alacaklının borçluya

ve tevdi konusunu geri alabilir⁵²⁵. Bu bakımdan tevdi ile tevdinin kabul arasındaki süreç bir ara dönem teşkil eder⁵²⁶. Oysa ifa kesinlik arz eder. Esasen, tevdi edilen edimin geri alınması, tevdi alan ve tevdi eden arasındaki saklama sözleşmesinin TBK m. 564 hükmü uyarınca feshedilmesinden ibarettir. TBK m. 109 hükmünün temel işlevi, rehnin ortadan kalktığı hallerde bu hakkın sona ereceğini belirtmekten ibarettir. Zira alacaklının kabul beyanı da TBK m. 129/II hükmü çerçevesinde hüküm doğurmaktadır⁵²⁷.

Haksız sona erdirme beyanına muhatap olan tarafın, alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanmak suretiyle borçlarını ifa için tevdi olanağına başvurmasının, daha sonra şahsen alacaklı olduğu edimler bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak ifa yerine olumlu zararın giderilmesi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmaya engel oluşturup oluşturmayacağı yanıtlanması gereken bir mesele oluşturmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki tevdi olanağının kullanılabilmesi için yerine getirilmesi lazım gelen merasimlerin yapılmış olması ve ardından edim konusunun tevdii, sözleşmenin karşı tarafına yönelmiş birer irade beyanı olmadıklarından, söz konusu yenilik doğuran haklardan feragat edildiği sonucuna ulaşılması olanaksızdır. Keza, dürüstlük kuralı gereğince, borçlunun durumu alacaklıya bildirmiş olduğu hallerde⁵²⁸ de feragat iradesinin bulunduğu yönelik bir çıkarımı alacaklının yapması beklenemez. Ancak tevdiye başvurulmasından sonra, borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde anılan hakların kullanılmasının MK m. 2 uyarınca çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Anılan

TBK m. 109 uyarınca yaptığı bildirim, TBK m. 129 uyarınca üçüncü kişinin, üçüncü kişiye ifa edilecek edimin borçlusuna yaptığı bildirim özel bir görünümünü oluşturmaktadır (**BK**-Weber, Art. 92 OR, N. 129; **BSK**-Bernet, Art. 94 OR, N. 4; Stauber, N. 361: Yazar bu hüküm olmasa dahi genel hükümler uyarınca bu hakkın mevcut olacağına işaret etmektedir.). Kurulan saklama sözleşmesinin tam üçüncü kişi lehine olduğu hakkında: **CR**-Loertscher, Art. 92 CO, N. 11; **ZK**-Schranner, Art. 92 OR, N. 91; **BK**-Weber, Art. 92 OR, N. 105a; Engel, s. 666; Karş. Bucher, s. 323; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1413

⁵²⁵ Tevdi edilen edimi geri almak, saklama sözleşmesinin sona erdirme hakkının (TBK m. 564) kullanılması olduğu (Koç, s. 199) için, aslında yenilik doğuran hak kullanılması sonucunda doğan bir olanaktır. Karş. **BSK**-Bernet, Art. 94 OR, N. 1; **ZK**-Schranner, Art. 94 OR, N. 6; **BK**-Weber, Art. 94 OR, N. 10; Stauber, N. 363. Bu olanağın salt TBK m. 107 (İBK m. 92) ile sınırlı olduğu görüşünde: **CR**-Loertscher, Art. 94 CO, N. 2; Yerinde olarak karşı yönde: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1181

⁵²⁶ Eren, s. 1048; **BSK**-Bernet, Art. 92 OR, N. 8; **ZK**-Schranner, Art. 92 OR, N. 36 ve 98; **BK**-Weber, Art. 92 OR, N. 115-116, başka bir deyişle tevdi, ifa değil, ifa *surrogat*'ıdır. Stauber, N. 330 vd.

⁵²⁷ Guhl/Koller, §33 N. 11

⁵²⁸ Saymen/Elbir, s. 698; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1169; Antalya, C. III, s. 149; Schwenzler, N. 70.12; Bucher, s. 322 vd.; JdT 1973 II 54

yasağın uygulanabilmesi için hakların kullanıldığı anda onların kullanılmayacağına ilişkin haklı bir güvenin haksız sona erdirmeye beyanında bulunan tarafta uyanmış olması lazım gelir. Buna göre tevdi sürecinde haksız dönme beyanına muhatap olan tarafın yaptığı işlemler, karşı tarafta sözleşmenin ayakta tutulacağına ilişkin bir güven oluşturacağı kabul edilse bile, başlangıçta sözleşmeyle bağlı olmama iradesini ortaya koymuş olan tarafta böyle bir güvenin haklı olarak oluştuğu sonucuna varılamaz. Sonuç itibarıyla tevdi yoluna gidilmiş olması herhangi bir şekilde daha sonra borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasından doğmuş hakları sona erdirici veya baskılayıcı bir etkiye sahip olamaz.

Açıklanan bu olanaklara başvurabilmek için, alacağın muaccel olmasını beklemeye gerek yoktur⁵²⁹. Nasıl ki, vade salt alacaklı lehine ise borçlu erken ifada bulunabiliyorsa, alacaklı temerrüdü de gerçekleşebilir ve aynı anda doğan olanaklara başvurulabilir.

c. Sözleşmeyi Sona Erdirme

Alacaklı temerrüdünün borçlu bakımından verdiği olanaklardan ikincisi ise sözleşmeyi sona erdirmedir. Ancak tevdi olanağı ile alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeye son verme hakkı⁵³⁰ aynı anda var olan seçimlik imkânlar değildir. Sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı sadece borçlunun tevdi imkânı bulunmuyorsa söz konusu olabilir. Bu itibarla, alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, yapma edimini⁵³¹ içeren borçlar⁵³² ile TBK m. 110 hükmünde açıkça belirtilmese de ifaya hazırlık külfetlerinin alacaklı tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle borçlunun edimi belirli ve daha geniş ifadeyle ifa edilebilir hale gelememişse doğar⁵³³.

⁵²⁹ Akkanat, s. 92

⁵³⁰ Sözleşmeyi sona erdirmeye bir ifa benzeri olmadığı için hak olarak nitelendirilmesinde herhangi bir engel yoktur. Esasen burada alacaklının külfet ihlaline gerçek bir yaptırım bağlanmış durumdadır.

⁵³¹ **ZK**-Schraner, Art. 95 OR, N. 5; **BSK**-Bernet, Art. 95 OR, N. 1; Yapmama ediminin somutlaştırılacağı çok istisnai hallerde söz konusu olabileceği yönünde: **BK**-Weber, Art. 95 OR, N. 7; Stauber, N. 479; **CR**-Loertscher, Art. 95 CO, N. 4; Eren, s. 1051

⁵³² Oğuzman/Öz, C. I, N. 1184; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 846; Ayrıca bkz.: Antalya, C. III, s. 155-156

⁵³³ Schwenzer, N. 70.17; Huguenin, N. 989-990; Eren, s. 1051; Kıyas yoluyla: Oğuzman/Öz, C. I, N. 1184; von Tuhr/Escher, § 66, III, s. 84; **BK**-Weber, Art. 95 OR, N. 12; **ZK**-Schraner, Art. 95 OR, N. 13; Stauber, N. 482 vd.

Borçlunun tek yanlı irade beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirmesini sağladığı için, tevdi olanağından farklı olarak, alacaklı nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmek gerekir. Bu hakkın doğumu ve kullanılabilmesi için herhangi bir sözleşmesel borç bakımından alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi yeterlidir. Başka bir deyişle borçlu temerrüdünde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkında söz konusu olduğu gibi alacaklının mütemerrit olduğu edimin karşılık ilişkisi içinde bulunması, MK m. 2 hükümleriyle sınırlı olmak üzere, lazım gelmez⁵³⁴.

TBK m. 110 hükmünde yer alan atıf gereği, bu hakkın kullanılmasına ilişkin hüküm içi boşluk borçlu temerrüdü hükümlerine göre doldurulacaktır. Buna koşut olarak sözleşmeyi sona erdirmenin hükümlerine ilişkin tartışmalar aynen geçerliliğini korur⁵³⁵. Fakat sözleşmenin sona erdirilmesi bir borç ihlalden kaynaklanmadığı için alacaklıdan herhangi bir tazminat talebinde bulunulması olanaklı değildir⁵³⁶.

Ayrıca, ifası başlamış sürekli borç ilişkileri ile sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi diğer sözleşmelerde, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı sözleşmenin feshi olarak hüküm ifade edecektir⁵³⁷. Bu durumda her ne kadar haklı nedenle fesih kurumuna başvurma olanağı mevcutsa da, alacaklı temerrüdünden kaynaklanan bu hakkı ortadan kaldırııcı nitelikte değildir⁵³⁸.

⁵³⁴ Stauber, N. 502

⁵³⁵ BK-Weber, Art. 95 OR, N. 16

⁵³⁶ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1186; Dönme hakkının anlam ve amacı gerekçesiyle karşı yönde olumsuz zararı giderim talebinin doğacağı görüşünde: BK-Weber, Art. 95 OR, N. 17; von Tuhr/Escher, s. 84; ZK-Schraner, Art. 95 OR, N. 18; Schwenger, N 70.18; Antalya, C. III, s. 157 Eren, s. 1052; Guhl/Koller, §33 N. 16, yazarlar öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bu olanağın önem taşıyabileceği fikrindedir. Borçlu temerrüdündeki seçimlik haklardan hareketle olumlu zararın giderilmesinin talep edilebileceği yönünde: Bucher, s. 326

⁵³⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1188; Stauber, N. 490; Antalya, C. III, s. 156; Belen, s. 250. Şu kadar ki ifanın zamanında gerçekleşmemesi imkânsızlığa yol açıyorsa artık alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulması yolu mutlak olarak kapanmıştır: Stauber, N. 491. Bu noktadan sonra alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hükümleri veya alacaklı sorumlu sayılamıyorsa TBK m. 136 hükmü uygulama alanı bulur. Alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi: İnceoğlu, İmkânsızlık, s. 239 vd.; Özçelik, s. 603-604; Farklı yönde: Ercoşkun Şenol, s. 106-110

⁵³⁸ Stauber, N. 499; Gauch, s. 150 ve 195

H. İki Yanlı İhlaller

1. Genel Olarak

Sözleşme tarafları arasında süregelen hukuki ilişki çerçevesinde sözleşme ihlalinin iki taraf bakımından da işlenmesi olası bir durumdur. Örnek olarak bir taraf, karşı tarafın sözleşmeye aykırılıkları nedeniyle haksız sona erdirme beyanında bulunmuş olabilir. Böylesi olasılıklarda, her iki tarafın da karşı tarafın ihlalinden doğan haklarını nasıl kullanabileceği ve özellikle kendi sözleşme ihlalinin kendisinin söz konusu haklarına başvurmadan alıp koyup koymayacağı hukuki bir mesele teşkil etmektedir.

Belirtilen bu durum, Türk Borçlar Kanunu veya Medeni Kanununda özel olarak düzenlenmemiştir. Söz konusu hukuki tablo İsviçre ve Alman hukukları açısından da farklı değildir. Bununla birlikte Alman içtihatlarında ve özellikle İngiliz hukukunda⁵³⁹ karşılaşılan çeşitli çözümlerle değinilmeyi hak etmektedir.

2. Temiz El Kuramı ve *Tu-quoque* İtirazı

Temiz el kuramı, dürüstlük kuralı gibi hakkaniyet ilkelerini ihlal eden bir kişinin Anglo-Sakson hukukundan hakkaniyet hukuku (*equity law*) kapsamında⁵⁴⁰ hukuki himaye göremeyeceğini açıklayan ilkedir⁵⁴¹. Bu ilkenin uygulama olanağı bulunması için talepte bulunanın yaptığı ihlal ile himayesini istediği hak arasında ilişki bulunması şarttır⁵⁴². Bu çerçevede, sözleşme ihlalinde bulunanın karşı tarafın ihlaline karşı hukuki korumaya başvurması kapsamında uygulanması söz konusu olabilir⁵⁴³.

⁵³⁹ Temerrüt bakımından ayrıntı değerlendirmeler: Kim Rosenberg, “Karşılıklı Temerrüt: Bu Yaygaranın Sebebi Nedir?”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt**, Ed.: Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliot Geisinger, İstanbul, 2018, s. 68 vd.

⁵⁴⁰ Genel olarak tüm talepler bakımından bazı mahkemelerin uyguladığı hakkında: Ori J. Herstein, “A Normative Theory of The Clean Hand Defense”, **Legal Theory**, C. 17 S. 3 (Ekim 2011), s. 175

⁵⁴¹ Herstein, s. 173; Dan b. Dobbs, **Law Of Remedies: Damages, Equity, Restitution**, 1993, s. 44. İlke bir özdeyiş olarak şu şekilde ifade edilmektedir: he who comes into equity must come with clean hands (“*hakkaniyete gelen, temiz elleriyle gelmelidir.*”). Roma hukukunda ise benzer durumlar “*ex dolo malo non oritur actio*” (Hileden dava hakkı doğmaz.), “*nullus commodum capere potest de injuria sua propria*” (kimse haksız eylemleriyle kendisi için hak yaratamaz.), “*ex injuria jus non oritur*” (haksızlıktan hak doğmaz) özdeyişleriyle ifade edilmektedir.

⁵⁴² Dobbs, s. 70

⁵⁴³ Herstein, s.

Tu quoque itirazının kökeni mantık biliminde inceleme konusu olan safsatalarda⁵⁴⁴ yatmaktadır. Latince *sen de* anlamına gelen *tu quoque* ifadesi, bir savın, savı ileri süren kişinin eylemleriyle çeliştiği gerekçesiyle çürütülmeye çalışılmasını karşılar⁵⁴⁵.

Özel hukukta ise, bu ifade yanlış bir mantıki çıkarımı ifade etmekten öte, itiraz hükmündedir. Hakkının korunmasını isteyen, talepte bulunduğu kişiye karşı ihlalde bulunmuş olduğu halde, hukuki himaye göremeyeceğini belirtir. Bu itibarla temiz el kuramı ile *tu quoque* savunması benzerlik gösterir⁵⁴⁶.

Alman hukukunda *tu quoque* ilkesi daha özgün bir anlam taşımaktadır. Bir itiraz olarak nitelendirilen bu ilke uyarınca, sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşme ihlalinin sürdürdüğü müddetçe karşı tarafın sözleşme ihlalinin kaynaklanan herhangi bir hakkı Al. MK §242'ye aykırılık gerekçesiyle⁵⁴⁷ kullanamaz⁵⁴⁸. Bu ilke, Alman imparatorluk ve takip eden Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında varlık kazanmıştır⁵⁴⁹. Esas olarak konu, borçlu temerrüdü (Al. MK reform öncesi §326) bakımından tartışılmaktadır, ayrıca ödemezlik def'i açısından geçerliliğini sürdürmektedir. Sonraki imkânsızlıkta ise, bu husustaki ayrı düzenlemelerin varlığı itibarıyla *tu quoque* itirazına ilişkin genel bir tartışma mevcut değildir.

Bu ilkenin getirdiği temel sonuç, karşılıklı sözleşmelerdeki borçlu temerrüdüne ilişkin tanınan hakların (Al. MK reform öncesi §326) sözleşmenin iki tarafı açısından

⁵⁴⁴ Mantık biliminde safsata, bir önermenin çürütülmesi için yapılan başlangıçta geçerli gibi gözükmeyle birlikte yanlış olan çıkarımları ifade eder. Christopher W. Tindale, **Fallacies and Argument Appraisal**, 2007, s. 16 vd.

⁵⁴⁵ Tindale, s. 94 vd.

⁵⁴⁶ Paul Bosanac, **Litigation Logic: A Practical Guide to Effective Argument**, 2009, s. 73 vd.; Karş. T. Leigh Anenson, "Announcing the 'Clean Hands' Doctrine", **UC Davis Law Review** C. 51 (2018), s. 1845-1846. Amerikan hukuku bağlamında temiz el kuramının, *tu quoque*'nin de yer aldığı ahlaki değerleri korumayı amaçladığını yazar belirtmektedir. Dürüstlük kuralının bir yansıması olarak *tu quoque* itirazı, yine dürüstlük kuralının yansıması olan *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (kendi haklara aykırı davranışına dayanarak hak kullanmak) itirazıyla karıştırılabilir. Bununla birlikte *tu quoque* itirazında, talepte bulunan tarafın ileri sürdüğü talep kendi ahlaka aykırı davranışından kaynaklanmamaktadır. Söz konusu talebi ileri sürmesine engel olan, kendisinin muhatabınınine de benzer sözleşme ihlalinde bulunmuş olmasıdır.

⁵⁴⁷ **Staudinger-Looschelders/Olzen**, §242 BGB, N. 252; Gröschler, s. 78 dn. 103; Teubner, s. 103; Ayrıca: Benedicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeud (Ed.), **European Contract Law**, Münih, 2008, s. 193; Weller, s. 52

⁵⁴⁸ Weller, s. 52-53. Bununla birlikte karşı tarafın ihlali ile diğer tarafın ihlalleri arasında orantı ve benzerlik bulunmak gerekir: **BeckOGK-Kähler**, §242 BGB, N. 440 ve 444

⁵⁴⁹ Larenz, **SR-AT**, s. 331; **Staudinger-Schwarze**, §281 BGB, N. B70; Muthers, s. 193

aynı anda var olamamasıdır⁵⁵⁰. Yargı kararlarında bu ilkeye dayanılmasına karşın, reform öncesi döneme ait öğretilerde ilkeye genel önem atfedilmesi eleştirilmiştir. Bu bağlamda, ilkeyle varılan hukuki sonuçların, sözleşmelerin sinallagmatik yapısından ve doğrudan yasa hükümlerinden ileri geldiği ifade edilmiştir⁵⁵¹. Özellikle bir gerekçe olarak, ilgili hakları kullanabilmek için hak sahibinin bizatihi sözleşmeye aykırı davranmamış olması gerekliliğinin Al. MK reform öncesi §326 hükmünün yazılı olmayan bir koşulu olduğu ve bu nedenle Al. MK §242 hükmüne dayanılmasına lüzum olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁵². Aynı gerekçe ödemezlik def'i bakımından da savunulmuştur⁵⁵³. Reform sonrasında ise Al. MK §281 hükmünün salt iki taraflı sözleşmeleri kapsamadığı aksine tüm borç ilişkileri düzenlediği gerekçesiyle ilgili hüküm bakımından örtülü bir koşul addedilemeyeceği ve bu nedenle dürüstlük kuralına ilişkin §242'ye başvurulmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵⁴.

3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Alman hukukunda özellikle reform öncesi hukuki durum bakımından *tu quoque* ilkesine verilen anlam ve alacaklı tarafın sözleşmeyi ihlal etmiş olması nedeniyle kendi sözleşmesel haklarını ileri sürememesi, Türk hukuku bakımından da

⁵⁵⁰ Huber, **I**, s. 352; Huber, **II**, s. 348; Larenz, **SR-AT**, s. 331

⁵⁵¹ Larenz, **SR-AT**, s. 331-332. Bununla birlikte yazar, bir tarafın yaptığı sözleşme ihlalleriyle karşı tarafa sözleşmeyi sona erdirecek haklar kazandırdığı takdirde, ihlal sürdükçe, karşı tarafın kendi edimini ifadan kaçınabileceğini ve bu nedenle de temerrüde düşmeyeceğini belirtmektedir. Benzer şekilde: Huber, **I**, s. 353, yazar alacaklı tarafın sözleşmeye ihlal etmemiş olmasının borçlu temerrüdünün örtülü bir şartı olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede *tu quoque* itirazına başvurulmasını eleştiren yazarlar da alacaklının sözleşmeye uygun davranmış olmasını örtülü bir temerrüt koşulu olduğunu ve zaten borçlu temerrüdünden doğan hakların varlık kazanmayacağını ifade etmektedir. Bu hususta: Huber, **II**, s. 349

⁵⁵² **Staudinger**-Olzen, Einl zum SchuldR, N. 65; **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 654; **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. E10; **Staudinger**-Schwarze, §281 BGB, N. B70. Türk hukuku açısından söz konusu görüşleri değerlendirmek suretiyle, ödemezlik def'inin örtülü unsuru olarak sözleşmeye bağlılığın isabetsiz olduğu ancak dürüstlük kuralına dayanabileceği görüşünde: Pekmez, s. 364-366

⁵⁵³ **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 629; **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 28

⁵⁵⁴ **Staudinger**-Looschelders/Olzen, §242 BGB, N. 654; **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. E10 ve §281, N. B71: Yazar bu durumlarda dürüstlük kuralının ihlalinin tespit edilebilmesi için somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini, bir tarafın ihlalde bulunmuş olmasının tek başına yetmeyeceğini ifade etmekte ve özellikle edimler arası değişimi tehlikeye sokan ihlaller bakımından hükmün uygulanabileceğini belirtmektedir. Farklı yönde: Christof Muthers, **Der Rücktritt vom Vertrag**, Köln, 2006, s. 195, yazar yeni hükümlerin kendi başına yeterli korumayı sağladığı ve bu nedenle kavramsal olarak *tu quoque*'ye başvurma gereği olmadığını kabul etmektedir. Yine ödemezlik def'i açısından örtülü bir unsur olarak *tu quoque*'nin varlığını koruduğu, salt temerrüdün değil, sözleşmeyi reddin de buraya girdiği fikrinde: **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 28; Benzer yönde: Weller, s. 484. Bunu, alacaklının sorumlu olduğu ifa engeli kavramı altında Al. MK §326/IV çerçevesinde değerlendiren görüş hakkında bilgi: Weller, s. 53

tartışmaya değerdir. Zira ilgili hukuklardaki hükümler, birbirlerinin muadili işlev görmektedir.

Esas olarak alacaklının herhangi bir hakkının kullanmasının engellenmesi MK m. 2 hükmü çerçevesinde mümkündür. Buna karşılık, alacaklı tarafın sözleşmeye uygun davranmasının, borçlu tarafa hak ve talep yöneltmek için örtülü bir kanuni şart sayılıp sayılamayacağı hukuki tartışmanın odağını oluşturur. Bu konuda olumlu bir sonuca ulaşılması halinde MK m. 2'ye başvurmaya gerek ve yer kalmayacaktır.

Bir tarafın karşı tarafa sözleşmeden doğan borçlara aykırılık nedeniyle yönelteceği haklar bakımından sözleşmeye uygun davranmayı örtülü ön koşul sayanların temel gerekçelerinden biri, kanunun her iki taraf için aynı haklar tanımış olmasının⁵⁵⁵ birbirini nakzedecek sonuçlara yol açacak olmasıdır⁵⁵⁶. Örnek olarak belirli vade tanınmış karşılıklı edimlerde, vadenin dolması sonucunda iki taraf da borçlu temerrüdünde ise, borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklarını önce kullanan taraf avantajlı çıkar. Sözleşmeden dönüldüğü takdirde, karşı taraftan koşullarını varsa olumsuz zararını talep edebilir ve olumsuz tazminatın tayini çerçevesinde kendi sözleşmeye aykırılığı ancak bir indirim sebebi sayılabilir. Karşı taraf ise kendisi sözleşmeden dönmediği için normal koşullarda talep edebileceği olumsuz zararın giderilmesi talebinden yoksun kalır. Dönme veya olumlu zararın istenmesi haklarının sözleşme içeriğini değiştirici etkisi nedeniyle bu hakların kullanılmasıyla birlikte bu hakların kullanılmasını engelleyecek ödemezlik def'i hakkı da sözleşmesel temelini yitirir. Böylece bir taraf salt hızlı harekete geçmesiyle diğer tarafın haklarını bertaraf etmiş olmaktadır.

Keza, iki tarafın da dönme veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesi beyanları birbirlerine aynı anda ulaşırsa, kuramsal olarak hangi taraf açısından ilgili hakkın sonuçlarını doğuracağı sorusu da yanıtızsızdır. Bu durumda hangi tarafın hakkını kullanmış olduğu kabul edilirse, ancak onun bakımından olumsuz veya olumlu zararın

⁵⁵⁵ Dolayısıyla her iki tarafın da birbirine karşı benzer sonuçlara yol açacak sözleşme ihlalinde bulunması, bu ilkenin bir ön koşul sayılabilmesi için lazım gelir. Bir tarafın karşılıklı ihlalde daha fazla sorumlu olması durumunda, Al. MK §242'ye başvurulamayacağı şeklinde karşı. **BeckOGK-Kähler**, §242 BGB, N. 444

⁵⁵⁶ Huber, **I**, s. 349. Ödemezlik def'i açısından ise birbirini nakzedecek hukuki sonuçlar doğmayacağından, hak sahibinin sözleşmeye uygun davranmış olmasının bir koşul olarak sayılmasına herhangi bir gerek yoktur.

giderilmesini talep hakkı doğabilir. Söz konusu olasılıkta, geçerli iki ayrı beyan olacağı için bunların ikale önerisine çevrilmesi olanaklı değildir ve varsayımsal iradelerin de çevirmeye uygun olacağını ifade etmek de güçtür. Dolayısıyla sorun, aşağıda açıklanacağı üzere, MK m. 2 hükmüyle karşılıklı ihlal nedeniyle, temerrütten doğan özel hakların kullanılamayacağı (*tu quoque*) veya sözleşmeye uymanın ilgili hakları kullanabilmek için örtülü kanuni şart olarak kabul etmek şeklinde çözülebilir. Hukukta çift etki kuramından hareketle sözleşmenin iki tarafça da dönüldüğü veya olumlu zararını istediği şeklinde bir sonucun kabul edilmesi mümkün olamaz. Zira, çift etki kuramına göre son kullanılan hakkın sonuçları geçerli olmalıdır. Burada teknik açıdan “son” olarak kullanılmış bir hak olmadığı gibi diğer hakkın sonuçlarını doğurmasını engelleyecek bir menfaat durumu da yoktur. Özellikle bir tarafın olumlu zararının giderilmesi hakkını, diğer tarafın da sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi durumunda, iki taraf açısından bağdaştırılmaz sonuçlar doğması kabul edilebilir veya temellendirilebilir değildir.

Tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüde özgü tanınan haklara ilişkin belirtilen bu gerekçe, borçlu temerrüdünün diğer sonuçlarına genişletilemez. Zira temerrüt faizi, gecikme zararı sözleşmenin kurulduğu andaki yapısının değişmesine yol açmaz ve tarafların karşılıklı talepleri birbirlerini nakzetmez, ödemezlik def'i de varlığını korur. Bu durumda her iki taraf da sözleşmeden doğan borçların ihlalden kaynaklanan haklarını karşılıklı olarak talep etme olanağına sahip olur.

Bu itibarla, sözleşmeye uygun davranmanın, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesinden kaynaklanan hakların doğumu veya kullanılması için genel bir örtülü koşul sayılmasına gerek yoktur. İstisnai hallerde MK m. 2 her zaman uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık, sözleşme ihlalden doğan ve kullanıldığı takdirde sözleşme ilişkisini etkileyen haklarda, söz konusu şekilde bir ön koşulun varlığı, karşılıklı ihlalinde aynı hakları doğurduğu hallerde, ciddi olarak değerlendirilmelidir. Çünkü sonuçları itibarıyla karşılıklı olarak birbirlerini ortadan kaldıracak iki hakkın aynı anda doğumu hukuken çözümü güç sorunlara yol açabilir.

Zira hızlı davranan tarafın himaye edilmesine gerektirecek bir menfaat durumu yoktur⁵⁵⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ilk seçenek, bu durumlarda MK m. 2'nin her zaman uygulanabileceğini kabul etmek (*tu-quoque Einwand*⁵⁵⁸), ikinci seçenek TBK m. 125/II hükmündeki hakların kullanılması için örtülü boşluğun varlığını kabul ederek sözleşmeyi ihlal etmemeyi söz konusu hakların kullanılabilmesi için kanuni şart saymaktır⁵⁵⁹. Üçüncü seçenekse, TBK m. 125/II hükmündeki hakların kullanılması üzerine, karşı tarafa ödemezlik def'i hakkını "gecikmeksizin"⁵⁶⁰ kullanma olanağının bir karşı hak olarak tanınmasıdır⁵⁶¹.

Belirtmek gerekirse her üç çözüm de kendi başına tatmin edici bir temel sağlamaktan uzaktır. Birinci çözüm açısından, doğrudan MK m. 2'ye başvurulabileceğini kabul etmek, dürüstlük kuralının ikincilliği karşısında teknik olarak çok isabetli olmaz. İkinci çözüm açısından, TBK m. 125/II bakımından, karşı tarafın sözleşmeye aykırılığının varlığı veya ödemezlik def'inin varlığını, bu hakların kullanılabilmesi için kanuni şart olarak kabul etmek de, bir taraf sözleşmesel borçlarını yerine getirmeden sözleşmeyi tasfiye etmenin önüne engel olmaktadır. Üçüncü çözüm açısından, ödemezlik def'ine gecikmeksizin, uygun zamanda veya her zaman⁵⁶² başvurulabileceği yönündeki görüşün en büyük eksikliği, yenilik doğuran hak kullanımını sonucunda içeriği değişen yahut yok olan sözleşme ilişkisinde ödemezlik

⁵⁵⁷ **BK**-Koller, Art. 366 OR, N. 171 ve 722; ATF 68 II 227; Karş. Guhl/Koller, §32 N. 32, yazarlar mütemerrit borçlunun alacaklı olduğu karşı edim açısından sözleşmeden dönebileceğini ifade etmektedir; JdT 1971 I 525

⁵⁵⁸ Örnek olarak, belirtilen mekanizmalar uygulanır ya da dürüstlük kuralına başvurulur şeklinde: Larenz, **SR-AT**, s. 331

⁵⁵⁹ İfa yerine olumlu zararın giderilmesini isteme hakkı açısından böyle yorumlanabilir: **BK**-Becker, Art. 107 OR, N. 41; Ayrıca genel olarak borçlu temerrüdünde: Bucher, s. 356

⁵⁶⁰ Türk öğretisinde def'i hakkının gecikmeksizin kullanılmaya zorlanılmasının isabetsiz olduğu, uygun sürenin yerinde olacağı, bazı hallerde ise def'ie dayanılmasının MK m. 2 uyarınca engelleneceği savunulmuştur: Pekmez, s. 348-349. Öğretide bir başka görüş de MK m. 2 ve usul hukuku hükümleri sınırlamalarıyla her zaman ileri sürülebileceğini kabul etmektedir: Yıldız, s. 67-68

⁵⁶¹ Buz, **Ödemezlik**, s. 107-108

⁵⁶² Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu görüş çerçevesinde ödemezlik def'i kullanılabilmesine göre, buna zamansal sınırlama getirmekte yerindelik yoktur. Böyle bir sınırlama def'i hakkı kavramına yabancı olduğu gibi gecikmeksizin veya uygun zaman gibi kavramlar da hakkın kullanımı bakımından yeterli açıklığı sağlamaktan uzaktır.

def'inin⁵⁶³ dayanağını kaybetmesine ve buna karşın hakkın kullanılabilmesine doyurucu bir gerekçe bulamamasıdır⁵⁶⁴.

Kanımızca salt ödemezlik def'i açısından konuya yaklaşan ve def'inin varlığı açısından dahi doyurucu olmayan görüş ile başta TBK m. 125/II olmak üzere ihlal edenlere sözleşme içeriğini etkileyen eşdeğer haklar tanıyan ihlallerde, sözleşmeye uymayı hakların kullanımı için kanuni şart sayan ve bu hakların kullanılmasını felç etme riskini taşıyan görüş yerine, konunun MK m. 2 açısından ve sıkı olarak değerlendirilmesi ancak götürü bir şekilde MK m. 2'ye aykırılığın kabul edilmemesi en makul çözüm olacaktır⁵⁶⁵. Bu kabulde birlikte, muhatabın, haksız sona erdirmeye beyanından doğacak haklarını kullanmasının önüne haksız sona erdirmeye beyanı muhatabının işlediği sözleşme ihlali gerekçesiyle geçilebilir. Dolayısıyla bu durumda haksız dönme beyanında bulunan tarafın, ayrıca muhatabın işlediği sözleşme ihlali sebebiyle sahip olduğu bir def'i hakkı varsa, bunu kullanması da gerekmez. Bu itibarla haksız sona erdirmeye beyanının def'i hakkının kullanıldığı bir hukuki işleme çevrilmesine gerek kalmaz. Kaldı ki def'i haklarının karşı hak niteliği gereği, haksız fesih beyanının def'i hakkının kullanılmasına çevrilebilmesi için, haksız fesih beyanının muhatabın bir hakkını kullanması üzerine yapılmış olması icap eder.

IV. Haksız Dönme Beyanının Çevrilmesi (Tahvili)

A. Genel Olarak

Kesin hükümsüz hukuki işlemlerin çevirme (tahvil) yoluyla geçerli hukuki işlem olarak hüküm doğurmasının sağlanması, haksız sona erdirmeye beyanları bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira haksız sona erdirmeye beyanı, kesin hükümsüz bir işlem olduğu ve çevirme kurumuna tabi tutulabildiği takdirde, işlemin yapıldığı ana etkili olmak üzere hükümsüz işlemle benzer işlevli ve geçerli başka bir hukuki işlem (yedek/ikame işlem) olarak sonuç doğuracağından, ikale sözleşmesi önerisine çevirme kısmında kabul edilmeyen öneri hususunda yapılan açıklamalar

⁵⁶³ Bu görüşün diğer bir eksik yanı konuya salt ödemezlik def'inin varlığı bakımından yaklaşmış olması, ödemezlik def'inin bulunmadığı diğer iki taraflı ihlal durumlarına bir çözüm getirmemesidir.

⁵⁶⁴ Öğretide TBK m. 34/II'ye işaret ederek bu yöndeki çözümlerin Türk hukukuna yabancı olmadığı görüşünde: Buz, **Ödemezlik**, s. 107. Ayrıca takas hakkının kullanılmasıyla dönme işleminin hükümden düşürülebileceği fikrinde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 499

⁵⁶⁵ **Staudinger**-Schwarze, §323 BGB, N. E10 ve §281, N. B71. Bu çerçevede, hükmün amacı bir tarafı korumak olduğu takdirde o tarafın menfaatinin üstün tutulacağı: **BeckOGK**-Kähler, §242 BGB, N. 444

saklı kalmak üzere, artık “haksız” bir hukuki işlem olarak addedilemez ve sözleşme ihlali oluşturmaz. Bu durum haksız sona erdirme beyanının aynı zamanda hükümsüz bir hukuki işlem oluşturması ve bu nedenle sözleşmeye aykırı fiil de teşkil etmesinden ileri gelmektedir.

Esas itibarıyla konu, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ötesinde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de aynı önemi taşıdığı gibi, koşul ve sonuçlarıyla da büyük benzerlik gösterir. Zira sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin bünyelerinde barındırdıkları özellikler, çevirme kurumu bakımından esaslı bir farklı uygulama gerektirecek nitelikte değildir.

B. Dayanağı

İsviçre hukukunda ve ona koşut olarak Türk hukukunda hukuki işlemlerin çevrilmesine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır⁵⁶⁶. Bu durum, kurumun Türk hukukunda kabul görmesine⁵⁶⁷ karşın hukuki dayanağına ilişkin tartışmalara yol açmaktadır.⁵⁶⁸

Çevirmenin söz konusu olabilmesi için hükümsüz bir hukuki işlemin varlığı gerektiğinden, çevirmenin hukuki işlemin yorumlanmasıyla temellendirilmesinin kabul göremeyeceği öncelikle ifade edilmelidir. Zira hükümsüzlük, hukuki işlemin nitelendirilmesinden sonra değerlendirilebilecek bir husustur. Başka bir deyişle yorumlama, çevirmeden önce gelir⁵⁶⁹. Benzer gerekçe, tamamlayıcı yorum görüşü⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Oysa Alman hukukunda “*Umdeutung*” başlıklı Al. MK. §140 hükmü yeterli yasal dayanağı sağlamaktadır: “*Hükümsüz bir hukuki işlem, bir başka hukuki işlemin geçerlilik koşullarını yerine getiriyorsa, hükümsüzlüğün taraflarca bilinmesi halinde ikinci işlemin geçerli olmasının arzu edileceği kabul edilebildiği takdirde, ikinci işlem olarak geçerlidir.*” Roma hukukunda bağımsız bir kurum olarak çevirmenin bulunmadığı ancak pratik bazı hallerde çevirmenin günümüzdeki işlevine benzer yöntemlere başvurulduğu hakkında: Zimmermann, s. 685-686

⁵⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 26; Turhan Esener, “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **AÜHFD** C. 16 S. 1 (1959), s. 234 vd.; Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, 1972, s. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 111-112; Ayşe Havutçu, “Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter’e Armağan**, Ankara 1987, s. 651 vd.; İsviçre’de: Schwenzer, N. 31.39; Bucher, s. 171; von Tuhr/Peter, s. 228 vd.; **BK-Müller**, Art. 18 OR, N. 549; **CR-Winiger**, Art. 18 CO, N. 187; Gauch/Schluep/Schmid, N. 584b

⁵⁶⁸ Oğuzman/Öz, C. I, N. 549

⁵⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 27; Kaneti, s. 79 vd.; Medicus/Petersen, N. 517; **PalandtK-Ellenberger**, §140 BGB, N. 4; Wolf/Neuner, §57 N. 4; Bucher, s. 171 dn. 41

⁵⁷⁰ Ergun Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, 1981, s. 351-352; Karş. Altınok Ormancı, s. 232, yazar başka bir işlem olarak yorumlamadan söz etmektedir. Benzer şekilde: Pawlowski, **AT**, N. 505

açısından geçerlidir⁵⁷¹. Kesin hükümsüz bir işlem, sözleşme boşluğu bulunduğu gerekçesiyle, sözleşmeye boşluk doldurma yoluyla eklenecek hükümlerle başka bir hukuki işlem haline getirilemez⁵⁷². Kısmi hükümsüzlükle de çevirme sonucuna ulaşılması olanaksızdır⁵⁷³. Çünkü kısmi hükümsüzlükte sözleşmenin birtakım hükümleri ayıklanarak işlem aynı hukuki nitelikte ayakta tutulur⁵⁷⁴. Çevirmede ise işlem nitelik değiştirmektedir⁵⁷⁵. Dürüstlük kuralı da tek başına çevirme için yeterli hukuki dayanağı sağlamaktan uzaktır. Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi MK m. 2'ye aykırı olduğu takdirde, hükümsüzlüğün nazara alınmaması mümkündür. Bununla birlikte kesin hükümsüzlüğün nazara alınmasına engel olmayacak derecedeki bir hukuki durumun, MK m. 2'ye aykırı sayılması ve hukuki işlemin nitelik değiştirmesine yol açması mümkün değildir. Zira MK m. 2 bu bağlamda itiraz olarak salt hükümsüzlüğün ileri sürülmesine engel olabilecek bir yaptırım teşkil etmektedir⁵⁷⁶.

Dolayısıyla çevirmeye hukuki dayanak oluşturabilecek hukuki argüman, kanun boşluğunun kabul edilmesinden ibarettir. TBK m. 27 hükmünde yer alan kesin hükümsüzlük yaptırımı bakımından, özellikle hukuki işlemlerin korunması ilkesi gözetilmediğinden, örtülü bir boşluk bulunmaktadır. Bu hükmün amaca göre sınırlandırılması⁵⁷⁷ ve eksik olan istisnanın kanuna kazandırılmasıyla çevirme hukuki bir dayanağı, hukuk normu olarak, bulacaktır⁵⁷⁸. Böylece asıl işlem hükümsüz

⁵⁷¹ BK-Müller, Art. 18 OR, N. 551

⁵⁷² BK-Kramer, Art. 18, N. 269

⁵⁷³ Wolf/Neuner, §57 N. 14

⁵⁷⁴ Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998, s. 28; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, 2011, s. 75-76

⁵⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 28

⁵⁷⁶ Ayrıca: Kaneti, s. 84; Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 27 dn. 43, yazar iradelerin yorumlanması bakımından dürüstlük kuralına dayanmanın, genel olarak yorum görüşüyle farklılık taşımadığını ifade etmektedir. Karş.: Hakkın kötüye kullanılması yasağından doğan bir istisna olarak kabul eden görüş, Oğuzman/Barlas, N. 755

⁵⁷⁷ Bu bakımdan geçersizliğe yol açan hükmün amacı, çevirmeye cevaz vermiyorsa o hükme bağlanan kesin hükümsüzlük bakımından kanun boşluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır: Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 36; ATF 126 III 184

⁵⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 30; Kaneti, s. 95 vd.; Havutçu, **Tahvil**, s. 659; Pakize E. Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, 2016, s. 124

kılınarak, emredici hükümlere itibar edilirken⁵⁷⁹; ikame işlemle de taraf iradelerine öncelik tanınacaktır⁵⁸⁰.

C. Koşulları

1. Kesin Hükümsüz Bir Hukuki İşlemin Varlığı

Çevirme yoluna başvurulabilmesi için ön koşul, kesin hükümsüz bir işlemin varlığıdır⁵⁸¹. Kurucu unsurları bulunmadığından ötürü yok hükmünde bir hukuki işlem söz konusuysa, çevirmeye konu olabilecek bir hukuk işlem bulunmadığından çevirmeye başvurulamaz.

Öte yandan, hukuki işlem, ileride geçerli bir hukuki işleme dönüşme ihtimalini bünyesinde iptal edilebilirlik⁵⁸² sebebiyle barındırıyorsa, çevirmeye yine başvurulamaz⁵⁸³. İşlem ya çevirmeye lüzum kalmaksızın hüküm ifade eder ya da iptal hakkının kullanılmasıyla kesin hükümsüz hale gelir ve ikame işlem yönünde varsayımsal bir iradenin varlığından söz edilemez⁵⁸⁴. Benzer şekilde hukuki işlem kısmi hükümsüzlükle ayakta tutulabiliyorsa, çevirmeye gerek duyulmaz. Başka bir deyişle tümel kesin hükümsüzlük çevirme için ön koşul teşkil eder⁵⁸⁵.

2. İkame İşlemin Geçerlilik Koşullarının Sağlanmış Olmalı

Çevirme kurumunda amaç, hükümsüz işlemi başka bir işleme dönüştürerek geçerlilik kazandırmak olduğundan, hükümsüz işlemin yapısı itibarıyla çevrileceği (ikame/yedek) işlemin geçerlilik koşullarını taşıyor olması, çevirme için zorunlu bir

⁵⁷⁹ Bu hükümler amacı itibarıyla ikame işlemi de kapsıyorsa, çevirmeye ikame işlem de hükümsüz olduğu için başvurulamaz. Öğretide bu gerekçe yerine, emredici hükümlerin amacı itibarıyla çevirmeyi yasaklamış olması da ileri sürülmektedir: Medicus/Petersen, N. 522; Wolf/Neuner, §57 N. 11

⁵⁸⁰ Bork, N. 1227. Bu nedenle kısmi hükümsüzlüğe benzediği: **PalandtK**-Ellenberger, §140 BGB, N. 1; Benzer yönde: Bucher, s. 171

⁵⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 31; Bork, N. 1228

⁵⁸² Askıda hükümsüzlükte ise, işlem, tarafları dışında bir nedenle hükümsüzleştiğinden varsayımsal iradenin varlığına ulaşılması mümkündür. Bu nedenle, işlemin askı durumundan kesin hükümsüz hale geçmesiyle birlikte çevirmeye başvurulması mümkün olabilir: Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 32; Wolf/Neuner, §57 N. 3

⁵⁸³ Medicus/Petersen, N. 518

⁵⁸⁴ Mankowski, s. 874-875; Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 33; Aksi yönde: **PalandtK**-Ellenberger, §140 BGB, N. 3; Bork, N. 1128 dn. 36; Wolf/Neuner, §57 N. 2

⁵⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 29. Ancak kısmi hükümsüz kısmın kendi başına çevirmeye konu olabileceği savunulmaktadır. **BSK**-Wiegand, Art. 18 OR, N. 89 vd.; **CR**-Winiger, Art. 18 CO, N. 188

unsurdur⁵⁸⁶. Bizatihi çevirme kavramından ileri gelen bu husus Al. MK §140'ta da açıkça ifade edilmiştir⁵⁸⁷.

3. İşlem Taraf veya Taraflarının İkame İşlem Yönünde Varsayımsal İradelerinin Varlığı Kabul Edilebilmeli

Genel olarak çevirmenin koşulları arasında işlem taraflarının hükümsüzlüğü bilmemesi gerektiği, zira aksi durumda tarafların hiçbir şekilde hukuki bir bağlantı kurulmasını istemedikleri ifade edilmektedir⁵⁸⁸. Esasen bu unsur, ikame işlem üzerinde tarafların varsayımsal iradesi bulunması gerekliliğinin bir yansımasından ibarettir. Bile bile hükümsüz bir işlem yapanların, geçerli başka bir işlem için varsayımsal irade sahibi olacakları sonucuna varılamaz.

Çevirmenin gerçekleşebilmesi için hükümsüz işlemin dönüşeceği ikame işlemin taraflarının hükümsüz işlemin yapıldığı an itibarıyla bu işlemin yapılmasına yönelik varsayımsal iradelerinin bulunması lazım gelir⁵⁸⁹. İki taraflı hukuki işlemler bakımından bu sonucun doğrudan doğruya kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte çevirme, genel olarak bütün hukuki işlemleri ve bu çerçevede tek taraflı hukuki işlemleri de kapsar⁵⁹⁰. Bu nedenle her bir işlemin öznitelikleri gereği ayrı bir değerlendirme yapılmak gerekir. Haksız sona erdirme beyanları gibi tek taraflı hukuki işlemlerde ise kaçınılmaz olarak salt beyan sahibinin varsayımsal iradesi dikkate alınır⁵⁹¹. Karşı tarafın varsayımsal iradesinin dikkate alınmasına olanak yoktur⁵⁹². Zira

⁵⁸⁶ Boemke/Ulrici, s. 323; Bu çerçevede ehliyetsiz bir kişinin yaptığı işlemin çevirmeye konu olamamasının sebebinde de bu koşul yer almaktadır. İşlem yapıldığı anda ikame işlem için dahi geçerlilik koşulları sağlanmış değildir. Karş. İştmen, s. 103; Havutçu, **Tahvil**, s. 661

⁵⁸⁷ Karş. Serozan, **Überwindung**, s. 37, yazar ikame işlemin hükümsüzlüğünün ifa ile ortadan kalktığı durumlarda ikame işlemin geçerlilik koşullarının bulunmayabileceğini kabul etmektedir.

⁵⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 34; Kaneti, s. 109 vd. Wolf/Neuner, §57 N. 10

⁵⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 40; Kaneti, s. 154 vd.; Serozan, **Überwindung**, s. 40 vd.; Eren, s. 312; Bork, N. 1231; Medicus/Petersen, N. 520; **PalandtK**-Ellenberger, §140 BGB, N. 8; Guhl/Koller, §14 N. 36

⁵⁹⁰ Wolf/Neuner, §57 N. 1; **CR**-Winiger, Art. 18 CO, N. 189

⁵⁹¹ İştmen, s. 104; Bu yönde anlaşılabilir: Seliçi, s. 159; Altınok Ormancı, s. 239; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 264.

⁵⁹² Farklı olarak bkz. Demir Gökyayla, s. 205, yazar, haklı nedenle feshin olağan feshine çevrilebilmesi için feshin muhatabının sözleşmenin herhalde sona erdirileceğini anlayabilecek durumda olması gerektiğini belirtmektedir, ayrıca ikale önerisine çevirmede: s. 206. Benzer yönde: Medicus/Petersen, N. 524; Vionnet, s. 188 vd.; Seçer, s. 93, yazar neden belirtilmeyen fesih beyanında muhatabın tam tazminatla feshine olan güvenini korunacağını ifade etmektedir. Ayrıca karşı. Kırca, s. 185, yazar fesheden tarafın sözleşmeyle bağlı olmak istememesi gerektiğini belirtmekle birlikte sözleşmenin devamının iki taraf için de yararlı olmasını aramaktadır.

söz konusu hukuki işlem, muhatabının iradesinden bağımsız olarak hukuki varlık ve hüküm kazanır. Bununla birlikte genel olarak yenilik doğuran hakkın muhatabının, karşı tarafın hangi hakkını kullanabileceğini güven kuramı dahilinde anlayabilecek konumda olmasına ilişkin genel ilke⁵⁹³, ikame işlem açısından da geçerlidir, ancak bu durum çevirmeden değil, yenilik doğuran hak kullanılmasından ileri gelir.

4. İkame İşlem Hükümsüz İşlem Benzeri Ancak Daha İleriye Gitmeyen Sonuçlar Doğurmalı

Çevirme sonucunda hükümsüz işlemin yerini alan ikame işlem, benzer hükümler doğurmakla birlikte, tarafların her biri açısından hükümsüz işlemde daha ağır veya öteye giden bir sonuç doğurmamalıdır⁵⁹⁴. İkame işlem, asıl işlem açısından *minus* teşkil etmelidir⁵⁹⁵. Başka bir deyişle çevirme, asıl işlemin hükümsüzlüğünü bir taraf için avantaj veya dezavantaja dönüştürmelidir. Tek taraflı işlemlerde ise bu değerlendirme salt işlem tarafı bakımından yapılır, işlemin muhatabı dikkate alınmaz⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Bölüm:1,V,A,3,c,(2),(i)

⁵⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, §44 N. 39; Eren, s. 311; Schwenger, N. 31.40; **PalandtK**-Ellenberger, §140 BGB, N. 6; Wolf/Neuner, §57 N. 16; Ancak karşı: Kaneti, s. 155 vd. Buna karşılık önele aykırı olağan fesih hakkı örneğinde söz konusu olduğu gibi, sona erme anı dışında, eşdeğer sonuç doğurma çevirmeye engel olmaz.

⁵⁹⁵ Boemke/Ulrici, §14 N. 32; Bork, N. 1230; Kefalet ve borca katılma bağlamında: Oetker/Maultzsch, §13 N. 12; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 243

⁵⁹⁶ Bu çerçevede eser sözleşmelerinde yapılan haksız sona erdirme beyanları, TBK m. 484'e, özellikle beyan sahibi açısından doğurduğu ağır sonuçlar nazara alındığında, çevrilemez (Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 142; Turgut Öz, **Yönetim Sözleşmesi**, İstanbul, 1997, s. 161; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 248; Kurt, **Temerrüt**, s. 289 vd.; Franz Werro/Pascal Pichonnaz, "Les conséquences d'une résiliation anticipée du contrat d'entreprise sans fixation d'un délai de grâce", **DC** 2015, s. 147; Alfred Koller, **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, 2015, N. 1043 ve 1060): Yarg. 15. HD., 1.12.2016, 4313/4946 (Kazancı) "dava haksız fesih sonucu uğranılan kâr kaybı ile inşaatla yapılan masrafların tahsiline ilişkindir. Kâr kaybı olumlu zarar sözleşmenin ifa olunacağına güvenilerek yapılan masraflar ise menfi zarar niteliğindedir. Her iki zararın bir arada istenebilmesi için feshin sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan BK 369. madde uyarınca yapılması gerekir. Oysa davalı idare, Kamu İhale Kurulu kararını gerekçe göstererek fesih bildiriminde bulunmuştur. Bu durumda davalı fesihte haksız olduğundan davacının zararını BK 96. madde uyarınca gidermekle yükümlüdür. Bu zarar da akdin ifası sonucu elde edilecek olumlu zararın kaybına dair olmakla ve bu zararı elde etmek için diğer maliyet girdilerinin de kısaca menfi zararın da yapılması zorunlu olduğundan inşaatın kalan kısmından davacının elde etmesi gereken kâr tutarı davacının talebinin bağlayıcılığı da gözetilerek 325. maddedeki eksiltme yöntemi de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır.": Yarg. 15. HD., 16.11.1989, 899/4803 (Kazancı), bu kararda haksız feshin TBK m. 484 hükmünün uygulanmasına yol açmayacağı sonucuna varılmıştır. Aynı şekilde: Yarg. 15. HD., 9.12.2004, 7040/6389 (Kazancı); Yarg. 15. HD., 30.5.2005, 5019/3271 (Kazancı); Yarg. 15. HD., 9.5.2013, 7521/3029 (Kazancı) "İş sahibi feshi kendisince haklı gördüğü bir takım sebeplere bağlanmıştır. O halde sözleşmenin neden göstermeden fesih hakkı veren hükmü

D. Sonuçları

1. Genel Olarak

Çevirmenin yukarıda değinilen koşulları gerçekleştirmişse, TBK m. 27 hükmündeki örtülü boşluğun doldurulması sonucunda, kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren, hükümsüz işlemin yerini ikame işlem alır⁵⁹⁷.

Şunu belirtmek gerekir ki, tek taraflı ve kesin hükümsüz hukuki işlemin yenilik doğuran hak kullanılmasına ilişkin olması da bu işlemin çevirmeye konu olmasına ve bu işlemin başka yenilik doğuran bir hakkın kullanımına ilişkin beyana tahvil olmasına engel değildir⁵⁹⁸. Beyan sahibinin varsayımsal iradesinin dikkate alınması ve ikame işlem sonucunun hükümsüz işlemde ileriye gitmeyecek olması, bütün yenilik doğuran hukuki işlemler açısından, ne hak sahibi ne de muhatabı açısından olumsuz bir sonuç yaratır. Yenilik doğuran hak kullanılmasına ilişkin hukuki işlemlerin başka yenilik doğuran bir hakkı kullanmaya yönelik çevirmeye uygun olmadığı hususundaki

uygulanarak yüklenicinin kâr kaybı hesaplanamaz. Bu nedenle mahkemece iş sahibi kooperatif tarafından feshin 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 369. maddesine dayalı olarak düzenlenen sözleşme maddesine göre yapıldığı kabul edilerek "Borçlar Kanunu'nun 369. maddesi ile sözleşmeye göre davacı yüklenici alacağı hesaplanması yoluna gidildiğinin" belirtilmesi ve davanın da bu doğrultuda sonuçlandırılması hatalı olmuştur". Ancak aksi yönde: Gauch, **Werkvertrag**, N. 667; Honsell, **BT**, s. 309; **BK-Koller**, Art. 366 OR, N. 329; **ZK-Bühler**, Art. 366 OR, N. 40; Yarg. 15. HD., 5.10.1987, 4079/3415 (Kazancı) "Davalı iş sahibi (bu kerre gördüğüm lüzum üzerine) diyerek ve başka sebep göstermeden 22.5.1984 tarih ve 10466 sayılı ihtarla davacıya vekaletten azlettiğini bildirmiş, davacının 29.5.1984 ve 23.10.1984 tarihli ihtarlarını da cevapsız bırakmıştır. Davalı iş sahibinin bu tutum ve davranışı, akdi fiilen ve hukukten fesih ettiği anlamındadır. Diğer bir deyimle, davalı iş sahibi, eser sözleşmesinin geçerli ve kendisini bağlayıcı olmasına rağmen tek taraflı olarak inşaatı davacıya yaptırmamak kararında olduğunu açık seçik ortaya koymuştur. Çünkü inşaatın yürütülebilmesi ve özellikle hazırlık çalışmalarına başlanabilmesi için işin başında kararlaştırıldığı şekle uyması, haklı bir neden olmadığı halde davacıyı vekaletten azletmemesi ya da kendisine gönderilen ihtarlar vekaletten yürütülmesi gereken işlemleri bizzat yapacağını veya yapmaya hazır olduğunu davacıya cevaben bildirmesi gerekirdi. Davalının buradaki tutumunu sadece temerrüde düşmek şeklinde değil, akitten dönme olarak kabulü, somut olayın özelliğine ve amaçlanan duruma daha uygun düşer. Böyle olunca olayda uygulanması gereken yasa hükmü BK.nun 106 ve 108. maddeleri olmayıp, aynı Kanunun 369. madde hükmü olmalıdır."; İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir. Örnek olarak: ATF 141 III 106; İFM, 2.9.2014, 4A_96/2014 (Swisslex)

⁵⁹⁷ Bork, N. 1234. Başka bir deyişle, ikame işlemin geçerlilik kazanması hâkim kararına bağlı değildir. Hâkim bir uyuşmazlıkta olguların gerçekleşmesine dair takdir hakkına dayalı olarak karar verir, verilen kararın kurucu bir niteliği yoktur. Bu itibarla hâkimin kararında yenilik doğurucu etki var olduğu izlenimini uyandıran ifadeler (O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016, s. 381; Pawlowski, **AT**, N. 505) yanlıcıdır.

⁵⁹⁸ Türk öğretisi ve uygulamasında bu olanak kabul edilmektedir: Kaneti, s. 237 vd.; Seliçi, s. 159; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 247 vd.; Altınok Ormancı, s. 235-236; Şenol, s. 200; İsviçre'de: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1475 vd.; Honsell, **BT**, s. 241; İBK m. 107 (TBK m. 125/II) çerçevesinde borçlu temerrüdünden doğan hakların haksız surette kullanımının İBK m. 377 veya m. 404 uyarınca hüküm doğurabileceği görüşünde: Koller, **AT**, N. 55.125

görüşlerin⁵⁹⁹ yerinde olmadığı, çevirmenin yenilik doğuran hakların nitelikleri nazara alınarak yapılması gerektiğine işaret ettiği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bir kararda vurgulanmıştır⁶⁰⁰. Bununla Federal Mahkeme bazı kararlarında yenilik doğuran işlemin çevrilemeyeceğini kabul ederken bazı kararlarında İBK m. 377 (TBK m. 484) bakımından çevirmeye başvurmakta olup⁶⁰¹ bu durumun eleştiriye açık olduğu ifade edilmelidir.

2. Haksız Sona Erdirmeye Özgü Değerlendirme

a. Başka Bozucu Yenilik Doğuran Bir Hakka Çevirme

Haksız sona erdirmeye beyanının hedef aldığı sözleşme ilişkisi kapsamında, beyanda bulunan tarafın, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik başka bir sona erdirmeye hakkı varsa ve bu hakkın sonucu beyan sahibi açısından daha elverişsiz sonuçlara yol açmayacaksa, haksız sona erdirmeye beyanı, diğer sona erdirmeye hakkının kullanılmasına yönelik bir beyana çevrilebilir.

Bununla birlikte söz konusu olasılığın daha çok iradi şekle tabi tutulan veya sözleşmesel sona erdirmeye haklarına ilişkin haksız sona erdirmeye beyanları bakımından daha mümkün olduğu ifade edilmek gerekir. Zira özellikle ani edimli borç doğuran sözleşme ilişkilerinde bir sona erdirmeye hakkına alternatif ve beyan sahibi bakımından eş veya daha elverişli bir sonuç doğuran bir sona erdirmeye hakkıyla karşılaşmak düşük bir ihtimaldir. Ayrıca sebebe bağlı yenilik doğuran haklarda, kullanılan hakkın sebebinin muhatapça güven kuramına göre anlaşılabilir olması gerekliliği, ikame işlem bakımından geçerlilik şartlarının gerçekleşmesine pek çok durumda engel olabilir.

b. İkale Sözleşmesi Önerisine Çevirme

Haksız sona erdirmeye beyanlarının yukarıda belirtilen gerekçelerle başka bir sona erdirmeye hakkına çevrilmeleri düşük bir olasılık olmakla birlikte, ikale sözleşmesi

⁵⁹⁹ Stehle, Vorb. Art. 1-40g, N. 51; İstisnai hallerde cevaz verilebileceği şeklinde: Maxence Carron, **Le mandat de durée**, 2018, N. 974; ATF 138 III 304; ATF 133 III 360; İFM, 1.5.2009, 4A_89/2009 (Swisslex)

⁶⁰⁰ JdT 1998 I 295

⁶⁰¹ Pascal Pichonnaz/Thomas Siegenthaler/Hubert Stöckli/Franz Werro, “Werkvertrag/Contrat d’entreprise”, **DC** 2016, s. 170-171, N. 311; Jaques de Werra, “Droit des contrats : Partie générale et contrats spéciaux”, **JdT** 2016 II 154, s. 159; ATF 141 III 106; İFM, 2.9.2014, 4A_96/2014 (Swisslex)

önerisine çevrilmeleri kural olarak mümkündür⁶⁰². Zira haksız sona erdirme beyanı bünyesinde sözleşmesel ilişkiyi sona erdirme iradesi içerdiğinden, hükümsüz işlemin öneriye çevrilmesinde herhangi bir engel yoktur. Ayrıca, kurulmuş bir ikale sözleşmesi bulunmadığından, öneri olarak ve öneri aşamasında beyan sahibi bakımından herhangi bir olumsuz sonucu olmaz⁶⁰³. İ kale sözleşmesi, ileriye etkilidir⁶⁰⁴. Ani edimli sözleşme ilişkilerinde, ikale sözleşmesi, niteliği gereği birincil edimlerin ve ikincil edimlerin sona ermesini ve ifa edilmiş edimlerin sözleşmesel iadesini sağlasa⁶⁰⁵ da, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ikale anına kadar doğmuş birincil ve ikincil edimlere kural olarak etkili değildir⁶⁰⁶. Buna göre öncelikle, haksız sona erdirme beyanının varsayımsal iradesi tespit edilmek gerekir⁶⁰⁷. Eğer haksız sona erdirme beyanında bulunanın, diğer tarafa karşı sahip olduğu talep haklarını yitirmek istemeyeceği sonucuna varılıyorsa, bu durumda haksız sona erdirme beyanının çevirmeye konu olmaması lazım gelir. Özellikle haksız sona erdirme beyanı ile birlikte karşı tarafın sorumluluğuna gidileceği gibi ibarelerin kullanılması,

⁶⁰² Vionnet, s. 420; Seliçi, 109-110; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 498; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 266; Hizmet sözleşmesinde: Kenan Tunçoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977, s. 942

⁶⁰³ Bu çerçevede haksız sona erdirme beyanının, ikale önerisi olarak ikale sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını taşıyacağı da ifade edilmek gerekir. İ kale sözleşmesinin objektif esaslı unsurları, sona erdirilecek sözleşmenin belirlenmesinden ve sona erdirme iradesinin bulunmasından ibarettir (Andreas Büscher, **Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen**, 2015, N. 168 ve 171). Sözleşmeyle borç ilişkisinin doğrudan doğruya etkilendiği gerekçesiyle ikalenin tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşme olduğu yönünde: Joachim Gernhuber, **Die Erfüllung und ihre Surrogate: sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen**, Tübingen, 1983, s. 366; Eren, s. 1288; Medicus/Lorenz, N. 590; Larenz, **SR-AT**, s. 252

⁶⁰⁴ Seliçi, s. 107; Medicus/Lorenz, N. 592; Larenz, **SR-AT**, s. 251; Zira, kanuni bir temel olmadan geçmişe etki hukukumuzda mümkün değildir. Ancak sözleşme taraflarının geçmişe etkiliymişçesine karşılıklı borçları kararlaştırmaları mümkündür. Ayrıca: Gernhuber, **Erfüllung**, s. 368 vd.; Harke, **SR-AT**, N. 108. Karş. sürekli borç ilişkileri istisna olmak üzere geriye etkili şekilde: Huguenin, N. 788; Herdem Belen, **Barter Sistemi – Hukukî Yapısı ve İşleyişi**, İstanbul, 2007, s. 179; Özen, s. 297; Abdurrahman Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7 S. 26 (Nisan 2016), s. 130, 132, 133 yazar geriye etkiyi kabul etmekle birlikte iadenin sözleşme temelli olacağını vurgulamaktadır.

⁶⁰⁵ Eren, s. 1289; Genel olarak bu yönde: Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 244. Bu sonucu kabul etmek kaçınılmazdır, zira aksi halde ani edimli sözleşmeleri konu alan ikale sözleşmesi kurmanın bir anlamı kalmaz. Başka bir deyişle, ani edimli sözleşmelere ilişkin ikale sözleşmelerde tarafların geriye etkiyi durumu tesis etmeyi borçlandıkları güven kuramı gereği kabul edilmek gerekir. Benzer şekilde: Akıncı, s. 98

⁶⁰⁶ Seliçi, s. 107; Büscher, N. 550 vd.; Eren, s. 1289; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 267; Alper Uyumaz, **Yetkili Servis Sözleşmesi**, İstanbul, 2018, 361; Bu yönde yorumlanabilir: Demir Gökyayla, s. 207. İ fa edilmiş ve tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmelerde ikalenin değil yeni bir tasarruf işlemi konu alan sözleşmenin kurulduğu yönünde: Medicus/Lorenz, N. 589, İ kale sözleşmesinin zamansal kapsamının sözleşme yorumuna bağlı olduğu: N. 592; Aynı şekilde: Larenz, **SR-AT**, s. 251

⁶⁰⁷ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 244-245

beyan sahibinin varsayımsal iradesinin ikale sözleşmesi önerisi yönünde olmadığını açıkça ortaya koyar.

İkale sözleşmesi önerisi karşısında, çevirmeye uğrayan haksız sona erdirmeye beyanının muhatabı, bu öneriyi açık veya örtülü⁶⁰⁸ olarak kabul edebilir. Bununla birlikte kabul beyanı da güven kuramına göre yorumlanmak gerekir. İkale önerisinin kabul edilmesiyle, muhatabın, karşı tarafın önceki veya beyanla gerçekleşmiş sözleşme ihlallerinden sorumluluğu ortadan kalkacağı gibi, muhatap kendi alacak haklarını da kaybedecektir. Bu durumda, haksız sona erdirmeye beyanı muhatabının, bu beyan üzerine kendinin de sözleşmeyi sona erdirdiğini⁶⁰⁹ bildirmesi, kendi ifa eylemlerini kesmesi, susması veya ifa etmiş olduğu edimlerin iadesini istemesi, özellikle bunlarla birlikte tazminat talebinde bulunması, ikale önerisinin kabul edildiği şeklinde yorumlanamaz. Başka bir deyişle örtülü irade beyanında ikale önerisine muhatap olan tarafın, kendi talep haklarını da kaybetmeye yönelik iradesi anlaşılabilir olmalıdır. Başka bir deyişle, salt karşılıklı haksız fesih beyanları taraflar arasında çevirme yoluyla ikale sözleşmesi akdedildiği sonucunu doğuramaz⁶¹⁰. Haksız sona erdirmeye beyanında bulunanın öneride bulunmuş sayılabilmesi için kendi sözleşmesel haklarından vazgeçme yönünde varsayımsal iradesinin bulunduğu, karşı tarafın da kendi talep haklarından vazgeçme iradesinin kabul beyanından anlaşılması şarttır. Zira ikale sözleşmesi sonucunda ikale edilen sözleşmeden doğan taleplerin akıbeti subjektif açılarından esaslı nokta olacaktır. Bu hususta bir irade uyuşması bulunmadan, ikale sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılamaz⁶¹¹. Aksi yönde bir yoruma, ikincil sözleşmesel taleplerin akıbetinin taraflar için subjektif esaslı nokta olmadığını ispatlanmasıyla varılabilir. İkale önerisi kabul edilmediği takdirde, haksız sona erdirmeye beyanının ikale önerisine çevrilmiş olması, bu beyanın sözleşmeye aykırılığını

⁶⁰⁸ Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 267; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 244; Bununla birlikte sözleşmenin her iki tarafının da sözleşmeyi hiç ifa etmemiş olması, tek başına tarafların sözleşmeyi sonradan ikale ettikleri anlamına gelmez: Gernhuber, **Erfüllung**, s. 369. Salt itirazda bulunmamanın da öneriyi kabul etmek anlamına gelmediği: İştimen, s. 107; Ayrıca: Seliçi, s. 110. Aksi yönde ayrıca bkz. Krause, s. 45 vd., yazar salt susmanın ikale sonucu doğmasına yeterli olabileceğini ileri sürmektedir.

⁶⁰⁹ Burada kendi sona erdirmeye beyanı geçerli bir hakka dayanıyorsa, sözleşme bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla sona erer. Bu beyan da haksız sona erdirmeye niteliğini taşıyorsa, bu beyanın da ikale sözleşmesi önerisine çevrilmesi mümkündür.

⁶¹⁰ Bu durum en fazla sözleşmenin sona erdirilip tazminat istemlerinin saklı tutulduğu şekilde bir ikale sözleşmesi olarak anlaşılabilir.

⁶¹¹ Aksi yönde: Demir Gökyayla, s. 207; Sarıakçalı Alkaç, s. 287-288;

gidermediği için yukarıdaki başlıklarda anılan hukuki sonuçlar yine gerçekleşecektir. Ancak ikale önerisinin kabulü ile haksız sona erdirme ve sözleşmeye aykırılık alanından çıkılır, sözleşme ilişkisini ikale yoluyla ve sözleşme ihlali bulunmaksızın sona erdirildiği sonucuna varılır. Başka bir deyişle ikale sözleşmesi kurulmadan, haksız sona erdirme beyanı ikale sözleşmesi önersine tahvil edilse dahi sözleşmeye aykırı fiil olarak sonuçlarını muhafaza eder.

Son olarak belirtmek gerekir ki haksız dönme beyanında bulunan tarafın, sahip olduğu def'i haklarının varlığı, muhatabın kullanacağı haklar üzerinde MK m. 2 çerçevesinde değerlendirileceği için⁶¹², haksız sona erdirme beyanının def'i hakkının kullanılmasına çevrilmesi olasılığını değerlendirmeye gerek kalmamaktadır.

⁶¹² Bölüm: 2,III,H,3

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ SONA ERDİRMENİN SONUÇLARI

I. Sürekli Borç İlişkilerine Özgü Sona Erme Rejimi

A. Genel Olarak

Ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, sözleşmeden doğan edimlerin ifası sonucunda kural olarak sözleşmeden yeni birincil edim doğmaz; başka bir deyişle edimlerin ifasıyla, sözleşmesel ikincil edimler dışında¹, borçlar sona erer ve sözleşmeden doğan bu borçların sona ermesiyle birlikte sözleşme de sona erer. Bu nedenle ani edimli borç ilişkilerinin bünyelerinin sona ermeye yönelik olduğu² ve ani borç ilişkilerinin sözleşme tarafları üzerinde uzun ve yoğun bir bağlılık yaratmaya çok elverişli olmadıkları sonucuna varılabilir.

Buna karşılık sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden doğan asli edimlerin ifa edilmesi, ani edimlilerden farklı olarak sözleşme ilişkisini sona erdirici nitelikte değildir. Farklı bir söyleyişle, harici bir sebep gerçekleşmedikçe (sona erdirme haklarının kullanılması veya sonraki imkânsızlık gibi) veya taraflar başlangıçta sözleşme ilişkisinin akıbetine ilişkin açık veya örtülü bir süre veya bozucu koşul tayin etmemişse, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ifa aşamasında kalmayı sürdürür. Bu itibarla sözleşme ayakta kaldığı sürece ifa devam eder, ifa aşaması tamamlandığı için sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmaz³. Bu nedenle söz konusu sözleşme ilişkilerine “tüketilemeyen borç ilişkileri” adı da verilmektedir⁴.

İfa aşaması sözleşmede öngörülen şekilde devam ettiği müddetçe, başka bir deyişle herhangi bir ifa engeli ortaya çıkmadıkça⁵, sürekli borç ilişkisi doğuran

¹ Zira ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kaynaklanan borçlar gibi ikincil (tali) edimlerin doğması mümkündür. Bir borç ilişkisinin birincil ve ikincil bütün edim yükümlülüklerinin ifasıyla sona ereceği hakkında: Larenz, **SR-AT**, §19 II, s. 252

² Seliçi, s. 8 ve 32; Oktay, **Uzun Süreli**, s. 220

³ Larenz, **SR-AT**, §19 II, s. 252; Kılıçoğlu, s. 8-9

⁴ Seliçi, s. 8

⁵ İfa engellerinin ortaya çıktığı olasılıkta ise, ifa engellerine bağlanan hukuki sonuca göre sözleşme kendiliğinden veya yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla sona erdirilebilir. Feshin, bir ifa engeline karşı olağanüstü bir tepki olarak düzenlenmiş olabileceği: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 436

sözleşmeler doğaları gereği varlıklarını koruyarak borç doğurmaya devam ettirdiklerinden, ani edimli sözleşmeden farklı olarak, sözleşmesel bağlılığın sona erebilmesi için farklı çıkış olanaklarının bulunması gerekir⁶. Zira aksi takdirde söz konusu sözleşmelerin tarafları, sonsuza dek ve her durumda bağlanma olasılığıyla karşı karşıya kalınacaktır.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından mevcut iki temel hukuki olanak, olağan ve haklı nedenle (olağanüstü) fesih olmaktadır⁷. Her iki hak, sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran hak niteliğini taşımaktadır⁸. Bu itibarla kullanılmaları, kural olarak yenilik doğuran haklara ilişkin genel ilkelere tabi olur⁹. Fakat olağan fesih hakkının sebepten bağımsız yenilik doğuran bir hak olduğu halde, haklı nedenle fesih hakkının sebebe bağlı olması bu iki hakkın kullanılma tarzında birtakım farklılıklara yol açar. Diğer taraftan her iki hakkın da sürekli borç ilişkisini, ifa edildiği ölçüde sözleşmesel ilişkinin tasfiyesinin gereksizliği veya güçlüğü nedeniyle ileriye yönelik olarak sona erdiriyor olmasına karşın hukuki dayanak ve kapsamaları da farklılık göstermektedir.

Şu kadar ki, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde süreklilik arz eden edimin ifası başlamadan önce, tabi oldukları hukuki rejim kural olarak ani edimli sözleşmelerden farklı olmadığından, aşağıda açıklanacak kurumlara başvurmak imkânının bulunup bulunmadığı da ayrıca tartışılmak gerekir. Sürekli edimin ifa sürecinin başlamasıyla birlikte, sözleşmeden dönme yaptırımının yerini tasfiye güçlüğü nedeniyle feshin alacağı hususu açık olsa da¹⁰, kendi başlarına fesih sonucunu doğuran olağan ve olağanüstü fesih mekanizmalarının sürekli edimin ifasının başlamasından önce işleyip işlemeyeceğinde bir açıklık yoktur. Haklı nedenle (olağanüstü) fesihte, çekilmezlik vakıasının varlığı; olağan fesihte ise sonsuza kadar bağlılık ihtimalinin varlığı sürekli edimin ifasının başlangıcından bağımsız olduğu

⁶ Oetker, s. 248 vd.; Weller, s. 289-290; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 5

⁷ Seliçi, s. 132; Weller, s. 289; Oetker, s. 251; Schwenzler, N. 3.27; Huguenin, N. 60; Larenz, **SR-AT**, s. 252-253. Fesih mekanizması, Roma hukukunda da kabul edilen ve müşterek hukuk döneminde de kabul gören bir kavramdır, ayrıca ALR I 21 §340,344,345'te düzenlenmiştir: Kochendörfer, s. 164-165

⁸ Gauch, s. 36; Huguenin, N. 792; Bucher, s. 390; Medicus/Lorenz, N. 660; Eren, 1289-1290

⁹ **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 18; Eren, s. 1289

¹⁰ Şu kadar ki tarafların menfaatleri gerektiği takdirde sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden dönülebileceği görüşünde: Fikentscher/Heinemann, N. 572; Muthers, s. 158; Benzer yönde: Huguenin, N. 792; Gauch, s. 150; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 3

için, sürekli edimin ifasının başlangıcından önce dahi söz konusu fesih mekanizmalarına başvurulmasının önünde bir engel olmamak gerekir¹¹. Bu olasılıkta söz konusu fesih haklarının sonuçları, sözleşmeden dönmeyle örtüşecektir. Henüz sürekli edimin ifa süreci başlamadığından, herhangi bir tasfiye sorunuyla karşılaşılmaz¹².

B. Olağan Fesih

1. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin¹³ ifa ile sona ermeyebilecek yapıda olmalarından doğacak olumsuz sonuçları bertaraf edecek ilk araç olağan fesihtir¹⁴. Olağan fesihle, kural olarak belirsiz süreli olan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin, tarafları sonsuza dek bağlamasının önüne geçilir ve böylece dolaylı olarak kişi özgürlüklerinin ihlal edilmesi olasılığı bertaraf edilmiş olur¹⁵. Bu bakımdan olağan fesih hakkının doğması veya kullanılması için herhangi bir koşul kural olarak

¹¹ Haklı nedenle fesihte: Mehmet Deniz Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, İstanbul, 2008, s. 171; İnceoğlu, C. II, s. 223; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 18; Haklı nedenle fesih bakımından Alman hukukunda bu yönde: Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II; 8 b; Enneccerus/Lehmann, § 53 V; Bu yönde anlaşılabilir: Huguenin, N. 792. Olağan fesih yönünden sürekli borç ilişkisi olarak öngörülen vadenin dolması gerektiği görüşünde: Seliçi, s. 114; Aynı yönde: Beitzke, s. 20: Yazar genel olarak fesih hakkının kullanımı için vadenin gelmiş olmasını şart koşarken, ayrıca sürekli edim niteliğindeki borcun ifa sürecinin başlamasını aramamaktadır. Ayrıca vadeden önce ancak dönme sonuçlarının söz konusu olabileceğini vurgulamaktadır. Karş. haklı nedenle fesih hakkının doğumu için sürekli edimin ifasının başlaması gerektiği fikrinde: Özen, s. 311

¹² Sürekli borç ilişkilerinde hükümsüzlük ve sona ermenin etkisi bakımından önemli noktanın sürekli edimini ifasının başlangıcı olduğu hakkında: Susanne Polydor-Werner, **Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Zürich, 1988, s. 15

¹³ Teknik olarak sürekli borç ilişkisi doğurmayan ancak niteliği veya kanun hükümleri gereği sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin bünyesine ise olağan fesih hakkı kural olarak yabancıdır. Bu tür sözleşmeler ya amaçları gereği sürekli bir bağlılık gerektirir (irtifak sözleşmeleri) veya sürekli bir bağlılık yaratma tehlikesi yoktur (eser sözleşmesi).

¹⁴ Başka bir deyişle belirsiz süreli sözleşmenin ifa sürecini akamete uğratan bir sebep yoksa sona erebilmesinin yolu olağan fesih hakkının varlığı ve kullanılmasıdır: Rüßmann, s. 358. Olağan feshin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kuramı bakımından özel olduğu, ifa ile sona ermeyen sözleşme düzenini düzeltici niteliği haiz olduğu, haklı nedenle feshin ise mübadele ilişkisi öngören ani edimli sözleşmelerdeki dönme hakkının görünümü olduğu fikrinde: Marc-Philippe Weller, "Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik? Ein Systematisierungsversuch im Licht der allgemeinen Dauerschuld-Doktrin", **JuristenZeitung**, 67. Jahrg., S. 18 (21.9.2012), s. 887

¹⁵ Kirca, s. 173; Seliçi, s. 111; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 80; Öz, **Yönetim**, s. 143; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 350 vd.; Ögüz, s. 176; Bir hakkın kullanılması itibarıyla hak sahibinin olağan fesih hakkına başvurusu sözleşmeye aykırılık oluşturmaz: Esser/Schmidt, s. 325; Yalın ortaklık sözleşmesi açısından: Raphaël Dessemontet, **Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse**, 2006, N. 647; Alman hukukunda hizmet akdi bağlamında: Stefan Greiner, **Schuldrecht Besonderer Teil**, 2011, s. 182; Olağan fesih ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin zamansal açıdan yarattığı risklerin sınırlandırıldığı şeklinde: Oetker, s. 272

yoktur. Geçerli bir şekilde¹⁶ kurulmuş bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin varlığı yeterlidir. Dolayısıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olarak olağan fesih hakkı, yenilik doğuran haklara ait özellikleri bünyesinde taşır ve sebebe bağlı olmayan¹⁷ yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmek gerekir¹⁸. Bu itibarla doğduğu bir sözleşme ilişkisinde tarafların ancak bir olağan fesih hakkı bulunabilir, bu yönüyle haklı nedenle (olağanüstü) fesih hakkından ayrılır.

Diğer yandan olağan fesih, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin sonsuz bir bağlılığa yol açmasına engel olan bir araç olsa da fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki istikrarlı ilişkinin birdenbire sona ermesi de feshe muhatap olan sözleşme tarafı bakımından olumsuz bir sonuca yol açar. Zira feshe muhatap olan tarafın, sözleşme ile elde ettiği ifa menfaatinden yoksun kalmamak için başka bir sözleşme ilişkisi kurmadan veya daha farklı bir önlem alamadan hazırlıksız yakalanması olasıdır. Böyle sonuçlara yol açmamak için olağan fesih hakkı, kural olarak ihbar süresiyle dengelenmiştir¹⁹. Bu itibarla fesih beyanının muhataba varmasıyla²⁰, sözleşme ilişkisi derhal sona ermez²¹. İhbar süresi adı da verilen belli bir

¹⁶ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kurulduğu anda bünyesinde kesin hükümsüzlük sebebi taşıyorsa, hükümsüzlük ileriye etkili olarak ileri sürülebileceğinden (Polydor-Werner, s. 20; Peter Ulmer, **Der Vertragshändler**, Münih, 1969, s. 255 ve 260), başkaca bir sona erdirmeye sebebine gereklilik duyulmayacaktır. Bununla birlikte kesin hükümsüzlük ileri sürülünceye kadar sözleşme geçerliliğini koruduğu için olağan fesih hakkının kullanılmasında bir engel bulunmaz.

¹⁷ Gauch, s. 37; Huguenin, N. 796; Medicus/Lorenz, N. 656; Şenol, s. 172; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 82. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılık vs. olguların ispatına gerek yoktur: Fauvarque-Cosson/Mazeaud (Ed.), s. 413; Kira sözleşmesi açısından: Silvia Eggenschwiler Suppan, “Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Formfehlers im Falle einer Vermieterkündigung”, **Jusletter** 19.3.2012, N. 15. Bu itibarla sözleşmenin salt kurulmasıyla bu hak da doğar: Oğuzman, s. 167.

¹⁸ Schwenzer, N. 3.11; Kali, s. 17

¹⁹ Medicus/Lorenz, N. 656; Olağan feshe getirilen sınırlamalarla, zayıf tarafın korunmasının amaçlandığı görüşü: E. Aslı Küçükaydın, **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, İstanbul, 2018, s. 42

²⁰ Yarg. 23. HD., 1.11.2017, 8304/3037 (Lexpera) “Davalı taraf sözleşmenin sona erme tarihinden 2 ay 10 gün önce sözleşmenin yenilenmeyeceğine ilişkin ihtarı davacının sözleşmede ve ticaret sicil kaydında bulunan adrese gönderildiği tebligat yapılamaması üzerine, Noter marifetiyle elden tebliğ yolunu izlediği ancak adreste davacı çalışanlarınca tebligatın alınmadığı dosyadaki delillerle sabittir. Bu durumda davalı tarafından süresi içindeki fesih iradesinin davacı tarafından kendisine tebliğinin kasten engellendiğinin kabulü gerekir. Hal böyle olunca yenilenmeyen sözleşmenin yerine getirilmediği gerekçesiyle cezaî şart talebi de yerinde olmayacağından davanın reddi yerine kabulünde isabet görülmemiştir.”

²¹ Altınok Ormancı, s. 92; Seliçi, s. 150; Oğuzman, s. 159; Cherpillod, N. 36; Fikentscher/Heinemann, N. 572; Yarg. 11. HD., 15.1.1992, 1959/96 (Lexpera) “Süresiz akitlerde diğer bir fesih yolu olarak, uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın olağan fesih imkânı da mevcuttur. Ancak, davalının bu yolu izlemesi için makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerekir. Davalı eylemli olarak 31.8.1986 tarihinde fesih iradesini kullandığına göre, davalının davacıya yöneltmesi gereken fesih ihbarı süresi kadar bir zaman dilimi içinde aktin ayakta kalacağı kabulü

mühletin tamamlanmasıyla sözleşme ilişkisi sona erer²². İhbar süresi, doğrudan doğruya kanunla düzenlenmiş²³ ise o süre esas alınır. Eğer sözleşmesel olarak düzenlenmişse veya kanuni olağan fesih hakkının ihbar süresi emredici değilse, sözleşme hükmü ihbar süresinin uzunluğu ve kısalığı MK m. 23'e göre değerlendirilmek kaydıyla esas alınır²⁴. Bu çerçevede belirlenmiş ihbar süresinin geçerliliği, feshe muhatap olan tarafın sözleşmenin sona ermesi üzerine uygun önlemleri almasına yeterli olup olmadığına göre değerlendirilmelidir²⁵. Sözleşmesel ihbar süreleri bakımından tartışmaya açık bir diğer husus ise sözleşme taraflarına farklı süreler tanınıp tanınmayacağı hakkındadır. Bunu yasaklayan bir kanun hükmü²⁶ olmadıkça, sözleşme taraflarına farklı ihbar süresi öngörülmesi önünde herhangi bir engel olmamalıdır. İhbar sürelerindeki dengesizlik taraflar arasında MK m. 23/II hükmüne aykırı düşecek bir bağımlılık yaratmadığı ölçüde, ihbar süresinin eşit olması gerektiği gibi bir yasal dayanağı olmayan bir ön kabulü ileri sürmenin gereği yoktur²⁷. Aşağıda belirtildiği üzere, kanuni veya sözleşmesel bir düzenleme bulunmadığı için sözleşme boşluğu doldurulması suretiyle olağan fesih hakkı doğuyorsa, bu boşluğun

icap eder.” Şu kadar ki derhal sona ermenin taraflar bakımından risk teşkil etmeyeceği düşünülen sözleşme ilişkilerinde olağan feshin derhal hüküm doğuracağı düzenlenmiştir (TBK m. 384, m. 564): Seliçi, s. 155-156; Oğuzman, s. 164

²² **ZK-Higi**, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 123-124; Kanunda ayrıca ihbar süresinin yanında “fesih dönemi” öngörülmüş olabilir (Örn: TBK m. 329). Bu durumda olağan fesih hesaplanan fesih döneminin sonundan itibaren hükmü doğurur ancak aynı zamanda fesih ihbar süresine de uyulması gerekir (Altınok Ormancı, s. 92; Gauch, s. 55 vd.; İnceoğlu, C. II, s. 208-209; **ZK-Higi**, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 126-127).

²³ Bu süreler emredici veya yedek hüküm niteliğinde olabilir. Kiracı lehine emredici: İnceoğlu, C. II, s. 212

²⁴ Alman hukukunda benzer şekilde: Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 6. İhbar süresi kanunen ve sözleşme ile belirlenmekle birlikte, olağan fesih beyanında bulunan kişinin daha uzun bir ihbar süresi tayin edip edemeyeceği de değerlendirilmelidir. İhbar süresiyle, beyana muhatap olan tarafa kendi hukuki durumunu düzenleme olanağı verildiğinden, olağan fesih hakkı kullanılırken daha uzun bir ihbar süresi tayin edilmesi önünde engel olmamalıdır: Oğuzman s. 193; Boemke/Ulrici, N. 40. Kaldı ki aynı sonuca hak sahibi, olağan fesih hakkını kullanmayı geciktirerek da varabilecek konumdadır. Önelin kısalığının ahlaka aykırılıkla denetleneceği görüşünde: Demir Gökyayla, s. 192; Karş. Şenol, s. 183, yazar bayilik sözleşmesinde önelsiz tanınan olağan fesih hakkının hükümsüz olacağını kabul etmektedir.

²⁵ Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 313. İhbar süresinin hiç tanınmamış olması olasılığında da karşı tarafa feshe karşı reaksiyon olanağı verilmemiş olduğundan çok durumda MK m. 23/II'ye aykırılık gerçekleşir ve hâkimin ihbar süresine ilişkin oluşan boşluğu doldurması gerekir.

²⁶ TBK m. 432/V

²⁷ Seliçi, s. 151; Gülçin Elçin Grassinger, **Sponsorluk Sözleşmesi**, Ankara, 2003, s. 169; Cherpillod, N. 56. Hatta tamamen de bir taraf için bu hak kaldırılmış olabilir. Franchise sözleşmesinde aksi yönde: Kırca, s. 178

doldurulması kapsamında olağan fesih hakkı tanınırken uygun bir ihbar süresi de tespit edilir²⁸.

Fesih hakkının kullanılması ile ihbar süresinin dolmasına²⁹ kadar sözleşme kural olarak tüm hükümleriyle varlığını sürdürür. Dolayısıyla her iki taraf da sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder³⁰. İhbar sürecinde gerçekleşen ifa engelleri veya çekilmezlik halinde de olağanüstü fesih nedeniyle ihbar süresi dolmadan sözleşmenin, olağan fesihten başka bir nedenle sona ermesi mümkündür³¹. Olağan fesih, sonucu itibarıyla diğer fesih haklarıyla benzeşir, bu bakımdan olağan fesih hakkıyla sözleşme süresinin tayin edildiğini ifade etmek yerinde olmaz. Sürenin dolması ve fesih hakkının kullanılması farklı hukuki olgulardır³².

2. Kapsamı

Olağan fesih hakkı, kararlaştırılmış ifa düzeni çerçevesinde bünyesinde sona erme sebebi taşımayan sürekli borç ilişkilerinin, sonsuza kadar sürecek bir bağlılık yaratmasının önüne geçmeye yarayan bir kurum olduğundan³³, kural olarak bu hakkın sona ermesi bakımından bir süre öngörülmeden³⁴ (belirsiz süreli) sürekli borç ilişkisi

²⁸ İhbar süresine tamamlayıcı yorumla ulaşılabacağı ve süreyi hâkimin belirleyeceği şeklinde karşı. Özen, s. 315

²⁹ Olağan fesihte, fesih beyanının muhataba ulaşmasıyla beyan sahibinin bağlılığının başladığını ancak yenilik doğurucu etkinin ihbar süresinin dolmasıyla gerçekleştiği görüşünde: Huguenin, N. 187

³⁰ Oğuzman, s. 173 vd.

³¹ Oğuzman, s. 194

³² Gernhuber, §16 II 4 d, s. 391

³³ Venturi-Zen-Rufinen, N. 351; Vionnet, s. 93 ve 143; **BK-Merz**, Art. 2 ZGB, N. 332; **ZK-Higi**, Art. 255 OR, N. 52-53; **BSK-Weber**, Art. 255 OR, N. 8

³⁴ Başka bir deyişle belirsiz süreli sözleşmede, sözleşmenin sona erme rejimi taraflarca belirlenmiş değildir: Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 230; Oktay, **Uzun Süreli**, s. 214; Gauch, s. 33. Ayrıca ilgili sona erme rejimi, MK m. 23/II haricinde bir nedenle kesin hükümsüz ise de yine sözleşme belirsiz süreli hale gelebilir. Bununla birlikte, sözleşmenin bizzatıhi sonsuza dek süreceği kararlaştırılmışsa, başka bir deyişle sebebe bağlı olmayan bir fesih hakkının bulunmadığı kararlaştırılmışsa, sonsuz süreli sözleşme söz konusudur, belirsiz süre söz konusu değildir (Seliçi, s. 137-138; Cherpillod, N. 10; ATF 97 II 390; ATF 113 II 213; Ödünç sözleşmesinde ödünç alanın yaşam süresinin sınır olacağı yönünde: **BK-Weber**, Art. 318 OR, N. 23; Aksi yönde görüş: Ulmer, s. 257) ve konu MK m. 23 bakımından değerlendirilmek gerekir (Bucher, s. 102). Karş. Schwenger, N. 32.24: Yazar süresiz sözleşmelerin kişilik hakları bakımından ağır yük oluşturduğu takdirde ahlaka aykırı olacağını savunmaktadır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin genel olarak bir üst süreyle tahdit edilemeyeceği: Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 I 5. Karş. Oğuzman, s. 164-165. Süresiz kararlaştırılan ortaklar sözleşmesinde olağan fesih hakkına cevaz verilip verilemeyeceği tartışmalıdır: Peter Forstmoser, **Aktionärbindungsverträge**, 1988, s. 371; Genel olarak: Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 231-232 ve 257 vd.; Gauch, s. 40. Yalın ortaklık sözleşmesinde, olağan fesih hakkının bertaraf edilmesinin hiçbir zaman haklı nedenle fesih davası açma olanağını ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle kabul eden görüş: S. Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**,

doğuran sözleşmelerde varlık kazanacağı belirtilmelidir³⁵. Bu itibarla kural olarak olağan fesih hakkı, ifa süresi belirsiz³⁶ sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından geçerli olur³⁷. Ancak sözleşmenin yürürlük süresinin, kişilik haklarını bakımından yük getirmesi olasılığı salt belirsiz süreli sözleşmelere özgü değildir, aynı ihlal riski sonsuz süreli veya asgari süreli³⁸ yahut ne zaman sona ereceği şart veya belirsiz vade³⁹ nedeniyle öngörülemeyen sözleşmeler ya da çok uzun süreli⁴⁰ sözleşmeler bakımından da mevcuttur. Bu durumlarda sözleşme, süre ve sona erme

2009, İstanbul, s. 667-668. Cevaz veren görüş: **OFK-Fellmann/Müller**, Art. 546 OR, N. 3; ATF 106 II 226

³⁵ Olağan feshin sona erme rejimi tamam olmayan sözleşmeler bakımından uygulandığı şekliyle: Seliçi, s. 138

³⁶ Bu belirsizlik sonradan da doğabilir. Belirli sürenin tamamlanmasından sonra sözleşme taraflar sözleşmesel ilişkiyi aynen devam ettiriyorsa, bu durum tarafların sözleşmenin süresini belirsiz süreli olarak değiştirdikleri anlamına gelir (Flume, §10 2, s. 117; Tek yetkili satıcılıkta: Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, 2017, N. 1309), TBK m. 327/II hükmü de bu yönde açık bir yasal düzenlemedir. Hatta benzer sonuca olağan fesih hakkının hükmünü doğurmasından sonra sözleşmesel ilişkinin sürdürülmesi halinde, feshin geri alınmasına dair örtülü bir anlaşma olduğu şeklinde varılabilir (Oğuzman s. 194; İhbar süresi geçtikten sonra karşı. Oğuzman, s. 198; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 111; İnceoğlu, C. II, s. 215: Yazarlar yani bir sözleşme kurulduğu fikrindedir.). Seliçi, s. 78 vd. Karş. Kırca, s. 171, yazar her halde sözleşme sürenini bitiminde taraflardan birinin sözleşmenin sona erdiğine dair bir beyanda bulunmasını gerekli görmektedir. Kanımızca güven kuramının susmaya bağlayacağı sonuçlar haricinde böyle bir genelleme yapmak için yeterli hukuki dayanak mevcut değildir.

³⁷ Seliçi, s. 136; Gauch, s. 40; Ulmer, s. 257. Belirsiz süreli sözleşme, belirli süreli olmayan sözleşme olarak negatif şekilde de daha kolay bir şekilde tanımlanabilir. Bu durumda sona erme tarihi, kurulduğu anda takvim itibarıyla bilinmeyen sözleşmeler bu kapsama girer: Kira sözleşmesi bakımından: İnceoğlu, C. I, s. 39, yazar karma süreli olarak kabul etmektedir. **BSK-Weber**, Art. 255 OR, N. 6; **ZK-Higi**, Art. 255 OR, N. 43; Oğuzman, s. 9; Franchise sözleşmesinde: Kırca, s. 173. Karş. Seliçi, s. 139; Cherpillod, N. 35; Belirli süre ve olağan feshin birbirini dışladığı: Özen, s. 314; Ayrıca: Antalya, C. III, s. 532 sürekli edimin ne kadar süreceğinin kesin olarak belirlenmediği sözleşmeleri belirsiz süreli kabul etmektedir. Olağan fesih hakkı, belirsiz süreli sözleşmelere özgü olduğundan, belirliliğin tespiti açısından ayrıca olağan fesih hakkından feragat etmiş olması gerekmez, olağan fesih hakkı belirsiz süreli olmanın sonucundan ibarettir. Farklı yönde karşı. Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 52 ve s. 49. Paysahipleri sözleşmelerinde, sözleşmenin yarattığı menfaat ilişkileri nedeniyle olağan feshin imkân tanınmaması gerektiği görüşünde: Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003, s. 402

³⁸ Asgari süre tamamlandıktan sonra olağan fesih hakkı doğar: Christoph Müller, “Les contrats de distribution”, **Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives**, 2013, N. 54; Bucher, s. 263, dn. 100; Schultess, s. 197; ATF 93 II 300

³⁹ İşlerin sonucuna uygun olarak derhal iadesi kararlaştırılmış bir ödünçte, vadenin dürüstlük kuralına göre belirleneceği hakkında: JdT 1951 I 144.

⁴⁰ Bununla birlikte şu husus vurgulanmalıdır ki sürenin uzunluğu tek başına sözleşmenin kişilik haklarına aykırılık teşkil edip etmeyeceğini göstermez, sözleşme bir bütün olarak ve özellikle içerdiği edimlerin nitelik ve kapsamı dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 212 vd.; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 I 5 d; Schwenger, N. 32.23; ATF 114 II 159; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 265 vd.). Kira sözleşmeleri bakımından TBK m. 347/I hükmünü nazara alarak azami sürenin on yıl olduğu görüşü: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 50-51

rejimi bakımından tamam olduğu için, karşılaştırılan rejim MK m. 23/TBK m. 27 hükümlerine tabi olur⁴¹.

Belirtildiği üzere, olağan feshin temel işlevi sürekli borç ilişkilerinin ifa ile çözülmeyen yapısı itibarıyla sözleşme tarafları üzerinde sonsuz bir yük oluşturmasının önüne geçmektir⁴². Bununla birlikte olağan fesih hakkı sebebe bağlı olmayan yenilik doğuran bir hak olduğu için, bu hakkın kullanılabilmesi açısından ayrıca kişilik haklarına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla bu hakkın kişilik haklarının korunmasına ancak dolaylı olarak hizmet ettiği ifade edilebilir. Ancak şu da ifade edilmelidir ki Türk hukukunda olağan fesih kurumunun kabul edilmediği varsayılsa dahi MK m. 23/II hükmü ile belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sonsuza kadar hüküm ifade etmesinin önüne geçilebilirdi. Çünkü bu varsayımda, taraflar sonsuz süreli olmasını arzu etmedikleri belirsiz süreli bir sözleşmeyle sonsuza kadar bağlı olmakla karşı karşıya kalırdı ve bu durum MK m. 23/II'ye aykırı olurdu.

Bu itibarla olağan fesih hakkı belirsiz süreli sözleşmelere özgü bir kurum olarak kabul edilmek gerekir⁴³. Diğer sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ise temel çözüm MK m. 23/II hükmüne başvurmaktan ibarettir. MK m. 23/II hükmüne aykırılık halinde, TBK m. 27 hükmündeki kesin hükümsüzlük yaptırımının amaca göre sınırlanmasıyla ortaya çıkan esnek hükümsüzlük itibarıyla⁴⁴, kişilik hakkı ihlal edilmiş olan tarafın ileri sürebildiği ve ileriye etkili⁴⁵ bir hükümsüzlük söz konusu olur⁴⁶. Bu itibarla belirsiz süreli olmayan sürekli borç

⁴¹ Seliçi, s. 139

⁴² Altınok Ormancı, s. 91; Cherpillod, s. 15 vd.

⁴³ Cherpillod, N. 34

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, §42 N. 57; Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, 2019, s. 121; Akbulut, s. 256

⁴⁵ Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 441; Sonsuz süreli sözleşme açısından: Kocayusufpaşaoğlu, §42 N. 61; Kuşkusuz kişilik haklarının korunması geriye etkiyi gerektiriyorsa, hükümsüzlük geçmişe etkili olmak gerekir: Akbulut, s. 260; **BSK**-Huguenin, Art. 27 ZGB, N. 26

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 215 ve dn. 739; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 686; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 440-441; Sürenin tarafların karşılıklı menfaatleri ve somut olayın özelliklerine göre tayin edileceği: Schwenger, N. 32.24; ATF 130 III 495; ATF 113 II 209; Ayrıca: Huguenin, §7 N. 639; **BSK**-Huguenin, Art. 27 ZGB, N. 18 vd. Karş. Seliçi, s. 139; Yazar, genel anlamda kesin hükümsüzlüğün tatbik edileceğini ve sözleşme süresi kısmi hükümsüzlük oluşacak boşluğun kanuni olağan fesih rejimiyle doldurulacağını kabul etmektedir. Ayrıca Federal Mahkeme, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile sözleşme boşluğu doldurma yoluna da gitmiştir: Polydor-Werner, s. 29; Bucher, s. 263

ilişkileri bakımından söz konusu yaptırım, sonuçları itibarıyla haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasıyla benzeşmektedir. Bununla birlikte iki hukuki olanak arasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Zira olağanüstü fesihte bir hak kullanılırken, MK m. 23/II kapsamında salt bir tarafça ileri sürülen kural olarak ileriye etkili olarak dikkate alınan olgu (hükümsüzlük) söz konusudur. Ayrıca, kanuni düzenlemelerle olağanüstü feshin sınırlanması da mümkündür.

Bir başka farklılık ise, haklı nedenle fesihte haklı neden, kural olarak sözleşme kurulduktan sonra doğar ve haklı nedenin varlığı hakkın kullanıldığı an itibarıyla dikkate alınır. MK m. 23/II hükmünde ise sözleşme kurulduğu andan itibaren kişilik haklarına aykırılık söz konusu olur⁴⁷. Bu aykırılık esnek hükümsüzlük yaptırımı sonucunu doğurur. Bu kapsamda MK m. 23/II hükmünün amacı kapsamında kişilik hakları zedelenen tarafça⁴⁸ ileri sürüldüğü andan itibaren ve kural olarak ileriye etkili olarak hükümsüzlük sonucunu doğurur⁴⁹. Sonradan haklı nedenin oluşmasına yol açan durum değişikliklerinin gerisinde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin MK m. 23/II hükmüne aykırı olması bulunuyorsa, haklı nedenle fesih hakkı ile MK m. 23/II uyarınca hükümsüzlüğün ileri sürülmesi olanakları birlikte bulunabilir.

Ayrıca şu hususa dikkat etmek gerekir ki bu değerlendirme sözleşmeye taraf olan herkes için ayrı ayrı yapılmak gerekir. Mesela, sözleşme kapsamında salt bir tarafa sözleşmeye sona erme olanağı tanınmış olduğu durumlarda, diğer taraf açısından kişilik haklarının ihlal edildiği sonucuna varılıyorsa, bu taraf bakımından MK m. 23 hükmünün sonuçları doğar⁵⁰.

⁴⁷ Gauch/Schluep/Schmid, N. 666; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 442. Farklı yönde MK m. 23 (İBK m. 27) hükmüne kişilik haklarına aykırılık doğduğu anda ilgili tarafa fesih hakkı (fesih benzeri taraf beyanı: *kündigungähnlichen Parteierklärung*) tanınması gerektiği görüşü: Bucher, s. 267-269

⁴⁸ Gauch/Schluep/Schmid, N. 687; Kaşak, 122-123; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 359 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 495 ve 749 Re'sen ilgili taraf lehine dikkate alınabileceği görüşünde: Antalya, C. I, s. 142; Kocayusufpaşaoğlu, §42 N. 57

⁴⁹ Kaşak, s. 123

⁵⁰ Ayrıca karşı. Şenol, s. 176-177: Yazar bayilik sözleşmesi özelinde, hakkın bir tarafa tanınmış olmasının, hakkı tanıyan sözleşme hükmünün geçersiz olması sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Bununla birlikte ayrıca yorum yoluyla ilgili hakkın iki tarafa da tanınmış olabileceği sonucuna ulaşabileceğini de belirtmektedir; benzer şekilde: Ağah Kürşat Karauz, **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Ankara, 2015, s. 236; Gürses, s. 409. Fikrimizce burada hukuka aykırılığa yol açan bir tarafa tanınmış olan olağan fesih hakkı değil, bu olanağın diğer tarafa tanınmamış olmasıdır. Bu durumda da MK m. 23 hükmünün koruması olağan fesih hakkı bulunmayan taraf açısından yeterli olacaktır. Tek bir tarafa tanınabileceği: Öz, **Yönetim**, s. 145; Cherpillod, N. 56. Kuşkusuz genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük ve geçerlilik denetimi saklıdır.

Dolayısıyla, sonuç olarak olağan fesih hakkının yer aldığı sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, belirsiz süreli olanlardır. Bunun yanı sıra kanunun⁵¹ ve tarafların özel olarak serbest fesih hakkı tanıdığı azami süreli sözleşmelerde bu fesih hakkının olağan fesih olarak nitelendirilmesi isabetli olmaz. Olağan feshi karakterize eden, sona erme rejimi tamam olmayan bir sözleşmeyi tamamlamasıdır. Oysa bu durumlarda sona erme rejimi belirlenmiş bir sözleşme vardır. Sözleşme süresini azami kılan, tarafların azami süreden önce sözleşmeyi feshetme hakkını sözleşmesel olarak kabul etmiş olmalarıdır. Esasen böyle bir olasılıkta, sözleşme niteliği itibarıyla, belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerin arasında yer alır. Belirli bir sona erme rejimi bulunduğundan sözleşmenin eksik olduğundan söz edilemez. Öğretide de sözleşme taraflarının belirli süreye karşın serbest fesih hakkı kabul ettikleri sözleşmeler karma süreli olarak nitelendirilmiştir⁵².

3. Dayanağı

a. Kanun

(1) Genel Olarak

Olağan fesih hakkını doğuran hukuki dayanakların başında, bu hakkın doğrudan doğruya kanun tarafından tanınmış ve düzenlenmiş olması gelmektedir. Bu durumda olağan fesih hakkı kaynağını doğrudan doğruya yasal düzenlemeden almakta olup yasanın cevaz verdiği ölçüde tarafların bu hakka ilişkin farklı hususlar düzenlemiş olmaları hakkın dayanağının niteliğini değiştirmemektedir.

(2) Somut Hükümler

Türk Borçlar Kanunu, belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kapsamında, kira sözleşmelerinde m. 328-330 hükümlerini, ürün kirası sözleşmesinde

⁵¹ TBK m. 430/III hükmü örnek olarak verilebilir. Hükme göre on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesi on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Bu düzenlemenin MK m. 23 (İMK m. 27)'yi somutlaştırdığı yönünde: **OFK**-Milani, Art. 334 OR, N. 5; Bunun değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük şeklinde gerçekleştiği şeklinde: **ZK**-Adrian Staehelin, 2014, Art. 334 OR, N. 27. Ayrıca bkz. Vincent Carron, **Commentaire du contrat de travail**, 2013, Art. 334 CO, N. 34-35: Yazar bu hükmün her halde yasada yer alan sürenin kişilik haklarına uygun sayılacağı anlamına gelmediğini, somut koşulların bu süreyi aşmayan hizmet sözleşmelerinin dahi uzun süreli olmasından ötürü MK m. 23 (İMK m. 27)'ü ihlal edebileceğini savunmaktadır. Aksi yönde: **ZK**-Staehelin, Art. 334 OR, N. 27

⁵² İnceoğlu, C. I, s. 43; Belirli süreli sayılması gerektiği yönünde: **BSK**-Weber, Art. 255 OR, N. 5; **ZK**-Higi, Art. 255 OR, N. 40; **SVIT**-Art. 255 OR, N. 10

m. 368⁵³, ariyet sözleşmesinde m. 384⁵⁴, hizmet sözleşmesinde m. 431⁵⁵, saklama sözleşmesinde m. 565/II⁵⁶, yalın ortaklık sözleşmesinde⁵⁷ m. 639/I b. 6 ve 640 olağan fesih hakkını açıkça düzenlemiştir.

Buna karşılık, vekâlet sözleşmeleri ve isimsiz işgörme sözleşmeleri bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmak gerekir. TBK m. 512 uyarınca vekil ve vekâlet veren uygun zamanda kalmak kaydıyla daima tek taraflı olarak sona erdirebilir; TBK m. 502/II hükmüne göre ise vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Bu itibarla TBK m. 512 ile öngörülen uygun zamanda sözleşmeye son verme hakkının, sürekli borç ilişkisi doğuran vekâlet sözleşmeleri ile isimsiz işgörme sözleşmelerinde olağan ve olağanüstü fesih haklarının yerini alıp almadığı incelenmelidir.

⁵³ Kira ve ürün kirasında ilgili hükümlerin kenar başlıkları fesih bildirimini olsa da, düzenlenen olağan fesih hakkıdır. Fesih bildirimini terimi ise fesih yöneltmesi gereken bir irade beyanıyla kullanılabilirliğinden ayırıcı ve isabetli olmaktan uzaktır (Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 30; Öz, **Yönetim**, s. 145). Öğretide bu hükümlerin bir açıdan emredici olduğu, tamamen haktan vazgeçilemeyeceği ifade edilmekte (İnceoğlu, C. II, s. 205; **ZK-Higi**, Art. 266a OR, N. 17; Gürses, s. 409) ise de kanımızca burada genel olarak sonsuz süreli sözleşmelere ilişkin olarak kabul edilen esastan ayrılmaya gerek yoktur.

⁵⁴ Bu hüküm uyarınca, ariyet sözleşmesinde ariyetin süresi taraflarca belirlenmemişse veya ariyet amacı belirlenmişse (Bu olasılıkta ariyet sözleşmesine süre belirlense dahi olağan fesih hakkının bulunacağı: **ZK-Higi**, Art. 310 OR, N. 4), ariyet veren istediği zaman ariyet konusunu geri isteyebilir. Böylece, ariyet verene her zaman ve derhal hüküm doğurmak üzere bir olağan fesih hakkı tanınmıştır. Hüküm lafzında açıkça fesih terimi yer almasa da, ariyet konusunun iadesi hususunda talep hakkının doğması için sözleşmenin münfesih duruma gelmesi gerekir (**ZK-Higi**, Art. 310 OR, N. 3-7; Gauch, s. 37 vd.; **CHK-Schönenberger**, Art. 309-310 OR, N. 3). Gerçek anlamda sürekli borç ilişkisi doğurmayan ama niteliği gereği sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi olan karz sözleşmesinde de TBK m. 392 olağan fesihle eşdeğer işlev görür. Bu itibarla bu hükme salt muacceliyet ihbarı niteliği vermek yerinde değildir (Bu yönde: Ölekli, s. 75), sözleşmenin sona ermesi üzerine ve onun sonucu olarak karz konusunun iadesi muaccel şekilde doğar (Seliçi, s. 120). Bu bağlamda sözleşme muacceliyet şartı olarak öngörülen hükümler, sonraki sözleşmesel ilişkisi kestiği ölçüde esasen sözleşmesel fesih hakları kimliğindedir (Yarg. HGK., 10.4.2002, 19-266/264 [Lexpera]; Gürses, s. 411). Karş. Ölekli, s. 83, yazar ilgili sözleşmesel kayıtların hem fesih hakkı hem muacceliyet şartı olduğunu belirtmektedir.

⁵⁵ Bu hükümle belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde iki tarafa da olağan fesih hakkı tanınmıştır: Aline Bonard, **Commentaire du contrat de travail**, 2013, Art. 335 CO, N. 1

⁵⁶ Bu hükme göre saklama sözleşmesinde saklama süresi belirlenmişse saklayan, saklanana her zaman geri verebilir. Bu itibarla saklayanın saklama sözleşmesini her zaman olağan fesihle derhal sona erdirmeye hakkı bulunur. Zira saklananın iade etme olanağının doğması bu sözleşmenin münfesih hale gelmesine bağlıdır. **CHK-Stupp**, Art. 476 OR, N. 1; **OFK-von Ballmoos**, Art. 476 OR, N. 1

⁵⁷ Belirsiz süreli veya olağan fesih hakkı ayrıca tanınarak akdedilmiş yahut ortakların ömrü boyunca kurulmuş yalın ortaklık sözleşmelerinin olağan fesihle sona erdirilmesi bu hükümler uyarınca mümkündür. Ortakların ömrü boyunca kurulma da, hüküm çerçevesinde azami süreli sözleşme olarak anlaşılmaktadır. **OFK-Fellmann/Müller**, Art. 546 OR, N. 3; **CHK-Jung**, Art. 545-546 OR, N. 10; Seliçi, s. 146

İlk olarak, TBK m. 502/II hükmüyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak getirilen “niteliklerine uygun düştükleri ölçüde” ibaresiyle konunun isimsiz işgörme sözleşmeleri bakımından açıklığa kavuşturulduğu belirtilmelidir. Zira bu hüküm uyarınca, isimsiz işgörme sözleşmelerine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler ancak sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü takdirde⁵⁸ uygulanabilmektedir. Sürekli borç ilişkisi yarattığı ölçüde isimsiz işgörme sözleşmelerinde bu nedenle TBK m. 512 hükmüne uygulama imkânı tanınması mümkün değildir⁵⁹. Haklı nedenle (olağanüstü) fesih ile taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin çekilmez hale gelmesine karşı başvurulacak bir olanak bulunduğu gibi olağan fesihle de sözleşmenin sonsuz bir bağlılık yaratmasının önüne geçilmiş olur ki bu ikili yapı yeterli korumayı sağlar. TBK m. 512 hükmüyle getirilmiş olan sona erdirmeye hakkının, sürekli borç ilişkisi doğuran isimsiz işgörme sözleşmelerinin bünyesine de uygun olmayacağı açıktır. Portföy yönetimi sözleşmesi, yönetim sözleşmesi gibi uzun süreli bir etkinliği içeren, mesleki faaliyet çerçevesinde yürütülen sözleşme ilişkilerine salt TBK m. 512 hükmüne dayanarak derhal sona erdirmeye olanağı tanımak ekonomik gerçek ve gerekliliklere de uygun olmaz⁶⁰.

İkinci olarak, vekâlet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğuramayacağı sorusu yanıtlanmak gerekir. Eğer verilecek yanıt olumsuz ise olağan veya olağanüstü feshe elverişli bir sözleşme ortaya çıkmamış olacağından, TBK m. 512'nin bu yönden işlevini tartışmak anlamsız kalacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşme ilişkisinin sürekli borç doğurucu nitelikte olduğu sonucuna varabilmek için alacaklının asli edimin ifasına menfaatinin zamana yayılmış olması gereklidir⁶¹. Vekâlet sözleşmesinde asli edim vekilin müvekkilin işini amaca uygun ve özenli bir faaliyetle görme edimidir⁶². Dolayısıyla vekâlet sözleşmesini soyut ve

⁵⁸ Bu yönde bir ifade taşımayan 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ve İsviçre hukukunda ise, isimsiz işgörme sözleşmelerinde vekâlet sözleşmesi düzenlenmelerinin hangi kapsamda ve ne kadar uygulanacağı tartışmalı idi. Bu hususta: Sarı, s. 309 vd.; Erdem, **Vekalet**, s. 953-956

⁵⁹ Franchise sözleşmesinde: Huguenin, N. 3895; Bayilik sözleşmesinde: Şenol, s. 183; Farklı yönde karşı. Uyumaz, s. 367 vd., yazar yetkili servis sözleşmesinin olağan ve olağanüstü feshini kural TBK m. 512 hükmü ile açıklamaktadır. Avukatlık sözleşmesine haklı nedenle feshi uygulayan görüş: Helvacı, **Mütalaalar**, s. 336. Ayrıca bkz. Koller, **AT**, N. 29.3 ve 29.4 dn. 2

⁶⁰ İkinci bir yorum şekli olarak “uygun olmayan zaman” kavramı genişletilebilir, ancak bu olasılıkta da zararın giderimi zamanın uygun olmamasıyla sınırlı olacağından diğer tarafın ifa menfaatini tazmin ettirmesi olanaklı olmayacaktır.

⁶¹ Sarı, s. 43-44

⁶² Sarı, s. 45

götürü biçimde ani edimli veya sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Müvekkilin ifa menfaatinin zamana yayılmış olup olmadığı, vekilin üstlendiği işin niteliğine, bu işin gerçekleşmesine olan menfaatinin zamanla ilişkisine bağlıdır⁶³. Öğretide vekâlet sözleşmesini, vekilin işi görmesi sonucunda vekâlet sözleşmesinin ifa edilmiş olacağı gerekçesiyle daima ani edimli borç ilişkisi doğuracağını savunan yazarlar bulunduğu gibi⁶⁴, tam tersi istikamette vekâlet sözleşmesini daima sürekli borç ilişkisi doğuran karakterde kabul eden yazarlar da mevcuttur⁶⁵. Birinci görüş, vekilin üstlendiği işin yapısı itibarıyla sürekli nitelik taşıması halinde, vekâlet sözleşmesinin ifa ile sona ermesinin mümkün olmadığını gözden kaçırmaması nedeniyle isabetli değildir. Zira sürekli edim niteliği gereği tamamlanamayacak bir işin tamamlanmasıyla ifanın gerçekleşeceğini ileri sürmek mümkün değildir. İkinci görüş ise deruhte edilen işin yerine getirilmesi gerekli ifaya hazırlık fiillerini de ifa eylemi içinde kabul etmesi bakımından yerinde değildir.

Bu bakımdan, sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan vekâlet sözleşmelerinde TBK m. 512, vekâlet sözleşmeleri kapsamında yer alan emredici bir hüküm olarak, uygulama alanı bulur. Sebebe bağlı olmadan, serbestçe kullanılabilen bozucu yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle de olağan ve olağanüstü fesih haklarının ayrıca tanınmasına gerek kalmadan onların da işlevlerini yerine getirir⁶⁶. Bu bağlamda vekalet sözleşmesi niteliğindeki sürekli borç ilişkisi çekilmez duruma geldiğinde, anılan hakkın kullanılması, hiçbir şekilde “uygun olmayan zamanda” kullanılmış olarak kabul edilemez.

b. Sözleşme

Kanun tarafından olağan fesih hakkı tanınmamış olsa dahi, sözleşme tarafları isimsiz bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmede olağan fesih hakkını tanıyabilirler⁶⁷. Bu olasılıkta taraflar kanunen öngörülmüş bir olağan fesih rejimini

⁶³ Sarı, s. 48; BK-Fellmann, Art. 394, N. 198-200; Seliçi, s. 27; Altınok Ormancı, s. 50-51; Cherpillod, N. 5, yazar kural olarak vekâlet sözleşmesinin ani edimli olacağını kabul etmektedir.

⁶⁴ Gauch, s. 11

⁶⁵ BK-Weber, Art. 75 OR, N. 16; Jürg Peyer, **Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrechts**, Zürich, 1974, s. 91; Sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi olması görüşünde: Tercier, **Spéciaux**, N. 3926

⁶⁶ Karş. Seliçi, s. 135, yazar bu hükmün sürekli borç ilişkisi doğuran vekalet sözleşmelerinde olağan fesih hakkı olduğu görüşünü kabul etmektedir.

⁶⁷ Seliçi, s. 133; Gauch, s. 37; Öz, **Yönetim**, s. 144; O. Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması**, İstanbul, 1995, s. 169.

değiştirmediyinden, hakkın kaynağı doğrudan doğruya sözleşme olacaktır. Sözleşmede sona erme rejimine dair bir hüküm bulunduğu için sözleşme veya kanun boşluğu gerekçeleriyle kıyas yoluyla olağan fesih hakkının tanınmasına gerek kalmaz. Sona erme rejimi belirli bir sözleşme kapsamında kanun veya sözleşme taraflarının tanıdığı sebebe bağlı olmayan (serbest) fesih hakları ise, (azami süreli) sözleşmelerde sona erme rejimini tamamlamadıkları için, olağan fesih hakkı olarak isimlendirilemez⁶⁸. Ancak buradaki mesele sadece söz konusu fesih hakkının adlandırılmasından ibarettir. Azami sürenin bulunduğu halde, belirsiz süreli bir sözleşmenin söz konusu olduğu kabul edildiği takdirde, azami süreden önce hak sahibi olağan fesih hakkını kullanarak sona erdirebilir. Azami süreli sözleşme, belirli süreli sözleşme olarak kabul edildiğinde de, sebebe bağlı fesih hakkı kullanılacaktır. Sonuçları ve koşulları bakımından herhangi bir farklılık söz konusu olmaz.

Sözleşmeden doğan olağan fesih hakkını taraflar kural olarak serbestçe kararlaştırabilir. Olağan fesih hakkı genel işlem koşuluyla sözleşmeye dâhil edilmişse genel işlem koşulları bakımından yürürlük ve geçerlilik denetimine de tabidir. Diğer yandan, olağan feshin hemen hüküm doğuracağı, ihbar süresinin çok kısa kararlaştırıldığı⁶⁹ veya sözleşmenin hüküm ifade edeceği asgari bir sürenin kabul edilmediği olasılıklarda, sözleşmenin ihbar süresine ilişkin düzenlemesi yine MK m. 23/II bakımından değerlendirilmek gerekir. Zira böyle bir olağan fesih rejimi, bir tarafı, herhangi bir haklı menfaat bulunmaksızın, diğer tarafın insafına terk ediyor ve ekonomik varlığını ona tabi kılıyorsa, MK m. 23/II hükmüne aykırılık söz konusu olur⁷⁰. Bu durumda, emredici nitelikteki MK m. 23 hükmüne aykırılık, TBK m. 27 hükmüne tabi olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, MK m. 23 hükmü amacı itibarıyla

Şenol, 171 ancak karşı. 177: Belirli süreli bir sözleşmede ayrıca olağan fesih hakkının tanınmasının hükümsüz olduğunu savunmaktadır.

⁶⁸ Azami süreli sözleşmenin belirsiz sayılması gerektiği yönünde: Seliçi, s. 137; Oktay, **Uzun Süreli**, s. 230; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 205; **Gauch**, s. 33; Farkı yönde, belirli süreli sözleşmede olağan fesih hakkı tanınabileceği görüşünde: Kırca, s. 173

⁶⁹ Örnek olarak bayilik sözleşmesinin niteliği gereği ihbar süresinin daima gerekli olacağı hakkında: Şenol, s. 184. İhbar sürelerinin amortismanı sağlayacak nitelikte olması gerektiği: Harke, **SR-AT**, N. 127

⁷⁰ Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü** s. 313-314. Başka bir çözüm olarak, olağan feshi hakkının geçerli sayılıp erken kullanılması halinde hakkın kötüye kullanılması yaptırımına başvurulması akla gelebilir. Ancak bir tarafı diğer tarafa tabi kılan böyle hakkın varlığı tek başına kişilik haklarına aykırılık oluşturur. Ayrıca MK m. 2'ye MK m. 23 ve TBK m. 27 hükümlerinden önce başvurmak teknik anlamda doğru değildir.

kesin hükümsüzlüğün sınırlandırılmasını gerektirebilmektedir. Ancak bu paragrafta belirtilen olasılıkta, kesin hükümsüzlüğün sınırlandırılmasına gerek kalmamaktadır. Başlangıçtan etkili olmak ve sadece ihbar süresini kapsamak üzere, kısmi kesin hükümsüzlük sonucu doğmak gerekir. Hükümsüzlük ile oluşan sözleşme boşluğu, hâkim tarafından doldurulur. Böylece sözleşme açısından uygun bir ihbar öneli olağan fesih için tanınmış olacaktır.

c. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

İsimsiz ve belirsiz süreli bir sürekli borç ilişkisinde taraflarca olağan fesih hakkına ilişkin bir husus kararlaştırılmamışsa veya kanunen düzenlenmiş belirsiz süreli bir sözleşmede bilinçli susma söz konusu olmadan olağan fesih rejimi düzenlenmemiş ise, sözleşme boşluğundan söz edilmek gerekir⁷¹. Zira sözleşme taraflarının olağan fesih imkânını bertaraf eden bir sözleşme rejimi benimsemiş olmaları durumunda, sonsuz süreli bir sözleşme söz konusu olur. Bu olasılıkta da esasen olağan fesih kurumu uygulama alanı bulamaz, belirtildiği üzere MK m. 23/II uygulanabilir. Farklı bir ifadeyle sözleşme tarafları sonsuz süreli olmayan bir sözleşme kurmak istedikleri halde, olağan fesih hakkını tanımayı, yukarıda belirtilen sözleşmeler kapsamında ihmal etmişse, sözleşme boşluğu bulunduğu sonucuna ulaşılacak kaçınılmazdır⁷². Başka bir deyişle belirsiz süreli (sonsuz süreli olmayan) bir sözleşmede kanun ve taraflar olağan fesih hakkını öngörmemişse sözleşme boşluğu⁷³

⁷¹ Başka bir deyişle sözleşmenin sona erme anının tespit edilmemesi, tek başına bu sözleşmenin sonsuz süreli kararlaştırıldığı anlamına gelmez: Altınok Ormancı, s. 91; Cherpillod, s. 15; ATF 113 II 209. Sonuç itibarıyla sözleşme boşluğunun doldurulmasıyla sözleşmeye yeni bir hüküm dâhil edildiğinden son tahlilde yine sözleşmesel bir dayanak söz konusu olacaktır. Aynı vargı kanun boşluğunun doldurulması görüşü kabul edilseydi, kanuni dayanak bakımından geçerli olurdu. Bu itibarla olağan fesih hakkının salt kanun veya sözleşmeden doğacağına ilişkin görüşe (Seliçi, s. 133) aykırı bir hukuki temellendirme yapılmamaktadır. Esas olarak ifade etmek gerekir ki bu görüş de kökeninin yenilik doğuran hak kuramından alır (Bucher, s. 36, dn. 27). Karş. Altınok Ormancı, s. 91; Yazar, olağan fesih hakkının salt kanun veya sözleşmeden doğacağına ilişkin görüşü, bu görüşün MK m. 23'e aykırı bir durum ortaya çıkacağı gerekçesiyle eleştirir bir izlenim doğurmaktadır. Kanımızca MK m. 23'e aykırılık söz konusu olduğundan doğrudan ona ilişkin hukuki sonuçlar doğacağından, olağan feshe dayanak olarak MK m. 23'ün ileri sürülmesi isabetli olmayacaktır (Ayrıca aksi yönde: İşgüzar, s. 152). Burada kabul ettiğimiz boşluk doldurma çözümüyle MK m. 23'e özel olarak dayanma gereği duyulmaksızın, yenilik doğuran hak olarak olağan fesih hakkına gerekli hukuki dayanak kazandırılmaktadır. Sözleşme boşluğu hususunda ayrıca: İşgüzar, s. 144.

⁷² Oktay, **Uzun Süreli**, s. 216, 230 vd.; Karabağ Bulut, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 207

⁷³ Sözleşmede boşluk olması kural olarak kanun boşluğu olduğunu da gösterir. Kanunda ilgili uyumsuzluğa ilişkin uygulanacak yedek hukuk kuralı niteliğinde bir düzenleme olsaydı o hüküm uygulama alanı bulurdu. İstisnai olarak, tarafların sözleşmede kanun hükmünün uygulanmasını dışladığı ancak yerine uygulanacak hükmü kararlaştırmadığı hallerde, sözleşme boşluğu ile kanun boşluğu

bulunur. Bu tespit, olağan fesih hakkının sona erme rejimi tamam olmayan sözleşmeleri tamamlamasının da bir sonucu olmaktadır⁷⁴.

Bu sözleşme boşluğu ise her hâlükârda hâkim tarafından tarafların varsayımsal iradesi doğrultusunda olağan fesih hakkı tanınmak suretiyle doldurulur. Bu itibarla, olağan fesih hakkının varlığına ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında yargılama sonucunda bu hakkın varlığı veya yokluğu hakkında bir sonuca varılabilir. Hâkim hükmünü vermeden önce, doldurulmuş bir kanun veya sözleşme boşluğu yoktur. Boşluk doldurma faaliyeti kapsamında hâkimin boşluk doldurma yoluyla yarattığı hüküm, sözleşme kurulduğu andan itibaren varlık kazanmış gibi sonuç doğurur.

Hâkim, bu kapsamda yargılama esnasında sözleşme boşluğunu doldururken, iki olanağa sahiptir. Ya tarafların varsayımsal iradelerinden hareketle sözleşme boşluğunu doldurur ya da uygulanabilir kanun hükmünün bulunmadığı gerekçesiyle – örf ve adet hukukunda da boşluk söz konusu ise– hukuk yaratma yoluna⁷⁵ gider. Bu durumda hâkimin hangi yolu izleyeceği hususunda genel bir tartışma bulunsa da somut sözleşmenin özelliklerinden bağımsız soyut bir nitelik taşıyacak hususlarda hukuk yaratma yolunun benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶. Bu noktadan hareketle, hâkimin tüm isimsiz ve belirsiz süreli veya kanunen düzenlenmiş olduğu halde olağan fesih rejimi ihmal edilmiş sözleşmelere uygulanabilecek nitelikte tümel kıyasa başvurusu gerektiği ileri sürülebilir. Gerçekten de olağan fesih hakkının varlığı genel bir hukuki mesele teşkil eder. Bununla birlikte, bu çözümde ihbar sürelerinin belirlenmesi müphem kalmaktadır. Zira sözleşme tiplerinden bağımsız olarak her bir somut sözleşmede taraflar arasındaki ekonomik ilişkiler ve edimlerin kapsamı farklılık gösterdiğinden uygun ihbar süresi değişiklik göstermek gerekir⁷⁷. Fikrimizce her bir

kesişmez (Oğuzman/Öz, C. I, N. 609). Hâkimin boşluk doldurma etkinliğini kanun boşluğu doldurma mı yoksa sözleşme boşluğu doldurma yolunda mı gerçekleştireceği söz konusu sözleşmenin genel yaygınlığa ulaşmış olmasına ve uyuşmazlığın genelliğine göre belirlenir: Yeşim Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHF** C. 63 S. 1-2 (2005), s. 187-189; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1261; Ayrıca: Oğuzman/Öz, C. I, N. 606; Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakim Söleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, 2008, s. 130 vd.

⁷⁴ Seliçi, s. 138

⁷⁵ Bu yönde: Cherpillod, N. 60 vd.; JdT 1963 I 591; JdT 1982 I 66

⁷⁶ Atamer, **Sözleşme Boşluğu**, s. 187

⁷⁷ Franchise sözleşmesi açısından: Gürzumar, s. 171. Yarg. 19. HD., 18.6.2009, 12033/5950 (Lexpera) “Belirsiz süreli, sürekli borç ilişkilerinde taraflar her biri kural olarak tek taraflı irade beyanıyla bu ilişkiyi sona erdirebilir. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi her somut olayda sözleşmenin amacına uygun olacak şekilde belirlenmelidir. Davacı, otomobil satımı ve servis hizmeti vermekte olup,

somut sözleşmede farklılık gösterecek genel bir kanun boşluğu doldurma etkinliği kabul edilemeyeceğinden⁷⁸, hâkimin yapması gereken, sözleşme boşluğunu sözleşmenin niteliğine uygun olarak doldurmak (TBK m 2/II) ve bu bağlamda tarafların varsayımsal iradeleriyle de uyumlu sözleşmesel bir olağan fesih hakkını uygun ihbar süresiyle birlikte sözleşme hükmü olarak tanımaktır⁷⁹. Ayrıca sonsuz süreli bir sözleşme düzenlemek istemeyen sözleşme taraflarının olağan fesih hakkını tanımayı ihmal etmiş olmaları, sözleşmede boşluk bıraktıklarını kabul etmeye uygundur. Bununla birlikte öğretide basit veya tümel kıyas yoluyla MK m. 1/II hükmü kapsamında kanun boşluğunun doldurulması suretiyle olağan fesih hakkının tanınması da ileri sürülmektedir⁸⁰.

sözleşmenin feshi için verilecek ihbar süresi satıcının işletmesini başka biçimde değerlendirmesine olanak verecek uzunlukta olması gerekir. Tarafların durumu, anlaşmanın niteliği ve hacmi gözetilerek 3 aylık feshi ihbar süresinin yerinde olup olmadığı konusunda bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.”

⁷⁸ Öyle ki kanun dahi her bir sözleşme bakımından farklı projeksiyonlarda bulunmak suretiyle çeşitli sözleşme tiplerinde farklı ihbar süresi öngörmüştür: Gauch, s. 53. Oysa kanun boşluğu doldurulması kapsamında ilgili sözleşme tipini kapsayacak genel bir sonuca ulaşabilmek gerekirdi. Karş. Al. MK §624 ve 723 hükümlerinin uygulanacağı görüşünde: Weller, s. 290

⁷⁹ Şenol, s. 190; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 III 4 b, s. 391; Karş. Philipp Engel/Markus Bösiger, “Individual- und Eventsponsoring”, **Sportrecht – Band I Schwerpunkte**, 2013, s. 248; Ayrıca bkz. İşgüzar, s. 151: Yazar ihbar sürelerinin tek yetkili satıcılık sözleşmesinde hâkimin somut olaya göre takdir edeceğini belirtmektedir; Ayrıca bu görüş hakkında: Demir Gökyayla, s. 193-194. Franchise sözleşmesinde: Gürzumar, s. 171; Kırca, s. 179; Akaryakıt bayilik sözleşmesinde: Karauz, s. 237. Ancak şu noktaya işaret etmek gerekir ki bu görüş, hâkimin sözleşme boşluğunu doldurması çerçevesinde temellendirilebilir. Yoksa olağan fesih hakkının kullanılması dava yoluna bağlı olmadığı gibi salt önel belirlenmesi için yargı yoluna gidilmesi de söz konusu değildir. Burada salt önel değil, olağan fesih hakkını hâkim sözleşmeyi tamamlamak suretiyle yaratmaktadır. Bu nedenle bozucu yenilik doğuran hakkın önelinin hâkimin belirlemesi yönündeki eleştiriler (Demir Gökyayla, s. 194) fikrimizce dayanaksız kalır. Bununla birlikte önel üzerinde tarafların uzlaşması, feshin yenilik doğan hak olması itibarıyla mümkün değildir (Aksi yönde: Yener, s. 168; İşgüzar, s. 151-152). Olağan feshin boşluk doldurucu niteliği: Victor G. Schulthess, **Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht**, Zürih, 1975, s. 197

⁸⁰ Weller, s. 290; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 4 b, yazar bununla birlikte sözleşme boşluğunun doldurulması seçeneğini de dışlamamaktadır; Ulmer, s. 257; Kişilik haklarına dair lisans sözleşmesinde kira sözleşmesi hükümleri çerçevesinde: Julien Rouvinez, **La licence des droits de la personnalité**, 2011, N. 914 vd. Karş. ATF 92 II 299; Franchise sözleşmesinde: **CHK-Wildhaber**, Vorb. 184ff/Franchisevertrag, N. 28; Yönetim sözleşmesinde: Öz, **Yönetim**, s. 128 ve 144; Tek yetkili satıcılıkta: Erdem (E.), N. 1309, ancak lisans sözleşmesinde karş.: N. 1480; Lisans sözleşmesi: Aydıncık, **Lisans**, s. 198; Ögüz, s. 177; Açık bir şekilde ifade etmeden: Oetker, s. 273. Aksi yönde kanun veya sözleşmede açıklık yoksa olağan fesih hakkını kabul etmeyen görüş: Paul Hofmann, **Subjectives Recht und Wirtschaftsordnung**, 1968, s. 250. Sonuç itibarıyla fesih hakkı kanun boşluğu ile dolduğu için, olağan ve haklı nedenle fesih haklarını *per se* var olduğu, dönme hakkının sadece sözleşmesel veya yasal olarak öngörüldüğü takdirde doğacağı yönündeki açıklamalarda (Huguenin, N. 790) isabet yoktur. Karş. açık yasal hüküm gerektirmeyen genel bir olanak olduğu fikrinde: Özen, s. 313

4. Sonuçları

Yukarıda belirtildiği üzere, olağan fesih beyanının sözleşmenin karşı tarafına ulaşmasıyla⁸¹ birlikte, sözleşme ihbar süresinin⁸² sonuna kadar yürürlükte kalmaya ve tarafları bağlamaya devam eder. İhbar sürenin dolmasıyla da sözleşme ileriye etkili olarak sona erer ve bu şekilde taraflar bağılıktan kurtulur⁸³. Sözleşme ayakta kaldığı süreçte ise ifa engeli ortaya çıkarsa veya haklı nedenle fesih olanağı doğarsa, ilgili hukuki sonuçlara başvurulmasında herhangi bir engel söz konusu olmaz⁸⁴. Sözleşme ileriye yönelik sona ereceğinden, fesih ihbar süresinin sona kadar doğmuş birincil veya ikincil edim niteliğindeki borçlardan taraflar sorumlu olmaya devam eder⁸⁵. Bununla birlikte olağan fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşme sona erdiğinden salt bu nedenle bir tarafa yüklenecek bir tazminat sorumluluğu doğmaz. Olağan fesih hakkının geçerli olarak kullanılması sorumluluk doğurucu nitelikte değildir⁸⁶. Ancak

⁸¹ Cherpillod, N. 37; Genel olarak: Engel, s. 132-133. Tek taraflı yenilik doğuran bir işlem olarak, bu niteliğinin doğal sonuçlarındandır.

⁸² İstisnai olarak, ihbar süresi öngörülmemiş bir olağan fesih hakkı söz konusu ise, sözleşme beyanın ulaşmasıyla derhal sona erer.

⁸³ İhbar süresine uyulmadan yapılan olağan fesih beyanı, çevirme suretiyle sözleşmesel veya yasal ihbar süresine tabi tutulur (*Bölüm: 3,II,D,2,a*): Yarg. 11. HD., 15.1.1992, 1959/96 (Lexpera) “Süresiz akitlerde diğer bir fesih yolu olarak, uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın olağan fesih imkânı da mevcuttur. Ancak, davalının bu yolu izlemesi için makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerekir. Davalı eylemli olarak 31.8.1986 tarihinde fesih iradesini kullandığına göre, davalının davacıya yöneltmesi gereken fesih ihbarı süresi kadar bir zaman dilimi içinde aktin ayakta kalacağı kabulü icap eder.” Çevirme koşulu yoksa, beyan haksız fesih sonucunu doğurur. Örnek uyuşmazlık: Yarg. 19. HD., 22.11.2012, 4193/17518 (Lexpera) “Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporlarına göre, davacının münhasır bayi olduğu, sözleşmenin 36. maddesi uyarınca davalının olağan fesih prosedürüne uyararak (2) yıllık feshi ihbar süresi tanınması gerektiği halde (1) yıllık süre verdiği, bu itibarla davacının kazanç kaybı ve portföy tazminatı talep edebileceği, kazanç kaybı ve portföy tazminatının brüt kazançlar üzerinden verilmesi gerektiği, davacının diğer istemlerinin yerinde olmadığı gerekçeleriyle davacının kazanç kaybına yönelik talebinin kabulü ... Hal böyle olunca, mahkemece yapılacak iş, iddia, savunma ve toplanan deliller çerçevesinde ve önceki raporlar arasındaki çelişkiyi de giderecek nitelikte yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir.”

⁸⁴ İsabetsiz olarak karşı yönde: Yarg. 19. HD., 6.6.2018, 366/3278 (Lexpera)

⁸⁵ Seliçi, s. 314; Reşat Atabek, **İş Aktinin Feshi**, İstanbul, 1938, s. 53; Demir Gökyayla, s. 190; Gauch, s. 222; Larenz, **SR-AT**, s. 30 ve 253; Fikentscher/Heinemann, N. 572; Weller, s. 290; Oetker, s. 255; Esser/Schmidt, s. 324. Feshin, mevcut talepleri hükümsüz kılmayıp yenilerini doğurmaya engel olduğu ifadesiyle: Boemke/Ulrici, §19 N. 12

⁸⁶ Zira feshin temelinde borç ihlali varsa, fesihten doğan zarar talep edilebilir: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 437; Bu yönde yorumlanabilir: Huber, **II**, §46 III 3, s. 455. Karş. Yarg. 19. HD., 12.5.2014, 4893/9036 (Lexpera) “davacının manevi tazminat talebinin de kabul edilemeyeceği, zira taraflar arasındaki akdi ilişkinin olağan fesih yolu ile sona erdirilmesi nedeniyle davacının kişilik haklarının zarar gördüğünün ispatlanmadığı...”. Karara göre Yargıtay’ın olağan fesih hakkının kullanılması halinde kişilik haklarının zarar gördüğü hallerde manevi tazminatı kabul edeceği gibi bir izlenim doğmaktaysa da burada hukuki isabet yoktur. Ayrıca: Honsell, **BT**, s. 291, yazar fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda tazminat sorumluluğunun doğacağını kabul etmektedir.

sözleşmenin sona ermesi sonucunda⁸⁷, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilmesi⁸⁸ bağlamında taraflar arasında iade borçları⁸⁹ doğabilir⁹⁰. Kira sözleşmesinde kiralananın iadesi veya genel olarak verilen teminatların iadesi örnek olarak verilebilir. Öğretide, iade borçlarının genel olarak sözleşmenin sona ermesinin bir sonucu olmadığı, taraflar arasındaki sözleşme kapsamında ve sözleşme kurulduğu anda doğduğu ileri sürülmektedir⁹¹. Buna göre sözleşmenin sona ermesi ilgili iade borçlarını muaccel kılmaktadır. Buna karşılık fikrimizce genel olarak iade borçlarının sözleşmenin sona ermesinin sonucu olarak doğduğunu kabul etmek daha makul olmaktadır. Sözleşme sona ermeden iade borçlarının varlığını kabul yapay olduğu gibi, iade borcunun henüz sözleşme sona ermeden ifa edilmesi de sözleşmenin tasfiye edilmesinden herhangi bir farklılık taşımaz⁹². Bu itibarla sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle, doğmuş borçların varlığını koruması ve tasfiye ilişkisinin doğması nedeniyle, aslında geride ani edimli bir sözleşmesel ilişki varlığını sürdürebilir⁹³.

İhbar süresinin sona ermesine dek kural olarak⁹⁴ sözleşme varlığını aynen korur ancak olağan fesih hakkının kullanılmasından ihbar süresinin dolmasına dek tarafları başkalarıyla yeni sözleşme ilişkisi kurmaya yönelik faaliyetlerinin kolaylaştırılmasına yönelik yeni bir borç doğar. Bu türlü faaliyetler sadakat borcunun ihlali olarak nitelendirilmez. Bu konuda somut örnek olarak İşK. m. 27 verilebilir.

C. Haklı Nedenle (Olağanüstü) Fesih

1. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, taraflar arasında oluşan bağlılık ve güven ilişkisinin varlığı bu sözleşmeler kapsamında haklı nedenle (olağanüstü) fesih

⁸⁷ Mustafa Alper Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, İstanbul, 2012, s. 234 ve 240

⁸⁸ Sürekli borç ilişkisinin sona ermesiyle sözleşmenin tasfiye edileceği hakkında: Gauch, s. 205

⁸⁹ Aynı zamanda bir tarafın sahip olduğu aynı taleplerin de bulunması ve iade borcuyla yarışması da mümkündür: Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 III 3

⁹⁰ Seliçi, s. 120 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 119; İnceoğlu, C. II, s. 490 vd.; Larenz, **SR-AT**, §19 II, s. 253; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 437; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 III 1, s. 398-399; Gürses, s. 411

⁹¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 119; Seliçi, s. 123 vd.; İşitmen, s. 57; Haklı nedenle fesih bağlamında: Dursun Karaahmetoğlu, s. 149

⁹² İki görüşün pratik bir farklılık taşımadığı: Seliçi, s. 123

⁹³ Larenz, **SR-AT**, §19 II, s. 253

⁹⁴ Karş. TBK m. 432/IV

hakkı tanınmasını gerekli kılar. Zira taraflar arasındaki bu güven ve bağlılık ilişkisinin devamını çekilmez kılan olguların ortaya çıkması halinde, söz konusu olguların kanunen düzenlenmiş diğer sözleşmeyi sona erdirmeye haklarına dayanak olması ihtimalleri dışında⁹⁵ da tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmaması gerekir.

Olağan fesih hakkında farklı olarak, haklı nedenle fesih sebebe bağlı⁹⁶ yenilik doğuran bir hak oluşturur ve bu nedenle sözleşmenin kurulmasıyla soyut ve tekil olarak varlık kazanmaz. Ancak bu hakkın doğumuna sebep oluşturan haklı neden vakıalarının gerçekleşmesiyle, haklı neden oluşturan her bir vakıa için ayrı ayrı doğar. Bu itibarla haklı nedenin varlığı, bundan kendi lehine sonuç çıkararak hak sahibi tarafından genel ispat ilkesi gereği kanıtlanmak gerekir⁹⁷.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından bir gereksinimin sonucu olması itibarıyla haklı nedenle fesih, kanunen açıkça dışlandığı veya sınırlandırıldığı olasılıklar haricinde, sözleşmenin her iki tarafı bakımından ve her tip sözleşme için uygulanma olanağına sahiptir⁹⁸. Sözleşme tarafları ve sözleşmenin niteliği, haklı nedenin varlığını tayin bakımından etkilidir. Bazı sözleşmeler için güven ve bağlılık unsurlarının çekilmez hale geldiği sonucuna varmak daha güç olsa dahi, götürü bir şekilde belli kişi veya sözleşme tipleri için haklı nedenle fesih olanağının kapalı olduğunu ifade etmek yerinde olmaz.

⁹⁵ Bu durumda kanunda yer alan sona erdirmeye olanaklarına başvurulabilirdiği için ayrıca haklı nedenle feshiye başvuruya gerek kalmaz. Örnek olarak TBK m. 126 uyarınca sözleşmenin feshi için salt borçlu temerrüdünün varlığı yeterlidir. Zira olağanüstü feshin bir işlevi de ani edimli sözleşmelerdeki dönme hakkının dengeleme işlevini görmektir: Weller, **Enfant Terrible**, s. 887. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde: Öz, **Yönetim**, s. 148; Bu yönde yorumlanabilir: Özen, s. 300-301. Bu durum haklı nedenle fesih hakkının doğumuna ve hakkın kullanılmasına ise engel olmaz, başka bir ifadeyle fesih hakları yarıdır. Çekilmezliğin yine aranılacağı görüşünde: Ögüz, s. 180. Reform öncesi Alman hukukunda haklı nedenle feshin koşullarının aranması gerektiği görüşünde: Huber, **II**, §46 II 2, s. 442-443

⁹⁶ Sebebe bağlılığının temelinde, haklı nedenle fesih halinde sözleşmenin tarafların anlaşmasına aykırı olarak sona ermesinin yer aldığı görüşünde: Medicus/Lorenz, N. 657

⁹⁷ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 404; Yarg. 11. HD., 20.11.2014, 15990/18055 (Kazancı) "...sözleşmenin feshinin haklı sebeplere dayandığını iddia ettiği, 6100 sayılı HMK'nın 190/1. maddesine göre ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkartarak tarafa ait olduğu, sözleşmenin haklı sebeple fesih edildiğini iddia eden davalının bu iddiasını ispat etmesi gerektiği, davalının iddiasını ispatlayamamış olduğu, sözleşmenin gerekçesiz olarak ve haksız bir şekilde davalı tarafça fesih edildiği gerekçesiyle...". Haklı nedenin ispatı, sözleşmenin feshedilmiş olduğunun ispatlanmasından farklıdır. Bu olasılıkta da genel ispat yükü uygulanır: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1225 ve 1227

⁹⁸ **OFK**-Milani, Art. 337 OR, N. 1

Haklı nedenle fesih hakkına ilişkin olarak yapılması gereken diğer bir saptama, kanunun açıkça aksini öngördüğü olasılıklar dışında, olağanüstü fesih hakkının, kanuni ve sözleşmesel diğer fesih haklarıyla birlikte yarışma halinde bulunacağıdır⁹⁹. Zira diğer fesih hakları, sözleşmesel ilişkiyi doğrudan ve ayrıca sözleşme ilişkisinin devamının çekilmez olduğunu ispatlamaya gerek kalmadan sona erdirirken, kural olarak tarafların haklı nedenle feshe başvurma olanağını ortadan kaldırmayı amaçlamaz. Aksine bu olanağın sağladığından daha kolay bir şekilde sözleşmenin sona erdirilmesini temin ederler. Ayrıca, söz konusu diğer fesih olanakları, sözleşmeyi derhal sona erdirmeye imkânı vermiyor, olağan feshe benzer şekilde bir ihbar süresi öngörüyorsa, sözleşmeye derhal sona erdirmeye gereksinimi kural olarak varlığını koruyacağından, haklı nedenle feshe başvurma olanağının da varlığını koruması gerekir.

Olağanüstü fesih hakkına ilişkin olarak yapılacak sonraki saptama ise, bu hakkın emredici nitelik taşıyor olmasıdır¹⁰⁰. Sürekli borç ilişkisinin devamının olanaksız kalması halinde, sözleşmenin derhal sona erdirilmesini temin eden bu hakkı

⁹⁹ Seliçi, s. 206, özellikle farklı haklar bakımından farklı sonuçlar öngörülmüş ise bu olanak önem kazanır (Gauch, s. 196). Altınok Ormancı, s. 95-96; Stehle, N. 87; Vulliéty, s. 98; 818 sayılı BK dönemine ilişkin olarak karşı. Yarg. 11. HD., 14.2.2012, 2559/1904 (Lexpera) “Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması karşısında, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de temerrüde düşme durumu ancak karşı taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez hale koyuyorsa bu halin haklı nedenle feshe imkân sağlayacağı kabulü gerekir.”

¹⁰⁰ Seliçi, s. 164; Atabek, s. 162; Oğuzman, s. 36 vd.; Sezin Ezgi Sarıakçalı Alkaç, **Akaryakıt İstansyonu Bayillik Sözleşmesi**, İstanbul, 2017, s. 313-314; Doralt, s. 411, yazar çekilmez sözleşme ilişkisinden kurtulma olanağının bertaraf edilmediği ölçüde bir marj bulunduğu fikrindedir; Jean-Paul Vulliéty, “Resiliation Extraordinaire Injustifiée d’une Concession de Vente en Droit Suisse: Poursuite ou Fin du Contrat?”, **SJ 2003 II**, s. 96-97; **CHK-Wildhaber**, Vorb. Art. 184 ff/Frachaisevertrag, N. 30; ATF 89 II 30: “... Haklı sebeple derhal fesih yetkisi, taraflarca kaldırılamaz. Sadece belirli vakıaların haklı neden olarak sayılacağını, diğerlerinin sayılmayacağını öngören hükümler hukuken ancak sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın gerçek anlamda haklı neden teşkil etmeyen bir vakıaya dayanması, başka bir deyişle İBK m. 352/II anlamında belirli süre veya kanuni yahut sözleşmesel ihbar sürelerinin sonuna kadar sözleşmeye devam edilmesinin çekilebilir olması halinde anlam kazanabilir...”; Alman hukukunda: Thomas Zerres, **Bürgerliches Recht**, Springer, Berlin, 2010, N. 121; Wolf/Neuner, §3 N. 18. Kira sözleşmesinde: **SVIT**-Art. 266g OR, N. 1; **ZK-Higi**, Art. 266g OR, N. 6, Yazar haklı nedenin sözleşme kurulduğu andan sonra gerçekleşen durum değişikliklerinden kaynaklandığını belirtmek suretiyle ayrıca *clausula rebus sic stantibus*'un bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Karş. Molitor, s. 261; Alman hukukunda belli sebeplerin haklı neden olmaktan dışlanabileceği görüşünde: **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 3; Özünde emredici olduğu ancak belirli hallerin haklı neden olarak dışlanabileceği yönünde: **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 4. Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 8689/9920 (Lexpera) “Tüm sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih hakkı, dürüstlük kuralına dayanmalı ve bu "emredici bir hüküm" olarak kabul edilmelidir.”. Sözleşmeye getirilen sınırlamaların ve güçleştirmelerin emredicilikle bağdaşmayacağı: Wolf, s. 624; Benzer şekilde haklı nedenle fesih hakkının kullanımının güçleştirilemeyeceği ve sınırlandırılmayacağı: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1244

ortadan kaldıran veya sınırlandıran sözleşme hükümleri kesin olarak hükümsüz olmalıdır¹⁰¹. Zira aksi halde, bir taraf devamı kendisi çekilmez olan sözleşmeyle bağlı kalmaya mahkûm olur. Bu durumda da, ileride arz edileceği üzere, karşı tarafın, sözleşmenin devamı kendisi için çekilmez olan tarafı sözleşmeye bağlı tutmak suretiyle alacaklarını talep etmekte ısrar etmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Oysa MK m. 2 bu yönden emredicidir¹⁰². Bu yönden de haklı nedenle fesih kurumunun emredici niteliği teyit edilmektedir.

2. Kapsamı

a. Genel olarak

Bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere, haklı nedenle fesih kurumu, çekilmez hale gelen sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri derhal¹⁰³ sona erdirmeye işlevini taşır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin yarattığı güven ve bağlılık ilişkiden ileri gelen bu gereksinim, yine ifade edildiği üzere bütün sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kuramsal olarak gerçekleşebilir¹⁰⁴. Dolayısıyla bu nitelikte bütün sözleşmelerin bünyesinde bulunan bir olanaktır.

Haklı nedenle feshin hukuki dayanağına ilişkin olarak ayrıntılı olarak açıklama yapılacak olsa da kanunda yer alan fesih rejimleri bakımından yapılması gereken bir ayrıma işaret etmek gerekir. Pek çok sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme bakımından kanunda belli vakıaların gerçekleşmesi hallerine özgü olarak fesih hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemelerin götürü bir şekilde haklı nedenle fesih hakkının görünümü olduğu şeklinde bir çıkarımda bulunmak yerinde olmaz. Haklı nedenle fesih kurumundan söz edebilmek için sözleşme ilişkisinin taraflardan en az biri bakımından çekilmez olması ve sözleşme ilişkisine bu nedenle kural olarak derhal son verilebiliyor

¹⁰¹ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 344-345

¹⁰² MK m. 2'nin emrediciliği hususunda: **BSK**-Honsell, Art. 2 ZGB, 34; **ZK**-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 43; **BK**-Merz, Art. 2, N. 101-104; Oğuzman/Barlas, N. 966; Edis, s. 290 vd.; İmre, s. 302 ve 327; Dural/Sarı, N. 1271; Antalya/Topuz, s. 368

¹⁰³ Derhal sona erdirmeye gereksiniminin temelinde sözleşme ilişkisinin çekilmezliği yatar ki bu hususta tek istisna kira sözleşmelerinde öngörülmüştür. Bu bakımdan haklı nedenin karşı tarafa isnat edilemediği durumlarda dürüstlük kuralı gereği derhal sona erme yerine uygun süre tanınması yönündeki görüşü (Seliçi, s. 157; Genel olarak bu yönde: Karauz, s. 241) mutlak olarak kabul etmek fikrimizce yerinde olmayabilir. Zira sözleşme ilişkisinin devamına cevaz verilebilmesi henüz o ilişkinin sürdürülemez hale gelmediğine işaret eder. Bu durumda ise haklı nedenin gerçek anlamda ortaya çıkmadığı sonucuyla karşı karşıya kalınır. Bu yönde: Molitor, s. 253

¹⁰⁴ **PraxisK**-Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR, N: 3

olması gerekir. Bu bakımdan, kanunda ancak haklı neden, haklı sebep, önemli sebep gibi ibarelerle derhal fesih hakkı tanındığı takdirde, kanunen düzenlenmiş bir haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu sonucuna varmak gerekir. Söz konusu olguların salt gerçekleşmesiyle, sözleşmesel ilişkinin sürdürülmesinin çekilmezliği nazara alınmaksızın, fesih hakkının doğacağı öngörülen kanun hükümleri, haklı nedenle fesih olarak nitelendirilemez, bunlar ayrı birer fesih hakkı vermektedir¹⁰⁵.

Öte yandan, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede tarafların sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğine ilişkin hüküm getirmesi halinde de haklı nedenle fesih kurumunun temelini sözleşmesel hale getirmez. Emredici olan haklı nedenle feshi tekrarlamakla yetinen bir düzenleme vasfını taşır. Belli vakıaların haklı neden varsayılarak derhal sözleşmenin feshedilebileceğinin kararlaştırılması da, ayrı bir fesih rejimi olarak, emredici hükümler kapsamında kalmak kaydıyla geçerli olur¹⁰⁶. Buna karşılık, haklı nedenle fesih olanağını birtakım haklı nedenleri dışlamak veya ihbar süresi öngörmek örneklerinde söz konusu olduğu gibi kısıtlayan veya daraltan sözleşme hükümleri, hakkın emredici niteliği itibarıyla kesin olarak hükümsüzdür¹⁰⁷.

Ayrıca, kanunda öngörülen fesih haklarına ilişkin yapılan ayırma koşut olarak, sözleşmede sözleşme ihlali dışında kalan belli olguların gerçekleşmesine bağlı olarak veya soyut bir şekilde tanınan fesih haklarının da haklı nedenle fesih kurumu çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁸. Bunlar, hukuki temelini sözleşmeden alan ayrı birer fesih hakları olup sözleşmenin ileri etkili olarak sona ermesi

¹⁰⁵ Marc Wolfer, “Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund»”, **AJP** 5/2014, s. 623. Karş. Öz, **Yönetim**, s. 158; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1129, yazar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu olanağın bulunduğunu ifade etmektedir. Karauz, s. 241; HGer ZH, **ZR** 2003, 33. Yine haklı nedenle feshin söz konusu olduğu fikrinde: Seliçi, s. 165 ancak: s. 166; Karş. Bu olasılıkta haklı nedenin kanıtlanması dair bir ispat anlaşmasının bulunacağı şeklinde: Oğuzman, s. 39, yazar haklı neden sayılmayacak olgular bakımından da benzer bir görüş benimsemiştir: s. 38; Aynı yönde yorumlanabilir: Tümerdem, s. 78. Ayrıca karşı. Kırca, s. 183, yazar sözleşmede sayılan sebeplerin feshi her halde gerektirmeyebileceğini ifade etmektedir. Benzer yönde: Gürzumar, s. 174; Schulthess, s. 200

¹⁰⁶ Wolfer, s. 623 vd.; Özen, s. 317; Karş. Haklı nedenle fesih kapsamında: Seliçi, s. 165 ancak yazar bu hükümlerin ihbar süresi kaldırılmış bir olağan fesih hakkına da benzetilebileceğini ifade etmektedir: s. 166

¹⁰⁷ **PraxisK**-Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR, N. 26; **ZK**-Staehelin, Art. 337 OR, N. 43; Gutzwiler/Vetter, s. 706. Bununla birlikte, doğmuş haklı nedenle fesih hakkında feragat edilebilir, ancak haklı nedenle fesih hakkının doğumuna ilişkin bir sınırlama getirilemez (Oğuzman, s. 115).

¹⁰⁸ Özen, s. 324; Ölekli, s. 93; Aksi yönde: Doralt, s. 411; Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 8689/9920 (Lexpera) “Tarafların bazı olgulara haklı sebep niteliği kazandırmaları ve bunların vukuu halinde olağanüstü feshe gidilebileceğini kararlaştırmaları olanaklıdır.”

bakımından diğer fesih haklarıyla benzerdir. Fesih tarihinden önceki sözleşme ihlallerinden kaynaklanan sorumluluklar bu nedenle saklı kalsa da, salt bu hakların kullanılması nedeniyle sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmiş olmasından ötürü olumlu zararın giderilmesi talebi doğmaz. Zira sözleşme, borca aykırılık nedeniyle ve onun bir sonucu olarak¹⁰⁹ değil sözleşmesel fesih rejimine başvurulması nedeniyle sona ermektedir. Bu sonuçtan kaçınmak için sözleşmesel fesih hakkı¹¹⁰ tanınırken ayrıca, fesih nedeniyle sözleşmenin süresinden¹¹¹ önce sona ermesi itibarıyla uğranılan olumlu zararın giderilmesinin de talep edilebileceğinin açık veya örtülü surette hüküm altına alınması gerekir. Bu yöndeki fesih ve sona erme rejimlerinin geçerliliği, genel hükümlere tabidir, onları kayıtlayan özel bir hüküm yoktur¹¹².

b. Sürekli Borç İlişkisi Hükümlerine Tabi Tutulan Ani Edimli Sözleşmelerde

Bu kategoriye giren sözleşmelerde, yukarıda ifade edildiği üzere, asli edimler süreklilik göstermez, tarafların asli edimlere olan ifa menfaati zamana yayılmış değildir. Bununla birlikte, sözleşmelerin nitelikleri gereği sürekli borç ilişkilerine özgü hükümlere, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, tabi tutulması gerekir.

Haklı nedenle fesih hakkı da bu kapsamda söz konusu sözleşmelerde uygulanması gereken sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurumların başında gelir. Zira bu sözleşmelerde de taraflar arası bağlılık, güven ve işbirliği ilişkileri çekilmez olduğu takdirde, sözleşmesel ilişkinin derhal sonlandırılması gereksinimi hasıl olur¹¹³. Bu itibarla örnek olarak irtifak hakkı sözleşmelerinin veya

¹⁰⁹ Buna karşılık sözleşme ihlali rejimine ek olarak ve onun sonucu vasfıyla bir fesih hakkı tanınmış bu durumda sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğranılan olumlu zararın giderilmesinin de talep edilmesi mümkün olacaktır. Feshin temelinde borç ihlali varsa, fesihten doğan zarar talep edilebilir: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 437; Erdem (E.), N. 1317-1415

¹¹⁰ Sözleşmesel fesih haklarının, irade özgürlüğü kullanımı örneği oluşturduğu: Hilal Daver, **Borcun İfasında Borçlunun Rolü**, İstanbul, 2018, s. 29

¹¹¹ Sözleşme belirsiz süreli veya bu olanak ayrıca ise fesih tarihinde olağan fesih hakkının karşı tarafça kullanılmış olması halinde yürürlükte kalacağı süre dikkate alınır.

¹¹² Alman hukukunda karşı. **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 4: Yazar, feshe muhatap olacak taraf yapısal zayıflık [*struktureller Unterlegenheit*] gibi özel bir korunma gereksinimi içinde olmadıkça, haklı nedenle fesih hakkının belli olguların her zaman haklı neden teşkil edeceği yönündeki hüküm koymak suretiyle genişletilebileceğini kabul etmektedir. Aynı şekilde: **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 42; **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 59

¹¹³ Sürekli borç ilişkisi sayılmayan sözleşme ilişkilerine uygulanabileceği: Fikentscher/Heinemann, N. 573.

eser sözleşmelerinin haklı nedenle feshedilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur¹¹⁴.

3. Dayanağı

a. Genel Olarak

Reform öncesi Alman Medeni Kanununa benzer şekilde Türk ve İsviçre hukuklarında tüm sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri kapsayacak surette genel bir haklı nedenle fesih hükmü yer almamaktadır. Bu nedenle haklı nedenle feshin hukuki dayanağına ilişkin olarak Türk ve İsviçre hukuklarında MK m. 2 ile MK m. 23 hükümleri çerçevesinde odaklanan birtakım tartışmalar bulunmaktadır¹¹⁵.

Bu tartışma, haklı nedenle fesih kurumuna neden gerek duyulduğu hususunda yapılacak temellendirme bakımından önem taşımaktadır. Fakat bunun ötesinde her iki hüküm de tek başına haklı nedenle fesih hakkının genel olarak doğumunu açıklamaya yeterli değildir. Bu itibarla söz konusu tartışmanın somut dayanak bakımından büyük bir önemi kanımızca yoktur. Her halükârda haklı nedenle fesih hakkı somut ve özel bir kanun hükmüne veya kanun boşluğunun doldurulması suretiyle yaratılan bir hukuk kuralına dayanır. Zira dürüstlük kuralı ve onun bir görünümü olan hakkın kötüye

¹¹⁴ Eser sözleşmesi: **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 17-18; Hubert Stöckli, “Auflösung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund”, **DC** 2013, s. 310 vd.; Koller, **Werkvertrag**, N. 1062 vd.; JdT 1967 I 248; David Equey, “Cinq ans de jurisprudence en droit du contrat d’entreprise”, **Jusletter** 5 Mart 2018, N. 109 vd.; Genel olarak haklı nedenle feshe İBK m. 377 (TBK m. 484) çerçevesinde olanak tanıyan görüş: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 360 vd.; Frédéric Krauskopf, “Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen”, **BRT** 2007, s. 64; Gauch, **Werkvertrag**, N. 567-599, belirtmek gerekir ki haklı nedenle fesih kavramına uygun olmayan anılan hükümlere başvurmaya eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi tutulması gerektiği kabul edildiğinde lüzum kalmamaktadır. Ayrıca, haklı neden halinde TBK m. 484 (İBK n. 377) hükmü uyarınca doğacak tazminatın da azaltılması yönündeki görüş (Örn: Gauch, **Werkvertrag**, N. 566 vd.; Tercier, **Spéciaux**, N. 3786; ATF, 4C.393/2006; ATF, 4D_8/2008E. 3.4.1) de çok güçlü gerekçelere sahip değildir. Yarg. 15. HD., 30.6.2014, 6401/4590 (Lexpera) “Davalı, davacının ilk taşeronluk sözleşmesinin ifası sırasında inşaatın bulunduğu mahalledeki bayanlara uygunsuz davranma, Mimar F. C.'a hakaret etme, fatura vermektan kaçınma ve kendi işçilerinin parasını ödememe gibi sebeplerle iş ilişkisinin çekilemez hale geldiğini ve sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Davalının feshin haklı olduğunu kanıtlamak için ileri sürdüğü sebepler ifa ile sonuçlanan 20.04.2011 tarihli sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan vakıalar olup, bazı savunmalar, özellikle bayanlara söz atma eylemi kanıtlamadığı gibi davalı yüklenicinin ileri sürdüğü olumsuzluklar sabit olsa dahi bunları bilerek ikinci sözleşmeyi imzaladığına göre ilk taşeronluk sözleşmesinin ifası sırasında ortaya çıkan hususların ikinci sözleşmenin feshine haklı dayanak teşkil etmesi mümkün değildir. İkinci sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin haklı olarak feshedildiği ileri sürülüp kanıtlanamamıştır.” Aksi yönde eser sözleşmesinde uygulanamayacağı görüşünde: Harke, **SR-BT**, N. 97

¹¹⁵ MK m. 2'nin ikincilliği nedeniyle, haklı nedenle feshe MK m. 23'e göre dayanak bulunabildiği takdirde MK m. 2'ye dayanmak yerinde olmaz. Karş. Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması**, İstanbul, 1976, s. 62-63; Gürses, s. 415

kullanılması yasağı kendi başına bir hakkın kullanılmasına engel olan bir itiraz teşkil eder veya MK m. 1/II uyarınca doldurulacak bir örtülü boşluğun tespitini sağlar; bunun haricinde geçerli ve bütün hükümlerini doğuran bir sözleşmeyi sona erdirmeye yeterli değildir. Diğer yandan kişilik haklarının korunmasına ilişkin MK m. 23/II hükmü de emredici bir hüküm olması nedeniyle kurulma anı itibarıyla sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin sonuç doğurabilir, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin sonradan gerçekleşen olgulardan hareketle sonra erdirilmesine dayanak teşkil edemez. Yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşme ilişkisinin yürürlükte olduğu süreçte sonradan kişilik haklarına aykırı bir durumun ortaya çıkması, sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla işlemin bünyesinde kişilik haklarına aykırılık taşıdığını gösterir. Bir hükümsüzlük sebebi olarak kişilik haklarına aykırılık, kesin hükümsüzlüğün amaca göre sınırlanmasıyla bu durumun ortaya çıkması nedeniyle ilgili tarafın ileri sürmesiyle ileriye etkili sonuç doğuracağından, sözleşmenin doğmuş hükümlerinin ortadan kalkmasına yol açmaz. Ancak bu durumda, hükümsüzlüğün dikkate alınması veya ileri sürülmesi söz konusu olduğundan, teknik anlamda bir fesih hakkının kullanıldığı ileri sürülemez.

Haklı nedenle feshin hukuki dayanağını MK m. 23/II hükmünde bulan görüş uyarınca, haklı nedenin ortaya çıkmasından sonra, şahsında sözleşmesel ilişki çekilmez hale gelen kişiyi sözleşmeyle bağlı tutmak kişilik haklarına aykırılık oluşturur ve genel nitelikteki bu hüküm haklı nedenle feshe dayanak teşkil eder¹¹⁶. Ancak kişilik haklarına aykırılık hukuki işlemin geçerliliğine dair bir mesele (TBK m. 27) olup geçerli bir hukuki işleme sonradan müdahale etmeye elverişli değildir. Yine bu itibarla sözleşme kurulduktan sonra değişen koşullar nedeniyle başvurulması da uyarılmanın konusudur (TBK m. 138), kişilik haklarına aykırılık ile doğrudan bir ilişki söz konusu değildir. Dolayısıyla MK m. 23/II hükmü fikrimizce herhangi bir şekilde fesih hakkı yaratmaya uygun bir hukuki dayanak değildir¹¹⁷. Öte yandan, haklı nedenle

¹¹⁶ Altınok Ormancı, s. 115; **BK**-Bucher, Art. 27 ZGB, N. 200; Vetter/Gutzwiller, s. 704 vd.; Benzer şekilde: **PraxisK**-Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR, N: 3; **SHK**-Gloor, Art. 337 CO, N. 1. Alman hukukunda: Oetker, s. 268; ATF 128 III 428 "... Çağdaş anlayışa göre, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı nedenle feshi meselesinde İMK m. 27 anlamında kişiliğin korunması birincil planda rol oynar..."

¹¹⁷ Maurenbrecher, s. 186-187, Yazar ayrıca ATF 128 III 428'de kişilik hakları esasına dayanılmış olsa da esasen dürüstlük kuralına uygun bir inceleme yapıldığını belirtmektedir.

feshin hukuki dayanağını MK m. 23/II olarak kabul etmek, haklı neden teşkil edebilecek bütün olguların kişilik haklarına aykırılık olarak kabul edilmesini gerektirir. Oysa götürü bir şekilde bütün aykırılıkları, kişilik haklarına aykırılık olarak saymak kanımızca güçtür. Bu durumda ya haklı nedenle fesih kurumunu çok daraltarak kişilik haklarına aykırılığın çerçevesini aşmamak veya kişilik haklarına aykırılık kavramını genişleterek haklı nedenle feshe gerekli uygulama alanı bırakılmak gerekirdi.

Buna karşılık yine hukuk düzeninde genel bir düzeltici ve tamamlayıcı işleve sahip MK m. 2 hükmü yukarıda değinilen kuramsal engelleri bünyesinde taşımamaktadır. Sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle bir tarafın sözleşme ilişkisiyle bağlı tutulması, dürüstlük kuralına aykırıdır ve sözleşmenin bağlayıcılığının kötüye kullanılması teşkil eder¹¹⁸. Bu şekilde, MK m. 2 sözleşmenin geçerliliğine dair bir müdahalede bulunmadığı için sözleşmenin kurulduğu andan sonra gerçekleşen olguları da kapsayabilmektedir. Fakat hakkın ve kurumların kötüye kullanılması bakımından, MK m. 2'nin yaptırımı, bir itiraz olarak, kötüye kullanılan kurum veya hakkın hukuki himaye görmemesidir. Ancak itirazın varlığı sözleşmesel bağın derhal sona erdirilmesine yeterli değildir. Bu yetersizlik de haklı nedenle feshe dair ayrı bir normatif temelin gerekliliğini ortaya koyar¹¹⁹.

Öte yandan, haklı nedenle fesih hakkının kaldırılması veya sınırlanması halinde, hakkın kötüye kullanılmasına cevaz verilmiş olacağından, söz konusu yasal temelin emredici nitelik taşıması gerektiği sonucuna¹²⁰ varmak kaçınılmazdır. Daha açık bir deyişle, haklı nedenle fesih kurumunun emredici nitelikte olmadığı varsayılırsa, bu durumda ifası talebi hakkın kötüye kullanılması oluşturacak bir sözleşme ilişkisi ayakta tutulmuş ve dolaylı şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağı

¹¹⁸ Oğuzman, s. 36; Seliçi, s. 157 ve 202-204; Ögüz, s. 179; Dursun Karahmetoğlu, s. 66; Yener, s. 169; Oğuzman/Barlas, N. 951 ancak karşı. N. 386; Hans Merz, "Die Revision der Vertäge durch den Richter", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, C. 61, Basel, 1942, s. 423; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 177, yazar sözleşmeyle bağlılık ilkesini de dayanaklar arasında saymaktadır.

¹¹⁹ Aksi yönde: Seliçi, s. 203; Yazar, dürüstlük kuralından doğan fesih hakkının benimsenmesinin, kanun boşluğunun kıyasen doldurulması çözümüne nazaran, doğru olacağını ifade etmektedir.

¹²⁰ Gutzwiller/Vetter, s. 706 vd.; Cherpillod, N. 272; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 2. Alman hukukunda: **BeckOK-Lorenz**, §314 BGB, N. 1

bertaraf edilmiş olur. Oysa MK m. 2 hakkın kötüye kullanılması açısından emredici olduğundan dolayı surette dahi bertaraf edilemez.

b. Kanun

Türk Borçlar Kanunu, birtakım sözleşmelere ilişkin olarak haklı nedenle fesih hakkını açıkça düzenlemek suretiyle ilgili sözleşme tiplerinde haklı nedenle feshe doğrudan bir hukuki dayanak kazandırmıştır. Özel hüküm olmaları itibarıyla öncelikle bu hükümler uygulanır ve genel olarak haklı nedenle fesih hakkının uygulanmasına gerek kalmaz.

Yasakoyucunun belli sözleşmelerde bu olanağı tanıırken, genel bir haklı nedenle fesih hakkı tanınamış veya her bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme için ayrı bir düzenleme öngörmemiş olması veya bu hakkın salt bir tarafa tanınmış olması ihtimalinde, yasakoyucunun bilinçli olarak susup susmadığı irdelenmesi gereken bir mesele oluşturmaktadır. Özellikle Al. MK §314 hükmüyle getirilen reformun ayırında olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yasakoyucusunun, benzer bir hükmü benimsememekle böyle bir tutum sergilemek istediği savlanabilir. Bununla birlikte bu şekildeki bir kabulü benimsemek fikrimizce olanaklı değildir. Zira ifade edildiği üzere haklı nedenle feshin kabulünü gerektiren temel olgu, bir taraf bakımından gerçekleşmiş haklı nedenin varlığı nedeniyle sözleşmeyle bağlı tutulmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturmasıdır ve hakkın kötüye kullanılması yasağı genel bir uygulama olanağına sahip MK m. 2'nin bir görünümünden ibarettir. Diğer yandan sözleşmeyle bağlı tutulmayı, dürüstlük kuralına aykırılık derecesine vardırın güven ve bağlılık unsurları, her sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmede yoğunlukları farklı derecelerde olsa da bulunur. Yasakoyucunun da benzer özellik gösteren sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde böyle bir ayırım yapmasına dayanak oluşturacak herhangi bir nesnel gerekçe yoktur. Bazı sözleşmelerde bu olanağın açıkça tanınmış olması, sadece ilgili sözleşmeler bakımından haklı nedenle feshi gerektirecek olgularla daha sık karşılaşılabileceği düşüncesiyle açıklanabilir ve bu kurumun varlığına kanunun olanak tanıdığına bir delil teşkil eder¹²¹.

¹²¹ Dursun Karaahmetoğlu, s. 62-63; Gauch, s. 190 vd.; Seliçi, s. 204-205; Altınok Ormancı, s. 107

Türk Borçlar Kanununda haklı nedenle fesih hakkı, kira sözleşmesinde m. 331/I¹²² ile, ürün kirasında¹²³ m. 369/I ile, hizmet sözleşmesinde¹²⁴ m. 435 ile, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde¹²⁵ m. 617/birinci cümle ile ve yalın ortaklık sözleşmesinde¹²⁶ yenilik doğuran bir dava olarak m. 639/I b. 7 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler aynı kurumu düzenlemekle birlikte gerek kenar başlıklarındaki uyumsuzluk ve gerek haklı nedenin tanımındaki esasa etkili olmayan farklılıklar eleştiriye açıktır. Ancak sözleşme ilişkisinin çekilmez olması halinde sürekli borç ilişkisine, kira sözleşmesindeki istisna saklı kalmak kaydıyla, derhal son verme imkânı bakımından koşul ve sonuçlarıyla ortaktırlar.

¹²² TBK m. 332 ve 333 hükümleri, kira sözleşmesinin devamında çekilmezlik şartını aramadıkları, sözleşme ilişkisinin devam edebilir nitelikte olduğunu kanıtlama olanağı tanımadıkları için haklı nedenle fesih kavramına altlanamaz. TBK m. 331 hükmü ise, fesih bildirim süresine uyulmak kaydıyla sözleşmenin bir tarafının, sözleşmesel ilişkinin devamının kendisi için çekilmez olması halinde, fesh edebileceğini, olağanüstü kenar başlığı ile düzenlemektedir (**ZK-Higi**, Art. 266g OR, N. 11). 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde m. 264 ve 286 hükümleriyle haklı nedenle fesih hakkının salt bir yıldan uzun ürün kirası sözleşmeleri ile belirli süreli sözleşmelere özgülenmiş olduğu yönündeki fikirler (Gauch, s. 193; Cherpillod, s. 123; Altınok Ormancı, s. 106) kanımızca eleştiriye açıktır. Çünkü haklı nedenle fesih gereksinimi genel bir özellik gösterir ve bunun reddi için yasakoyucunun daha açık bir hüküm sevk etmesi gerekir. Aynı yönde: Seliçi, s. 206. Diğer yandan 4.7.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanunla TBK m. 331 hükmünün uygulanmasının ertelenmesi de kanun boşluğunun doldurulması yoluyla haklı nedenle fesh başvurulmasının önünde engel değildir.

¹²³ Ürün kirasında da TBK m. 370-371 hükümleri TBK m. 332-333 ile aynı niteliktedir. TBK m. 369 ise TBK m. 331 ile özdeştir.

¹²⁴ Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin tarafları, kendileri için sözleşmenin devamını çekilmez kılan hallerde sözleşmeyi haklı nedenle derhal ve yazılı beyanla feshedebilir. TBK m. 436 ise çekilmezlik olgusundan bağımsız olması itibarıyla gerçek anlamda bir haklı nedenle fesih mekanizması öngörmemektedir.

¹²⁵ Bu hükme göre, sözleşmeden doğan borçların ihlali veya başkaca haklı nedenler sebebiyle sözleşmenin sürdürülmesini imkânsız hale gelir veya güçleşirse sözleşme haklı nedenle feshedilebilir. Her ne kadar ölünceye kadar bakma sözleşmesi sürekli borç ilişkisi teşkil etse de sonuçları itibarıyla geriye etkili tasfiye öngörüldüğünden esasen teknik bakımdan söz konusu olan haklı nedenle dönme hakkıdır (**OFK-Breitschmid**, Art. 527 OR, N. 1; Ayrıca: *Bölüm: 2,I,B,3*) Öte yandan kanun yazım tekniği açısından, haklı neden belirtilirken borç ihlali ile diğer sebeplerin ayrıca belirtilmesi gerekli değildir, sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi yeterlidir. Ayrıca, sözleşmenin devamının imkânsız hale gelmesinin de ayrıca bu hüküm altında düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır. Sözleşmenin ifa sürecinin imkânsız hale gelmesi durumunda gerçekleşecek hukuki sonuç sonraki ifa imkânsızlığından ibarettir (**BeckOK-Lorenz**, §314 BGB, N. 11). Zira sözleşmeden doğan borçların ifası bir kez imkânsız hale geldikten sonra, tarafların cebren ifaya zorlanması söz konusu olmayacağından, ilgili borçlar sona erer ve bu imkânsızlıktan bir taraf sorumluysa o taraf bakımından tazminat borçları doğar. Bu itibarla kanımızca “sözleşmenin devamının imkânsız hale gelmesi” teknik olarak imkânsızlık derecesi olarak anlaşılmalıdır, çekilmezlik olarak kabul edilmeli ve teknik anlamda imkânsızlık kendine özgü hükümlere tabi tutulmaya devam edilmelidir.

¹²⁶ Dava sürecinin sonuçlanmasının bile beklenemez olduğu hallerde haklı nedenle fesih hakkına da uygulamada cevaz verilmiştir: ATF 48 II 439; **BSK-Staehelin**, Art. 545-546 OR, N. 29; **OFK-Fellmann/Müller**, Art. 545 OR, N. 8

c. Kanun Boşluğunun Doldurulması

Türk Borçlar Kanunu, haklı nedenle feshe ilişkin genel bir hüküm içermese dahi, bütün sürekli borç ilişkilerini kapsayacak surette haklı nedenle fesih hakkının benimsenmesi gerekliliği, sürekli borç ilişkilerinin nitelikleri ve özellikle MK m. 2 uyarınca sözleşmeyle bağlılığın kötüye kullanılmasına engel olunması için, bir zorunluluk teşkil etmektedir. Nitekim, sürekli borç ilişkisi doğuran isimli sözleşmeler ile haklı nedenle feshe ilişkin açık hüküm içermeyen sürekli borç ilişkisi doğuran isimli sözleşmeler bakımından haklı nedenle fesih hakkının varlığı, söz konusu gereklilikler nedeniyle kabul edilmektedir¹²⁷.

Anılan sözleşmeler açısından durum, kanunda açıkça düzenlenmiş haklı nedenle fesih haklarının uygulanmasından farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda mevcut haklı nedenle fesih haklarına ilişkin yargısal uygulamadan farklı olarak, öncelikle haklı nedenle fesih kurumunun uygulanabilirliği hususunun açıklığa kavuşturulması gereklidir. Bu çerçevede akla gelebilecek ilk çözüm, benzer sözleşmelere ilişkin hükümlerin yalın kıyasla uygulanması; diğer çözüm ise bağımsız bir kurum olarak haklı nedenle feshin kabul edilmesi olacaktır. İsviçre yargı uygulamasında da evrim bu yönde gerçekleşmiştir. ATF 122 III 262 kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi¹²⁸ bütün sürekli borç ilişkileri için haklı nedenle fesih hakkının uygulanabilir olduğu sonucuna herhangi bir başka sözleşmeye ilişkin haklı nedenle fesih hükmünden kıyas yapmaya gerek görmeden varmıştır. Bundan önceki kararlarında ise benzer sözleşmelerden kıyas yapma yoluyla haklı nedenle fesih kurumu açık düzenleme bulunmayan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kabul edilmekteydi¹²⁹. Türk hukukunda ise Yargıtay kararlarında açıkça

¹²⁷ Gauch, s. 194; Venturi Zen Ruffinen, N. 297; Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerine özgü hükümlere tabi bir sözleşme olarak, tüketim öduncünde, taraf arasında doğan güven ilişkisinden hareket ederek: Joachim Gruber, "Die Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund", **SJZ C.** 92 S. 2 (1996), s. 27-28; Bu yönde: ATF 128 III 428; Kararın yorumu: Wolfgang Wiegand, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002 -Veröffentlicht in den Bänden 127 und 128 -Obligationenrecht", **ZBJV** 139/2003, s. 832 vd.; Olması gereken hukuk açısından genel bir haklı nedenle fesih hükmünü gerek olduğu, zira kanuni düzenlemeler dışında haklı nedenle feshe başvurulamayacağı görüşünde: Kılıçoğlu, s. 359; Karş. Belen, **Barter**, s. 176-178

¹²⁸ Bu kararı izleyen içtihatlar: İFM, 4C.345/2005; İFM, 4C.121/2004; İFM, 4C.35/2006 (Swisslex); ATF 128 III 428

¹²⁹ Altınok Ormancı, s. 108; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 333 vd.; Örnek olarak acentelik ve tek yetkili satıcılık sözleşmelerinde hizmet sözleşmesine kıyasen: ATF 60 II 335; ATF 78 II 32; ATF 99 II 308; Lisans sözleşmesinde yalın ortaklıktan kıyasen: ATF 92 II 299; ATF 96 II 154; ATF 122 III 262

belirlenmiş bir kuramsal çerçeve içinde olmasa dahi sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshine genel olarak cevaz verildiği gözlemlenebilmektedir¹³⁰.

Yukarıda anılan yargı kararlarında açıklık olmamakla birlikte, bozucu yenilik doğuran hak olarak haklı nedenle feshin ya kanuni ya da sözleşmesel bir hukuki dayanağı bulunmak lazım gelir. Nitekim bu yönüyle olağan fesih hakkıyla benzeşmektedir. Bu itibarla açıkça kanunen haklı nedenle fesih hakkı tanınmış olan durumlar haricinde genel olarak bütün sürekli borç ilişkilerine uygulanma kabiliyetini taşıyan haklı nedenle feshe ya kanun boşluğunun doldurulması ya da sözleşme boşluğunun doldurulması suretiyle bir dayanak kazandırılması gerekir. Zira yukarıda belirtildiği üzere MK m. 23 hükmü, geçerli bir sözleşmeyi feshetmeye yönelik bir hak tanımadığı gibi MK m. 2 hükmü de sözleşmeyle bağlılık kötüye kullanıldığında kendi başına bir fesih hakkı yaratmaya yeterli değildir. Dolayısıyla öncelikle söz konusu boşluğun niteliği tespit edilmek gerekir. Başka bir deyişle ne MK m. 23 ne MK m. 2, kendi başlarına haklı nedenle fesih kurumuna dayanak oluşturabilecek niteliktedir. Yukarıda belirtildiği üzere MK m. 2 kötüye kullanılan ifa talebinin hukuken himaye edilmesine bir itiraz olarak engel olabilir. Bunun dışında, itiraz işlevinin ötesine geçerek, kendi başına mevcut bir sözleşmeyi sona erdirme olanağı vermez. Oysa, ifa talebinin¹³¹ MK m. 2'ye aykırılık nedeniyle reddedildiği bir durumda, sözleşme ilişkisini ayakta tutmanın bir anlamı kalmaz. Bu durum da bağımsız bir kurum olarak haklı nedenle feshin gerekliliğini farklı bir açıdan göstermektedir. MK m. 23 ise hukuki işlemin kişilik hakları açısından geçerliliği ile ilgili olduğundan, geçerli bir sözleşmenin çekilmezlik sebebiyle haklı nedenle feshedilmesine dair bir dayanak sağlayamaz. Kaldı ki kişilik haklarına aykırılığın, bütün olası haklı nedenleri kapsamaya yeterli olacağını ileri sürmek güçtür.

Olağan fesih hakkında varılan sonuçtan farklı olarak, haklı nedenle fesih hakkına ilişkin olarak sözleşme boşluğunun bulunduğu reddedilmelidir. Haklı nedenle feshe duyulan genel gereksinim ve sözleşmenin bu hakkın kullanılmasıyla derhal sona

¹³⁰ Antalya, C. III, s. 537; Altınok Ormancı, s. 109-110; Yarg. HGK., 4.7.2001, 19-526/572; Yarg. 19. HD., 5.3.2002, 4568/1473; Yarg. 11 HD., 15.2.2007, 11433/2883; Yarg. 19. HD., 15.4.2015, 17032/5455; Yarg. 11. HD., 13.3.2019, 4657/2104 (Lexpera)

¹³¹ Kurumların da kötüye kullanılabildiği (Kocayusufpaşaoğlu, §41 N. 5 ve dn. 14) gerekçesiyle sözleşmeyle bağlılığın da kötüye kullanıldığı ileri sürülebilir.

erecek olması, bütün sözleşmeler bakımından ortak koşul ve sonuçlara sahip bir hakkın söz konusu olması gerektiğini göstermektedir. Başka bir deyişle somut sözleşmeden sözleşmeye haklı nedenle fesih hakkı koşul ve sonuçlarıyla değişiklik göstermez. Eksiklik, tarafların kurdukları sözleşme rejiminde değil, kanunun sistematüğinde yer almaktadır.

Bu itibarla, Türk hukukunda özel olarak haklı nedenle fesih olanağı tanınmış haller dışında genel olarak haklı nedenle feshine ilişkin bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmek gerekir ve MK m. 1/II hükmü uyarınca boşluğun hâkimin hukuk yaratması¹³² suretiyle tamamlaması gerekmektedir¹³³. Bütün sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri kapsayan ve ortak koşul ve sonuçları doğuracak bir hüküm ihdas edilmesi gerektiği için birtakım sözleşme tiplerinde kanunen bu hakkın tanındığı sözleşmelerden yalın kıyas yoluyla yararlanılması yerine, tümel kıyasla¹³⁴ kapsayıcı bir şekilde haklı nedenle fesih hakkına ilişkin hükmün yaratılması yerinde olur¹³⁵. Gerek kanunun bazı sözleşmelerde haklı nedenle feshi öngörmüş olması, gerekse bir

¹³² Bunun yanı sıra, zamanla haklı nedenle fesih hakkının varlığının tanınmasına ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralının doğması da olasılık dahilindedir. Reform öncesi Alman hukukunda, sözleşmenin müsbet ihlaline ilişkin doğmuş örf ve adet hukukunun varlığı görüşü: Huber, **I**, s. 80; Huber, **II**, s. 574 vd.

¹³³ Gauch, s. 194; Çamoğlu, s. 62; Bütün kişisel güven ilişkisinin doğduğu sözleşmelere uygulanması gerektiği vurgusuyla: Oktay Özdemir, **Lisans Sözleşmeleri**, s. 95; Yasa ötesi ve öncesi bir temel ilke olduğu görüşü: Özen, s. 310

¹³⁴ Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 5 b, s. 393; Bucher, s. 384; Cherpillod, N. 231; **CR**-Winiger, Art. 18 OR, N. 209; Maurenbrecher, s. 185 dn. 33; **BK**-Hausheer/Æbi-Müller, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, N. 236; Ayrıca bkz. ve karşı. Koller, **AT**, N. 29.09, yazar konuya uyarılama açısından yaklaşmak suretiyle haklı nedenle uyarlamaya sürekli ve ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde tümel kıyasla cevaz verilmesi görüşündedir. Böyle bir gereksinimin varlığı karşısında uyarılama kurumuna başvurulması da mümkün olduğu gibi kanun koyucu bazı sözleşmelerde özel hükümler sevk etme gereği de duymuştur. Gelecekteki borçlar için kurulmuş kefalet sözleşmesinde tanınan dönme hakkı (TBK m. 599) örnek olarak verilebilir. Bu hakka ilişkin ayrıntılı değerlendirme için: Cansu Kaya Kızıllırmak, **Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri**, İstanbul, 2019, s. 167 vd. Birlikte kefaletle ilişkin TBK m. 587/III hükmü de bu kapsamda değerlendirilebilir. Hükmüne ilişkin olarak: Efe Can Yıldırım, **Birlikte Kefalet**, İstanbul, 2018, s. 271 vd.; Ayrıca bkz. Dilşah Buşra Kartal, **Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, İstanbul, 2017, s. 59 ve 73

¹³⁵ Alman hukukunda Al. MK §314 hükmüyle haklı nedenle feshine pozitif bir dayanak getirilmeden önce, içtihatlar dürüstlük kuralına ilişkin §242 ve hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshine dair §626 hükümlerinin yalın kıyasla uygulanması veya tümel kıyasla (başta §626 ile yalın ortaklığın haklı nedenle feshine ilişkin §723 hükümlerinden hareketle) haklı nedenle fesih kurumuna dayanak bulmaktaydı: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 1; Medicus/Lorenz, N. 658; Fikentscher/Heinemann, N. 573; Larenz, **SR-AT**, §10 II, s. 128; Kochendörfer, s. 166. Tek yetkili satıcılık sözleşmesi bağlamında, haklı nedenle feshi sürekli borç ilişkisi doğuran hükümlerde bulunan genel bir kurum olduğu gerekçesiyle, acentelik sözleşmesi hükümlerine başvurulmasına gerek olmadığı yönündeki görüş hakkında bilgi: Demir Gökyayla, s. 196 dn. 924; Bu hususta ayrıca: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1442; **CR**-Thévenoz, Intro. art. 184-529 CO, N. 44; Vulliétty, s. 103; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 767; **ZK**-Theodor Bühler, 2004, Art. 418r OR, N. 14; İFM, 4C.121/2004 (Swisslex)

kurum olarak haklı nedenle feshe sürekli borç ilişkilerinde duyulan gereksinim, yasa hükümlerinde yer alan koşul ve sonuçların çok büyük ölçüde ortak olması¹³⁶, tümel kıyasla hüküm yaratılmasına elverişlidir.

Dolayısıyla, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede açık kanuni dayanağı bulunmadığı halde haklı nedenle fesih hakkının kullanımına dair bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hâkim, öncelikle haklı nedenle feshe ilişkin kanun boşluğunu uyuşmazlığın çözümü için dolduracak, ardından somut uyuşmazlıkta ihdas ettiği kural çerçevesinde feshin koşullarının gerçekleşmiş olup olmamasına göre sonuçlarını tayin edecektir.

Sonuç olarak, hâkimin yaratacağı hüküm, koşulları bakımından, sözleşme ilişkisinin devamının bir tarafa bakımından çekilmez hale gelmesiyle teşkil eden haklı nedenin, haklı nedenle fesih hakkını doğuracağı ve bu hakkın kullanılmasıyla sözleşmenin derhal sona ereceği şeklinde olmalıdır.

4. Haklı Neden Kavramı

a. Genellik

Haklı neden kavramı sadece sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde haklı nedenle fesih hakkına özgü değildir. Aksine, özü bakımından haklı neden kavramını adlandırmada birtakım farklılıklarla karşılaşılsa da medeni hukukun diğer alanlarında da karşılaşılmaktadır. Zira geçerli olarak kurulmuş bütün sürekli hukuki ilişkilerde, söz konusu hukuki ilişkinin bir taraf için çekilmez hale gelmesi, başka bir deyişle karşı tarafın hukuki ilişkinin devamını talep etmesi hakkı kötüye kullanımı teşkil etmesi halinde, hukuki ilişkiye son vermek genel bir hukuki gereksinimdir¹³⁷.

Her hukuki ilişki taraflar arasında bir bağ kuruyor olsa da, sürekli hukuki ilişkilerde bu bağlılık yüksek bir noktadadır. Aynı taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olunması, bir sözleşmedeki ifa menfaatine zamana yaygın olarak gereksinim duymak, ortak yaşama sahip olmak gibi olgular, tarafların birbirleriyle daha yakından ilişki kurmasını, birbirlerine güven duymalarını ve tahammül etmelerini gerektirir. Bu

¹³⁶ Seliçi, s. 186

¹³⁷ Çamoğlu, s. 64. Ayrıca: Beitzke, s. 5 vd. Alman hukukunda haklı nedenle feshe ilişkin Al. MK §314 hükmünün geri alınamaz temsil yetkisinde uygulanabileceği görüşü (Boemke/Ulrici, §13 N. 54; Mankowski, s. 1062) de bu genel gereksinimin yansımalarına örnek oluşturur.

gereksinimin karşılanmaması da hukuki ilişkinin çekilmez hale gelmesine yol açtığı için hukuki ilişkinin sona erdirilmesi zorunluluğunu doğurur. Aile hukukunda¹³⁸, evliliğin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma; eşya hukukunda kat mülkiyetinde ve paylı mülkiyette paydaşıktan çıkarma, kişiler hukukunda dernek üyeliğinden çıkarılma (MK m. 67/III) akla gelecek ilk örneklerdir. Adı geçen kurumlarda, ortak bir şekilde, ilgili hukuki ilişkilere son verilmesi, ilişkinin devamının çekilmez hale gelmesi halinde mümkün olmaktadır.

b. Çekilmezlik

Bünyesine dahil olduğu sürekli hukuki ilişkiye son verme hakkı veren haklı neden, yukarıda ifade edildiği üzere, ilgili hukuki ilişkinin, sözleşmenin geçerli bir şekilde sona ereceği veya erdirilebileceği ana kadar, ilişkiye son vermek isteyen taraf bakımından çekilmez hale gelmiş olması anlamına gelir¹³⁹. İlişkinin karşı tarafı açısından ise, ilgili hukuki ilişkinin sürdürülmesini talep etmek, haklı nedenin doğumu nedeniyle hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bu itibarla, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde haklı nedenle fesih hakkı bakımından, ilgili somut sözleşmesel ilişkinin devamını çekilmez hale getiren vakıalar haklı neden oluşturur sonucuna ulaşmak gerekir¹⁴⁰. Öğretide çekilmezlik ayrıca taraflar arasındaki güven ilişkisinin yıkılması olarak ifade edilmiş¹⁴¹ olsa da bu husus çekilmezliğin görünümülerinden

¹³⁸ Velayet ile vesayetin kaldırılması ve önceki Medeni Kanun döneminde evlatlığın evlatlık ilişkisini haklı nedenle sona erdirmesi (m. 258/I c. 2) da Aile hukuku alanında örnek olarak verilebilir. Yürürlükteki Medeni Kanun çerçevesinde geçerli olarak kurulmuş bir soybağı ilişkisinin ise haklı nedenle sona erdirilmesi mümkün değildir.

¹³⁹ Larenz, **SR-AT**, §2 IV, s. 32; Gernhuber, **Schuldverhältnis**, §16 II 5 c, s. 393; **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 13; Gutzwiller/Vetter, s. 704; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 375; Cherpillod, N. 235; Wolfer, s. 622; Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, s. 217; Öz, **Yönetim**, s. 147; Demir Gökyayla, s. 197; Şenol, s. 196; Antalya, C. III, s. 537; Dursun Karaahmetoğlu, s. 91; Erdem (E.), N. 1209-1311. Farklı ibareler de olsa kanuni düzenlemeler de bu tanıma benimsemektedir: BK m. 264, 286, 344, 517; TBK m. 331, 369, 435. Karş. Taraf menfaatlerinin karşılıklı olarak değerlendirileceğinden hareketle çekilmezliğin salt fesheden taraf yönünden gerçekleşmesinin yeterli olmadığı kabul eden görüş: **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 10. Ayrıca, çekilmezliğin ifa engeli haline gelmesi veya bir ifa engelini çekilmezliği yaratması da şart değildir. Karş. Yener, s. 169

¹⁴⁰ Altınok Ormancı, s. 133; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 133; Cherpillod, N. 168; Seliçi, s. 192. Alman hukukunda §314 hükmü de haklı nedenin, sözleşmeyi fesheden taraf bakımından, sözleşmesel ilişkinin belirli süre veya fesih ihbar süresinin sona kadar sürdürülmesinin somut olayın tüm koşullarının ve karşılıklı taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda çekilmez olduğu takdirde gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Ayrıca: Gürzumar, s. 173, yazar sözleşme amacının gerçekleşmesini engelleyecek olguları da haklı neden içinde değerlendirmektedir. Amacın tehlikeye düşmesi halinde haklı nedenle feshe gidilebileceği: Rumpf, s. 223; **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 15

¹⁴¹ **BSK-Portmann/Rudolph**, Art. 337 OR, N. 1; **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 5; Kırca, s. 182; Demir Gökyayla, s. 197; Karauz, s. 283; Erdem (E.), N. 1481; Haklı neden oluşturan bir olgu grubu

birinden ibarettir¹⁴². Bu çerçevede, çekilmezliğin varlığını tespit karşılıklı tarafların menfaatlerini tartma etkinliği teşkil eder¹⁴³. Fesih hakkını kullanan tarafın sözleşmenin derhal sona erdirilmesine ilişkin menfaati, diğer tarafın sözleşmenin ayakta kalmasına olan menfaatiyle karşılaştırılmak suretiyle üstün tutulması gereken menfaat tespit edilir¹⁴⁴. Haklı nedenin doğumu, haklı nedenle fesih hakkının da doğumunu sağlar¹⁴⁵.

Bu bağlamda tekrar vurgulamak gerekir ki sözleşme ilişkisi sürerken kişilik haklarını ihlal edici bir durumun ortaya çıkması üzerine haklı nedenin doğması mümkündür. Böyle bir durumun gerçekleşmesi üzerine haklı nedenle fesih hakkı doğmakla birlikte, haklı nedenle fesih kurumunun normatif temeli MK m. 23/II hükmü olmamaktadır.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeyle bağlı kalmanın, haklı nedenle fesih hakkını kullanacak taraf bakımından çekilmez hale gelip gelmediği ise hâkimin takdir yetkisi (MK m. 4) kapsamında kalmaktadır¹⁴⁶. Bu çerçevede çekilmezliğin varlığının tespiti ilgili hukuki ilişkinin niteliğine büyük ölçüde bağlıdır. Haklı nedenle fesih bakımından da sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin niteliği¹⁴⁷, kalan süresi¹⁴⁸, tarafların sözleşmedeki ifa menfaatinin gerçekleşmesinin gerektirdiği işbirliği

olarak: Doralt, s. 419 vd., yazar asli, yan veya koruma edimlerinin ihlalinin güven kaybına yol açabileceğine işaret etmektedir.

¹⁴² Bu durumun bir haklı neden oluşturduğu: İşgüzar, s. 155; Gürzumar, s. 173; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 12; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 16; Süzek, **Aski**, s. 37; Özen, s. 311

¹⁴³ Bu husus Al. MK §314 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

¹⁴⁴ Greiner, s. 183; Benzer yönde: Wiegand, s. 835; Stehle, N. 87; Rumpf, s. 144; Sporcu sözleşmeleri itibarıyla: Markus Bösigler/Philipp Engel, **Sportrecht-Band I**, 2013, s. 251; Çamoğlu, s. 101; İşgüzar, s. 155; Karauz, s. 240; Demir Gökyayla, s. 196. Ayrıca: Hans Roggwiler, **Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR**, Zürih, 1958, s. 58 vd. Kısmi temerrüt gibi durumlarda dönmenin kapsamı bakımından menfaat değerlendirilmesi salt alacaklı bakımından yapılırken, haklı nedenle fesihle iki taraf açısından değerlendirme yapıldığı: Muthers, s. 64

¹⁴⁵ Oğuzman, s. 42

¹⁴⁶ Seliçi, s. 187; Şenol, s. 195; Roggwiler, s. 23 vd. Kurumun sözleşmeyle bağlılık ilkesine istisna teşkil ettiği için çekilmezliğin takdirinde sınırlayıcı bir tutumun takınılması gerektiği hakkında: Gauch, s. 175; Seliçi, s. 196; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 347; Altınok Ormancı, s. 139; Oetker/Maultzsch, §7 N. 115; Antalya, C. III, s. 536

¹⁴⁷ Örnek olarak hizmet sözleşmesinde haklı nedenin daha dar takdir edilmesi gerektiği ifade edilmektedir: Gutzwiller/Vetter, s. 703; Ortaklıklar hukuku bağlamında: Çamoğlu, s. 103

¹⁴⁸ **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 8; Al. MK §626 bağlamında: Oetker/Maultzsch, §7 N. 112; Kira sözleşmesinde: Greiner, s. 127; Doralt, s. 414

yükümlülüğü¹⁴⁹, sözleşme taraflarının nitelikleri, edim-karşı edim dengesi¹⁵⁰, sözleşme ihlali söz konusuysa ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün niteliği¹⁵¹ belirleyici olur¹⁵². Bu bağlamda özellikle, sözleşme taraflarının üstlenmesi gereken risklerin tespiti gereklidir. Bir tarafın katlanması gereken bir risk söz konusu ise, artık çekilmezlikten söz edilmesi mümkün değildir¹⁵³. Eğer haklı nedenle fesih hakkını kullanmak isteyen tarafın katlanması gereken bir durum değişikliği söz konusuysa, o taraf bakımından haklı nedenin varlığından söz edilemez. Bunun dışında, haklı neden gerçekleşmiş olur. Haklı neden teşkil eden vakıaların karşı tarafın sözleşmesel sorumluluğunu doğuracak nitelikte olup olmaması haklı nedenle fesih hakkının varlığına engel teşkil etmez¹⁵⁴. Haklı nedenin doğumunda, karşı tarafın kusuru veya

¹⁴⁹ **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 12. Bu çerçevede bireysel bağlılığın ve ona bağlı bireysel işbirliği külfetlerinin daha yoğun olduğu sözleşmelerde haklı nedenin varlığı daha kolay takdir edilebilir. Bireysel yakınlık arttıkça ilişkiyi çekilmez kılabilecek olgular çoğalır.

¹⁵⁰ *Causa donandi* açısından: Altınok Ormancı, s. 154; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 166; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 12

¹⁵¹ **BSK**-Portmann/Rudolph, Art. 337 OR, N. 2; Bu bağlamda haksız fesih beyanının sözleşme ihlali olarak çekilmezlik yaratacağı, ileride işaret edileceği üzere (*Bölüm: 3,II,C,1,a ve D*) kabul edilmek gerekir.

¹⁵² Bu yönde: Demir Gökyayla, s. 198; Altınok Ormancı, s. 148 vd.; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 153 vd.; **ZK**-Higi, Art. 318 OR, N. 52

¹⁵³ Seliçi, s. 199; Doralt, s. 414 vd.; Muthers, s. 155; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 10; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 15. Bu yönüyle uyarılma kurumuyla haklı nedenle fesih benzeşmektedir. Her iki kurum bakımından da sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen risklerin taraflara dağıtılması temel meseleyi teşkil etmektedir. Bir tarafın üstlenmesi gereken bir risk konusuysa, ilgili hak doğmaz: Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, 2019, N. 949; Seliçi, s. 199; Risklerin tespitinde sözleşmenin amacı ve yasa hükümleri rol oynar: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 10

¹⁵⁴ Sadece aşağıda değinileceği üzere, haklı nedenle fesih sonucunda doğacak mali sonuçlara etki gösterir. Başka bir deyişle haklı neden sözleşme taraflarından ileri gelebileceği veya taraflar dışında gerçekleşen bir vakıadan kaynaklanabileceği gibi, tarafları sorumlu kılan vakıalara da istinat edebilir: Altınok Ormancı, s. 136. Bununla birlikte ani edimli sözleşmelere sona vermeye genel hükümler uyarınca hak kazandıracak vakıaların, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kural olarak haklı neden sayılabileceği yönünde: Weidt, s. 142. Ayrıca tarafların sorumlu olmadığı olguların haklı neden olarak istisnai durumlarda ve özellikle taraf arasındaki güven ilişkisinin çok yoğun olduğu sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabileceği fikrinde: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 10

haklı nedenin öngörülemez olması¹⁵⁵ gibi bir koşul söz konusu değildir¹⁵⁶. İfa engelleri haklı neden teşkil edebileceği gibi, sözleşme dışı olgular ve bu çerçevede güven ilişkisinin yıkılması haklı neden oluşturabilir¹⁵⁷. Bununla birlikte salt sözleşmenin tadiline yönelik öneride bulunulmuş olması, bu önerinin reddiyle sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi mümkün olduğundan kural olarak tek başına bir haklı neden oluşturmaz¹⁵⁸.

Sözleşmenin devamını çekilmez kılan ve sözleşmeyle bağlı kalınmasına yönelik talepleri MK m. 2'ye aykırı hale getirmek suretiyle haklı nedeni oluşturan vakıa, tek bir fiilden oluşabileceği gibi tek başına hukuki ilişkiyi çekilmez kılmayan

¹⁵⁵ Bu yönden, uyarılma ve haklı nedenle fesih kurumlarıyla birbirinden ayrılır; uyarılmanın temel koşullarından biri uyarılmaya yol açan durum değişikliğinin öngörülemezliği iken, haklı nedenle fesihle haklı neden oluşturan vakıanın öngörülemez olmasına gerek yoktur, çekilmezlik yeterlidir: Roggwiler, s. 81. Kaldı ki çoğunlukla karşı tarafın sözleşme ihlalden ileri geldiği için pek çok durumda öngörülebilir nitelikte olduğu belirtilmek gerekir. Bu bakımdan öz olarak, uyarılma kurumunda sözleşmesel ilişkinin çekilmez hale gelmesine yol açan durum değişikliğinin öngörülemez ve ağırlıklı görüşe göre olağanüstü nitelikte olmasının, haklı nedenle fesihle farklılık gösterdiği, haklı nedenle feshin tek sonucunun sürekli borç ilişkisinin müfesihe hale gelmesi olduğu halde, uyarılmanın sözleşme içeriğinin değiştirilmesi sonucunu da doğurabilmesi ve ani edimli sözleşmelere de uygulanabilmesi bu iki kurumun temel farklılıkları olarak sayılabilir. Ayrıca, uyarılma nedeniyle sürekli borç ilişkisi feshedilirse, fesihle önceki dönemdeki sözleşme ihlali nedeniyle sorumluluk saklı kalmakla birlikte, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle sorumluluk doğmaz. Bu olanak, sözleşme ihlali sonucunda sözleşmenin feshedildiği hallerde özgüdür. Bununla birlikte fedakârlığın denkleştirilmesi esasına göre MK m. 1/II uyarınca bir bedele hükmedileceği kabul edilmektedir: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 354; Baysal, **Uyarılma**, N. 969. Uyarılma hakkını doğuran durum değişikliği yaratan vakıalar, her zaman için haklı neden de teşkil eder (Seliçi, s. 195; Baysal, **Uyarılma**, N. 949; Kırca, s. 183; Gürzumar, s. 173; Şenol, s. 211 vd.). Söz konusu hakları doğuran vakıalar kesiştiğinde, hem uyarılma hem de haklı nedenle fesih hakları birbirlerinden bağımsız olarak doğar: Altınok Ormancı, s. 208; Kırca, s. 183; Sonraki ifa güçlüğü olgusu yönünden: Corrado Rampini, **Die nachträgliche Leistungserschwerung**, St. Gallen Ü. Doktora Tezi (Dep.n: 2596), N. 139-140; Karş. Baysal, **Uyarılma**, N. 956, yazar işlem temelinin çökmesinin haklı neden oluşturduğu hallerde, uyarılmaya öncelik vermenin daha adaletli olacağını belirtmektedir. Alman hukukunda bu yönde: **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 2; Aksi yönde: Seçkin Topuz, **Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, 2009, s. 289. Alman hukukunda haklı nedenle feshin işlem temelinin çökmesinin özel bir uygulama hali olduğu yönünde: **BeckOK-Lorenz**, §314 BGB, N. 1 ancak karşı. 7: Yazar, haklı nedenle feshin sözleşmesel ilişkinin fesih muhatabının risk alanında gerçekleşen riskler bakımından sözleşmeye içkin bir sona erdirme aracı olduğunu belirtirken, uyarılmanın sözleşmesel ilişki dışında kalan bir nedene dayanan istisnai bir kurum olduğunu belirtmektedir. Ayrıca: **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 14. Çekilmezliğin işlem temelinin çökmesinde, haklı nedenle feshe nazaran daha ağır ölçüde tabi tutan uygulama hakkında: Doralt, s. 413. Öngörülemezlik açısından karşı. Antalya, C. III, s. 534. Kira sözleşmesinin haklı nedenle feshinin kökeninde işlem temelinin çökmesinin bulunduğu görüşü: Doğan, s. 227

¹⁵⁶ **BeckOK-Lorenz**, §314 BGB, N. 8; **JauernigK-Stadler**, §314 BGB, N. 5; **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 10. Haklı nedenin öngörülemez olmasının gerekmediği halde, sözleşme kurulduktan sonra doğması gerektiği hususunda bkz. *Bölüm 3, I,C,4,c*

¹⁵⁷ Doralt, s. 419 vd.

¹⁵⁸ Helvacı, **Mütalaalar**, s. 338

birden fazla fiilin gerçekleşmesi sonucunda da doğabilir¹⁵⁹. Bu son durumda, haklı neden, ilişkiyi çekilmez kılan son fiilin gerçekleşmesiyle doğmuş olur¹⁶⁰. Çalışmanın ilk kısmında ifade edildiği üzere, kendi başına sözleşmesel ilişkiyi çekilmez kılarak haklı neden oluşturan her fiil veya fiil manzumesi ayrı bir haklı nedenle fesih hakkı doğurur.

Çekilmezliğe yol açacak her bir fiil, sözleşmenin sürdürülmesini nesnel ve öznel bakımdan çekilmez kılma niteliğini taşımaktadır¹⁶¹. Başka bir ifadeyle ilgili fiil, somut sözleşme tarafının yerinde olacak aynı nitelikteki herkes için sözleşmesel ilişkiyi çekilmez kılmak zorundadır. Bu koşul yerine geldikten sonra, somut olayda ilgili taraf açısından öznel olarak çekilmezliğin gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir¹⁶². Başka bir deyişle nesnel denetimle, sözleşme tarafının temelsiz hassasiyetleri bertaraf edilirken¹⁶³, öznel denetimle çekilmezliğin gerçekten doğup doğmadığı hususu incelenmektedir. Şu kadar ki nesnel olarak çekilmezliğin varlığı, öznel çekilmezliğin varlığına karine oluşturmaktadır¹⁶⁴.

Çekilmezliğin ortaya çıktığı ve çekilmezliğe yol açan vakıaların ispat yükü, haklı nedenle fesih hakkını kullanan tarafa ait olur (MK m. 6, HMK m. 190/I)¹⁶⁵. İspat yükünü yerine getiremeyen taraf bakımından ise haksız fesih beyanında bulunmanın sonuçları doğar. Başka bir deyişle haklı nedenle fesih hakkını kullanan taraf, fesih beyanında belirttiği vakıa veya vakıalar ile çekilmezliği ispat edememe riskini üstlenmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin bir tarafının birtakım eylemlerde¹⁶⁶

¹⁵⁹ **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 8; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 412; Gutzwiller/Vetter, s. 705; Wolfer, s. 622; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 10; Altınok Ormancı, s. 136; ATF 127 III 153;

¹⁶⁰ Tek başına haklı neden yaratan olguların mutlak ağırlık, diğerlerinin nisbi ağırlık taşıdığı şeklinde kuramsal bir ayırım yapılabileceği hakkında: Altınok Ormancı, s. 143 vd.; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 150

¹⁶¹ Gutzwiller/Vetter, s. 704 vd.; Al. MK §626 çerçevesinde: Oetker/Maultzsch, §7 N. 114 vd.; Altınok Ormancı, s. 139 vd.; Dursun Karaahmetoğlu, s. 92-93; Ayrıca: Seliçi, s. 193

¹⁶² Altınok Ormancı, s. 154; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 167 vd.; **ZK**-Steahelin, Art. 337 OR, N. 3

¹⁶³ Seliçi, s. 197; Dursun Karaahmetoğlu, s. 92

¹⁶⁴ Bu yönde anlaşılabilir: Altınok Ormancı, s. 154; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 198; Dursun Karaahmetoğlu, s. 93; Gutzwiller/Vetter, s. 704-705

¹⁶⁵ **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 28

¹⁶⁶ Kuşku duyulan eylemlerin suç teşkil etmesi durumunda, şüphe nedeniyle haklı nedenle fesih yoluna gidilmesi, masumiyet karinesini ihlal etmez. Zira eylemlerin suç niteliğini taşıyor olması fesih hakkına başvurulabilmesi için zorunlu değildir. Buna karşılık haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresine ilişkin olarak sürenin uzaması için suç teşkil eden bir eylemin varlığı şart olduğundan, kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan ceza zamanaşımı süresinin uygulanması masumiyet karinesinin ve bu bağlamda temel hakların ihlaline yol açacaktır. Zamanaşımı açısından bkz. M. Murat İnceoğlu/Ece Baş

bulunduğu kuşkusunun doğması, bu eylemlerin varlığı ispat edilemese dahi, sözleşme ilişkisinin karşı taraf bakımından çekilmez olmasını yaratabilir¹⁶⁷. Bu itibarla, sözleşmenin bir tarafının birtakım eylemlerde bulunduğu yönünde kuşku doğmuş olması da kendi başına bir haklı neden oluşturabilir. Böylece doğmuş kuşku ve kuşkunun yarattığı çekilmezliğin ispat edilmesi, şüphe sebebi ile haklı nedenle fesih hakkının kullanılması için yeterli olur¹⁶⁸. Bu olasılıkta, ilgili tarafa bir sözleşme ihlali izafe edilemediği için haklı nedenin karşı taraftan ileri gelmediği durumlara özgü sonuçlar doğar. Kuşkunun, tarafın sözleşme kurulduktan sonra yaptığı eylemlerden veya taraftan tamamen bağımsız olarak doğmuş olması, denkleştirilecek edimin tutarını tayinde önem taşıyacaktır.

c. Zamansal Sınır

Haklı nedenle fesih kurumu, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen durum değişikliklerini kapsar. Bu itibarla, haklı neden zamansal olarak ancak sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen çekilmezlik bakımından uygulama alanı bulur¹⁶⁹. Farklı bir söyleyişle, başlangıçta hüküm ifade eden¹⁷⁰ ancak taraflar için çekilmez bir

Süzel/Asuman Aytekin İnceoğlu, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”, **BAÜHFD** C. 11 S. 145-146 (Eylül-Ekim 2016), s. 178-181

¹⁶⁷ **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 14; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 13; Güven ilişkisini etkileyen bir olgu olarak: Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 546. İş hukukunda konu, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi geçerli ve haklı nedenle fesihle ve somut nedenlerle sınırlandırıldığından önem taşımaktadır. İlgili somut nedenlerin ispatlanamadığı bazı durumlarda şüphenin haklı veya geçerli neden sayılıp sayılamayacağı öğretisi ve yargıda tartışılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme ve bilgi için: H. Hilal Yılmaz, “Yargıtay Kararları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İş Hukukunda Şüphe Feshi”, **Çimento İşveren**, C. 32 S. 5 (Eylül 2018), s. 14 vd. Bu çerçevede haklı şüphenin oluşmasının işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini yok edeceğinden hareketle haklı nedenle feshin söz konusu olacağı ifade edilmektedir (Nina Tautphäus, **Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG im System des Kündigungsschutzrechts**, 2018, s. 305 vd.; Genel anlamda: **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 39; **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 14; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 17). Bununla birlikte şüphenin giderilmesi için işverenin makul önlemleri alması gerekir: Wolfgang Hromadka/Frank Maschmann, **Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht**, Berlin, 2018, N. 120-121. Bu sonuç, genel olarak benimsenebilir niteliktedir: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 13; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 16

¹⁶⁸ Doralt, s. 421; **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 14

¹⁶⁹ Öz, **Yönetim**, s. 146; Kırca, s. 183; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 486; Gutzwiller/Vetter, s. 704; Stehle, Vorb. Art. 1-40g, 2016, N. 87; ATF 128 III 423: “... Sözleşmeyi sona erdirecek haklı neden bir sürekli borç ilişkisinde, tarafları için sözleşmeye bağlılık *değişen koşullar nedeniyle* ticari veya kişisel bağlamda tamamen çekilmez hale geldiğinde doğmuş olur...”; Aynı şekilde: İFM, 19.3.2013, 4A_598/2012 (Swisslex). Aksi yönde: **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 9; **JauernigK**-Stadler, §314 BGB, N. 5

¹⁷⁰ TBK m. 27 hükmünde yer alan hükümsüzlük sebeplerinin varlığı halinde, daha önce de ifade edildiği üzere, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi söz konusu olur ve sözleşme feshedilmiş olmaz. Zira hükümsüzlük, hakkın yokluğu anlamına gelir ve savunma olanağı itiraz teknik anlamda hak teşkil etmez

sözleşme kurulması olasıdır. Bu durum, sözleşmeye haklı nedenle sona verme hakkı vermez. Taraflar çekilmezlik yaratan olguları biliyorsa, subjektif olarak çekilmezlik yoktur, bilmiyorlarsa da irade bozukluğu söz konusudur. Sözleşme kurulduğu anda mevcut olan irade bozuklukları ile aşırı yararlanma olguları, sözleşmenin yürürlük sürecinde durum değişikliği teşkil etmediği için haklı sebep oluşturmaz¹⁷¹. Bu olgular, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen hak düşürücü süreler gibi koşullar kapsamında, sözleşmeyi iptal etme hakkı verir. İptal hakkının kullanılmasıyla doğacak kesin hükümsüzlük ise, başlangıçtaki kesin hükümsüzlük gibi amaca uygun sınırlama yoluyla ileriye etkili olur¹⁷². Haklı nedenin varlığı hukuki işlemin geçerliliğinin bir unsuru olduğundan, daha sonradan tamamlanarak fesih hukuki işlemine hüküm kazandırılmaz¹⁷³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, çekilmezliğin aranmıyor olması, hak düşürücü üst sürelerin bulunmaması¹⁷⁴ ve sabit hak düşürücü sürelerin varlığı, irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili iptalini, sözleşmeyi sona erdirebilmek açısından, haklı nedenle feshiye nazaran daha elverişli kılmaktadır.

(Gauch/Schluemp/Schmid, N. 78). Ancak başlangıçtaki objektif imkânsızlık bir hükümsüzlük sebebi olur, çekilmezlik de başlangıçtaki objektif imkânsızlık olarak addedilemez.

¹⁷¹ **ZK**-Higi, Art. 226g OR, N. 42. Şu kadar ki yasal düzenlemelerle bu olgular da fesih hakkı olarak düzenlenmiş olabilir. Buna örnek olarak işverenin hilesi bakımından İşK. m. 24/b. II A, işçinin hilesi bakımından ise m. 25/b. II A hükümleri verilebilir. Haklı neden oluşturacağı görüşünde: Oğuzman, s. 84; Dursun Karaahmetoğlu, s. 84-85; Yener, s. 170; Gürses, s. 417; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 248; İnceoğlu, C, II, s. 229; Tandoğan, C, I/2, s. 231; **BSK**-Weber, Art. 266g OR, N. 5; Haklı nedenin sözleşme kurulduğu anda mevcut olabileceği görüşü: Doğan, s. 230; İptal ve haklı nedenle fesih haklarının yarışabileceği görüşünde: Altınok Ormancı, s. 165; Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, “Kredi Alanın Ekonomik Durumuna İlişkin Yanlış Bilgi Vermesi Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Feshi İçin Haklı Sebep Teşkil Eder mi?”, **BAÜHFD** S. 175-176 (Mart-Nisan 2019), s. 825-826; Aynı yönde: **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 27

¹⁷² Federal Mahkeme'nin ileriye etkili iptali kabul ettiği emsal kararlardan: ATF 129 III 320, Mahkeme burada İBK m. 320/III ve m. 25/I hükümlerine kıyasen başvurarak bu sonuca ulaşmıştır. Esasen gerekçe olarak çok uygun olmayan bu dayanaklar yerine doğrudan, hükümsüzlüğün amaca göre sınırlanması daha yerinde olurdu. Ayrıca farklı değerlendirme: Christiana Fountoulakis, “Le sort des prestations à la fin des contrats de durée”, **La pratique contractuelle 2 Symposium en droit des contrats**, 2011, s. 60 vd. Karş. Koller, **AT**, N. 14.28 ve 13.199, yazar söz konusu hükmün istisnai nitelikte olduğunu ve tüm sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere uygulanamayacağı fikrindedir. Sürekli edim ifa edilmeye başlanmadıysa ve dürüstlük kuralı aksini gerektiriyorsa iptalin geriye etkili olacağı hakkında: Helvacı, **Mütalaalar**, s. 208-209. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin iptalinde ileriye etkinin boşluk doldurma etkinliği sonucunda kabul edildiği: Özen, s. 298. Dürüstlük kuralı ve fiili sözleşme kuramı gerekçesiyle: Gauch/Schluemp/Schmid, N. 944

¹⁷³ **ZK**-Higi, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 56 vd.; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 23; Oetker/Maultzsch, N. 128

¹⁷⁴ M. Kemal Oğuzman, “L’annulation d’un contrat à cause de dol est-elle limitée par un délais maximum”, **SJZ** 1963, s. 265; Oğuzman/Öz, C. I, N. 405; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 812; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 908

5. Sonuçları

a. Sözleşme Üzerinde

Haklı nedenle fesih hakkı, hakkın kullanıldığına ilişkin fesih beyanının sözleşmenin karşı tarafına ulaşmasıyla¹⁷⁵ birlikte, kira sözleşmelerinde öngörülen kanuni istisna saklı kalmak kaydıyla, sözleşme derhal¹⁷⁶ ve kural olarak ileriye etkili olarak son bulur¹⁷⁷. Daha önce ifade edildiği üzere, ileriye etkili sona erme, ifa edilmekte olan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin geriye etkili tasfiyesinin gereksizliği ve güçlüğü nedeniyle, fesih, irade bozukluğu nedeniyle iptal, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi gibi durumlarda ortak sonuç olmaktadır. Bu çerçevede yanıtlanması gereken bir soru, hak sahibinin fesih hakkını kullanırken feshin hüküm doğuracağı tarihi, işlemin yürürlüğüne vade tanımak suretiyle öteleme imkânına sahip olup olmadığıdır. Kanımızca feshe muhatap olan tarafın hukuki durumunu kötüleştirmedeği ve yenilik doğuran haklarının kullanımına dair ilkelere aykırı düşmeyeceğinden bu olanağın varlığı reddedilmemek gerekir¹⁷⁸. Ancak böyle bir sürenin tanınmış olması haklı nedenin varlığının öznel bakımdan daha sıkı değerlendirilmesine yol açmalıdır.

Haklı nedenle fesih hakkının kullanılması, salt ilgili sözleşmeyi sona erdirir. Bu sözleşmenin sona ermesi, başka bir sözleşmede açıkça veya örtülü olarak bozucu

¹⁷⁵ **ZK**-Higi, Vorb. Art. 266-266o OR, N. 37; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1280; JdT 1998 I 300

¹⁷⁶ Haklı nedenle fesih dava hakkı öngörülen yalın ortaklık sözleşmesinde ise HMK m. 108/III hükmü uyarınca yalın ortaklığın haklı nedenle feshi karar tarihinden itibaren hüküm ifade edecektir. Dava sonucunun beklenmesinin beklenilemeyeceği durumlarda ise haklı nedenle derhal fesih hakkı bulunur: **OFK**-Müller, Art. 545 OR, N. 9; **CHK**-Jung, Art. 545-546 OR, N. 11; ATF 48 II 439. HMK m. 108/II benzeri hüküm bulunmayan önceki kanun döneminde ise yenilik doğuran davanın niteliğine göre yenilik doğurucu etkinin zamansal sınırlarının tespit edilmesi gerektiği kabul edilmekteydi: Önen, s. 188-189; Özel nedenlerin varlığı halinde geçmişe etkinin bulunacağı yönünde: Sungurtekin Özkan, s. 559 ve 574. Hakların niteliğini gözetmeyen HMK m. 108/III hükmü yerine söz konusu kabulün daha yerinde olduğu ifade edilmelidir.

¹⁷⁷ Oğuzman, s. 132; Gauch, s. 183 vd.; Altınok Ormancı, s. 212; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1275; Gutzwiller/Vetter, s. 706; **ZK**-Higi, Art. 257f OR, N. 81; **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 55; **PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 47; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 22-23; **BeckOK**-Lorenz, §314 BGB, N. 23; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 550; Medicus/Lorenz, N. 657. Fesih muhatabının menfaati bakımından sosyal bir fesih mehiline [*sozialen Auslauffrist*] gerek duyabileceği yönündeki görüşler (**PraxisK**-Weth, §314 BGB, N. 44; **NomosK**-Krebs/Jung, §314 BGB, N. 56; **PalandtK**-Grüneberg, §314 BGB, N. 10) ise reddedilmek gerekir (**MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 22; Böttcher, §314 BGB, N. 17), zira taraf menfaatlerine göre varlığı takdir edilen haklı neden ve çekilmezlik olgusu, sosyal mehili gereksiz kılar.

¹⁷⁸ Olanak veren görüş: **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 22; Seliçi, s. 158; Molitor, s. 253; Demir Gökyayla, s. 204

şart olarak kararlaştırılmamışsa diğer sözleşmelerin hukuki akıbetini etkileyemez¹⁷⁹. Esasen sözleşmelerin bağımsızlığından ileri gelen bu sonuç, olağan fesih¹⁸⁰ başta olmak üzere bütün sona erme hakları açısından geçerlidir. Bununla birlikte, ilgili sözleşmenin haklı nedenle feshedilmiş olması, niteliği elverişli başka hukuki işlemler için durum değişikliği teşkil etmesi nedeniyle kuramsal olarak haklı neden¹⁸¹ veya uyarılama sebebi oluşturabilir, objektif imkânsızlığa yol açması nedeniyle sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasına dahi neden olabilir.

Sözleşme her ne kadar ileriye etkili olarak sona erse de sözleşmenin tasfiyesi¹⁸² kapsamında tarafların birbirlerine karşı iade borçları doğabilir. Bu da sözleşmenin sona ermesinin doğal sonucu olup olağan fesih ve diğer fesih hallerindeki hukuki durumdan herhangi bir farklılık arz etmez.

b. Tazminat ve Denkleştirme Sorumluluğu

(1) Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme, haklı nedenle feshedildikten sonra feshin ileriye etkisi nedeniyle sorumluluk kaynağı olmaya devam edebilir. Sorumluluğun niteliği ve kapsamı, sorumluluk doğuran sözleşmeye aykırılığın niteliği ve hatta varlığı ile haklı nedenin niteliğine göre değişiklik gösterecektir.

Haklı nedenle feshin sözleşme taraflarının sorumluluğu üzerindeki etkisi incelenirken öncelikle, uygulama olanağı varsa, haklı nedenle feshe ilişkin kanun hükümleri dikkate alınmak gerekir. Bu çerçevede yalın ortaklığın haklı nedenle feshine ilişkin TBK m. 639/I b. 7 hükmü incelendiğinde sözleşmesel sorumluluğa dair

¹⁷⁹ Demir Gökyayla, s. 210-211; Özen, s. 346; Gürses, s. 419; Dursun Karahmetoğlu, s. 145; Erdem (E.), N. 1314. Bununla birlikte bir sözleşme bakımından haklı neden oluşturan vakıalar başka bir sözleşme için de haklı neden sayılabilir, bu durumda sözleşme tarafları özdeş ise her iki sözleşme için birlikte haklı nedenle fesih hakkı kullanılabilir. Bu olasılıkta da iki ayrı sözleşmeye dair iki ayrı bozucu yenilik doğuran hak kullanılmış olacaktır. Buna göre, haklı nedenin içeriğinin birel sözleşmelerin ifa edilmemesi için kendiliğinden hukuki bir gerekçe oluşturabileceği yönündeki ifadeler (İşgüzar, s. 160; Şenol, s. 226; Demir Gökyayla, s. 211) önceki cümleler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bir diğer olasılık, haklı nedenle feshedilen sözleşmenin diğer bir sözleşme ile bileşik (mürekkep) sözleşme oluşturuyor olmasıdır. Bileşik sözleşmelerde bir sözleşmenin akıbeti diğerine bağlı olduğundan, fesih işlemi diğerini de sona erdirecektir: Tandoğan, C. I/1, s. 76; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 41 ve 43; Gümüş, C. I, s. 6.

¹⁸⁰ Özen, s. 315

¹⁸¹ Özen, s. 355

¹⁸² Sözleşmenin tasfiyesiyle sözleşme süresi boyunca tarafların birbirlerine bırakmış oldukları malvarlığı unsurları iade edilir: Dursun Karahmetoğlu, s. 148; Seliçi, s. 120; Gauch, s. 203

hiçbir düzenleme içermediği görülür. Burada amaç, haklı nedenle yalın ortaklık sözleşmesi mahkeme kararıyla feshedildiğinde tarafların sözleşmesel sorumluluktan kurtulması değildir. Sorumluluğa ilişkin olarak genel hükümler ve ilkeler uygulanacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine ilişkin TBK m. 617 hükmüne göre, sözleşme geriye etkili olarak feshedildiğinde (teknik olarak dönüldüğünde), haklı nedenin oluşumunda sorumlu taraf, diğer tarafın uğradığı zararı uygun tazminatla karşılamakla yükümlüdür. Hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesinin sonuçlarına dair TBK m. 437 hükmü, fesih sebebi bir tarafın sözleşme ihlalden kaynaklanmışsa, bu tarafın karşı tarafın zararını tamamen karşılayacağını; sebebin başkaca bir vakıadan kaynaklanması halinde hâkimin bütün koşul ve durumu nazara alarak maddi sonuçları takdir edeceğini düzenlemektedir. Kira ve ürün kiralalarına ilişkin TBK m. 331 ve m. 369 ise aynı içerikle, hâkimin fesih sonrası sorumluluğu sonuca bağlayacağı hükmünü içermektedir.

Haklı nedenle feshe ilişkin genel kanun boşluğunu doldururken yararlanılacak bu hükümlerden, haklı nedenle feshin sonuçlarına ilişkin çıkarımlarda bulunmak mümkün ve gereklidir. TBK m. 331 ve 369 hükümleri, hâkimin takdir yetkisiyle feshin maddi sonuçlarının belirleneceğini hüküm altına alırken, sözleşme ihlali olarak gerçekleşmeyen haklı sebeplerde dahi maddi sorumluluğun bulunabileceğine işaret etmektedir. Bu ilke, daha açık bir şekilde TBK m. 437/II'de ifade edilmiştir. Yine aynı maddede, sözleşme ihlali olarak gerçekleşen haklı sebeplerde karşı tarafın zararının tamamen giderileceği düzenlenmiş iken TBK m. 617'de uygun bir tazminata hükmedileceği kabul edilmiştir. Buna göre, haklı feshin sonuçlarına ilişkin olarak şu ara sonuçlara varılmak gerekir: (i) Feshe yol açan haklı neden, bir tarafın sözleşmeyi ihlal etmesinden kaynaklanıyorsa, doğan zararın giderilmesi gerekir; (ii) Haklı neden sözleşme ihlalden kaynaklanmasa dahi, sözleşmenin sona ermesinden ötürü bir sorumluluk doğabilir.

(2) Fesih Anından Önceki Sözleşmeye Aykırılıklardan Ötürü Sorumluluğun Saklı Kalması

Haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasıyla, sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceği için, fesih tarihinden önce doğmuş hukuki sonuçlar her iki taraf için de

varlıklarını korur¹⁸³. Sözleşmesel sorumluluk bakımından bunun temel sonucu, fesih tarihinden önce gerçekleşmiş sözleşmeye aykırılıklardan ötürü doğan zararlardan sorumluluklarının devam etmesidir. Dolayısıyla sözleşmenin haklı nedenle feshine dayanak teşkil edip etmemesinden bağımsız olarak, sözleşmesel sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş olduğu takdirde, sözleşme feshedildikten sonra da genel hükümler çerçevesinde tazminat talebinde bulunulabilir¹⁸⁴. Sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açan sözleşme ihlalleri bakımından, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle fesihle oluşan zararlardan ayırt etmek için, doğrudan sözleşmenin ihlali nedeniyle uğranılan zarar terimini kullanmak yerinde olur¹⁸⁵. Bu çerçevede tazminata konu olan olumlu zarardır¹⁸⁶.

(3) Sözleşmenin Süresinden Önce Sona Ermesi Nedeniyle Uğranılan Zarardan Sorumluluk

(i) Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesiyle doğabilecek sorumluluğun ana görünümünü sözleşmenin süresinden önce sona ermiş olması vakıyası oluşturmaktadır. Esasen sözleşmenin süresinden önce sona ermiş olması, haklı nedenle feshin, fesih nedeniyle doğan ve fesihle uygun nedensellik bağı içinde bulunan biricik maddi sonucudur. Zira yukarıdaki başlıkta değinilen sorumluluk sözleşmenin münfesih hale gelmesinden bağımsız olarak doğar ve sadece ilgili sözleşme ihlali oluşturan eylemden ileri gelir. Buna karşılık, haklı nedenle fesih

¹⁸³ Von Tuhr/Escher, s. 168; Gauch, s. 232 vd.; Gutzwiller/Vetter, s. 707; Weller, s. 290; **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 23; **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 55; **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 47. Al. MK §314/IV hükmü de bu hususu; fesih, tazminat talep etme hakkına hanel getirmeyen şeklindeki düzenlemesiyle açıkça belirtmektedir.

¹⁸⁴ Seliçi, s. 119; Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 256

¹⁸⁵ Altınok Ormancı, s. 240; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 359; Hizmet sözleşmesinde bkz.: Tercier, **Spéciaux**, N. 2905

¹⁸⁶ Altınok Ormancı, s. 241; Fakat unutulmamalıdır ki, sözleşmeye aykırılık, karşı tarafın bütünlük menfaatinin ihlal edilmesine yol açmışsa, olumlu veya olumsuz menfaat ile nitelendirilmeyecek bir zarar söz konusu olmaktadır. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 32 vd.; Larenz, **SR-AT**, s. 107; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2904; Ergüne, **Culpa**, s. 914. Olumlu ve olumsuz zarar, kavramsal olarak ve kaideten birbirini dışlar ve birlikte yahut karma bir şekilde talep edilemez. Ergüne, **Culpa**, s. 923 ve dn. 31. Ancak olumlu veya olumsuz zararın giderilmesine ilişkin tazminat talebinin varlığı, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan tazminat talebine engel olmaz. Başka bir deyişle olumlu veya olumsuz zararın tazmini talebinin yanında bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararın giderilmesi de istenebilir: Schwenger, N. 14.32 Karş. Bucher, s. 342, dn 54.

nedeniyle sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden doğan sorumluluk, doğrudan doğruya haklı neden oluşturan vakıadan değil, sözleşmenin feshedilmesinden kaynaklanır. Bu itibarla doğum anı¹⁸⁷, kapsamı ve nedensellik bağı açısından fesih anından önce gerçekleşmiş sorumluluklardan farklılaşır¹⁸⁸.

(ii) Haklı Nedenin Karşı Tarafın Sorumlu Olduğu Sözleşmeye Aykırılıktan İleri Gelmesi

Haklı neden oluşturan vakıalar karşı tarafın sözleşmesel olarak sorumlu olduğu olgulardan oluşuyorsa, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden taraf sözleşmenin haklı nedenle feshinden ötürü sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden ileri gelen olumlu zararının giderilmesini talep edebilir¹⁸⁹. Bu durumda haklı nedenle fesheden tarafın malvarlığının, sözleşme süresi sonunda¹⁹⁰ sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmesiyle bulunacağı hal, malvarlığının feshin hüküm ifade ettiği andaki haliyle karşılaştırılır¹⁹¹ ve aradaki fark tazmin edilir.

Kural olarak sorumluluğun bütün esaslarına ilişkin olarak sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanır¹⁹². Bu bakımdan özellikle TBK m. 114/II atfıyla uygulanacak TBK m. 51-52 hükümlerine zararın ve tazminatın belirlenmesinde başvurulur. Dolayısıyla tazminatın, zarardan daha düşük tayin edilmesi mümkündür.

Olumlu zararın giderimi talebi yanı sıra, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin süresinden sona ermiş olması, olumsuz zararın da doğumuna yol açmış olabilir. Bu durumda sözleşme haklı nedenle fesih anına dek yürürlükte kalacak şekilde kurulmuş olsaydı, haklı nedenle fesih hakkını kullanan tarafın malvarlığının

¹⁸⁷ Bu zarar, sözleşmenin sona ermesi başka bir deyişle feshin hüküm doğurmasıyla birlikte doğar.

¹⁸⁸ Altınok Ormancı, s. 241 vd.; Hizmet sözleşmesi bakımından: Wyler, s. 510

¹⁸⁹ Gauch, s. 222; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1329; Gutzwiller/Vetter, s. 707-708; Bayilik sözleşmesinde: Şenol, s. 289; Kredi sözleşmesinde: Dursun Karaahmetoğlu, s. 152 vd.

¹⁹⁰ Huber, II, §46 III 1, s. 446 ve §46 III 3, s. 449; Sözleşme belirli süreliyse bu süre esas alınır, ancak sözleşme veya yasal düzenlemelerde karşı tarafın sözleşmeyi belirlenen süreden daha önce sona erdirmeye olanağı bulunuyorsa, bu olanağa göre sözleşmenin sona erebileceği tarih esas alınmak gerekir. Sözleşme belirsiz süreli ise, zararın hesaplanmasında sözleşme süresi olarak sözleşmenin olağan fesihle karşı tarafça sona erdirilebileceği an dikkate alınır (Altınok Ormancı, s. 241; Cherpillod, N. 257; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 360; Kira sözleşmesi bakımından: ZK-Higi, Art. 257f OR, N. 88); Tek yetkili satıcılıkta: Demir Gökyayla, s. 207

¹⁹¹ İFM, 15.1.2008, 4A.351/2007 (Swisslex); Huber, II, §46 III 1, s. 448

¹⁹² Demir Gökyayla, s. 206; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1335 vd.

alacağı durumun nazara alınması gerekirdi¹⁹³. Kuramsal olarak olumsuz zararın gerçekleşmesi bu yönden mümkün olmakla birlikte, yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerden hareketle yapılan tümel kıyas sonucu varılan kural uyarınca olumsuz zararın giderilmesinin mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmek gerekir. Yukarıda değinilen kanun hükümleri ile TBK m. 126 hükümlerinde olumsuz zararın giderilebileceğine ilişkin herhangi bir açıklık olmaması karşısında kanımızca genel olarak haklı nedenle fesihte olumsuz zararın, tazminat talebine konu olamayacağı kabul edilebilir¹⁹⁴.

(iii) Haklı Nedenin Karşı Tarafın Sorumlu Olmadığı Bir Durumdan İleri Gelmesi

Haklı neden sözleşme taraflarının sorumlu olmadığı ve birbirlerinin risk alanı kapsamında tahammül etmek zorunda olmadıkları bir vakıadan ileri gelebileceği gibi, karşı tarafın risk alanına dahil ancak sorumlu olmadığı bir vakıadan doğabilir yahut sözleşme ihlali teşkil etmeyen haklı neden oluşturan vakıalar, fesih hakkı sahibinin risk alanında olabilir¹⁹⁵. Çekilmezliğin gerçekleşmesi haklı nedenin varlığı için yeterli olduğundan, kendisi için sözleşme çekilmez hale gelen taraf fesih hakkını kullanabilir.

Bu olasılıklarda sözleşme yine süresinden önce sona erdirilmiş olacaktır ve sözleşmenin iki tarafı bakımından süresinden önce sona erme nedeniyle olumlu menfaatin yitirilmesi söz konusudur. Bu menfaat kaybının, TBK m. 112 vd. hükümleri uyarınca tazminat olarak giderilmesi de mümkün değildir. Zira haklı neden oluşturan vakıalar sorumluluk doğuracak nitelikte olmadığı gibi haklı nedenle fesih hakkının

¹⁹³ Altınok Ormancı, s. 243; Gutzwiller/Vetter, s. 708

¹⁹⁴ Gauch, s. 223; Altınok Ormancı, s. 243. Bu bağlamda tek istisnai hüküm TBK m. 564 olmaktadır.

¹⁹⁵ Oğuzman, s. 75; Seliçi 196 ve 198; Altınok Ormancı, s. 158; **MünchK**-Gaier, §314 BGB, N. 10; İnceoğlu, C, II, s. 236 vd.; Bayinin kendinden kaynaklanmayan sebeplerle ifa engeliyle karşılaşması halinde dağıtıcının haklı nedenle feshe başvuramayacağı fikrinde karşı. Karauz, s. 245; Feshedenin karşı taraftan az kusurlu olması gerektiği görüşünde karşı. Gürses, s. 418; Dursun Karaahmetoğlu, s. 98; Altınok Ormancı, s. 159. Bu durumda öncelikle çekilmezlik ve sonra MK m. 2 uyarınca bir değerlendirme yapılması gerekir (Çelişkili davranış yasağına aykırılık şeklinde: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 219; TBK m. 175'in kıyasen uygulanması: Altınok Ormancı, s. 159; **ZK**-Stähelin, Art. 337 OR, N. 5). Zira salt çekilmezliğin varlığı fesih hakkının doğumu için yeterlidir. Öte yandan, kusur sözleşmeye veya dar anlamda hukuka aykırılıkta söz konusu olan bir kavram olduğu için fesih sebebi bakımından yerinde bir kullanım söz konusu değildir. Haklı nedenin varlığı için hukuka veya sözleşme aykırılığa gerek yoktur.

kullanılması da, başlı başına hukuka uygun olduğu için bu hakkın kullanılmış olması tek başına sözleşmesel sorumluluğu doğurmaya elverişli değildir.

Bununla birlikte, haklı neden oluşturan vakıadan sorumlu olmayan fesih muhatabı, sözleşmenin sona erdirilmesiyle sözleşmeden beklediği olumlu menfaati yitirmek suretiyle fedakârlıkta bulunmaktadır. İlgili sözleşme tarafının yaptığı bu fedakârlığın da karşılıksız kalmaması lazım gelir. Nitekim TBK m. 331 ve 369'da kira ve ürün kirası sözleşmelerinde, haklı nedenle feshin sonuçlarını hâkimin durum ve koşulları dikkate alarak takdir edeceğinin hüküm altına alınmış olması, haklı nedenle fesih sonucunda sadece sözleşmeye aykırılık sonucu tazminatın doğmayacağına işaret etmektedir¹⁹⁶. Bu durum, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshinin sonuçlarına ilişkin TBK m. 437'de daha açık bir şekilde görülmektedir¹⁹⁷. Anılan madde hükmüne göre, sözleşmeye aykırılık sonucunda gerçekleşen haklı nedenle fesihte karşı taraf tam tazminatla sorumlu olurken, diğer haklı nedenlerde hâkim somut durumu ve koşulları değerlendirmek suretiyle maddi sonuçları serbestçe belirleyecektir. Farklı söyleyişle sözleşme ihlalden kaynaklanan haklı nedenle fesihte sonuç, karşı tarafın olumlu zararı gidermesi iken; diğer bütün olasılıklarda hâkim uygun gördüğü şekilde maddi sonuçları belirleyecektir¹⁹⁸.

Bu itibarla, gerek yukarıda anılan hükümler, gerek bu hükümler doğrultusunda¹⁹⁹ haklı nedenle feshe ilişkin kanun boşluğu doldurulurken esas alınacak ilke uyarınca, sözleşme karşı tarafın sorumlu olmadığı bir vakıa sonucunda feshedilmiş ise, karşı tarafın kaybettiği olumlu menfaatine ilişkin fedakârlığı

¹⁹⁶ Altınok Ormancı, s. 250; JdT 1997 I 13; İFM, 30.5.2006, 4C.35/2006 (Swisslex)

¹⁹⁷ Altınok Ormancı, s. 249; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 366; Gauch, s. 230

¹⁹⁸ Anılan hükümlerin genel bir uygulama değerine sahip olduğu şeklinde: Cherpillod, N. 262; Venturi Zen Ruffinen, s. 372

¹⁹⁹ Kıyasen uygulama şeklinde: Gutzwiller/Vetter, s. 708; İsviçre hukukunda bu yönde kanun koyucunun benzer hallerde takındığı tutumu göstermek adına İBK m. 26 (TBK m. 35) hükmü de ileri sürülmektedir (Venturi-Zen-Ruffinen, s. 372). Buna göre kanun koyucunun ilgili hükümle getirdiği düzenleme kişinin kendi risk alanında gerçekleşmiş olan sebeplerden sorumlu olması gerektiğine ilişkin getirdiği ilkeyi göstermektedir. Türk öğretisinde işaret edildiği üzere (Altınok Ormancı, s. 251), bu görüş yerinde değildir. Öncelikle, anılan diğer hükümlerin varlığı, ayrıca TBK m. 35 hükmüne dayanmayı gereksiz kılmaktadır, söz konusu hükümler gerekçelendirme için yeterlidir. Ayrıca, TBK m. 35, *culpa in contrahendo* esasına dayanır ve sözleşmesel sorumluluğa tabi borç ilişkisinin ihlalini içerir. Bu nedenle herhangi bir şekilde sözleşmenin ihlaline dayanmayan haklı nedenle fesihte denkleştirme talebine dayanak oluşturamaz. Ayrıca bu denkleştirme talebi her iki tarafın da sorumlu olmadığı bir haklı neden de ileri gelebilir. TBK m. 26 hükmünün esas özelliği, yanılan kişinin kusuruna karşın hukuki işlemi iptal etme hakkı tanıyor olmasındadır.

denkleştirilmek gerekir²⁰⁰. Bu sonuç, yukarıda belirtilen madde hükümleri ve bu madde hükümleri kapsamı dışında kalan olasılıklarda kanun boşluğu doldurmak suretiyle yaratılan kanun hükmünden kaynaklanır. Söz konusu denkleştirme talebine ilişkin kanun hükümlerinin gerisindeki hukuki ilke ise fedkârlığın denkleştirilmesidir²⁰¹. Zira hukuka uygun şekilde sözleşmeye son verilmesinden doğan menfaat kaybının hakkaniyet düşüncesiyle, sözleşme ilişkisinden haklı neden ile kurtulan tarafın bir ölçüde karşılaması söz konusudur.

Bu itibarla, söz konusu denkleştirme talebi hiçbir şekilde tazminat olarak nitelendirilemez ve belirlenmesinde TBK m. 51-52 hükümleri uygulanamaz²⁰². İstemin kapsamı, tarafların durumları, haklı nedenle fesihle uğranılan menfaat kaybı, haklı neden oluşturan vakıanın iki tarafın da sorumlu olmadığı bir olgu veya haklı nedenle fesheden tarafın risk alanında kalan bir olgu olması gibi parametreler dikkate alınmak suretiyle belirlenmek gerekir²⁰³. Haklı neden, muhatabın risk alanında ise denkleştirme tutarı düşük olabilir, hatta hiç denkleştirme dahi söz konusu olmayabilir; buna karşılık fesheden tarafın risk alanında ise denkleştirme tutarı daha yüksek belirlenmelidir. İki tarafın da risk alanında bulunmayan bir haklı neden söz konusuyla, denkleştirme tutarı diğer iki olasılığa ilişkin tutarlar arasında olmalıdır.

Diğer yandan, haklı neden muhatabın sorumlu olmadığı bir vakıadan kaynaklanmışsa, haklı nedenle feshedenin muhataptan yine fedakârlığın denkleştirilmesi yoluyla bir istemde bulunmasına olanak yoktur. Bu durumda menfaat kaybı, feshedenin fesih işleminden kaynaklanmakta olup bu hakkı kullanmak ilgili tarafın ihtiyarındadır.

²⁰⁰ Genel bir ilke olarak: Altınok Ormancı, s. 250; İştimen, s. 60; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 372; Cherpillod, N. 262. TBK m. 331 anlamında gerçek anlamda tazminat bulunmadığı: İnceoğlu, C. II, s. 253; Franchise sözleşmesi bağlamında: **CHK**-Wildhaber, Vorb 184 ff/Franchisevertrag, N. 31. Medeni hukuka ait genel bir kavram olarak fedakârlığın denkleştirilmesi hakkında: Uluşan, s. 8 vd.

²⁰¹ Altınok Ormancı, s. 251; İştimen, s. 60; Benzer yönde: Gutzwiller/Vetter, s. 708

²⁰² **CR**-Roncoroni, Art. 297 CO, N. 3; Aksi yönde: Altınok Ormancı, s. 250; **ZK**-Higi, Art. 266g OR, N. 80; JdT 1997 II 13; TBK m. 52'nin kıyasen uygulanması: İnceoğlu, C. II, s. 256. Esas itibarıyla sözleşmesel sorumluluk söz konusu olmadığı ve denkleştirme talebi doğduğu için, kusursuz sorumsuzluğun istisnai olduğundan gerekçesiyle bu talebin nadiren söz konusu olabileceğinin ileri sürülmesi (Cherpillod, N. 263) isabetsizdir.

²⁰³ Altınok Ormancı, s. 249; Cherpillod, N. 264; Gauch, s. 230; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1354 vd.; **ZK**-Staehelin, Art. 337b OR, N. 9-11; ATF 114 II 279

D. Diğer Fesih Hakları

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin tek yanlı bir irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirilmesine olanak tanıyan fesih hakları, olağan ve haklı nedenle (olağanüstü) fesihden ibaret değildir. Türk Borçlar Kanunu, genel ve özel hükümler kapsamında belli olguların gerçekleşmesi halinde sürekli borç ilişkilerinin tek yanlı irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirilebilmesini sağlayan pek çok fesih hakkı tanımıştır ve tanınan hakların sürekli edimin ifa süreci başlamış sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih hükmü doğuracağı kabul edilmektedir²⁰⁴.

Söz konusu olgular, sözleşmesel ilişkinin devamını tehlikeye sokan, iflas, ölüm, aciz hali gibi vakıalar olabildiği gibi sözleşmenin ifa sürecinde karşılaşılan ifa engelleri de olabilir. Böylece ifa sürecinde karşılaşılan aksaklıklar nedeniyle sözleşmesel bağlılıktan kurtulma olanağı tanınmaktadır. Esasen bu olanaklar, ani edimli borç ilişkilerine dair mevcut olanakların, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere yansımından ibarettir. Zira söz konusu hallerde sözleşmesel bağın koparılması gereksinimi bütün sözleşmelerde benzerlik gösterir. Değişen koşullarda sözleşmenin uyarlama hakkının kullanılmasıyla sonlandırılması birinci duruma, tam iki taraflı sözleşmelerde asli edimlerde borçlu temerrüdünde sözleşmeye son verilmesi de ikinci duruma örnek olarak verilebilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uyarlama hakkının kullanılması sonucunda sözleşmenin sona erdirilmesinin (TBK m. 138: sıfıra uyarlama=*Anpassung auf Null*²⁰⁵) sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih sonucunu, tam iki taraflı sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerde ise sözleşmeden dönme hakkının sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih sonucunu doğuracağı açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 126). Bu somut hükümlerden önce de 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, süreklilik niteliği taşıyan asli edimin ifasına başlanmasıyla birlikte sözleşmenin sona ermesine yol açacak hakların kullanılmasına yönelik tek

²⁰⁴ Bu çerçevede söz konusu haklar, haklı nedenle (olağanüstü) feshe başvurma olanağını sınırlamaz: Seliçi, s. 206; Gauch, s. 196; Altınok Ormancı, s. 95-96; Dursun Karaahmetoğlu, s. 61 ancak karşı. 133; Aksi yönde: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 245; ZK-Higi, Art. 266g OR, N. 14

²⁰⁵ Baysal, **Uyarlama**, N. 941. Ancak karşı. Mario Schollmeyer, **Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage**, 2014, s. 410: Yazar, sıfıra uyarlamanın teknik olarak sözleşmenin uyarlanması değil, tali yükümlülüklerin dahil olduğu özel bir sözleşme tasfiyesi olduğu görüşündedir.

tarafli hukuki işlemlerin fesih sonucuna yol açacağı kabul edilmekteydi²⁰⁶. Bu fesih hakları, sebep oluşturan vakıaların gerçekleşmesiyle doğduğu, ayrıca sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen çekilmezliğin gerekmemesi nedeniyle kanımızca diğer fesih hakları başlığı altında değerlendirilmeli, olağanüstü fesih ve haklı nedenle fesih kavramları da eşanlımlı kavramlar olarak ayrı bir hak kategorisi oluřturmalıdır²⁰⁷.

Sonuçları her ne kadar ileriye etkili olsa da sürekli borç ilişkilerinde hkmszliğiğin ileri sürülmesinin, bir hukuki işlemlle sözleşmeye son verilmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden ötürü, bunun bir tür fesih olarak kabul edilmesinin olanaksız olduğu tekrar vurgulanmak gerekir²⁰⁸. Buna karşılık irade bozuklukları ve aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin iptalinde, sözleşmenin iptali bozucu yenilik doğuran beyanla kullanılan bir hak olduğundan ve işlem sonucunda hkmszliğiğin, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin nitelikleri gereği amaca göre sınırlanmasıyla sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceđinden²⁰⁹, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin anılan nedenlerle iptali, fesih gibi ileriye etkili sonuçlar doğuracaktır. Söz konusu hukuki durum, 818 sayılı Kanun döneminde borçlu temerrüdünde dönme hakkı veya sözleşmeyi uyarlama hakkından farklı değerdir. şu kadar ki irade bozuklukları ve aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde bağımsız varlıklarını korurlar, haklı nedenle fesih hakkının içinde erimezler. Zira yukarıda ifade edildiği gibi haklı nedenin doğumu için sözleşme kurulduktan sonra bir durum değerliğiğinin gerçekleşmesi şarttır. Oysa iptal hakkı veren anılan durumlar sözleşme kurulduktan önceki sürece ilişkin olup sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte bir değerliğiğe işaret etmezler. Bu bakımdan, bu hakların sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kullanılabilmesi

²⁰⁶ Oğuzman/z, C. I, N. 1721; Buz, **Temerrüt**, s. 319 vd. Havutçu, s. 145

²⁰⁷ Teknik olarak feshin bir hak olduğu ve geçerli fesihlerin aslında haklı fesih olduğu, haklı nedenle sözleşme kurulduktan sonra doğan bir sebebin ifade edildiği hakkında z, **Yönetim**, s. 146

²⁰⁸ Sürekli borç ilişkilerinde hkmszliğiğin ileri sürülmesinin özel bir fesih hakkı oluşturduğu, bunun dışında sebebe bağlı fesih haklarının sözleşme kurulmasından sonraki nedenle dayandığı yönünde karş: Pawlowski, **AT**, §4, N. 501a ve 523, 531a.

²⁰⁹ Seliçi, s. 57 vd.; Oğuzman/z, C. I, N. 390; Eren, s. 432; Kocayusufpaşaoğlu, §36 N. 78; Wolf/Neuner, §41 N. 145; İptalin hükmü açısından: Huguenin, N. 585; JdT 2003 I 331; JdT 2008 I 541; Boemke/Ulrici, §12 N. 105; Mankowski, s. 948. Ayrıca, dönme hakkı açısından: Gernhuber, **Schuldverhltnis**, §16 II 7 a, s. 396

için ayrıca sözleşme kurulduktan sonra çekilmezliğin gerçekleşmesi aranmaz, aranması da kuramsal olarak mümkün değildir. Kaldı ki haklı nedenin sözleşme kurulduğu andan sonra gerçekleşen durum değişikliği olarak gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmese dahi, anılan durumlarda iptal hakkının haklı nedenle fesih hakkından bağımsızlığını kabul etmek şarttır. Çünkü aksi yöndeki bir varsayım, esasen sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin salt haklı nedenle feshedilebileceği, irade bozuklukları ve aşırı yararlanmanın kendi başına hukuki ilişkiye son verme hakkı vermeyeceği sonucuna götürür. Oysa anılan hukuki olanakların salt ani edimli sözleşmelere özgü olarak tanındığına yönelik herhangi bir emare Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde gözlemlenemez.

II. Haksız Fesih Beyanları

A. Genel Olarak

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde bir taraf, yukarıda açıklanan fesih rejimine aykırı bir fesih beyanına muhatap olursa, haksız fesih gerçekleşmiş olur. Esasen ifade edilen bu durum, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdeki haksız dönmenin bir görünümünden ibaret olup genel olarak haksız sona erdirme kavramı altında bulunmaktadır. Bu itibarla, beyanın geçerliliği, hukuki niteliği ve sözleşme ihlali teşkil edip etmediği çalışmanın önceki bölümlerinde yapılan açıklamalara koşut olacaktır.

Buna karşılık, sürekli borç ilişkisi hükümlerine tabi olan sözleşmelerde, taraflar arasında bulunan güven ilişkisi ve süreyle artan bağlılık ile genel olarak sürekli borç ilişkilerinin bünyelerine özgü unsurlar nedeniyle haksız fesih beyanının tabi olacağı rejim birtakım farklılıklar gösterdiği gibi ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkilerinden farklı olarak sözleşmenin genel akıbeti hususunda da bir tartışma söz konusu olmaktadır²¹⁰.

²¹⁰ Bu bağlamda temel mesele feshin sözleşmeyi sona erdirip erdiremeyeceğine ilişkindir: Seliçi, s. 149-150; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1377 vd.; Dursun Karaahmetoğlu, s. 162 vd.; Vulliety, s. 99; Altınok Ormancı, s. 219 vd. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri genel olarak ilgilendiren bir husus olduğu saptaması: Michael Kull, "Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen", **SJZ 107/2011**, s. 245; Marchand, s. 97

Bu başlık altında, öncelikle haksız feshin sözleşme ilişkisinin akıbeti üzerindeki etkisine ilişkin tartışmaya değinilecek, ardından sözleşmeye aykırı fiil olarak haksız fesih beyanının sözleşmesel ilişki üzerinde yarattığı dolaylı etkiler incelenecektir.

B. Haksız Feshin Sözleşme Üzerindeki Doğrudan Etkisi

1. Sözleşmeyi Sona Erdireceği Görüşü

a. Türk Hukukunda

Ani edimli sözleşmelerde söz konusu olduğu gibi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından da haksız fesih beyanının hukuki niteliği ve sonuçları Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında ayrıntılı ve kapsamlı şekilde değerlendirilmemiştir. Esasen sözleşmeye aykırılık olarak haksız fesih, haksız dönme beyanı ile eşdeğer sonuçlara yol açmalıdır. Bununla birlikte sürekli borç ilişkilerinde, haksız fesih şeklinde gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklarla daha sık karşılaşıldığından, haksız fesih beyanının sözleşme üzerindeki etkisi özellikle değerlendirilmek gerekmektedir. Bu bakımdan konu açısından belirtilen görüş ve verilen kararlarda yeterli temellendirmeye karşılaşılmaması eleştiriye açıktır.

Bu kapsamda Türk öğretisinde haksız fesih beyanının sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdireceği, haksız fesih beyanında bulunan tarafın karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu olacağı savunulmuştur²¹¹. Bu kapsamda sözleşmenin hangi gerekçeyle sona ereceği hususunda genel bir açıklama ile karşılaşılmaması dahi, bu görüş için borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın doğacağı veya feshin haksız olsa dahi sözleşmeyi sona erdirmekle sınırlı olarak hüküm doğuracağı en olası hukuki gerekçelerdir. Öğretide, konut ve çatılı işyeri kiralari saklı

²¹¹ Halil Akkanat/Mesut Çekin/Murat Sarıkaya, **Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği**, İstanbul, 2018, s. 98; Lisans sözleşmesinde: Erdem (E.), N. 1482; Bu yönde anlaşılabilir: Pekmez, s. 138. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kiracının erken tahliyesi bağlamında: Günel, s. 257; Aynı yönde: Haluk Burcuoğlu, "Kiracının Kiralananı Erken Tahliyesi Halinde Uygulamada Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunların İrdelenmesi", **Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan**, İstanbul, 2009, s. 156-157. Bununla birlikte yazar, haksız fesih beyanı şeklini almamış erken tahliyelerde dahi kiralanın talep hakkını tazminat olarak nitelendirmektedir: s. 146. Ayrıca bkz. ve karşı. Şenol, s. 176, olağan fesih hakkının kötüye kullanılması konusunda yazar bir yandan sözleşmenin sona ereceği ve tazminat borcunun doğacağını belirtirken; diğer yandan ise karşı tarafa haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Haklı nedenle feshin haksız olması durumunda ise yazar sözleşmenin sona ereceğini kabul etmektedir: s. 289; Özge Ayan, **Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı**, Ankara, 2008, s. 43 ve 55

kalmak üzere, malik kiraya verenin haksız fesih beyanının geçerli ancak haksız olacağı da ileri sürülmüştür²¹². Ayrıca aşağıda anılacak 22.2.2012 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının benimsenmesi suretiyle, haksız feshin sözleşme ilişkisini sona erdireceği ancak beyan sahibini sorumlu kılacağı da savunulmuştur²¹³.

Yargı kararlarında ise istikrarlı bir içtihat bulunmamakla birlikte, haksız feshin sözleşmeyi sona erdireceği yönündeki kararlarda da söz konusu sona ermenin hangi hukuki gerekçeye dayanacağı hususuna genel olarak dayanılmamıştır²¹⁴. Bu bağlamda

²¹² Acar, TBK m. 309, N. 5 ve dn. 7. Fikrimizce, haksız feshin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin akıbeti üzerindeki tartışmadan bağımsız olarak, sözleşme tarafı olma niteliğinden ayrı özellikteki aynı hak sahipliğini nazara alarak farklı sonuçlara varmak yerinde olmayacaktır.

²¹³ Franchise sözleşmesi bağlamında: Bahar Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 299; Akaryakıt istasyonu bayilik sözleşmesinde: Sarıakçalı Alkaç, s. 321

²¹⁴ Örnek olarak: Yarg. 11. HD., 26.9.2013, 74/16851 (Kazancı) "Dava, karşılıklı taahhütleri havi sözleşmenin feshi üzerine açılmış bir tahsil davası niteliğindedir. Davalının, henüz davacıya ödemesi gereken taksitleri mevcut iken, davacı tarafından sözleşmeye konu işyerinin elektrik borcunun ödenmemesi ve buna bağlı olarak işyeri elektriğinin kesilmesi üzerine sözleşmeyi feshinin, fesih tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanununun 106. maddesine uygun bir fesih olduğundan sözedilemez. Öte yandan, somut olayda davalı bakımından 818 Sayılı B.K'nın 107. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi de söz konusu değildir. Bu durumda feshin haklı olmadığı açıktır. Şu halde, kural olarak haksız dahi olsa feshe rağmen davacının sözleşmenin aynen ifasını bir başka deyimle bakiye bedelin ödenmesini istemesi mümkün değil ise de, haksız fesihten kaynaklanan zarar ziyan davası açabileceği düşünülerek davacının istemi bu çerçevede değerlendirilip uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş"; Yarg. 16. HD., 28.9.2016, 5707/12723 (Lexpera); Kira sözleşmesinde: Yarg. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı) "kiracının, kiralayanın bilgisi ve rızası olmaksızın ve haklı bir nedene de dayanmaksızın, kira süresinin bitiminden önce kiralananı tahliye etmesi sözleşmeye aykırı davranış (haksız fesih) sayılır; böylesi bir durumda kiracı, kiralayanın bu yüzden uğradığı zararı tazminle sorumludur."; Yarg. 6. HD., 2.7.2012, 5533/9835 (Kazancı) "Ancak kiracı bir ay evvelinden yazılı bildirimde bulunmak koşulu ile mecuru dilediği zaman tahliye edecektir" şartı olup bu şart geçerli olup tarafları bağlar. Kiralananın 2009 Ekim ayında tahliye edildiği ve anahtarın bu tarihte teslim edildiği tarafların kabulündedir. Davalının süresinden önce tek taraflı irade açıklaması ile ve haklı nedene dayanmaksızın kiralananı boşalttığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kural olarak kiracı haksız fesih hakkında kiralayanın uğradığı tüm zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, B.K.'nın 98. maddesine göndermesi ile aynı kanunun 44. maddesi uyarınca kiralayanın da zararın artmasına neden olmaması gerekir."; Bayilik sözleşmesinde: Yarg. 19. HD., 8.12.2016, 9345/15529 (Kazancı) "davacının fesih işleminin haksız fesih niteliğinde olduğu, bu sebeple davacının taleplerinin yerinde olmadığı, sözleşme fesih ihtarinin davalıya tebliğ edildiği tarihe kadar olan süre için davacının davalıdan otomasyon bakım bedeli, uydu kullanım bedelini talep edebileceği.."; Yarg. 19. HD., 15.12.2015, 3689/16904 (Kazancı) "davalı yanın bayilik sözleşmesini süresinden önce feshinin haksız olduğunun ve davacının bayilik sözleşmesi uyarınca hem cezai şart, hem de kâr mahrumiyeti isteyebileceğinin kabulünde bir isabetsizlik yok ise de.."; Tur sözleşmesinde: Yarg. 23. HD., 21.2.2017, 8285/508 (Kazancı) "davacının sözleşmenin ikinci kısmını haksız olarak feshettiği, bu sebeple davalıdan herhangi bir tazminat alacağına hak kazanmadığı, davalının bu haksız fesih nedeni ile cezai şarta hak kazandığı.. ONANMASINA"; Taşıma sözleşmesi: Yarg. 11. HD., 6.2.2015, 16017/1406 (Kazancı); Acentelik sözleşmesi: Yarg. 11. HD., 9.10.2015, 462/10260 (Kazancı); Pazar araştırması sözleşmesi: Yarg. 11. HD., 10.4.2014, 18223/7078 (Kazancı) "Bu itibarla mahkemece asıl ve birleşen davada davacı –karşı davalı E. (E. Otomotiv San. A.Ş'nin iddiası gibi davalının en son komisyon ödemesi yaptığı 26.04.2007 ile sözleşmenin feshedildiği 03.09.2007 tarihleri arasında sözleşmenin yürürlükte kaldığı dikkate alınarak.."

örtülü olarak Türk öğretisine ilişkin olarak yapılan için borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın doğacağı veya feshin haksız olsa dahi sözleşmeyi sona erdirmekle sınırlı olarak hüküm doğuracağı çıkarımları, Türk yargı uygulaması için de yapılabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.2.2012 tarihli ve 11-693/88 sayılı kararı ise gerek öğretisi gerekse diğer kararlardan farklı olarak, haksız fesih beyanının sözleşme üzerindeki etkisi konusunda ayrıntılı değerlendirmeler içermekte olup kararda haksız fesih beyanının sözleşmeyi sona erdirip beyan sahibini karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu kılacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda uyuşmazlığın konusunun haklı neden olmadan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği hususuna ilişkin olduğu belirtildikten sonra, sözleşme özgürlüğünün sözleşmeye son verme özgürlüğünü de içerdiği, son verme özgürlüğünü kullanma yollarından birinin de sözleşmenin feshi olduğu, bu hakkın sözleşme özgürlüğünün bir parçasını oluşturduğu, ancak bir tarafın tekel olduğu hallerde sözleşmeyi bu şekilde fesih hakkını kullanamayacağı, aynen ifayı talep yetkisinin bulunduğu hallerde, karşı tarafın aynen ifayı talep edebileceği gibi bu talepten vazgeçerek zararının tazminini isteyebileceği, irade özerkliğini kullanarak sözleşmeyi haksız fesheden tarafın, ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca bu ana gerekçelerin yanı sıra, işçiyi koruma odaklı iş hukukunda dahi haksız feshin sonuç doğurması, TBK m. 42/I ve 512/I, kapıdan satışta tüketicilere tanınan cayma hakkı, TBK m. 484, TTK m. 121/IV hükümlerine de dayanılmıştır.

Bu itibarla karar, haksız feshin sözleşme üzerindeki etkisi bakımından genel bir ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu ilkeye göre, sözleşme özgürlüğü sonucunda, sözleşmeyi feshetme hakkı her zaman mevcuttur. Bu durumda, bir taraf haksız olarak fesih beyanında bulunsa bile, bu beyan geçerli bir hukuki işlem olarak sonuç doğurmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirir ve beyan sahibini karşı tarafın fesih nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu kılar. Dolayısıyla imkânsızlık ve haksız fesih beyanı arasında da herhangi bir bağ kurulmamıştır. Bu gerekçelerin yerindeliği ise aşağıda tartışılacaktır.

b. İsviçre Hukukunda

İsviçre öğretisi ve uygulamasında da aynı sonuç daha farklı gerekçelerle kabul edilmiştir. Bununla birlikte hemen ifade etmek gerekir ki sonraki içtihatlar ve öğretinin çoğunluğu bu görüşü takip etmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ATF 125 III 14 kararında, haksız olarak olağanüstü fesih yoluna başvurulmuş bir acentelik sözleşmesinin sona ereceğine ve haksız fesheden tarafın karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu olacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme’yi bu sonuca ulaştıran hukuki gerekçe ise İBK m. 418r/II hükmüyle²¹⁵ acentelik sözleşmesinin haklı nedenle feshinde, hizmet sözleşmesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasının öngörülmüş olmasıdır. Hizmet sözleşmesine ilişkin İBK m. 337c²¹⁶ hükmüyle, TBK m. 438 hükmüne koşut olarak fesih beyanı üzerine sözleşmenin derhal sona erip tazminat borcu doğacağını düzenlemektedir. Bu itibarla Federal Mahkeme’ye göre İBK m. 337c hükmünün İBK m. 418r/III atfıyla acenteliğe uygulanması gerekir. Acentelik sözleşmesi dışındaki benzer niteliği haiz sözleşmeler bakımından da İBK m. 418r/III hükmünün uygulanabilir olduğu ölçüde²¹⁷ aynı sonuca varmak gerekir²¹⁸.

Bu kararlar varılan ve içtihat gereği İBK m. 418r/III hükmünün uygulama alanı ile sınırlı sonuç, öğretide sözleşme tarafları arasında yoğun güven ilişkisi bulunan eser

²¹⁵ İBK m. 418r “(1) Acente ve müvekkil, önel vermeye gerek kalmaksızın, sözleşmeyi haklı nedene derhal feshedebilir. (2) Hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.”

²¹⁶ İBK m. 337c: “ (1) İşveren sözleşmeyi haklı neden bulunmadan feshederse, işçi, iş ilişkisi ihbar süresinin veya belirli süreli sözleşmede belirli sürenin sonuna kadar elde etmiş olacağı tutarı talep etme hakkına sahiptir. (2) Bu tutardan, işçinin iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği meblağ ile başka bir işte çalıştığı veya çalışmaktan kasıtlı olarak kaçındığı ücret tutarı indirilir. (3) Hâkim, işvereni durumun koşullarını dikkate almak suretiyle işçinin altı aylık ücretini aşmamak üzere tutarını serbestçe belirleyeceği bir tazminat ödemeye de mahkum edebilir.”

²¹⁷ Bu yönde: Pierre Engel, **Contrats de droit suisse**, Bern, 2000, s. 766; **ZK-Bühler**, Art. 418r OR, N. 14; Huguenin, N. 1561, ayrıca yazar N. 36’da sözleşmeyle bağlılığa durumun gereklerine göre bir esneklik tanınması gerektiğine işaret etmektedir. Yerel mahkeme kararları: RJV 2003, s. 282; SJ 1975 518. Aksi yönde: ATF 133 III 360; Vetter/Gutzwiller, s. 710; Karş. Kull, s. 247-248: Yazar daha ziyade Federal Mahkemenin kazuistik bir tutum sergilemiş olabileceği fikrindedir. Aksi yönde genel bir ilkenin ortaya konulduğu görüşünde: Benjamin Suter/Reto Vonzun, “Zur Frage der (Un-) Gültigkeit der ungerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen”, **Jusletter**-22.8.2012, N. 12; Pascal Pichonnaz, “Le point sur la partie generale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht”, **SJZ 104/2008**, s. 197. Tek yetkili satıcılıkta uygulanabilir görüşünde: **ZK-Bühler**, Art. 418r OR, N. 14. **BK-Gautschi**, Art. 418r OR, N. 4b; OFK-Spoerri, Art. 418r OR, N. 9; ATF 89 II 30; Franchise sözleşmesinde koruma amacı gerektirdiği ölçüde çekincesiyle: Huguenin, N. 3901, tek yetkili satıcılıkta: N. 3868, yazarın aynı zamanda sözleşmeyle bağlılık ilkesiyle koşulla uyum sağlama arasında denge kurulması gerektiği yönündeki genel görüşü de gözden kaçırılmamalıdır: N. 43

²¹⁸ Marchand, s. 102; Franchise sözleşmesi açısından bu yönde yorumlanabilir: ATF 118 II 157

ve vekalet gibi sözleşmelerde²¹⁹ güvenin yıkılması olasılığına karşı sözleşmeyle bağlılık ilkesinin zayıfladığı, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin de benzer surette güven ilişkisine dayandığı, fesih beyanının ardından ilk derece mahkemesinde görülen uyuşmazlıkta ifaya yönelik ihtiyati tedbir olarak²²⁰ sözleşmesel borçların ifasının devamına hükmedildiği takdirde *de facto* olarak fesih hakkının dava yoluyla kullanılan bir hüviyete bürüneceği²²¹, feshin geçerliliğinin yargılama sonunda belirli olması nedeniyle haksız feshe karar verilmesi halinde eylemli olarak sona eren sözleşmesel bağın yeniden canlandırılması gerekeceği, aynen ifanın gerçekleştirilmesinin takip edilmesinin olanaksız olduğu ve pek çok yeni uyuşmazlığa sebebiyet vereceği, haksız feshe sözleşme üzerinde herhangi bir etki tanınmadığı takdirde²²² hukuki belirsizliğin söz konusu olacağı gerekçeleriyle genel olarak bütün sürekli borç ilişkilerine yayılarak desteklenmiştir²²³.

²¹⁹ Hatta temsil yetkisinin geri alınması da bu çerçevede yerinde olmasa da dayanak olarak gösterilmiştir.

²²⁰ İhtiyati tedbir olarak asıl dava sonucunun önce çekilmesine (eda tedbiri) Türk hukukunda genel olarak cevaz verilmemektedir (Bu yöndeki saptama: Erişir, s. 384-386; Ayrıca: Postacıoğlu/Altay, N. 1723). Öyle ki istisnai olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda geçici ödemelerin ayrı bir hüküm olarak sevk edilmesi gereği duyulmuştur. Bununla birlikte öğretide, HMK m. 391 hükmünün açık bir yasaklama içermemesi, benzer yönde özel yasa hükümlerinin bulunması, dava edilen hakkın korunması için tedbirin zaruri olması gibi gerekçelerle bu yönde tedbirlere olumlu bakan görüş de mevcuttur: Erişir, s. 387 vd.; Benzer şekilde: **Pekcanitez Usul-Özkes**, s. 2508; Yılmaz, s. 860. Ayrıca: Alangoya, s. 431-432. İsviçre’de bu olanağın varlığı: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1535; Marchand, s. 98

²²¹ Marchand, s. 110

²²² Feshin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin de MK m. 2’ye tabi olacağı, bu bağlamda haksız fesih beyanı üzerine eylemli olarak ifa aşamasının karşılıklı durması halinde sonradan aynen ifa talebinin dürüstlük kuralına aykırı olabileceği: Vetter/Gutzwiller, s. 712 vd.; Aynı yönde: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1496-1497

²²³ Marchand, s. 104 vd.; Ayrıca: Kull, s. 249 vd. Yazar, vekalet ve hizmet sözleşmesindeki hükümlerin sürekli borç ilişkilerinde haksız feshe dair genel bir kuralı ifade ettiğini, bunun ekonomik gerçeklerle de daha çok bağdaştığını, bununla birlikte icra edilebilirliğin temin edilebildiği ve makul olduğu takdirde sözleşmenin devamına cevaz verilmesi gerektiğini (s. 252) belirtmektedir. İsviçre medeni usul hukuku çerçevesinde, haksız feshe karşın aynen ifa talebinin varlığını koruduğuna, kişilik haklarıyla bağlantılı edimlerine borçlunun dolaylı yaptırımlarla zorlanabildiği hususunda: Daniel Stachelin, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 2016, Art. 343 ZPO, N. 10. Ayrıca bkz. Jürg Fisch, “Die Anwendbarkeit zwingenden Privatrechts auf Franchiseverträge”, **AJP** 2016, s. 824-825, yazar franchise sözleşmesinin bir tarafın iradesi dışında devam ettirmenin gerçekçi olmadığını, karşılıklı güven ve işbirliğini yoğun surette gerektiren bir sözleşme ilişkisi bulunduğunu belirterek İBK m. 337c hükmünün kıyas ile uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Karş. Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1455-1456, yazar istisnai olarak zayıf tarafın korunması gerekçesiyle İBK m. 337c hükmünün kıyasen uygulanmasını yerinde görmektedir.

2. Sözleşme İlişkisinin Korunacağı Görüşü

Haksız fesih beyanının sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme üzerindeki doğrudan etkisi bakımından savunulan ikinci görüş ise, sözleşme ilişkisinin korunacağı yönündedir. Türk ve İsviçre hukuklarında bu görüş çerçevesinde ileri sürülen gerekçeler özdeş olduğundan birlikte değerlendirilecektir.

Bu görüşün temel dayanağı, haksız fesih beyanının bozucu yenilik doğuran hukuki işlem olarak hükümsüzlüğüdür²²⁴. Fesih beyanı, hükümsüz olduğu için, hukuki işlem olarak sözleşme üzerinde bozucu yenilik doğuran herhangi bir etkide bulunmayacaktır²²⁵. Bunun yanı sıra destekleyici bir argüman olarak sözleşmeyle bağlılık (*Vertragstreue*) ilkesi ileri sürülmektedir. Buna göre sözleşmeden doğan edimler, mümkün olduğu müddetçe, istisnai bir hüküm uygulama alan bulmadığı takdirde aynen ifa edilmek gerekir²²⁶. Bu kapsamda söz konusu görüş uyarınca, vekalet, hizmet veya eser sözleşmesinde diğer görüşün dayanak yaptığı hükümler istisnai nitelikte olup bu istisnai düzenlemelerin genişletilmesine olanak

²²⁴ Bölüm: I, IV, D

²²⁵ Dursun Karaahmetoğlu, s. 167; Ögüz, s. 178; Öz, **Yönetim**, s. 146; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 237; Seliçi, s. 150 ve 163; Sarı, s. 168-169; İsgüzar, s. 152; Demir Gökyayla, s. 191; Altınok-Ormancı, s. 219 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 495; Kurt, **Temerrüt**, s.289 vd.; Yener, s. 168; Ölekli, s. 87; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1459 vd.; von Tuhr/Peter, s. 146 dn. 15; Suter/Vonzun, N. 28; Vulliéty, s. 101; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s. 942; Özmen, s. 8; **ZK-Higi**, Art. 366g OR, N. 67; **CR-Lachat**, Art. 266g CO, N. 5; ATF 99 II 308: “.. *temelden bu surette yoksun bir fesih [bulunduğundan], münhasır mümessillik sözleşmesi ve bu sözleşmeye bağlı satım, hükümlerini fesih tarihinden sonra da ifade etmeye devam eder.*”; JdT 1974 I 285; JdT 2000 I 163; ATF 133 III 360. **MünchK**-Bachmann, §241 BGB, N. 91; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 152 ve takas hakkının kullanımı açısından Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3266; von Tuhr/Peter, s. 146; Türk yargı kararları: Yarg. 19. HD., 28.4.2016, 16490/7711 (Kazancı) “taşınmazı belirleyerek kiralama sözleşmesine taraf olduğu, davalıya atfi kabil bir kusur da tespit edilemediği, davacının tek taraflı olarak sözleşmeyi feshinin haksız fesih olduğu ve sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğu ... ONANMASINA”; Yarg. 23. HD., 19.3.2014, 8025/2088 (Kazancı) “..sözleşmenin 12/1. maddesine uyulmaması halinde tek taraflı feshin hukuki sonuç doğurmayacağı..”; Yarg. 11. HD., 15.10.2002, 5942/9079 (Lexpera) “tüm bu hususların taraflar arasındaki sürekli borç ilişkisini doğuran sözleşmenin devamını ve davalılara olan güveni yok edici nitelikte olduğunu, işlem temelini çöktüğünü ileri sürerek, taraflar arasındaki sözleşmenin feshini... dava etmiştir. ... Mahkemece, taraflarca sunulan kanıtlar ve yaptırılan bilirkişi incelemesinde, taraflar arasındaki sözleşmenin halen ayakta olduğu, .. ONANMASINA”

²²⁶ Aksi yöndeki çözümleri İsviçre hukukuna yabancı olacağı yönünde: Vetter/Gutzwiller, s. 709. Genel olarak aynen ifa kuralının yürürlükteki hukuk düzeninde esas olduğu: Oğuzman/Öz, C, I, N. 1219 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 933-936; Antalya, C. III, s. 171-173; Hatemi/Gökyayla, §26 N. 52; Feyzioğlu, s. 166; Kılıçoğlu, s. 818; Schwenzler, N. 61.01 vd.; Huguenin, N. 810; Bucher, s. 328; Riehm, s. 219-221; Weller, s. 371 vd.

görülmemektedir²²⁷. Öte yandan haksız feshe muhatap olan tarafa seçimlik hak tanınmak gerektiği görüşü de öğretilerde savunulmuştur²²⁸.

Sözleşme ilişkisinin aynen korunacağı bir durumda, aynen ifa talebi imkânsızlaşmış gibi olumlu zararın giderilmesi davası açıldığı takdirde, ediminin varlığı (tazminat alacağına yokluğu) bir itiraz olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Öğretilerde itirazı borçlunun ileri sürmemiş olması veya ispatlayamaması halinde ifa yerine tazminata mahkum edileceği savunulmuştur²²⁹. Bir başka yazar da aynen ifa ilkesinden alacaklının ikame edeceği tali edim davasıyla feragat edebileceğini ifade etmektedir²³⁰. Oysa sözleşmesel ilişkiye karşı tarafın rızası olmadan bu şekilde tek yanlı müdahale mümkün değildir. Fikrimizce bu durumda dava dosyasından aynen ifanın mümkün olduğunu gören yargıç re'sen bu durumu dikkat almak zorundadır. Davalının burada, edimin ifasının mümkün olduğunu ileri sürmemesi, ancak aynen ifayı bertaraf eden bir örtülü anlaşmaya kabul olarak anlaşılabilirliği takdirde, hâkimin aynen ifanın mümkün olduğunu re'sen dikkate almaması lazım gelir. Ayrıca aynen ifa talebiyle açılan davada borçlu imkânsızlık itirazını ileri sürerse, davacı bu hususta ikrarda bulunmak suretiyle eylemli şekilde imkânsızlık sonuçlarının doğmasını sağlayabilir²³¹. Zira ikrar, kural olarak hâkimi ve tarafları bağlayıcı niteliktedir²³².

3. Değerlendirme

a. Genel Değerlendirme

Haksız fesih beyanının sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisi yukarıda ifade edildiği üzere iki ana eksen üzerinde tartışılmaktadır. Bu kapsamda, ilgili görüşler

²²⁷ Dursun Karaahmetoğlu, s. 197; Altınok Ormancı, s. 231

²²⁸ Franchise sözleşmesi bağlamında: Kırca, s. 180; Michael Martinek, **Franchising**, Heidelberg, 1987, s. 339; Christoph Wildhaber, **Franchising im International Privatrecht**, (Doktora Tezi), St. Gallen, 1991, s. 107

²²⁹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1219

²³⁰ Riehm, s. 271

²³¹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1220; Pratikte haksız feshe muhatap olan taraf çoğunlukla tazminat talep ettiği için sözleşmenin akıbetine ilişkin nadiren karar verilebildiği hakkında: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1431; Ayrıca: **RVJ** 2003, s. 282; **İFM**, 4C.121/2004 (Swisslex)

²³² **Pekantez Usûl-Atalay**, s. 1649; Postacıoğlu/Altay, N. 1124-1125

değerlendirildikten sonra, takip eden başlıkta konuya ilişkin görüşümüz açıklanacaktır.

Söz konusu görüşler arasında öncelikle reddedilmesi gereken haksız fesih beyanı muhatabına seçimlik hak tanıyan eklektik görüştür. Bu görüşün kabul edilebilmesi için iki olasılık bulunur. Birincisi, haksız fesih beyanının geçerliliğini muhatabın seçim hakkına bağlanmasının kabul edilmesidir. Bu durumda muhatap beyana geçerlilik tanırsa, sözleşme ilişkisi ileriye etkili olarak sona erip beyan sahibi karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu olur. Oysa bu görüş, yenilik doğuran hakların bünyesine uygun düşmemektedir²³³. Zira kural olarak, yenilik doğuran işlemin hükümlerini doğurması işlemin bünyesi itibarıyla muhatabın iradesine bağlı değildir. Aksine, yenilik doğuran haklarda, hak sahibinin tek yanlı iradesinin hüküm doğurması söz konusu olur. Anılan hukuki durum, yenilik doğuran işlemin muhatabın iradesine bağlı koşula bağlanabilmesiyle de eşdeğer değildir. Çünkü burada tartışılan hukuki işlem geçerliliğidir. Oysa yenilik doğuran işlemin koşula bağlandığı varsayımda koşul, işlemin tamamlayıcı unsurunu oluşturmaktadır. Haksız feshin beyanı açısından ise muhatabın iradesine bağlanması kabul edilen husus işlemin geçerlilik koşullarına ilişkindir. Kanımızca tamamlayıcı unsur olarak işlemin koşula bağlanması ile işlemin geçerlilik unsurlarının koşula bağlanması özdeş olarak nitelendirilemez. Ayrıca, bu durumda beyan sahibinin iradesi muhataba işlemin hükümlerine dair karar verme yetkisi verecek şekilde koşul tanımak yönünde değildir. İkinci olasılık ise, haksız fesih beyanı kesin hükümsüz kabul edilmekle birlikte, sözleşmeye aykırı fiil olarak bu beyanın sonuçlarına dair seçimlik bir hakkın muhataba tanınmış olmasıdır. Bu olasılıkta da beyan hükümsüz olmakla birlikte, muhatap seçimlik hakkını kullanarak sözleşmeye aykırılığın kapsam ve sonuçları tayin edebilir. Muhatap bu varsayımda ya sözleşmeyi ayakta tutup bu kapsamda olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeyi sona erdirip bu nedenle uğradığı olumlu zararın giderilmesini talep edebilir. Böyle seçimlik hakkın varlığı için kanuni bir dayanak bulunmak gerekir. Sözleşmesel ilişkinin akıbetini bu şekilde düzenleyen bir hüküm Türk Borçlar Kanununda bulunmadığı gibi, bu hususta bir kanun boşluğu olduğu sonucuna da varılması mümkün değildir. Zira mevcut sözleşmeye aykırılık

²³³ Bölüm: I,IV,D

rejimi haksız fesih beyanının tüm sonuçları kapsayabilecek niteliktedir. Sonuç olarak bu görüşün değinilen iki olasılık bakımından da kabul edilmesi olanaklı değildir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin, genel olarak, haksız fesih halinde ileriye etkili olarak sona ereceği ve fesih beyanında bulunan tarafın karşı tarafın sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı zararı gidermekle sorumlu olacağı yönündeki görüşün de olduğu gibi kabul edilmesi mümkün değildir.

Sözleşmeyi feshetmeye yönelik bozucu yenilik doğuran haklar, ancak geçerlilik koşulları bulunduğu sürece öngörülen hukuki sonuçları, sözleşmenin sona ermesinin yanı sıra tazminat talebi gibi diğer sonuçlar da dahil olmak üzere, doğurabilir. Başka bir deyişle, yenilik doğuran bir hak olarak fesih, sınırlarının dışında herhangi bir sonuca yol açamaz. Kaldı ki beyan ile kullanılmak istenen fesih hakkı ile haksız feshe söz konusu gücü bahşedecek varsayımsal hak da tamamen birbirinden farklıdır ve beyan sahibi esasen varsayımsal ikinci hakkı kullanmamaktadır. Hukuki sebebin bulunmaması nedeniyle beyanda bulunan haksız fesih beyanında bulunuyorsa, bu beyana sözleşmeyi sona erdirici ancak kendisini sorumlu kılan bir etki tanımak da mümkün değildir. Zira bu durumda beyan sahibi, irade beyanının ötesine geçen ve kendini öngördüğünden daha ağır bir hukuki pozisyona sokan bir hukuki durum yaratmış olur. Sözleşmeyi ne pahasına olursa olsun feshetmek isteyen taraf bakımından ise, hukuk düzeni tarafından tanınmış böyle bir hakkı olmadığı için arzu ettiği sonucu hukuki işlem olarak fesihle sağlayamaz. Zira Türk Borçlar Kanununda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri kapsayan ve sözleşmeye her halükârda sona verecek bir fesih hakkı tanınmamıştır²³⁴. Sözleşme özgürlüğünün de örtülü olarak sözleşmeye son verme özgürlüğü kapsamında bu yönde bir hak sağlayacağı kabul edilemez. Aksi halde sözleşmeyle bağlılık kuralı çok büyük ölçüde göz ardı edilmiş olur. Olumlu zararın giderilmesi olanağının tanınmış olması, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin tam olarak korunduğu anlamına gelmez. Olumlu zararın giderilmesi, alacaklı açısından her zaman ve her durumda aynen ifa ile aynı değer ve işleve sahip olmayabilir. Sözleşme özgürlüğü de bu kapsamda geçerli bir gerekçe değildir. Sözleşmeye son verme özgürlüğü, sözleşmeyle bağlılık ilkesiyle sınırlıdır²³⁵. Kanuni

²³⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 237

²³⁵ CR-Guillod/Stefen, Art. 19-20 CO, N. 56

veya sözleşmesel temel olmadan tek yanlı şekilde sözleşmeye son verilmesi kural olarak mümkün değildir²³⁶. Dolayısıyla genel bir haksız fesih hakkı hukukumuzda mevcut değildir. Bu itibarla, hukuki işlem olarak haksız fesih beyanı bu görüş çerçevesinde belirtilen sonuçları doğurmaya elverişli değildir. Bu nedenle geçerli bir hukuki işlem olarak²³⁷ böyle bir sonuç doğması mümkün olmadığı gibi kesin hükümsüz haksız fesih beyanına, çevirme yoluyla geçerlilik kazandırarak anılan sonuçların doğmasını sağlamak mümkün değildir. Zira belirtildiği üzere hükümsüz fesih beyanının ikame işlemini oluşturabilecek bir haksız fesih hakkı bulunmadığı gibi beyan sahibine böyle bir varsayımsal irade yüklemek de mümkün değildir.

Bunun dışında haksız fesih beyanının, hukuki işlem olarak değil, sözleşmeye aykırı bir fiil olarak bu görüş kapsamında savunulan sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı incelenmek gerekir. Kıta Avrupası hukukunda genel kural, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir yansıması olarak, sözleşmeden doğan bir borcun aynen ifasıdır²³⁸. Farklı ifadeyle bu borç imkânsızlaşmamışsa veya kanuni yahut sözleşmesel özel hükümlere başvurulmamışsa aynen ifa edilmek gerekir²³⁹. Bu çerçevede sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler de aynı ilkeye tabidir. Dolayısıyla haksız fesih beyanının bir sözleşme ihlali olarak sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdirmesine yönelik bu yönde özel bir kanun hükmü bulunmadığından haksız feshin genel olarak bütün sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri kapsayan bir etkisi bulunamaz. Bu olasılığın gerçekleşmesi, haksız fesih beyanının, beyan sahibinin sözleşmeden doğan asli ediminin beyanla imkânsızlaşabileceği hallerle sınırlıdır.

Öte yandan haksız fesih beyanının, sözleşmeye aykırı fiil olarak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflar arasında bulunan güven ilişkisini yıkacağından bahisle de sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği sonucuna ulaşmakta isabet yoktur²⁴⁰. Sürekli borç ilişkilerinde, karşı tarafa sözleşmenin niteliğine ve yarattığı

²³⁶ Schwenzler, N. 26.27; Hatemi/Gökyayla, §8 N. 10; CR-Guillod/Stefen, Art. 19-20 CO, N. 56-59

²³⁷ Başka bir deyişle haksız fesih beyanı, her zaman için kesin hükümsüz bir hukuki işlem teşkil eder. Bu nedenle aslında haksız fesih ibaresi geride geçerli bir hukuki işlem zehabı uyandırdığından, başka bir deyişle geçerli fesih hukuki işlemi söz konusu olmadığından, *contradictio in adjecto* oluşturur.

²³⁸ Goerg, s. 5

²³⁹ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1219; Eren, s. 1055; Antalya, C. III, s. 170-171; Schwenzler, N. 61.02; Huguenin, N. 810

²⁴⁰ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1489 ve 1491

bağlılık derecesine uygun ölçüde güven sağlamak, bu bağlamda sözleşmenin ifa sürecinin aksaklığa uğramayacağına yönelik güven vermek, bir yan edim borcu teşkil eder, soyut bir şekilde güven vermek asli edim niteliğini asla taşıyamaz. Bu bakımdan haksız fesih beyanı sonucunda güven verme ediminin, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa uğradığı sonucuna ulaşılsa bile, imkânsızlık salt yan edim borcunu kapsadığından, asli edimin ifasını engeller nitelik taşımadığından sözleşmenin ileriye etkili olarak imkânsızlıkla sona ermesi hükmünü doğuramaz. Güven verme yan ediminin imkânsızlaşması, ileride açıklanacağı üzere²⁴¹, karşı taraf bakımından sözleşme ilişkisini çekilmez kılan bir olgu olarak haklı nedenle fesih hakkını doğurabilir. Bunun haricinde sözleşmenin akıbetini doğrudan etkileyebilecek bir güce sahip olamaz. Sözleşmedeki asli edim üzerinde de, edimin niteliği gözetmeden genel şekilde, haksız fesih beyanının imkânsızlık yaratacağını ifade etmek olanaklı değildir.

Bu görüşün dayanağını oluşturan en güçlü gerekçe ise haksız fesih halinde, bu sözleşmeye aykırı eylemin sonuçlarını doğrudan düzenleyen kanun hükümlerinin genel bir niteliğe sahip olduğu ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere uygulanabilir oldukları yönündedir. İsviçre’de bu husustaki ana norm hizmet sözleşmesine ilişkin İBK m. 337c hükmüdür. ATF 125 III 14 kararıyla Federal Mahkeme acentelik sözleşmesinde İBK m. 418r hükmüyle yapılan göndermenin m. 337c’yi de kapsadığını kabul etmiştir. Türk hukukunda da hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 438 hükmü İBK m. 337c ile büyük ölçüde özdeş olmakla birlikte acentelik sözleşmesine ilişkin TTK m. 121/IV hükmü de haksız feshin sonuçlarını hizmet sözleşmesi hükümlerinden bağımsız olarak düzenlemektedir. Öncelikle, aynen ifanın önceliği ilkesinin egemen olduğu Türk ve İsviçre hukuklarında, anılan kanun hükümlerinin istisnai olduğu ve bütün sürekli borç ilişkilerine uygulanabilir olmadığı kabul edilmek gerekir. Kaldı ki özellikle İsviçre hukuku bakımından temel norm olan hizmet sözleşmesinde haksız fesih beyanının sözleşmeyi ileriye etkili sona ermesine yol açmasının kökeninde işçi-işveren ilişkisinin özellikleri yatmakta olup temel erek işçinin özgürlüğünü temin etmektir²⁴². Dolayısıyla işçinin korunduğu hallerde dahi

²⁴¹ Bölüm: 3,II,D ve Bölüm: 3,II,C,a

²⁴² Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1405-1406 ve 1414; Alman hukukunda da iş hukuku bakımından aynen ifanın talep edilememesi aynı mantığa dayanır: Goerg, s. 59 vd. Zira çalışmaktan kaçınan işçilerin cebri

haksız feshе sonuç bağlandığı gerekçesiyle bunun genelleştirilmesi isabetli olmaz. İşçinin korunmasına rağmen bu hüküm sevk edilmemiş olup işçinin korunması için yürürlüğe konmuştur. Bu itibarla İBK m. 337c hükmünün, İBK m. 418r atfının dışında kalacağı, acentelik sözleşmelerinin niteliğine uygun olmadığı ve tarihsel olarak da İBK m. 337c hükmünün İBK m. 418r hükmünden sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle savunulabilir²⁴³. İşçi-işveren ilişkisi bakımından özellik gösteren TBK m. 438 hükmünün ayrık niteliği itibarıyla diğer hiçbir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeye MK m. 5 uyarınca kıyasen uygulanma olanağı yoktur. TTK m.121/IV hkmnn²⁴⁴ de genel olarak bütün sürekli borç ilişkilerine MK m. 5 uyarınca kıyasen uygulanabilir nitelikte olmadığı sonucuna, aynen ifa ilkesini zedeleyen istisnai niteliği uyarınca, ulaşmak gerekir. Acentelik sözleşmesiyle benzerlik gösterebilecek, tek yetkili satıcılık²⁴⁵, bayilik²⁴⁶ gibi sözleşme tipleri bakımından da uygulanma olanağı yoktur. Acentenin tacir yardımcısı sıfatını taşıması ve tacir ad ile hesabına hareket etmesi, bu kurumu hizmet sözleşmesindeki yapıya yaklaştırmakta olduğundan, bağımsız olarak kendi nam ve hesaplarına hareket eden bayi, tek yetkili satıcı vs. bakımından TTK m. 121/IV hükmünün uygulanmasına cevaz vermek mümkün değildir. Korunma açısından benzeştirilebilecek aynı nitelikte menfaatler söz konusu değildir.

Ayrıca, pratik yönden de haksız sona erdirme beyanı sonucunda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ileriye etkili olarak sona ermesi ve beyan sahibinin karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu tutulması, ileri sürüldüğü gibi olumlu sonuçlara yol açmaz. Zira aynen ifa talebinin varlığı için ifası talep edilen borcun var olması yeterli olduğu gibi talep hakkı sahibinin de menfaati ve iradesi borçlanılmış

icra yoluyla iş yapmaya zorlanması veya hapisle tazyik edilmesi gibi yaptırımlar söz konusu olabilmekteydi.

²⁴³ CR-Dreyer, Art. 418r CO, N. 7; Vullity, s. 104 vd. Zira İBK m. 418r hükmünün yürürlüğe konuğu esnada içerik itibarıyla İBK m. 337c'nin muadili yürürlükte değildi. Kanun koyucunun acentelik sözleşmesi açısından İBK m. 337c hükmünün uygulanabileceğini görmediği açıktır.

²⁴⁴ Kaldı ki TTK m. 121/IV gibi açık bir hüküm bulunmadığı için hizmet sözleşmesine dair hükmün (İBK m. 337c), hüküm ii boşluğun kıyas yoluyla doldurulması (İBK m. 419r/II) bakımından dahi acentelik sözleşmesinin bünyesine uymadığı gerekçesiyle İsviçre öğretisinde reddedildiği gözden kaçırılmamalıdır. İsviçre'den farklı olarak Alman hukukunda acenteliğe ilişkin sevk edilen hükümler arasında (HGB §84-93) muadil bir düzenleme bulunmamaktadır.

²⁴⁵ Denkleştirme talebine ilişkin TTK m. 122/V hükmündeki açık yollama nedeniyle bu kurum ise uygulama alanı bulur.

²⁴⁶ Bayilik sözleşmesi ile benzerlikleri: Karauz, s. 73-74; şenol, s. 42. Franchise sözleşmesi ile: Kırca, s. 98-100; Genel olarak: Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2015, s. 208 vd.

edimin ifası yönünde olabilir. Oysa haksız fesih sonucunda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi ve beyan sahibinin sözleşme ihlali nedeniyle karşı tarafın olumlu zararını gidermekle sorumlu olduğu varsayımında, karşı tarafın genel hükümler çerçevesinde uğradığı olumlu zararı ve tutarını ispatlaması gerekecektir. Bu durumda, zararını ve zarar tutarını ispat yükünü yerine getiremeyen tarafın olumlu menfaatinin tamamen veya kısmen karşılanmaması riskiyle karşı karşıya olacağı açıktır. Bunlarla birlikte, hukuki sonuçlarda yanılma söz konusu olacağından gerçekleşmesi genel olarak son derece zayıf bir olasılık söz konusu olsa da, haksız fesih beyanında bulunan tarafın beyanda bulunmasında kusurunun bulunmadığının ispatlanması halinde sözleşmesel sorumluluktan kurtulması mümkündür.

b. Görüş

(1) Genel Olarak

Yukarıda yapılan açıklamalara koşut olarak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde haksız fesih beyanının sözleşmenin akıbeti üzerinde, geçerli veya geçersiz bir hukuki işlem olarak herhangi bir etkisi yoktur. Kanunda yer alan istisnai hükümlerin genelleştirilmek suretiyle uygulanması veya ayrı bir sona erdirme hakkı yahut imkânı olarak haksız feshe bir etki kazandırılması ve aynen ifa ilkesinin bu şekilde bertaraf edilmesinin herhangi bir hukuki dayanağı mevcut değildir. Esasen, güven ilişkisine dayanılarak ileri sürülen gerekçe dışında, kuramsal olarak ani edimli ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından haksız sona erdirme beyanıyla sözleşme akıbeti özdeşlik gösterir. Başka bir deyişle, sürekli borç ilişkilerinde haksız fesih beyanı ile sözleşmenin akıbeti arasındaki bağlantının saptanmasında genel hükümlere başvurulmak gerekir.

Bu itibarla, haksız sona erdirme beyanının sürekli borç ilişkilerindeki etkisini belirlemek, asli edim niteliğindeki borç üzerindeki beyanın etkisini tespit etmeye bağlıdır. Bu borç, imkânsızlaştığı takdirde, sürekli edim imkânsızlaşma tarihi itibarıyla sona erer; imkânsızlaşmadığı ve sözleşme başka türlü sona erdirilmedikçe hükümleri doğurmayı sürdürür. Dolayısıyla, borca aykırı bir eylem olarak haksız fesih beyanının sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmedeki asli edim üzerinde doğurduğu etkiye göre

bir ayırım yapılarak sonuca varılması gerekir. Öyleyse, haksız feshin sözleşme ilişkisinin akıbetini etkileyebileceği ve kanun sistematığı bakımından cevaz verilen tek olasılık, sonraki imkânsızlık kurumunun bütün sözleşme ilişkisini etkileyebilecek surette işletilebilmesidir.

(2) Sözleşmeden Doğan Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkilemeyen Haksız Fesih

Haksız fesih beyanı ile beyanda bulunan taraf bakımından açığa çıkan kendi edimlerini kabul etmeme iradesi, sözleşmedeki kendi asli ediminin alacaklı tarafından icra yoluyla elde edilebilirliğine etkide bulunmuyorsa, sözleşme üzerinde haksız fesih beyanı herhangi bir doğrudan etkide bulunmaz. Bu bakımdan borcun imkânsızlaşması konusunda benimsenen alacaklı tarafından icra yoluyla edimin elde edilemeyecek olması ölçütü, burada da geçerlidir. Zira imkânsızlığın tespitinde sözleşme veya edim tiplerine göre ayrı ölçütler yoktur, imkânsızlık söz konusu her durum için aynı niteliktedir.

Bu itibarla beyanda bulunmak suretiyle sözleşmeyi ihlal eden tarafın borçlu olduğu asli edim verme edimiye, bu edimin alacaklısı tarafından cebren icrasının elde edilmesi mümkün olacağından, beyan sözleşmesel ilişkiyi etkilemez. Asli edim varlığını muhafaza ettiğiinden sözleşme de geçerli bir hukuki işlem olarak aynı içerikle varlığını korur. Sözleşme kapsamında kalan, alacaklının cebren icrasını elde edemeyecek nitelikte olan fakat yan edim vasfındaki borçlar ise, sona erer ve tali edim olarak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık nedeniyle olumlu menfaati giderim borçları doğar. Ancak asli edim bakımından gerçekleşen bir imkânsızlık husule gelmediği için sözleşmenin akıbetini etkilemez.

(3) Sözleşmeden Doğan Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkileyen Haksız Fesih

Sonraki imkânsızlık açısından bu çalışmada benimsenen genel kabule koşut olarak, haksız fesih beyanında bulunan tarafın irade beyanı sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeme ve alacakların da ifasını kabul etmeme iradesini taşıdığından, beyanda bulunanın asli edimi alacaklısı tarafından cebri icra yoluyla elde edilebilir nitelikte değilse, haksız fesih beyanı sözleşmeye aykırı fiil vasfıyla asli edim

imkânsızlaşır ve sonraki imkânsızlığın sonuçları doğar²⁴⁷. Bu kapsamda, asli edim borcu sona erer. TBK m. 136/II uyarınca asli edimin karşılığını oluşturan edim de sona erer. Sözleşmede değişim ilişkisi içinde bulunan karşılıklı edimler sona erdiğinden ötürü, edim mübadelesine hizmet eden yan edimler de kendiliğinden sona erecektir. Bu itibarla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme de bu niteliğini kaybederek, tasfiye sürecine girer. Buna yol açan haksız fesih beyanında bulunanın asli ediminin sonraki imkânsızlığından, kural olarak²⁴⁸ borçlu beyan sahibi sorumlu olduğu için, karşı tarafın olumlu zararı değişim esasına göre giderilir.

C. Haksız Fesih Beyanının Diğer Sonuçları

1. Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkilemeyen Haksız Fesih

a. Beyan Muhatabının Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Sözleşmenin bir tarafının haksız fesih beyanında bulunması, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme üzerinde doğrudan bir etkide bulunmasa dahi, sözleşmeye aykırı eylem olarak nitelendirilmek gerekir. Zira haksız fesih beyanında bulunmak suretiyle beyan sahibi sözleşme tarafı, sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklar ve bu kapsamda borçlarını ifa etmeyeceğini, külfetlerini yerine getirmeyeceğini ortaya koyar.

Haksız fesih beyanında bulunma eylemi, dolayısıyla, sözleşmenin amacının tehlikeye düşürülmesi anlamına gelir ve bu bağlamda, MK m. 2'den doğan bir yan borç olarak, sözleşmenin amacına uygun davranma borcunu ihlal anlamına gelir²⁴⁹. Üstelik, sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki işbirliğinde bulunma külfetleri, bağlılık ve güven gereksinimi, ani edimli sözleşmelere nazaran daha güçlü olduğundan, bu borcun kapsamı daha geniş kabul edilmek gerekir. Bununla birlikte söz konusu borcun ihlali, Türk Borçlar Kanunundaki genel ifa engelleri sistematığı içinde özel bir sonucun doğmasına yol açmamaktadır. Fakat, sözleşmenin ihlal

²⁴⁷ Bölüm: 2,II,C,7,a. Ayrıca karşı. Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1485-1487, yazar haksız feshe sözleşmeyi sona erdirici etkiyi, kişisel edimlerde (*prestations strictement personnelles*) cebri icra söz konusu olmadığından tanımaktadır.

²⁴⁸ Beyan sahibinin kusurluluğu hakkında: Bölüm: 2,III,A,2

²⁴⁹ Bölüm: 2,II,C,7,b

edileceğinin bu şekilde açıklığa kavuşturulması, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin devamını beyan muhatabı bakımından çekilmez kılar²⁵⁰. Dolayısıyla, haksız fesih beyanı muhatabı, bu beyanın kendisine ulaşması üzerine, haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. Böylece, sözleşmesel ilişkinin akıbetinin belirlenmesi, fesih beyanının muhatabına verilmektedir ve muhatap, sözleşmenin doğrudan doğruya haksız fesihle sona ereceği kabulüne göre daha elverişli bir pozisyon kazanmaktadır. Bu bağlamda, bir uyuşmazlıkta tarafların karşılıklı fesih beyanları bulunuyorsa ve ilk fesih beyanı haksızsa, diğer tarafın, haksız fesih beyanının kendisine ulaşması üzerine bulunduğu fesih beyanı haklı nedenle fesih hükmünde olacaktır. Bu çerçevede ikinci fesih beyanında fesih sebebi tasrih edilmemiş olsa dahi, güven kuramına göre haksız fesih beyanında bulunan taraf bu ikinci beyanın sebebini anlayacak konumda olduğundan ikinci beyan geçerli olacaktır. Bununla birlikte karşılıklı fesih beyanları taraflara aynı anda ulaşmışsa veya bir taraf kendine fesih beyanı ulaşmadan fesih beyanında bulunmuşsa, bu durumda ikinci ulaşan fesih beyanı haklı nedenle fesih sayılamaz. İki haksız fesih beyanının da ayrı ayrı ikale önerisine çevrilip çevrilemeyeceği değerlendirilmek gerekir²⁵¹.

b. Beyan Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi

Ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkilerine koşut olarak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından da haksız fesih beyanı, beyan sahibinin alacaklı olduğu edimler bakımından külfetlerini yerine getirmeyeceği anlamına gelir ve eylemli yahut sözlü bir ifa teklifine gerek kalmaksızın, diğer koşullar da mevcutsa, alacaklı temerrüdü dahi gerçekleşir²⁵². Bu durumda, haksız fesih beyanı muhatabı, ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi, tevdi ve satış imkânlarına başvurabilir.

Bu imkânların yanı sıra, haksız fesih beyanının muhatabının edimi verme edimi değilse veya alacaklı temerrüdüne yol açan külfet, borçlunun ifaya hazır olması için zorunluluk arz ediyorsa, TBK m. 110 hükmüne de haksız fesih beyanı muhatabının, borçlu sıfatıyla, başvurması mümkündür. Bu durumda sürekli borç ilişkisi doğuran

²⁵⁰ Weidt, s. 141 vd.; **BK-Weber**, Art. 97 OR, N. 59; Decurtins, s. 62 vd.; Dursun Karaahmetoğlu, s. 175; ATF 69 II 243; Demir Gökyayla, s. 202; Schulthess, s. 199; Gauch, s. 131 vd.; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1546; JdT 1974 I 285; ATF 99 II 308; Ölekli, s. 202

²⁵¹ *Bölüm: 2,IV,D,2,b ve Bölüm: 3,II,D*

²⁵² *Bölüm: 2,III,G,2*

sözleşme, bu hüküm uyarınca ileriye etkili olarak sona erer²⁵³. Başka bir deyişle TBK m. 110 hükmü, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih sonucu doğurur. Zira bu sözleşmelerde dönmenin fesih olarak hüküm ifade etmesini gereken tüm gerekçeler alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

c. Aynen İfa ve Olumlu Zararın Giderimi Talebi

Haksız fesih beyanı, sözleşmeden doğan borçlar üzerinde herhangi bir etkiye bulunmadığı takdirde, bu borçların varlığının doğal bir sonucu olarak alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilir²⁵⁴. Bu bakımdan ani ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden doğması herhangi bir farklılık getirmez. Aynen ifası mümkün bir edim varlığı, bu olanağın varlığı için yeterlidir. Haksız fesih beyanının talebin varlığı üzerinde etkisi yoktur.

Bunun yanı sıra, haksız sona erdirmeye beyanı, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme amacını tehlikeye sokmamak yan borcunu ihlal ettiği için, bu beyan nedeniyle karşı tarafın uğradığı olumlu zararı, beyan sahibi gidermekle sorumludur. Bu borca aykırılıktan doğan zarar, sözleşmenin imkânsızlık veya fesih işlemi nedeniyle ileri etkili olarak sona ermesinden yahut borçlanılan edimin ifasındaki temerrüden kaynaklanmaz. Tazminat sorumluluğunun kaynak ve kapsamı, ani edimli sözleşmelerden bir farklılık arz etmez²⁵⁵.

d. Ödemezlik Def'ine Başvurma Olanığı

Ödemezlik def'i sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri de kapsayan bir hak²⁵⁶. Bu itibarla kuramsal olarak uygulanmasında herhangi bir engel olmadığı gibi İşK. m. 34/I gibi böyle bir uygulamayı kabul eden kanun hükmü de mevcuttur. Bu bağlamda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde söz konusu olan edimin niteliği

²⁵³ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1188; Stauber, N. 490; Antalya, C. III, s. 156; Belen, s. 250

²⁵⁴ Venturi-Zen-Ruffinen, N.1525 ve N. 1544; Altınok Ormancı, s. 256; Dursun Karaahmetoğlu, s. 174 ve 177

²⁵⁵ Bölüm: 2,III,D,3,b

²⁵⁶ Kaneti, s. 71 vd.; Eren, s. 1016-1017; Schwenger, N. 62.04; **BK**-Weber, Art. 82 OR, N. 83 ve 90; Antalya, C. III, s. 69; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2221; Bu hususta ayrıntılı değerlendirmeler ve öğretideki görüşler için: Pekmez, s. 341 vd. ve 251; Kira sözleşmesinde mümkün olduğu: Yarg. 6. HD, 15.4.2010, 11776/4494 (Lexpera) "Kiracı, kira ilişkisini sürdürmekte iken kira sözleşmesine konulan özel hüküm nedeniyle ödemezlik savunmasında bulunamaz."

gereği önce ifa yükümlülüğü²⁵⁷ ödemezlik def'ine mutlak anlamda bir engel oluşturmaz²⁵⁸.

Haksız fesih beyanında bulunan taraf, beyanıyla birlikte kendine düşen karşılık ilişkisi içindeki edimleri yerine getirmese, haksız fesih muhatabı olan sözleşmenin diğer taraf ödemezlik def'ine başvurabilir. Bu durumda, söz konusu def'i hakkının kullanılabilmesi, doğrudan doğruya ifanın kesintiye uğramasından kaynaklanır ve özellik göstermez.

Buna karşılık, haksız fesih beyanında bulunan taraf mevcut borçlarını ifa etmişse ve değişim ilişkisi içinde başka muaccel bir borcu da yoksa, bu esnada borçlu olan haksız fesih muhatabının ödemezlik def'ine başvurabilmesi, ani edimli sözleşmelerde benzer şekilde özellik gösterir. Haksız fesih beyanında bulunan tarafın, diğer yandan kendi edimini talep etmesi durumunda, karşı tarafın ödemezlik def'ine başvuramayacağını ileri sürmesi çelişkili davranış oluşturur. Bu itibarla haksız fesih beyanı muhatabının, diğer hukuki olanaklarla birlikte ödemezlik def'ine başvurusunun önünde bir engel yoktur. Başka bir deyişle MK m. 2 uyarınca, haksız fesih beyanı, önce ifa yükümlülüğünün ödemezlik def'inin doğumuna engel olmasına olanak tanımaz. Dolayısıyla ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından da geçerliliğini korumaktadır²⁵⁹. Bununla birlikte şunu belirtmek gerekir ki haksız fesih beyanında bulunanın, bu beyanına karşın sonradan aynen ifa talebi bulunmasının başlı başlı MK m. 2'ye aykırı olduğu sonucuna varıldığı olasılıklarda, bu istem MK m. 2 uyarınca korunmayacağı için karşı tarafın ödemezlik def'inin varlığı açısından bir değerlendirme yapmaya gerek kalmaz.

²⁵⁷ **CHK**-Wullschleger, Art. 82, N. 24; **ZK**-Schraner, Art. 82 OR, N. 103 ve 112; Larenz, **SR-AT**, §15 1, s. 192 Medicus/Lorenz, N. 241; **MünchK**-Emmerich, §320 BGB, N. 17; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 184; Pekmez, s. 182; Huguenin, N. 931

²⁵⁸ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1107; Kılıçoğlu, s. 769 dn. 785; Pekmez, s. 325; **ZK**-Schraner, Art. 82 OR, N. 112; **BK**-Weber, 2005, Art. 82 OR, N. 85 vd.; Huguenin, N. 931, tek yetkili satıcılık sözleşmesi bağlamında: N. 3866; Kıyasen uygulanacağı şeklinde: **CHK**-Wullschleger, Art. 82 OR, N. 18

²⁵⁹ *Bölüm: 2,III,C,2*

e. Beyan Sahibinin Borçlu Temerrüdü

(1) Genel Olarak

Haksız fesih beyanı, yine ani edimli sözleşme ilişkilerine koşut olarak, beyan sahibinin sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeyeceği iradesini ortaya koyar ve bu nedenle karşı tarafın borçlu temerrüdünü hükümlerine doğrudan veya kıyasen başvurabilmesi olanağını doğurur. Bununla birlikte öncelikle, haksız fesih beyanının sözleşmesel tüm borçlar bakımından ifa etmeme iradesini açıkladığı için niteliği itibarıyla temerrüde düşülebilecek tüm borçlar açısından borçlu temerrüdü gerçekleşebilir. Ancak bu borçlardan sadece karşılık ilişkisi içinde kalan borca dayanılarak sözleşmenin borçlu temerrüdü hükümlerine dayanılarak feshedilmesi mümkündür. Diğer borçlar açısından sadece aynen ifa ile birlikte temerrütten doğan olumlu zararın giderilmesi talebi söz konusu olur.

Öte yandan, borcun karşılık ilişkisi içinde olup olmadığının yanı sıra yapılması gereken ikinci ayırım, haksız fesih beyanının muhatabına ulaştığı anda²⁶⁰ sözleşmeden doğan ve borçlu temerrüdüne elverişli borçların muacceliyetini esas alır. Buna göre, muaccel olan edimler bakımından borçlu temerrüdü hükümleri doğrudan doğruya uygulanabilirken, muaccel olmayanlar²⁶¹ açısından kıyasen uygulanma olanağı bulunur. Ancak borçlu temerrüdünün kıyasen uygulanabileceği hükümler karşılık ilişkisi içindeki edimlere özgü olduğu için kıyasen uygulanma imkânı da salt bu nevi edimler için söz konusu olabilir.

Ayrıca, haksız fesih ve borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan ve kıyasen uygulanması hususunda şu ayırım yapılmak gerekir. Haksız fesih beyanı, henüz sürekli edimin ifası başlanmadan önce yapılmışsa, doğrudan doğruya ani edimli sözleşmelere ilişkin olarak yapılan açıklamalar geçerli olur ve sürekli borç ilişkilerine özgü bir durum söz konusu olmaz. Bununla birlikte, haksız fesih beyanında bulunmuş olmasına rağmen beyan sahibi, sözleşmeden doğan borçlarını sözleşmeye uygun surette ifa ediyorsa, borçlu temerrüdünün gerçekleştiği sonucuna varılması mümkün değildir.

²⁶⁰ Zira sözleşmeye aykırı fiil ulaşma ile tamamlanmış olur.

²⁶¹ Örnek olarak süreklilik arz eden edim dönemselsel olarak ifa ediliyorsa ve sonraki dönem bakımından muacceliyet gerçekleşmeden haksız fesih beyanında bulunmuşsa, borçlu temerrüdü hükümlerine kıyasen gidilebilmesi mümkün olur.

Zira alacaklının ifa menfaati bu olasılıkta karşılanmaktadır. Bu olasılıkta, beyan muhatabının başvurabileceği temel mekanizma haklı nedenle fesihtir. Ayrıca bu beyan nedeniyle uğradığı bir zarar varsa sözleşme amacına uygun hareket etme borcuna aykırılığa dayanarak tazminat talebinde bulunulması mümkündür²⁶².

Borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması da yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak tespit edilmek gerekir. Bu bağlamda borçlu temerrüdünü engelleyecek başkaca bir husus söz konusu değilse, haksız fesih beyanı borçlu temerrüdü için ihtar gerektiren muaccel edimler bakımından ihtar gerekliliğinin kalkmasıyla temerrüdün gerçekleşmesini sağlayacaktır. Belirli vade tayin edilen ve muacceliyet kazanmış edimler bakımından, muacceliyet ve temerrüt birlikte gerçekleşmiş olacağından, haksız fesih beyanının borçlu temerrüdünün doğumu bakımından herhangi bir işlevi söz konusu olmaz. Buna karşılık haksız fesih beyanı, muhatabına ulaşmakla, beyan sahibinin muaccel olmayan ve karşılık ilişkisinde bulunan borçları bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlamak suretiyle sözleşmenin feshedilmesine (kıyasen TBK m. 126) olanak verir.

(2) Gecikme (Temerrüt) Zararının Giderilmesi

TBK m. 118 hükmü, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından da aynen uygulanma olanağına sahiptir. Bu itibarla, haksız fesih beyanı sonucunda veya belirli vadenin dolmasıyla temerrüde düştüğü edimler için haksız fesih beyanı sahibi, alacaklının temerrüt nedeniyle uğramış olduğu olumlu zararı gidermekle sorumlu olacaktır. Bu bağlamda ani edimli sözleşmelerde gecikme (temerrüt) zararının giderilmesine ilişkin açıklamalar, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de geçerlidir.

(3) Fesih ve Olumlu Zararın Giderilmesi

Haksız fesih beyanında bulunan tarafın karşılık ilişkisi içinde bulunan edimi muaccelse karşılık ilişkisi edimlerde borçlu temerrüdüne ilişkin özel sonuçlara doğrudan doğruya başvurulabilir. Pratik olarak düşük bir olasılık da olsa, söz konusu

²⁶² Bölüm: 2,III,3,b ve Bölüm: 3,II,C,1,c

edim henüz muaccel değilse bu sonuçlara yukarıda açıklandığı üzere kıyas yoluyla başvurulabilir.

Ani edimli borç ilişkilerinde, karşılık ilişkisindeki edimlerde borçlu temerrüdüne düşülmesinde, borçlu temerrütten sorumlu değilse, yenilik doğuran hak olarak, sözleşmeden dönme ve sorumluya aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesini isteme hakkı, ayrıca dönme hakkının yanında olumsuz zararın giderilmesi talep hakkı tanınmıştır. Sürekli borç ilişkilerinde ise durum farklılık gösterir. Zira sözleşmeden dönme hakkı, ileriye etkili olarak, fesih şeklinde hüküm göstermek gerekir. Sözleşmenin feshedilmesinin yanı sıra, temerrütten borçlu sorumluya, olumsuz zararın giderilmesi kural olarak mümkün olmaz²⁶³. Bunun yerine olumlu zararı giderim borcu doğar. Söz konusu hukuki sonuçların ise aynen ifa talebi yerine olumlu zararın giderilmesi hakkından herhangi bir farkı yoktur ve bu hak fesih hakkı ve olumlu zararın giderilmesi talebi içinde erir²⁶⁴. Bu itibarla sürekli borç ilişkilerinde salt fesih hakkının bulunacağı ve borçlu temerrütten sorumlu tutulabiliyorsa, fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte olumlu zararın giderilmesi talebinin de doğacağı sonucuna varmak gerekir. Genel ilkelerle varılan bu sonucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 126 hükmüyle açık surette teyit etme yoluna gitmiştir. Fesih hakkının varlığı ise, dönme hakkına koşul olarak, mütemerrit tarafın temerrütten sorumlu olmasına bağlı değildir.

Bu kapsamda, sözleşmeyi fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte, fesih beyanının haksız fesih beyanında bulunan karşı tarafa ulaşması üzerine sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Feshin hüküm doğurduğu andan²⁶⁵ önceki sözleşme

²⁶³ Kuramsal olarak olumsuz zararın giderilmesinin mümkün olduğu görüşü: Vedat Buz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu – Ankara Barosu (12-13 Mayıs 2011)**, Ankara, 2011, s. 176-177; 818 sayılı Kanun açısından bu yönde: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 323. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 131 açısından yapılan değerlendirme kapsamında ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi hakkının tanınmamış olmasının yerinde olmadığı fikri: Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoglu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işintan/Mehtap İpek/Mert Yaşar/Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme**, İstanbul, 2005 s. 78

²⁶⁴ Bu yönde: Huber, **II**, §46 III 3, s. 456 ve §46 V, s. 471. Haklı nedenle fesih hakkı ise yukarıda ifade edildiği üzere bağımsız şekilde varlığını korur.

²⁶⁵ Borçlu temerrüdü hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanmasıyla sözleşmenin feshedilmesi halinde, feshin sona erdirici etkisi temerrüde düşülmüş edimleri kapsayacaktır: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 322-323; Schenker, N. 818; Fikentscher, N. 375; Hürlimann, s. 76; Beitzke, s. 46; Molitor, s. 14. Bu da haklı nedenle fesih ile borçlu temerrüdü nedeniyle feshih arasında önemli bir fark oluşturur.

hükümleri varlığını korur. Dolayısıyla burada sözleşmenin feshedilmesiyle doğan temerrüde özgü sonuç, sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden ileri gelen ifa menfaati kaybının giderimi talebinden ibarettir ve hukuki durum haklı nedenle fesih ile özdeşir²⁶⁶.

Borçlu temerrüdü, haksız fesih beyanında bulunanın karşılık ilişkisi içindeki edimi bakımından gerçekleştiğinde, haksız fesih beyanına muhatap olan taraf, alacaklı sıfatıyla TBK m. 124 kapsamında her zaman, MK m. 2 hükmüyle sınırlı olarak, fesih hakkını kullanabilir. Zira haksız fesih beyanı, yukarıda açıklandığı üzere kendi başına bir ek süre verilmesine gerek bırakmayan olgu niteliğindedir²⁶⁷. Hakkın kullanımını ve geri alınması yenilik doğuran haklara ilişkin genel ilke ve kurallara tabi olacaktır.

2. Asli Edimin Cebri İcra ile Elde Edilmesini Etkileyen Haksız Fesih

a. Genel Olarak

Haksız sona erdirme beyanında bulunan tarafın, beyanıyla borçlu olduğu asli edimin alacaklısı tarafından cebri icra yoluyla elde edilmesini olanaksız kılmasıyla birlikte, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme, ileriye etkili olarak sona erer ve temel olarak sözleşmeyi tasfiyeye yönelik olarak varlığını sürdürür²⁶⁸. Çünkü beyanda bulunanın karşı tarafın edimiyle mübadele ilişkisi olan borcunun imkânsızlaşma suretiyle sona ermesiyle karşı tarafın da borcu sona erer. Bu bağlamda, koruma yükümlülükleri dışında, sözleşmedeki edim mübadelesine yönelmiş olan yan borçlar da imkânsızlaşır. Tasfiye süreci ve iade borçlarının doğumu, sözleşmenin sona ermesinin doğal bir sonucu olup bu yönden fesih haklarının geçerli olarak kullanılmasıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin tasfiyesinden farklılık taşımaz. Diğer yandan, sözleşmenin sürekli borç doğuran vasfını yitirmesiyle birlikte haksız fesih muhatabı olan sözleşme tarafının haklı nedenle fesih kurumuna başvurma olanağı da ortadan kalkar. Borçlular ve alacaklılar bakımından çekilmezlik

²⁶⁶ *Bölüm: 3,I,C,5,b,(3)*

²⁶⁷ *Bölüm: 2,III,D,4,b,(2)*

²⁶⁸ Bu yönden ani edimli sözleşme ilişkilerinden farklılık yoktur: *Bölüm: 2,II,C,7,a*. Ayrıca, öğretide yerinde olarak ani edimli sözleşmeler bakımından da TBK m. 136 kapsamında dahi iade borçlarının sözleşmesel temeli olduğu ileri sürülmektedir: Kurt, **İmkânsızlık**, s. 217 ve 257; **CR**-Thévenoz, Art. 119 CO, N. 25; Bucher, s. 422; Schwenger, N. 56.10 ve 64.16; Gauch/Schluemp/Emmengger, N. 2544

yaratabilecek nitelikte bir sözleşmesel ilişki artık söz konusu değildir. Bir an için haklı nedenle fesih olanağının bulunduğu varsayılsa dahi, sona ermiş ve tasfiyeye yönelik sözleşmesel ilişki üzerinde, aynı tasfiye ilişkisi dışında herhangi bir farklı sonucu olmaz. Bu durum da, tasfiye yönelmiş ve süreklilik niteliğini yitirmiş sözleşme bakımından haklı nedenle fesih olanağı tanınmanın gereksizliğini ortaya koymaktadır.

b. Beyan Muhatabının Olumlu Zararının Giderilmesi Talebi

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme, yukarıda belirtildiği şekilde, asli edimin imkânsızlaşması sonucunda sona erdiğinde süreklilik niteliğini ileriye etkili olarak yitirir ve olası tazminat ile iade borçları açısından ani edimli sözleşmelere benzer. Bu kapsamda, imkânsızlık anından önce gerçekleşmiş sözleşme ihlalleri saklı kalır ve bu ihlallerden doğan zarara ilişkin tazminat talepleri varlıklarını korumaya devam eder. Bu çerçevede her bir ihlalle doğan zararı gidermeye yönelik tazminat taleplerine zararın doğduğu an itibarıyla sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı işlemeye bağlar, haksız fesih beyanının bu yönden de önceki sözleşme ihlallerine etkisi yoktur. Dolayısıyla söz konusu ihlalleri kapsayan teminatlar ve cezai şart hükümleri de varlıklarını aynen korur.

Buna karşılık, haksız fesih beyanı nedeniyle doğan imkânsızlık sonucunda, beyan sahibinin sözleşme yürürlükte kaldığı müddetçe elde edeceği ifa menfaatine engel olması üzerine, beyan muhatabının elde edemeyeceği olumlu ifa menfaatini gidermekle TBK m. 112 uyarınca sorumlu olur²⁶⁹. Başka bir deyişle, beyan

²⁶⁹ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1504; Altınok Ormancı, s. 252. Yargıtay'ın haksız fesih halinde sözleşmenin sona erdiğinden hareket etmek suretiyle olumlu zararın tazmin edilemeyeceği yönündeki kararında isabet yoktur: Yarg. 19. HD., 15.4.2015, 17032/5455 (Kazancı) "Davacı dava dilekçesinde ve ıslah dilekçesinin sonuç kısmında açıkça sözleşmenin haksız yere feshedilmesi sebebiyle mahrum kalınan kar isteminde bulunmuştur. BK. m. 106 uyarınca mahrum kalınan kar, müspet zarar kapsamında olup istenebilmesi için sözleşmenin geçerliliğini koruması gerekir. Somut olayda sözleşme feshedilmiş olup, ayrıca sözleşmede de fesih halinde müspet zararın istenebileceğine dair hüküm bulunmadığından, davacı feshedilmiş bir sözleşmeye dayanarak müspet zarar kapsamında mahrum kalınan kar isteminde bulunamaz"; Yarg. 11. HD., 20.11.2014, 15990/18055 (Kazancı) "Mahkemece, fesih tarihi olarak kabul edilen 15.1.2008 tarihinden sözleşmenin bitim tarihi olarak belirtilen 16.7.2010 tarihine kadarki dönem için kazanç kaybı hesabı yapılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle, uğranılan zarar bu değerlendirmeye göre hüküm altına alınmıştır. Ancak, davaya konu kazanç kaybına dair tazminatın, geçerli bir sözleşme ilişkisinin haksız olarak feshedildiği tarihten, dava tarihine kadar hesaplanması gerektiğinden, mahkemenin tazminatın sözleşmenin feshi tarihinden başlayıp, bitim tarihine kadar olan dönem için hesaplanabileceği yönündeki gerekçesi ve bu gerekçe doğrultusunda dava tarihinden sonraki bir dönem içinde tazminata hükmedilmesi doğru olmamış."; Yarg. 11. HD., 10.4.2014, 18223/7078 (Kazancı). Anılan gerekçe tarafların sözleşmeyi ikale sözleşmesiyle sona erdirmeleri halinde geçerlilik kazanabilir.

muhatabının ifa menfaatini, edimin imkânsızlaşması nedeniyle kaybetmesinden ileri gelen olumlu zararı giderme borcu ikincil edim olarak doğar²⁷⁰. Burada zararı doğuran temel olgu sürekli borç ilişkisinin süresinden önce sona ermiş olmasıdır. Bu çerçevede zararın hesaplanmasında, talep sahibinin ifa menfaatinin yayıldığı zaman diliminin tespiti önem taşır. Eğer sözleşme belirli süreliyse bu süre nazara alınacakken, olağan fesih hakkı varsa bu hakkın kullanılması sonucunda sözleşmenin sona ereceği tarih nazara alınmak gerekir²⁷¹. Bunun yanı sıra, haksız fesih beyanında bulunan tarafın sözleşmeyi daha kısa bir sürede sona erdirmesini sağlayabilecek sözleşmesel bir fesih hakkı bulunuyorsa artık o hak dikkate alınır. Bunun yanı sıra zararı azaltma külfeti çerçevesinde haksız feshе maruz kalan tarafın alacağı önlemler de tazminatın tayininde dikkate alınır²⁷². Zararın belirlenmesi bakımından ise asli edimlerin imkânsızlık

²⁷⁰ Keza, asli edimin ihlaline veya genel olarak sözleşmenin ihlaline bağlanmış cezai şartlar da haksız fesihle doğmuş olur. Aynı şekilde, sözleşmenin ihlali bakımından öngörülmüş aynı veya kişisel güvenceler de bu sözleşme ihlalini kural olarak kapsar. Bütün bu talepler de derhal muaccel olur: Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1513

²⁷¹ ZK-Staehelin, Art. 337c OR, N. 7; Altınok Ormancı, s. 253; İFM, 2.8.2006, 4C.406/2005 (Swisslex). Bu hususta İBK m. 337c ve TBK m. 438 hükümlerinde hizmet sözleşmesine ilişkin olarak açık hüküm bulunsa da, bizatihi zarar kavramı tanımı itibarıyla bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Yarg. 13. HD., 9.5.2016, 46730/12463 (Kazancı) “Kural olarak, davacı taraf sözleşmenin haksız olarak feshi halinde döneme sonuna kadar olan danışmanlık ücretini isteyebilir. ... Dava konusu olayda davacı mesleğine uygun bir iş aramak ve bu yoldaki çabasını ispatlamak zorundadır. Davacının işe gelmeyerek (danışmanlık işlerini yapmayarak) tasarruf ettiği miktarda düşülmesi gerekir.”; Yarg. 11. HD., 9.6.2016, 9476/6367 (Kazancı) “mahkemece görüşüne başvurulmuş bilirkişi raporunda da zarar hesabının 21.12.2009 fesih tarihi ile sözleşme süresinin son bulunduğu 03.08.2010 tarihi arasındaki dönem için yapıldığı anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, davalının sözleşmeyi haksız feshi üzerine, öncelikle davacının sözleşmenin feshinden sonra aynı veya emsal nitelikte bir işi ikame etmesi için gereken makul süre tespit edilip, bu süreye karşılık gelen zarar miktarına hükmedilmelidir. Somut uyuşmazlıkta ise taraflar arasındaki sözleşmenin 15.4. maddesinde, “tüm hesapların usulüne uygun olarak kapatılması şartı ile taraflardan biri 3 ay öncesinden yazılı ihbarda bulunarak işbu sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânına sahiptir” hükmü düzenlenerek, taraflarca sözleşmenin başlangıcında böyle bir makul süre öngörüldüğüne göre, sözleşmenin haksız feshinde dahi yeni bir sözleşme yapılabilmesi için gereken makul sürenin de bu süre ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Bu durum karşısında, mahkemece davalının sözleşmeyi haksız şekilde feshettiği 21.12.2009 tarihinden itibaren 3 ay süreyle sınırlı şekilde zarar hesabı yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..” Aksi yönde bütün sözleşme süresinin dikkate alınması gerektiği görüşünde: Şenol, s. 289

²⁷² Yarg. 11. HD., 9.10.2015, 462/10260 (Kazancı) “Sözleşmenin davalı tarafça haksız feshi halinde kural olarak davacının ifa menfaatine ilişkin kar kaybı zararı isteminde bulunma hakkı mevcut ise de mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporunda taraflar arasındaki sözleşme devam etmiş olsaydı sözleşmenin sona ermesi gereken sürenin tamamı esas alınarak yoksun kalınan kâr hesaplanmıştır. Ancak, bu şekilde yapılan yoksun kalınan kar hesaplanması yerinde görülmemiştir. Davacı, davalı dışında başka bir firmayla benzer nitelikte sözleşme yapabilecektir. Dairemizin yerleşik içtihatlarında da benimsendiği üzere (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.01.2014 tarih 2012/10547 E. 2014/1508 K. sayılı ilamı) uğranılan zararın hesabında fesihten sonra kalan tüm sözleşme süresi değil, davacının bu haksız fesih sonrasında feshedilen sözleşme konusu iş ile aynı nitelikte bir işi bulması için gereken süre, bir başka anlatımla aynı nitelikteki bir işi hangi sürede bulacağı veya bulması gerektiği konusunda tespit edilecek “makul bir süre” göz önüne alınarak uğranılan kar kaybının hesaplanması gerekmektedir. Somut olayda ise 7 ay yürürlükte kalan sözleşmenin feshiden sonra kalan ve usulüne uygun

nedeniyle karşılıklı olarak sona ermesi nedeniyle mübadele kuramına başvurulması mümkün olmaz²⁷³. Zararın kapsamını belirlemede nedensellik bağı bakımından genel kabuller geçerli olurken, haksız fesih beyanında bulunanın kusuru bakımından da yukarıdaki açıklamalar izlenir²⁷⁴.

Sözleşmedeki asli edimin cebri icra ile elde edilebilirliğini etkileyen haksız fesihte, haksız fesih beyanında bulunan tarafın sözleşmesel sorumluluğunun, sona erdirme tarihinden önceki borca aykırılıkların saklı kalması ve sözleşmenin süresinden sona ermesi nedeniyle doğan zarar şeklinde ana iki unsurdan oluşması itibarıyla haklı nedenle fesihte oluşan sorumluluğa benzer bir tablo olduğunu ifade etmek mümkündür.

3. Manevi Tazminat Talebi

Haksız fesih beyanı, sözleşmeye aykırı bir eylem olarak, koşulları sağlandığı takdirde manevi tazminat talebinin doğmasına karşı tarafın kişilik haklarını koruma borcunu da ihlal etmek suretiyle sebebiyet verebilir²⁷⁵. Bu bağlamda, haksız fesih

feshedilmeyerek yenilendiği kabulü ile 17 aylık süre için davacı tarafından ödenmesi gereken komisyona göre hesaplama yapılarak kar kaybı zararı belirlenmiş olup, bu hesap yöntemi açıklanan ilke ve Daire uygulamalarına uygun bulunmamaktadır.”; Aynı yönde: Yarg. 11. HD., 6.2.2015, 16017/1406 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 20.11.2014, 15990/18055 (Kazancı) “ Mahkemece feshin haksız olduğu kabul edilerek fesihten sonra kalan sözleşme süresi için mahrum kalınan kâra hükmedilmiştir. Sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte bulunun 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca, alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmine mecburdur. Anılan yasa maddesi gereğince, İş Birliği Protokolü başlıklı 15.02.2010 tarihli sözleşmeyi haksız feshettiği sabit olan davalı, davacının zararını tazminle mükelleftir. Bununla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi “İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur.” hükmünü haiz olup, BK'nın 98. maddesi delaletiyle BK'nın 44. maddesi gereğince de davacı taraf zararının artmasını önlemek için gerekli tüm önlemleri almalıdır.”; Yarg. 11. HD., 23.1.2014, 10547/1508 (Kazancı) “Taraflar arasında 30.01.2009 tarihinde kurulan davaya konu sözleşmenin davalı tarafından tek taraflı ve haklı bir sebep olmadan 28.08.2009 tarihinde feshedildiği hususları dosya kapsamından anlaşılmakta olup, davacının bu nedenle ifa menfaatine ilişkin kar kaybı zararı isteminde bulunma hakkı mevcut ise de uğranılan zararın hesabında fesihten sonra kalan tüm sözleşme süresi değil, davacının bu haksız fesih sonrasında feshedilen sözleşme konusu iş ile aynı nitelikte bir işi bulması için gereken süre, bir başka anlatımla aynı nitelikteki bir işi hangi sürede bulacağı veya bulması gerektiği konusunda tespit edilecek makul bir süre göz önüne alınarak uğranılan kar kaybının hesaplanması gerekmektedir. Somut olayda ise 7 ay yürürlükte kalan 2 yıllık sözleşmenin fesihten sonra kalan tüm sözleşme süresi içinde davacı tarafından teslimi gereken tüm kireç taşı miktarına göre hesaplama yapılarak kar kaybı zararı belirlenmiş olup, bu hesap yöntemi açıklanan ilkeye uygun bulunmamaktadır.”

²⁷³ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1301, 1478

²⁷⁴ Bölüm: 2, III, A, 2; Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1505

²⁷⁵ Dursun Karaahmetoğlu, s. 158

beyanı ile ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdeki haksız dönme beyanı sonuçları itibarıyla farklılık göstermez. Dolayısıyla ani edimli sözleşmelere ilişkin olarak bu hususta yapılan açıklamalar hem haksız feshin sözleşmesel edimleri etkilemediği hem de etkilediği olasılıklarda bütünüyle geçerlidir²⁷⁶.

D. Çevirme Kurumunun Uygulanması

1. Genel Olarak

Esas itibarıyla, yukarıda işaret edildiği üzere, haksız sona erdirmeye çevirme imkânı koşul ve sonuçlarıyla, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkileriyle farklılık göstermez²⁷⁷. Bununla birlikte bu başlık altında sürekli borç ilişkileri açısından açıklık kazandırılması gereken hususlar vurgulanacaktır.

Ani edimli sözleşmelerden farklı olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, haksız fesih beyanı teşkil eden hükümsüz hukuki işleme göre *minus* vasfında başka bir fesih hakkının bulunması daha olasıdır. Haksız feshe konu hukuki işleme, ikale önerisine nazaran daha yakın bir hukuki sonuç doğurduğu için de çevirme etkinliğinde de öncelik fesihte olmalıdır.

Bu bağlamda, haksız fesih beyanı çevirme kurumuyla başka bir hukuki işleme çevrilebildiği takdirde, çevrilen hukuki işlemin sonuçları doğacaktır. Haksız fesih beyanında bulunan tarafın, karşı tarafın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle sahip olduğu def'i hakkı bulunuyorsa, durum iki taraflı ihlaller açısından değerlendirilir²⁷⁸. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, haksız fesih beyanının def'i hakkının kullanılmasına çevrilebilmesi için, haksız fesih beyanının ancak muhabının bir hakkını kullanması üzerine yapılması lazım gelir. Zira def'i bir karşı haktır²⁷⁹ ve ancak ilgili hakkın kullanılması üzerine hakkını kullanan tarafa karşı ileri sürülebilir²⁸⁰.

²⁷⁶ Bölüm: 2,III,F

²⁷⁷ Çevirme için: Bölüm: 2,IV

²⁷⁸ Bölüm: 2, III,H,3 ve Bölüm: 2,IV,D,2,b

²⁷⁹ Eren, s. 71; Antalya, C. I, s. 42; Wolf/Neuner, §21 N. 20

²⁸⁰ Bu yönde yorumlanabilir: Antalya, C. I, s. 42. Def'i hakkının dava dışında ileri sürülebileceği ve bunun dosyadan anlaşıldığı takdirde hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği görüşünde: Pekmez, s. 397; Wolf/Neuner, §21 N, 20; Bork, N. 328; Davada ayrıca ileri sürülmesi gerektiği yönünde: Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353-354; Def'iyi ileri sürme iradesinin davaya yönelik olması gerektiği ancak bunun dava öncesi davranışlardan da anlaşılabilmesi görüşünde: Medicus/Petersen, N. 98

2. Haksız Fesih Beyanının Başka Bir Fesih Hakkına Çevrilmesi

a. Haksız Olağan Fesih Beyanında

Yasal veya sözleşmesel önellere uyulmadan kullanılan olağan fesih hakkı, önele uyan bir olağan fesih beyanına çevrilebilir²⁸¹. Zira, sözleşmesel ilişkinin üzerinde herhangi bir sorumluluk doğurmadan sona erdirilmesi hususunda, beyan sahibinin varsayımsal iradesinin bulunacağı rahatlıkla ifade edilebilir. Kısa ve geçersiz önele uyan muhatabın bu tutumu ise yasal veya sözleşmesel önele aykırı fesih beyanını geçerli kılmaz. Daha önce de ifade edildiği üzere yenilik doğuran işlemin akıbeti muhatabına bağlı olmamalıdır²⁸² ve muhatabın da hak kaybı olmaması için harekete geçmeye zorlanması uygun değildir. Bu durumda muhatap yine de haksız sona erdirmeye beyanı nedeniyle uğradığı olumlu zararın giderilmesini talep edebilir. Örnek olarak kiracının haksız fesih beyanı üzerine kiralananı hemen iade etmiş olması nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini istemesi mümkündür.

b. Haksız Olağanüstü (Haklı Nedenle) Fesih Beyanında

Haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasına ilişkin haksız fesih beyanı da, sözleşmesel ilişki, bünyesinde olağan fesih hakkı barındırıyorsa, olağan fesih hakkının kullanılmasına çevrilebilir²⁸³. Haksız fesih beyanı, haklı nedenle feshi konu aldığından öznel bakımdan sözleşme ilişkisi çekilmezdir ve beyan sahibi bu sözleşmeyi derhal sona erdirmek istemektedir. Bu durumda ancak yine farazi irade bakımından, bu iradenin haklı nedenle fesih hakkı bakımından olası tazminat veya denkleştirme

²⁸¹ Venturi-Zen-Ruffinen, N. 1467; Seliçi, s. 152; Ayrıca: Tandoğan, C. I/1, s. 56. Kira sözleşmelerinde bu husus açıkça TBK m. 328/II hükmüyle düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle kanuni çevirme öngörülmüştür. Bu yönde bir hüküm yer almayan 818 sayılı Kanun döneminde ise çevirmeye cevaz verilmekteydi: Aydın, **Kira Sözleşmesi**, s. 107 dn. 297. Aksi yönde: Yarg. 16. HD., 28.9.2016, 5707/12723 (Lexpera) “Belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa fesih ihbar süresi olarak verdiği sürenin, verilmesi gereken süreden kısa olması halinde fesih haksız hale gelir ve sözleşme hemen sona ermiş olur. ... Olağan fesih yolunu kullanırken yeterli ihbar süresini vermeyerek veya olağanüstü fesih yolunu kullanırken dayandığı sebep haklı bulunmadığı için sözleşmeyi haksız olarak feshetmiş olan taraf diğer tarafın fiili zararı ve kar mahrumiyeti zararından sorumlu olur.”

²⁸² Bu bakımdan kabulden söz edilmesi (Tandoğan, C. I/2, s. 206) de kanımızca yerinde bir kullanım değildir. Şu kadar ki tarafların örtülü bir ikale sözleşmesi kurmalarında bir engel yoktur: Inceoğlu, C. II, s. 214; Bucher, **BT**, s. 174

²⁸³ **MünchK-Gaier**, §314 BGB, N. 18; **PraxisK-Weth**, §314 BGB, N. 49 **NomosK-Krebs/Jung**, §314 BGB, N. 57; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 248; Altınok Ormancı, s. 232. Yarg. 11. HD., 8.1.2019, 1390/118 (Lexpera) “Ayrıca, temelinde haklı neden olmaksızın yapılan feshin, olağan feshe tahvil edilerek olağan fesih süresinin sonunda sözleşmenin sona erdireceğinin kabulü de mümkündür. Böylece geçersiz olağanüstü fesh, olağan feshe tahvil edilmiş olur (11. H.D'nin 15/01/1992 tarihli, E. 1990/1959, K. 1992/96 sayılı kararı).”; Özmen, s. 7 dn. 7

talebinin yitirilmesini kapsamaması gerekir. Zira sözleşmenin olağan fesihle sona ermesi, ne denkleştirme ne de tazminat talebine yol açar.

Haksız fesih beyanının haklı nedenle fesih hakkını konu aldığı olasılıklarda, haksız feshin, kanuni veya sözleşmesel başka bir fesih hakkına çevrilme imkânı da ayrıca değerlendirilmek gerekir. Haklı nedenle feshin geçerlilik koşulları bulunmadığı halde, bu beyan belirtildiği üzere başka bir sözleşmesel veya kanuni fesih hakkının geçerlilik koşullarını barındırıyorsa, bu hakka çevrilmesinde bir engel yoktur²⁸⁴, yeter ki çevrilen hakkın kullanılması hak sahibi bakımından haklı nedenle fesihten elverişsiz sonuçlara yol açmasın. Bu çerçevede verilebilecek ilk örnek, haklı nedenle fesih açısından çekilmezlik söz konusu olmadığı için haklı nedenle fesih beyanının hükümsüz olduğu bir durumda, bu beyanın sözleşmede mevcut bir fesih hakkına veya koşullara varsa TBK m. 126 hükmü uyarınca kullanılmış bir fesih hakkına çevrilmesidir. Çevrilmesi mümkün birden fazla yenilik doğuran hak varsa, öncelik, sonuçları itibarıyla hükümsüz işleme en yakın olanda bulunmalıdır. Bu bağlamda, haksız bir haklı nedenle fesih beyanının hem olağan feshe hem de sözleşmesel bir derhal fesih hakkına feshe çevrilmesi olanaklı ise, sözleşmenin derhal sona ermesini sağladığı ve sona erme nedeniyle olumlu zararın giderilmesine olanak tanıdığı için öncelik sözleşmesel fesih hakkında olmalıdır.

c. Diğer Fesih Haklarında

Haklı nedenle fesih dışında, kanun veya sözleşme ile tanınan sebebe bağlı ve derhal hüküm doğuran fesih haklarına ilişkin haksız fesih beyanları, haklı nedenle feshe ilişkin tüm geçerlilik şartları sağlanmış durumdaysa, haklı nedenle feshe çevrilebilir. Zira sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yönünden sonuçları ortak olan bu işlemler bakımından, beyan sahibinin haklı nedenle feshe yönelik varsayımsal iradeye sahip olacağı çıkarsanabilir. Bununla birlikte haksız feshe konu fesih hakkının da, haklı nedenle fesihte söz konusu olduğu gibi beyan sahibine sözleşmenin süresinden önce ermesi nedeniyle olumlu zararının talep etme hakkı veriyor olması gerekir. Aksi halde ikame işlem, asıl işlemten daha ileriye giden sonuçlar doğurmuş olur ve buna çevirme kurumu dahilinde cevaz verilmez. Haklı nedenle fesih koşulları

²⁸⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 248; Altınok Ormancı, s. 235 ve 239; Cherpillod, N. 201; Venturi Zen Ruffinen, N. 1473 ve vd., N. 1479

sağlanmıyorsa, bu durumda olağan feshe çevirmenin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelir. Bu olasılıkta ise çevirme ancak beyan sahibinin sözleşme ilişkisi her durumda sona erdirme yönündeki iradesi tespit edilirse, başka bir deyişle beyan sahibinin amacının fesih sonucunda olumlu zararının giderilmesini elde etmek olmadığı durumda mümkün olur.

3. Haksız Fesih Beyanının İkale Sözleşmesi Önerisine Çevrilmesi

Haksız fesih beyanı başka bir fesih hakkına çevrilemediği durumda, ikale sözleşmesi önerisine çevrilmesi, ani edimli borç ilişkisi sözleşmelerde yapılan açıklamaya koşut olarak, mümkündür²⁸⁵. Yine bu olasılıkta, öneriye çevirmenin gerçekleşmesi için ikalenin hukuki sonuçlarının haksız fesih beyanı sahibinin beyan tarihi itibarıyla varsayımsal iradesine uygun olması lazım gelir. Bu çerçevede, karşı taraftan sözleşmenin sona ermesi nedeniyle tazminat talep etme iradesi bulunduğu anlaşılan haksız fesih beyanı sahibinin bu yönde bir varsayımsal iradesinin bulunacağı çıkarsanamaz. Haksız fesih beyanı, ikale önerisine çevrildikten sonra da ikale sözleşmesinin kurulabilmesi için beyan muhatabının güven kuramı çerçevesinde yorumlanan açık veya örtülü kabulü gerekir. Bu durumda da, özellikle, haksız fesih beyanı üzerine karşı tarafın olumlu menfaatini kaybetmek yönünde bir iradesinin varlığının tespiti gerekir²⁸⁶. Dolayısıyla, haksız fesih beyanın karşısında salt iade borçlarının ifasını istemek, sessiz kalmak, sözleşmeyi ifa etmeyi kesmek gibi eylemler örtülü kabul olarak addedilemez.

Benzer şekilde, haksız fesih beyanına karşı yöneltilen fesih beyanı da kural olarak ikale önerisinin kabulü olarak addedilemez. Zira ikinci beyanda bulunan tarafın ikale ile uğrayacağı hak ve menfaat kayıplarına yönelik açık veya örtülü bir rızasının bulunduğu salt ikinci beyandan anlaşılamaz. Esas itibarıyla, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde haksız fesih beyanına karşı yöneltilen fesih beyanı, haksız fesih beyanında bulunmak bir haklı neden teşkil ettiğinden, haklı nedenle fesih olarak

²⁸⁵ Bölüm: 2,IV,D,2,b

²⁸⁶ Bu yönde örnek: Yarg. 19. HD., 13.10.2005, 1160/10043 (Kazancı) “sözleşmenin 6. maddesinin tazminata ilişkin olduğu, sözleşmenin (6) araç için imzalanmasına rağmen davacı tarafından düzenlenen faturalarda (5) araç için talepte bulunduğu bu durumda sözleşmenin tarafların iradesi ile sona erdiği, araçların davacı tarafından geri alınmasının da bunun göstergesi olduğu hal böyle olunca haksız fesihden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş.. ONANMASINA”

hüküm ifade etmek gerekir²⁸⁷. Zira bu olasılıkta, haksız fesih beyanında bulunan ikinci fesih beyanının muhatabı, kendisine ulaşan fesih beyanına sebep oluşturan olgunun fesih sebebi olduğunu güven kuramı çerçevesinde bilebilecek konumdadır.



²⁸⁷ Haksız feshin, haklı nedenle fesih için haklı neden oluşturacağı: Weidt, s. 141-142; Demir Gökyayla, s. 202; Dursun Karaahmetoğlu, s. 175. Benzer şekilde: **MünchK**-Bachmann, §241 BGB, N. 91; Haksız feshin de yol açabileceği olası alacaklı temerrüdünün de haklı neden oluşturabileceği: Schulthess, s. 199; Gauch, s. 131 vd.; *Bölüm: 3,II,C,1,a*

SONUÇ

Bu çalışmada varılan başlıca sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

I. Haksız sona erdirme beyanından, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshine yönelik geçersiz beyanlar anlaşılmalıdır. Bu beyanlar hukuki işlem niteliğini taşır. Hukuki işlem olarak geçersizlik statüleri ise kesin hükümsüzlüktür. Zira bir hakkını kullanmaya yönelik hukuki işlemde hakkın varlığı işlemin varlık unsuru değildir. Sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih yenilik doğuran hak oldukları ve geçerlilikleri bu nedenle muhatabın iradesine bağlı olmadığı için esnek hükümsüzlüğün kabul edilmesi mümkün değildir.

II. Haksız sona erdirme beyanları, hukuki işlem olarak hüküm doğuramamakla birlikte, sözleşme ilişkisi ve sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde sözleşmeye aykırı eylem olarak sonuç doğurabilir.

III. Haksız sona erdirme beyanı, sözleşmeye aykırı bir eylem olarak karşı tarafa ulaşmakla sonuçlarını doğurur. Bu bağlamda irade beyanı olarak açık, örtülü veya irade karinesi olarak açıklanabilir. Bununla birlikte irade faaliyeti olarak da gerçekleşebilmesi için faaliyet teşkil eden eylemin karşı tarafın bilgisine ulaşmış olması gerekir. Bu bağlamda ifade faaliyeti, irade karinesi ve örtülü irade beyanının bir görünümü olup karşı tarafa ulaşmayan bir eylem olarak irade açıklamaları içinde bir yere sahip değildir.

IV. Şekle aykırı haksız sona erdirme beyanı, sona erdirme hakkının kötüye kullanılması teşkil eden beyanlar, sona ermiş hakkı konu edinen beyanlar, doğmamış sona erdirme beyanını konu alan beyanlar genel olarak haksız sona erdirme beyanlarının görünümleridir. Bu çerçevede sebebe bağlı sona erdirme hakları açısından, yenilik doğuran sebebin sona erdirme beyanında karşı tarafça güven kuramına göre anlaşılabilir olması da geçerlilik şartıdır. Öte yandan haksız sona erdirme beyanının varlığı yönünde bir yorum yapabilmek için sözleşmeyi sona erdirme yönelik iradesinin kesin olarak açıklanmış olması lazım gelir.

V. Kanun tarafından öngörülmüş ve kullananın sorumlu tutulduğu serbest sona erdirme haklarının (TBK m. 325, 434, 438, 439, 484, 512) kullanılması haksız sona erdirme sayılmaz. Bu olanaklar gerçek anlamda sona erdirme hakkı teşkil eder. Sona erdirme bir hak kullanıma dayandığı için sona erdirme haklıdır. Benzer şekilde

sözleşmesel olarak kararlaştırılan hükümlerin de haksız sona erdirmenin özel sonuçlarını düzenlediği veya serbest kullananın sorumlu tutulduğu serbest sona erdirme hakkı oluşturup oluşturmadığı yoruma bağlıdır. Açıklık olmadığı takdirde sona erdirme hakkının bulunduğuna üstünlük tanımak daha doğrudur. Çünkü borca aykırılık rejimi öngörmelerinden ziyade sözleşmeye uygun bir sona erdirme rejimi öngörmeleri daha olasıdır.

VI. Sözleşmenin sona erme rejimi ve haksız sona erdirmenin sonuçlarının belirlenmesi açısından, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı önem taşır. Bu bağlamda ayrımda dikkate alınan ölçüt asli edimlerin ifasında alacaklının menfaatinin zamana yayılmış olup olmadığıdır. Bununla birlikte alacaklının ifa menfaatinin zamana yayılmadığı bazı sözleşmelerin nitelikleri veya kanun gereği sürekli borç ilişkilerine bazı hükümlere tabi tutulması gerekir. Dolayısıyla ani edimli, sürekli borç ilişkisi doğuran, ani edimli olmakla birlikte sürekli borç ilişkisi hükümlerine sözleşme olmak üzere üçlü bir sınıflandırmanın yapılması lazım gelmektedir.

VII. Haksız sona erdirme beyanı, sözleşmeye aykırılık oluşturur ancak bu aykırılığın nitelendirilmesi sonuçlarının belirlenmesi için gereklidir. Bu bağlamda, haksız sona erdirme beyanında bulunmak, dürüstlük kuralından doğan sözleşmenin amacına uygun davranma yan borcunun ihlalidir. Cebri icrası alacaklı tarafından elde edilemeyecek nitelikteki edimler açısından sonraki imkânsızlık sonuçları doğar. Bu tip bir edim sözleşmenin asli edimi ise TBK m. 136/II uyarınca sözleşme ilişkisi imkânsız nedeniyle bütün olarak sona erer. Haksız sona erdirme beyanına muhatap olan taraf, bu durumda olumlu zararının giderilmesini talep edebilir. Bununla birlikte diğer edimler açısından, aynı zamanda muaccel borçlar açısından borçlu temerrüdünde ihtar ve TBK m. 125 kapsamında önel verme külfetlerini ortadan kaldırır. Müaccel borçlar açısından ise TBK m. 125 hükmünün kıyasen uygulanmasına öncelenmiş borca aykırılık zımında yol açmalıdır. Sözleşmenin müsbet ihlali çerçevesinde TBK m. 112 hükmü nedeniyle sözleşmeden dönme veya ifa yerine olumlu zararın giderilmesini isteme haklarının doğacağı kabul edilemez.

VIII. Haksız sona erdirme beyanı, imkânsızlık doğuracağı durumlar dışında, muacceliyeti etkilemez. Beyan muhatap alacaklısı genel koşulları gerçekleştiğinde aynen ifa isteminde bulunabilir. Aynen ifa isteminde bulunmak birlikte kusur olarak

nitelendirilemez. Sonradan sözleşmeden dönülürse veya ifa yerine olumlu zarar talep edilirse, aynen ifanın talep edilmiş olması birlikte kusur sayılmaz. Bu talebin MK m. 2'ye aykırı olduğu durumlar saklıdır. Bununla birlikte aynen ifanın MK m. 2'ye aykırı olması, ifada ısrarın birlikte kusur sayılması ile aynı nitelikte değildir.

IX. Bu kapsamda borçlu temerrüdü gerçekleştiği ölçüde, gecikme (temerrüt) zararını talep etme hakkı da doğar. Gecikme (temerrüt) zararının yanı sıra, temerrütle bağlantısı olmadan, salt haksız sona erdirme beyanı ile uğranmış diğer zararların giderilmesini talep etme hakkı da bulunur.

X. TBK m. 125 hükmünün asli edimin muaccel olması halinde doğrudan, müeccel ise kıyasen uygulanması sonucunda, ifa yerine olumlu zararın giderilmesi, haksız sona erdirmeye konu sözleşmenin tam iki taraflı olması durumunda mümkündür. Aynı hüküm kapsamında sözleşmeden dönme hakkı da mevcuttur.

XI. Haksız sona erdirme beyanı içeriği veya sonuçları itibarıyla karşı tarafın kişilik haklarına zarar veriyorsa manevi tazminata hak kazandırabilir. Bu durumda talep haksız fiil hükümlerine göre ileri sürülebileceği gibi kişilik haklarının bu kapsamda ihlal edilmesi sözleşmesel koruma yükümlüğünün ihlali olacağından sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde de istenebilir.

XII. Haksız sona erdirme beyanı sözleşmedeki tüm borçların ifa edilmeyeceği anlamına geldiği gibi alacakların kabul edilmeyeceğini de gösterir. Bu nedenle muhatabın alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurması mümkündür. Borçlunun tevdi olanağını hak olarak nitelendirme yerinde değildir. Sadece borçlunun ifa olanağını genişletmektedir.

XIII. Haksız sona erdirme beyanına muhatap olan da sözleşme ihlali işlemiş olabilir. Bu durumda karşılıklı ihlaller birbirlerinin sonuçlarını nakzedecek hükümler doğuracaksa, bir tarafın kullandığı hak MK m. 2 çerçevesinde sıkı bir şekilde değerlendirilmelidir.

XIV. Haksız sona erdirme beyanı, hükümsüz bir hukuki işlem olarak, çevirme kurumuna tabidir. Koşulları sağlanıyorsa, kendiliğinden ve işlem anından itibaren ikame işlem olarak sonuçlarını doğurur. Bu durumda, geçerli bir hukuki işlem söz konusu olacağından haksız sona erdirmeye sözleşmeye aykırılık olarak bağlanan sonuçlar doğmaz.

XV. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin kural olarak ifa ile sona ermeyen yapıda olmaları, ani edimli sözleşmelerden farklı bir sona erme rejimine sahip olmalarını gerekli kılar. Bu bağlamda sona erme rejimleri eksik, belirsiz süreli sözleşmeler olağan fesih hakkıyla sona erdirilebilir. Bu konuda sözleşme veya kanun hüküm bulunmuyorsa, olağan fesih hakkına sözleşme boşluğunun doldurulmasıyla dayanak kazandırılabilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin, ilişkinin çekilmez olması üzerine derhal son verilmesi gerekliliği de bulunmaktadır. Bu kapsamda da sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilebilir. Bu konuda kanun hükmü bulunmayan sözleşmeler açısından kanun boşluğu bulunur ve boşluk tümel kıyas yoluyla doldurulmalıdır.

XVI. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından haksız sona erdirmeye beyanının sözleşmenin akıbeti üzerinde daha geniş bir tartışma bulunmaktadır. Bu bağlamda asli edimin cebri icra ile elde edilebilirliğine göre bir ayırım yaparak, ani edimli sözleşmelerle koşut bir sonuca varılması gerekir. Türk hukukunda genel bir haksız fesih hakkı olmadığı gibi böyle bir hakka, sözleşmeyle bağlılık ilkesini göz ardı etmek suretiyle sözleşmeye son verme özgürlüğünün varlığı gerekçesiyle dayanak sağlanamaz. Kanunun tanıdığı serbest dönme ve fesih hakları istisnai nitelikleri nedeniyle genelleştirilemez. Kullanılan fesih hakkı hükümsüz olduğu için hukuki işlem olarak herhangi bir sonuç doğuramaz. Sözleşmeye aykırı eylem olarak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa yol açabilir. Bunun için edimin niteliği dikkate alınmalıdır. Asli edimin alacaklı tarafından cebri yoluyla elde edilmesi mümkün olduğu ölçüde sözleşme ilişkisi sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ermez.

XVII. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından, ani edimli sözleşmeler hakkında varılan sözleşme aykırılığında ileri gelen sonuçlar nitelikleri uygun düştüğü ölçüde geçerlidir. Süreklilik niteliğinin ortaya koyduğu temel farklılık sözleşmeden dönme haklarının yerini feshin alması olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk : **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326)**, İstanbul, 2016
- Achtari, Annick : **Le devoir du lésé de minimiser son dommage**, 2008
- Akbıyık, Cem : “Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasının İş Sözleşmelerindeki Rolü”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 6 C. 6 S. 2 (Temmuz 2007)
- Akbulut, Pakize E. : **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, 2016
- Akdeniz, Ayşe Ledün : **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, İstanbul, 2018
- Akıncı, Şahin : **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya, 2004
- Akkanat, Halil : “İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000
- Akkanat, Halil : **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, 1996
- Akkanat, Halil/Çekin, Mesut/Sarıkaya, Murat : **Medeni Hukuk’ta Olay Çözüm Tekniği**, İstanbul, 2018

- Aksoy Dursun, Sanem : **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, 2008
- Aksu, Mustafa : “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi** C. 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan)
- Akünel, Teoman : **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, 1995
- Akyol, Şener : **Dürüstlük kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 1995
- Alangoya, Yavuz : **Medenî Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 2003
- Albaş, Hakan : **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği** Ankara, 2004
- Altay, S. Anlam : **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**, İstanbul, 2009
- Altınok Ormancı, Pınar : **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebep Feshi**, İstanbul, 2011
- Altınok Ormancı, Pınar : **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, 2016
- Altunkaya, Mehmet : **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, 2005
- Anenson, T. Leigh : “Announcing the ‘Clean Hands’ Doctrine”, **UC Davis Law Review** C. 51 (2018)
- Antalya, O. Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2015; C. III, İstanbul, 2017

- Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat : **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016
- Antoniolli, Luisa : “Chapter 9-Particular Remedies for Non-Performance”, **Principles of European Contract Law and Italian Law**, Lahey, 2005
- Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 1994
- Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, 2011, Ankara
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2018
- Arkan Serim, Azra : **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, İstanbul, 2017
- Arkan, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2015
- Arpacı, Özge : **Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Ankara, 2019
- Arslanlı, Halil : **Ticari Bey**, İstanbul, 1952
- Ataay, Aytekin : **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi – Birinci Yarım**, İstanbul, 1981
- Atabek, Reşat : **İş Aktinin Feshi**, İstanbul, 1938
- Atamer, Yeşim M. : “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHFMC**. 63 S. 1-2 (2005)

- Atamer, Yeşim M. : “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010
- Atamer, Yeşim M. : “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi”, **GSÜHFD** 2013/1
- Atamer, Yeşim M. : **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2005
- Atamer, Yeşim M./Eggen, Mirjam : “Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht”, **ZBJV** 153/2017
- Atlı, Banu : **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Ankara, 2017
- Avcı, Ali : “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, **TBBD**, S. 119 (2015)
- Ayan, Özge : **Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı**, Ankara, 2008
- Ayan, Serkan : **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, 2008
- Ayanoğlu, Ahu : “Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def’ini İleri Sürmesine

- Bağlanabilecek Sonuçlar”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2008/2, S. 10
- Aydın Ünver, Tülay : “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, 2015
- Aydın, Gülşah Sinem : **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi**, İstanbul, 2013
- Aydın, Gülşah Sinem : **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme**, İstanbul, 2017
- Aydın, Gülşah Sinem : “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi”, **MÜHF-HAD C. 24 S. 1 (2018)**
- Aydıncık, Şirin : **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul, 2006
- Aydıncık, Şirin : **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları-Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, 2013
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Ankara, 2014
- Ayiter, Kudret : **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara, 1953
- Ayrancı, Hasan : **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar**, Ankara, 2006

- Barberis, Michaël : **La liberté de rompre unilatéralement le contrat**, DEA (Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines), 2002
- Barlas, Nami : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağani**, İstanbul, 1999
- Barlas, Nami : **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992
- Başoğlu, Başak : “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, **İÜHFİM**, C. 66, S. 2 (2008)
- Başoğlu, Başak : **Aynen İfa Talebi**, İstanbul, 2012
- Başpınar, Veysel : **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998
- Baycık, Gaye : “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakların Etkisizleşmesi”, **İÜHFİM** C. 72 S. 2 (2014)
- Baycık, Gaye : **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2011
- Baysal, Başak : **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, 2019
- Baysal, Başak : **Zarar Görenin Kusuru**, İstanbul, 2012
- Becker, Michael : “Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund”, **AcP** 188 (1988)

- Beckmann, Ronald Michael : **Nichtigkeit und Personenschutz**, Tübingen, 1998
- BeckOGK**-Yazar Soyadı : **beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht – Bürgerliches Gesetzbuch**, (beck-online.beck.de)
- BeckOK**-Yazar Soyadı : **Beck'sche Online-Kommentare**, 45. Bası, 2017 (beck-online.beck.de)
- Beitzke, Günther : **Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Daurrechtsverhältnissen**, 1948
- Belen, Herdem : “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88 S. 1 (2014)
- Belen, Herdem : **Barter Sistemi – Hukukî Yapısı ve İşleyişi**, İstanbul, 2007
- Belen, Herdem : **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, 2014
- Biedermann, Ernst : **Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht**, Leipzig, 1909
- Birinci Uzun, Tuba : **Götürü Tazminat**, Ankara, 2015
- BK**-Yazar Soyadı : **BK - Berner Kommentar**, Bern (İlk atıflarda yazar ad soyadı ile basım yılı verilmiştir.)
- Boemke, Burkhard/Ulrici, Bernhard : **BGB Allgemeiner Teil**, Berlin, 2009

- Bonard, Aline : **Commentaire du contrat de travail**, 2013, (Art. 335 CO)
- Bork, Reinhard : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, 2016
- Bosanac, Paul : **Litigation Logic: A Practical Guide to Effective Argument**, 2009
- Böhm, Helmut : “Das Abgehen von rechtsgeschäftlichen Formgeboten”, **AcP C.** 178 S. 5 (1979)
- Bösiger, Markus/Engel, Philipp : **Sportrecht-Band I**, 2013
- Böß, Heinrich : **Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit**, Münih, 1939
- Böttcher, Jens : “Die Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **ZfBR** 2003
- Böttcher, Lars: : **Erman BGB Kommentar**, Köln, 2014 (§314 BGB)
- Böttcher, Eduard : “Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündidungsschutzprozeß”, **Festschrift für Wilhelm Herschel**, Stuttgart, 1955
- BSK-Yazar Soyadı** : **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch (ZGB I,II)**, Basel, 5. BasI, 2015; **Obligationenrecht (Art. 1-529 OR)**, Basel, 6. BasI, 2015

- Bucher, Eugen : **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich, 1988
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988
- Bucher, Eugen/Buz, Vedat : “Mağdur Edilen Alıcı”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara 2004
- Buffelan-Lanore, Yvanie : **Droit civil Les obligations**, Paris, 2017
- Burcuoğlu, Haluk : “Kiracının Kiralananı Erken Tahliyesi Halinde Uygulamada Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunların İrdelenmesi”, **Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan**, İstanbul, 2009
- Buz, Vedat : “İrade Sakatlığına ile Malül Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006
- Buz, Vedat : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu – Ankara Barosu (12-13 Mayıs 2011)**, Ankara, 2011
- Buz, Vedat : “Ödemezlik Def’inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi”, **BATİDER**, 29/4 (2013)

- Buz, Vedat : “İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **BATİDER** 2001 C. 21 S. 2
- Buz, Vedat : **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998
- Buz, Vedat : **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005
- Büscher, Andreas : **Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen**, 2015
- Cabrillac, Remy : **Droit des Obligations**, Paris, 2016
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16 (13.8.1965)
- Carron, Maxence : **Le mandat de durée**, 2018
- Carron, Vincent : **Commentaire du contrat de travail**, 2013
- Chantepie, Gael/Latina, Mathias : **La réforme du droit des obligations**, Paris, 2016
- Chappuis, Benoît : **Le moment du dommage**, 2007
- Chappuis, Christine : “Colloque du 11 juin 2004 -contributions/la compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux”, **Le contrat dans tous ses états/Publication de la société genevoise de**

droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la semaine judiciaire, 2004

- Cherpillod, Ivan : **La fin des contrats de durée**, 1988
- CHK-Yazar Soyadı : **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Zürich, 2016; **Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR**, Zürich, 2012; **Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, Zürich, 2016
- Christ, Bernhard : **Traité de droit privé suisse, C. VII/2, Der Darlehensvertrag**, Basel, 1979
- Comment, Albert : **De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux**, Bern, 1924
- Couchepin, Gaspard : “La forfaitisation du dommage”, **SJ II** 2009
- Crome, Carl : **System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse**, Tübingen-Leipzig, 1902
- CR-Yazar Soyadı : **Commentaire Romand – Code des Obligations Art. 1-529**, Basel, 2012
- Cuendet, Jean : **La faute contractuelle et ses effets**, Bern, 1970
- Cumalıoğlu, Emre : **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal**, İstanbul, 2019

- Çamoğlu, Ersin : **Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması**, İstanbul, 1976
- Çetiner, Bilgehan : **Hapis Hakkı**, İstanbul, 2010
- Çukadar, Neslihan : **Borç İlişkisinde Def'i ve İtirazlar**, Ankara, 2014
- Daver, Hilal : **Borcun İfasında Borçlunun Rolü**, İstanbul, 2018
- De Werra, Jacques : “Droit des contrats : Partie générale et contrats spéciaux”, **JdT** 2016 II 154
- Decurtins, Carl : **Die Erfüllungverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1956
- Demir Gökyayla, Cemile : **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Ankara, 2005
- Demirbaş, Harun : “Sosyal ve Ticari İtibarına Yönelik Saldırlara Karşı Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, **BAÜHFD** C. 9 S. 119-120 (2014)
- Demirsatan, Barış : “Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü”, **İÜHFMD** C. 75 S. 2 (2017)
- Demirsatan, Barış : **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2017

- Dessemontet, Raphaël : **Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse**, 2006
- Detle, Hans Walter : **Venire Contra Factum Proprium Nulli Conceditur – Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts**, Berlin, 1985
- Develioğlu, H. Murat : **Takas**, İstanbul, 2012
- Develioğlu, H. Murat : “21 Temmuz 2015 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlığın Sonuçları”, **GSÜHFD** 2017/1
- Dobbs, Dan B. : **Law Of Remedies: Damages, Equity, Restitution**, 1993
- Doğan, Gülmelahat : “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4
- Doğan, Murat : **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara, 2011
- Doğanay, Y. Ümit : **Âdi Şirket Akdi**, İstanbul, 1968
- Doralt, Walter : **Langzeitverträge**, Tübingen, 2018
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul, 1976
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat : **Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015
- Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda : “Kredi Alanın Ekonomik Durumuna İlişkin Yanlış Bilgi Vermesi Nakdi Kredi Sözleşmesinin

- Banka Tarafından Feshi İçin Haklı Sebep Teşkil Eder mi?”, **BAÜHFD S. 175-176** (Mart-Nisan 2019)
- Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda : **Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Nedenle Feshi ve Sonuçları**, İstanbul, 2018
- Edis, Seyfullah : **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1983
- Eggenschwiler Suppan, Silvia : “Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Formfehlers im Falle einer Vermieter Kündigung”, **Jusletter** 19.3.2012
- Ehrat, Felix R. : **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindungs mit Art. 109 OR**, Zürich, 1990
- Elçin Grassinger, Gülçin : **Sponsorluk Sözleşmesi**, Ankara, 2003
- Emmerich, Volker : **Das Recht der Leistungsstörungen**, Münih, 2005
- Engel, Pierre : **Contrats de droit suisse**, Bern, 2000
- Engel, Pierre : **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO**, 1997
- Engin, Baki İlkay : **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, 2002
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Tübingen, 1960

- Ercoşkun Şenol, H. Kübra : **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, İstanbul, 2016
- Erdem, Ercüment : **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, 2017
- Erdem, Mehmet : “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. I, İstanbul, 2009
- Erdem, Mehmet : “Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi)”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, 2007
- Erdem, Mehmet : **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, 2010
- Erdem, Mehmet : **La Clause Penale**, Ankara, 2006
- Eren, Fikret : **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara, 1975
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015
- Ergüne, M. Serkan : “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010
- Ergüne, M. Serkan : “Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHFİM**, C. 62 S. 1-2 (2004)
- Ergüne, M. Serkan : **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, 2017

- Ergüne, M. Serkan : **Olumsuz Zarar**, İstanbul, 2008
- Erişir, Evrim : **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, İstanbul, 2013
- Erler, Adalbert : **Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung**, Das recht 1901
- Erman, Hasan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2007
- Ertaş, Şeref : “Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları” **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara 2008
- Ertaş, Şeref : “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, **DEÜHFD C. 16, Özel Sayı** (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014
- Esener, Turhan : “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, **AÜHFD C. 16 S. 1** (1959)
- Esser, Josef/Schmidt, Eike : **Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 1998; **AT I/2**, Heidelberg, 2000; **Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2**, Heidelberg, 1977
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo : **Schuldrecht Besonderer Teil**, Heidelberg, 1984 ve 1991
- Fauvarque-Cosson, Benedicte/Mazeaud, Denis (Ed.) : **European Contract Law**, Münih, 2008

- Fellmann, Walter : “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR -
«Vollstreckungstheorie» oder
«Erfüllungstheorie»”, **recht 1993**
- Feyzioğlu, Feyzi N. : **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, C. II,
İstanbul, 1977
- Fikentscher, Wolfgang : **Schuldrecht**, Berlin, 1997
- Fikentscher,
Wolfgang/Heinemann,
Andreas : **Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer
Teil**, 2017
- Flume, Werner : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, Berlin,
1992
- Forstmoser, Peter : **Aktionärbindungsverträge**, 1988
- Foster, Nigel G./Sule, Satish : **German Law System and Laws**, New York,
2010
- Fountoulakis, Christiana : “Le sort des prestations à la fin des contrats de
durée”, **La pratique contractuelle 2
Symposium en droit des contrats**, 2011
- Friedrich, Klaus : “Der Vertragsbruch”, **AcP**, C. 178, S. 5 (1978)
- Fritz, Paul : “Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners”,
AcP 134 (1934)
- Frohberg, Gerhard : **Die ernsthafte und engültige
Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und
Rechtsfolgen**, Münster, 1979

- Gauch, Peter : “Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung - Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts”, **recht** 1987
- Gauch, Peter : “Die Fehlerwelt der Juristen”, **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey**, 2003
- Gauch, Peter : **Werkvertrag**, Zürich, 2011
- Gauch, Peter : **System der Beendigung von Dauerverträgen**, Friburg, 1968
- Gauch, Peter/Schluep, Walter : **Schweizerisches Obligationenrecht R. Allgemeiner Teil, Bd. I** (Jörg Schmid); **Bd. II** (Susan Emmenegger), 9. Bası, Zürich, 2008
- Genç Arıdemir, Arzu : **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, 2008
- Gernhuber, Joachim : “Die endgültige Erfüllungsverweigerung”, **Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag**, Köln, 1999
- Gernhuber, Joachim : **Die Erfüllung und ihre Surrogate: sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen**, Tübingen, 1983
- Gernhuber, Joachim : **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989
- Gianella, Erselia : **L’inexécution anticipée du contrat: les moyens anticipés du créancier selon le Code des obligations suisse et quelques instruments**

- d’harmonisation internationales récentes**,
Thèse de doctorat: Uni. Genève, 2011, no. D. 906
- Giger, Hans : **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, 2016
- Gilliéron, Philippe : **Les dommages-intérêts contractuels**, 2011
- Glöckner, Hans Peter : **Positive Vertragsverletzung**, Frankfurt am Main, 2006
- Goerg, Morad A. : **Exécution en nature et *specific performance* – Etude de droit comparé allemand, français et anglais**, Basel, 2017
- Gönen, Doruk : **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, 2011
- Greiner, Stefan : **Schuldrecht Besonderer Teil**, 2011
- Gross, Alexandre : **De l’exécution forcée des obligations non pécuniaires**, Lozan, 1934
- Gruber, Joachim : “Die Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund”, **SJZ** C. 92 S. 2 (1996)
- Grunsky, Wolfgang : “Das Nachschieben von Gestaltungsgründen”, **JuS** 1964
- Guhl, Theo/Koller, Alfred : **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000
- Gujer, Hans : **Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber**, Zürich, 1947

- Gutzwiller, Roman S./Vetter, Meinhard : “Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2010
- Gümüş, Mustafa Alper : **Kira Sözleşmesi**, İstanbul, 2012
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, İstanbul, 2014
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2008
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, İstanbul, 2018
- Gümüş, Mustafa Alper : **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul, 2015
- Gündoğdu, Fatih : **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2014
- Günel, M. Cahit : **Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi**, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul, 2010
- Gürses, Davut : **Banka Genel Kredi Sözleşmeleri**, İstanbul, 2016
- Gürzumar, O. Berat : “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, **GSÜHFD**,

2004/1 (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan),
İstanbul, 2006

- Gürzumar, O. Berat : **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması**, İstanbul, 1995
- Güven, Kudret : "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerinde Bir İnceleme", **BaşkentÜHFD C. 2 S. 2 (2016)**
- Hager, Günther : **Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware**, Frankfurt, 1975
- Harke, Jan Dirk : **Allgemeines Schuldrecht**, Berlin, 2010
- Harke, Jan Dirk : **Besonders Schuldrecht**, Heidelberg, 2011
- Hartmann, Hans-Georg : **Die Erfüllungsverweigerung mit besonderer Berücksichtigung der positiven Vertragsverletzungen**, Breslau, 1934
- Hatemi, Hüseyin : **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, 1998
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, İstanbul, 1992
- Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel : **CS - Commentaire Stämpfli - Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 2 ZGB**, 2003

- Havutçu, Ayşe : “Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter’e Armağan**, Ankara 1987
- Havutçu, Ayşe : **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, Ankara, 1995
- Haymann, Franz : **Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag**, 1933
- Helvacı, İlhan : **Hukukî Mütalaalar Cilt: II (2010-2015)**, İstanbul, 2017
- Herstein, Ori J. : “A Normative Theory of The Clean Hand Defense”, **Legal Theory**, C. 17 S. 3 (Ekim 2011)
- Hofmann, Paul : **Subjectives Recht und Wirtschaftsordnung**, 1968
- Honsell, Heinrich : **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich, 2017
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank : **Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht**, Berlin, 2018
- Huber, Roman : “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_141/2017 vom 4. September 2017, Stadt U. gegen A. AG., Sachliche Zuständigkeit bei Widerklage, Software-Integrationsvertrag, Rücktritt (zur amtlichen Publikation vorgesehen)”, **AJP** 2017

- Huber, Ulrich : “Abstrakte Schadensberechnung des Käufers”,
**Festschrift für Karsten Schmidt zum 70.
Geburtstag**, Köln, 2009
- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen**, C. I-II, Tübingen, 1999
- Hueck, Alfred : **Arbeitsrechtliche Praxis**-Nr. 26 zu §626 BGB
Bl 3, 3R (1958)
- Hueck, Alfred : **Der Sukzessivlieferungsvertrag**, Münih, 1928
- Huffer, Uwe : **Leistungstörung durch Gläubigerhandeln**,
Berlin, 1976
- Huguenin, Claire : **Obligationenrecht–Allgemeiner und
Besonderer Teil**, Zürich, 2014
- Hungerbühler, Rolf : **Das Nachschiben von Gestaltungsgründen**,
Marburg, 1972
- Hürlimann, Hans : **Der Sukzessivlieferungskaufvertrag**, Bern,
1940
- Işıntan, Pelin : “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin
Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar
Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı”,
GSÜHFD 2013/I
- İmre, Zahit : **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980
- İnal, Emrehan : **Sonuca Katılnalı Sözleşme Kavramı ve Gelir
Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2011
- İnceoğlu, M. Murat : “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”,
AÜHFD C. 54 S. 4 (2008)

- İnceoğlu, M. Murat : **Kira Hukuku**, İstanbul, 2014
- İnceoğlu, M. Murat : “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri”, **BATİDER** C. 24 S. 4 (2008)
- İnceoğlu, M. Murat/Baş Süznel, Ece/Aytekin İnceoğlu, Asuman : “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”, **BAÜHFD** C. 11 S. 145-146 (Eylül-Ekim 2016)
- İşgüzar, Hasan : **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara, 1989
- İşitmen, Özge : **Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih İşlemi ve Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), 2018
- Jakobs, Horst Heinric : **Unmöglichkeit und Nichterfüllung**, Bonn, 1969
- Jan, Sheng-Lin : **Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN-Kaufrecht**, Frankfurt, 1992
- JauernigK**-Yazar Soyadı : **Jauernig Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**, Münih, 2018
- Jermann, Philipp : **Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit**, Diss. St. Gallen, 2003
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin : “Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer

- Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması”,
BAÜHFD S. 175-176 (Mart-Nisan 2019)
- Kaiser, Dagmar : **Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Tübingen, 2000
- Kali, Atilla Michael : **Die begründungsabhängige Gestaltungserklärung – Ein Beitrag zur Kündigung von Miet- und Arbeitsverträgen**, Frankfurt am Main, 2003
- Kaneti, Selim : **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, 1972
- Kaniti, Salamon : **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, 1962
- Kapancı, Kadir Berk : **Ahlaka Aykırı Bir Fiile Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, İstanbul, 2016
- Karabağ Bulut, Nil : **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, 2014
- Karabağ Bulut, Nil : **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, 2009
- Karauz, Agah Kürşat : **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Ankara, 2015
- Karg, Thomas : **Anwaltsvertragshaftung – Pflichtverletzung und Verschulden im neuen Schuldrecht**, Regensburg, 2004
- Kartal, Dilşah Buşra : **Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, İstanbul, 2017

- Kartal, Dilşah Buşra/Öğün, Pınar : “TBK m. 473/I Hükümü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi”, **Sorumluluk Hukuku – Seminerler 2016**, Ed. Başak Baysal, İstanbul, 2016
- Kaşak, Fahri Erdem : **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, 2019
- Kaya Kızılırmak, Cansu : **Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri**, İstanbul, 2019
- Keller, Max/Schöbi, Christian : **Das Schweizerische Schuldrecht Band IV**, Basel, 1984
- Kersting, Wilhelm-Christian : **Probleme der sog. Doppelwirkungen im Recht**, Hamburg, 1964
- Keuk, Brigitte : **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, 1972
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018
- Kırca, Çiğdem : **Franchise Sözleşmesi**, Ankara, 1997
- Kırkbeşoğlu, Nagehan : **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, 2011
- Kipp, Theodor : “Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit”, **Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum**, Berlin, 1911

- Kipp, Theodor : “Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen”, **Deutsche Juristen-Zeitung** 8 (1903)
- KK-Yazar Soyadı** : **ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch-KurzKommentar zum ABGB**, Viyana, 2010
- Kley, Anne : “Die vorzeitige Rückgabe der Mietsache – praktische Fragen”, **Mietrechtspraxis/mp** 2013
- Knütel, Rolf : “Die Begründungspflicht bei Kündigungen”, **NJW** 1970
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme**, İstanbul, 2010
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968
- Koç, Nevzat : **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, 2015
- Koller, Alfred : “Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen”, **AJP** 1992
- Koller, Alfred : “Vertragsrücktritt mit positivem Vertragsinteresse?”, **AJP** 2017
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2017

- Koller, Alfred : “Bundesgerichtsentscheid, I. Zivilabteilung, 30.10.2001, BGE 128 III 70, Berufung”, **AJP** 2002
- Köhler, Helmut : “Vertragliche Unterlassungspflichten”, **AcP**, C. 190 S. 5 (1990)
- Köpcke, Günther : **Typen der positiven Vertragsverletzung**, Stuttgart, 1965
- Krause, Hermann : **Schweigen im Rechtsverkehr**, Harburg, 1933
- Krauskopf, Frédéric : “Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen”, **Schweizerische Baurechtstagung – Tagungsband**, 2007
- Krückmann, Paul : “Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitklausel” **AcP** 116 (1918)
- Kull, Michael : “Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen”, **SJZ** 107/2011
- Kuntalp, Erden : **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, 1968
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef : **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme**, İstanbul, 2005
- Kurşat, Zekeriya : “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004

- Kurşat, Zekeriya : **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, 2003
- Kurşat, Zekeriya : **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2017
- Kurt, Ekrem : **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara, 2014
- Kurt, Leyla Müjde : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Ankara, 2016
- Kurt, Leyla Müjde : “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **AÜHFD**, C. 64 S. 3 (2015)
- Kurt, Leyla Müjde : **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012
- Kuru, Baki : **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, 2016
- Küçükaydın, E. Aslı : **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, İstanbul, 2018
- Küley, Mü’in : “Şüfa’da Eski ve Yeni Hükümler ve Mülkiyetin Şefie İntikal Anı”, **MHAD** C. 2 S. 2 (1958)
- L’huillier, Laurent : **La notion du droit formateur en droit privé suisse**, Cenevre, 1947
- Lange, Edlef : **Vorbereitung und Gefährdung der Leistung**, Tübingen, 1971
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, Münih, 1982

- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil**, Münih, 1981
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm : **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1995
- Leemann, Matthias : **Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht**, Zürich 2002
- Lehmann, Heinrich : “Die positiven Vertragsverletzungen”, **AcP**, C. 96, S. 1, 1915
- Lemp, Paul : **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, 1939
- Lent, Friedrich : “Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten”, **AcP** 152/53 (1952)
- Leser, Hans G. : “Die Erfüllungsverweigerung Ein Typ der Leistungsstörungen”, **Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969**
- Leverenz, Kent : “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts”, **Jura** 1996 1
- Lichti, Jean-Pierre : **Der Rechtsirrtum besonders im Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, 1950
- Lieder, Jan/Berneith, Daniel : “Die Umdeutung nach § 140 BGB”, **JuS** 2015
- Liron, Robert : **Essai sur la nature de la demeure du créancier d’après le droit suisse**, Lozan, 1953

- Lorenz, Stephan : “Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung”, **Gedächtnisschrift für Manfred Wolf**, 2011
- Lorenz, Stephan : “Schuldmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002”, **Karlsruher Forum 2005**, Karlsruhe, 2006
- Magnus, Ulrich : “Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference”, **ZEuP** 2007
- Maile-Zinser, Tanja : **Auswirkungen der Unmöglichkeit auf den Erfüllungsanspruch**, Berlin, 2006
- Mankowski, Peter : **Beseitigungsrechte**, Tübingen, 2003
- Marais, Astrid : “Le maintien forcé du contrat par le juge”, **Petites affiches**, S. 197 (2.10.2002) [Lextenso]
- Marchand, Silvain : “Le juge face à la résiliation douteuse d’un contrat de distribution exclusive”, **L’évolution récente du droit des obligations: travaux de la journée d’étude organisée à l’Université de Lausanne le 10 février 2004**, Lozan, 2004
- Markesinis, Basil/Unberath, Hannes/Johnston, Angus : **The German Law of Contract A Comparative Treatise**, Oregon, 2006
- Martinek, Michael : **Franchising**, Heidelberg, 1987
- Maurenbrecher, Benedikt : “Das Darlehen als Dauerschuldverhältnis - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 428 ff. ("Fiat Lux")”, **recht** 2003

- Mayer, Jörg : **Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht**, Biefeld, 1989
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephen : **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, Münih, 2015
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens : **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016
- Merz, Hans : “Die Revision der Verträge durch den Richter”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, Neue Folge, C. 61, Basel, 1942, s. 423a
- Middendorf, Patrick : **Nachwirkende Vertragspflichten**, Freiburg, 2002
- Mignon, Vincent : **Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire - Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse**, 2010
- Mock, Christian : **Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung**, Hamburg, 2006
- Molitor, Erich : **Die Kündigung**, Mannheim, 1935
- Moroğlu, Erdoğan : **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2017
- Mousourakis, George : **Fundamentals of Roman Private Law**, Berlin, 2012
- Muthers, Christof : **Der Rücktritt vom Vertrag**, Köln, 2006

- Müller, Christoph : “Les contrats de distribution”, **Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives**, 2013
- Müller-Chen, Markus : **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, 1999
- MünchK**-Yazar Soyadı : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Bası, Münih, 2015
- Nabholz, Peter : **Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Zürich, 1961
- Neufang, Paul : **Erfüllungszwang als „remedy“ bei Nichterfüllung**, Baden-Baden, 1998
- Nomer, Haluk N. : “Farazi İlliyet Problemi”, **İÜHFİM**, C. 55 Y. 1996
- Nomer, Haluk N. : **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2002
- Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2017
- Nomer, Haluk N. : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996
- Nomer, Haluk N. : **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, 2008
- Nomer, Haluk N./Engin, B. İlkay : **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2018

- NomosK**-Yazar Soyadı : **NomosKommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil**, İkinci Bası, 2012; **Band 2/1: (§§241-610)**, Üçüncü Bası, 2016; **Band 2/2: (§§611-853)**, Üçüncü Bası, 2016
- Oetker, Harmut : **Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung**, Tübingen, 1994
- Oetker, Harmut/Maultzsch, Felix : **Vertragliche Schuldverhältnisse**, Heidelberg, 2013
- OFK**-Yazar Soyadı : **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht- OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, Zürich, 2016
- Oğuzman, M. Kemal : “L’annulation d’un contrat à cause de dol est-elle limitée par un délais maximum?”, **SJZ** 1963
- Oğuzman, M. Kemal : “La sanction de l’inexécution du contrat en droit turc”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, C. 17, S. 26-28
- Oğuzman, M. Kemal : **Türk Borçlar Hukuku ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi**, İstanbul, 1955
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami : **Medenî Hukuk**, İstanbul, 2018
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, İstanbul, 2018
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018

- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, : **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2018
Özer/Oktay-Özdemir, Saibe
- Oktay-Özdemir, Saibe : **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, 2002
- Oktay, Saibe : **Gezi Sözleşmesi**, İstanbul, 1997
- Oktay, Saibe : “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHFM C. 55 S. 3** (1997)
- Okutan Nilsson, Gül : **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : “İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GaziÜHFD C. 3 S. 1-2** (1999)
- Öğüz, Tufan : **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul, 2018
- Ölekli, Neşe : **Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları**, İstanbul, 2019
- Önen, Ergun : **İnşai Dava**, Ankara, 1981
- Öz, Turgut : **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, 2012
- Öz, Turgut : “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılması”,

- Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 16 (1985)**
- Öz, Turgut : “İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İctihadı Üzerine”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 20 (1996)**
- Öz, Turgut : **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989
- Öz, Turgut : **Yönetim Sözleşmesi**, İstanbul, 1997
- Özbilen, Arif Barış : **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2016
- Özçelik, Barış : “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, **AÜHFD C. 63 S. 3 (2014)**
- Özen, Burak : **Kredi Açma Sözleşmeleri**, İstanbul, 2017
- Özkaya Ferendeci, Hamide : **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, 2009
- Özden
- Özmen, Saba : “Dönme Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Geçerli Bir Sebep Olmaksızın Kullanılmasına Dayalı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri**, İstanbul, 2019
- Özsunay, Ergun : **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, 1981

- Özyörük, Sezer : **İnşaat Sözleşmesi, Yapısı –Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, İstanbul, 1989
- Paksoy, Meliha Sermin : **Zamanaşımından Feragat**, İstanbul, 2012
- PalandtK**-Yazar Soyadı : **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Münih, 2018
- Papier-Jamouille, Micheline : “Droit et pouvoir de résiliation dans le louage de services”, **Revue critique de jurisprudence belge** 1970
- Parlak Börü, Şafak : “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBBD** 2017 (129)
- Pawlowski, Hans-Martin : **Allgemeiner Teil des BGB Grundlehren des bürgerlichen Rechts**, Tübingen, 2003
- Pawlowski, Hans-Martin : **Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen**, Göttingen, 1966
- Peel, Edwin : **Treitel-The Law of Contract**, Londra, 2015
- Pekcanitez Usûl**-Yazar Soyadı : **Pekcanitez Usûl-Medeni Usûl Hukuku**, İstanbul, 2017
- Pekmez, Cüneyt : “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 6 S. 21 (Nisan 2015)
- Pekmez, Cüneyt : **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, İstanbul, 2019

- Peyer, Jürg : **Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrechts**, Zürich, 1974
- Pfeiffer, Thomas : “Leistungsaufgabe beim Kaufvertrag, Verzugsschaden und Mitverschulden”, **EWiR** 1997
- Pichonnaz, Pascal : “Le droit de résoudre le contrat en cas d’application de l’art. 97 CO: vers un régime de l’inexécution toujours plus unifié”, **DC** 2015
- Pichonnaz, Pascal : “Le point sur la partie generale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht”, **SJZ 104/2008**
- Pichonnaz, Pascal : “Le point sur la partie générale du droit des obligations”, **RSJ** 112/2016
- Pichonnaz,
Pascal/Siegenthaler,
Thomas/Stöckli,
Hubert/Werro, Franz : “Werkvertrag/Contrat d’entreprise”, **DC** 2016
- Pichonnaz,
Pascal/Vogener, Stefan : “Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?”, **PJA** 1999
- Piotet, Denis : “La sanction de l’engagement excessif selon l’art. 27 al. 2 CC”, **Melanges Pierre Wessner**, Basel, 2011
- Piotet, Paul : “De l’adage "nul n’est censé ignorer la loi" et des conséquences de l’erreur de droit”, Contributions choisies Recueil offert par la Faculté de droit de

- l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire, 2004
- Piotet, Paul : “L’annulation pour erreur de droit”, **JdT** 1993 I 538
- Polydor-Werner, Susanne : **Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge**, Zürich, 1988
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer : **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2015
- PraxisABGB**-Yazar Soyadı : **ABGB Praxiskommentar Band 4**,Viyana, 2014
- PraxisK**-Yazar Soyadı : **Juris PraxisKommentar, Band 1**, Saarbrücken, 2014; **Band 2.2**, Saarbrücken, 2015
- Rabel, Ernst : **Das Recht des Warenkaufs, C. I**, 1936
- Ramming, Klaus : “Vorzeitiges Rücktrittrecht und Schadenersatz statt der Leistung”, **Zeitschrift für Vertragsgestaltung** 2002
- Ramoni, Claude : **Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse**, Zürich, 2002
- Rampini, Corrado : **Die nachträgliche Leistungerschwerung**, St. Gallen Ü. Doktora Tezi (Dn: 2596)
- Ramrath, Ulrich : “die Geltendmachung der Unwirksamkeit von Gestaltungserklärungen”, **Juristische Rundschau**, Ağustos 1993 S. 8
- Reiser, Nina : **Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR**, Zürich-Basel-Cenevre, 2012

- Reppen, Tilman : “Abschied von der Willensbetätigung: Die Rechtsnatur der Vertragsannahme nach § 151 BGB”, **AcP** C. 200 S. 5 (2000)
- Reuss, Wilhelm : “Die arbeitsrechtliche Kündigung ohne Grundangabe”, **Arbeit und Recht** 1960
- Riehm, Thomas : **Der Grundsatz der Naturalerfüllung**, Tübingen, 2015
- Roggwiller, Hans : **Der “wichtige Grund” und seine Anwendung in ZGB und OR**, Zürich, 1958
- Rogowski, Arno : “Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatz-Auspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungs-Obligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung?”, **AcP**, C. 104, S. 3 (1909)
- Rosenberg, Kim : “Karşılıklı Temerrüt: Bu Yaygaranın Sebebi Nedir?”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt**, Ed.: Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süz el/Elliot Geisinger, İstanbul, 2018
- Roth, Herbert : “Die Klage auf künftige Leistung nach §§257-259”, **Zeitschrift für Zivilprozess**, C. 98 (1985)
- Rouiller, Nicolas : **Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst**, 2002

- Rouvinez, Julien : **La licence des droits de la personnalité**, 2011
- Rummel**ABGB-Yazar : **ABGB Kommentar zum Allgemeinen**
Soyadı : **bürgerlichen Gesetzbuch**, Viyana, 2015
- Rumpf, Stefanie : **Das Synallagma im Dauerschuldverhältnis**,
Konstanz, 2003
- Rückert, Joachim : “Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz
oder Kondiktion? Die sog. Umbaufälle bei
Schönheitsreparaturpflichten als Prüfstein der
Schuldrechtsdogmatik”, **AcP**, C. 184, S. 2 (1984)
- Rüßmann, Helmut : **Bürgerliches Vermögensrecht**, Saarland, 2006
- Sarı, Suat : “Belirli Vâdenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda
Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof.**
Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul,
2010
- Sarı, Suat : “ ‘Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, **Medeni**
Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, İstanbul,
2011
- Sarı, Suat : **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak**
Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004
- Sarıakçalı Alkaç, Sezin Ezgi : **Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi**,
İstanbul, 2017
- Sarıkaya, Murat : **Sözleşmenin Yorumu**, İÜSBE Doktora Tezi,
2019, İstanbul

- Savaş, Abdurrahman : “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7 S. 26 (Nisan 2016)
- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K. : **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966
- Scheifele, Bernd : **Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach deutschem und UN-Kaufrecht Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: Recht; 3**, 1986
- Schenker, Franz : **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, 1998
- Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Tübingen, 2005
- Schmid, Jörg : “Die positive Vertragsverletzung im System des schweizerischen und des europäischen Privatrechts”, **Aufbruch nach Europa-75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht**, Tübingen, 2001
- Schmid, Jörg : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015 Obligationenrecht”, **ZBJV** 153/2017
- Schmid, Jörg/Bussmann, Céline : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017 (2/2)”, **ZBJV** 154/2018
- Schmidt, Jürgen : “ ‘Actio’, ‘Anspruch’, ‘Forderung’, ” **Festschrift für Günther Jahr**, Tübingen, 1993

- Schmidt, Karsten : “Verbraucherschützende Widerrufsrechte als Grundlage der Vollstreckungsgegenklage nach neuem Recht - Zur Bedeutung des neuen § 361a BGB für den prozessualen Rechtsschutz des Schuldners”, **Juristische Schulung** 2000 Heft: 11
- Schobert, Kurt : **Erfüllungsweigerung als Vertragsverletzung**, Jena, 1932
- Schollmeyer, Mario : **Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage**, 2014
- Schulthess, Victor G. : **Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht**, Zürich, 1975
- Schulze, Walter : **Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners – Ein Beitrag zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen**, Dresden, 1934
- Schünemann, Wolfgang : “Die positive Vertragsverletzung”, **JuS** 1987
- Schwarze, Roland : “Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht”, **Jura** 2002
- Schwarze, Roland : **Das Recht der Leistungsstörungen**, Berlin, 2017
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016
- Seçer, Öz : **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, 2016

- Seliçi, Özer : **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977
- Seliçi, Özer : **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978
- Serdar, İlknur : “Tüketici Kredilerinde Kefaletin Türü ve Kefile Başvurmanın Şartları”, **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2010
- Serozan, Rona : “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHFMD** C. 58 S. 1-2 2000
- Serozan, Rona : “Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin Müspet İhlali’ ve ‘Culpa in Contrahendo’ ”, **MHAD**, C. 15 S. 18 (1990)
- Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, 2016
- Serozan, Rona : **Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht**, Tübingen, 1968
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 2007
- Sert, Selin/Cihan, A. Hulki : “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi”, **ErciyesÜHFD**, C. 8 S. 2 (2013)

- Stachelin, Daniel : **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 2016
- Staub, Hermann : “Der 50. Band der ‘Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen’ Ein juristisches Jubiläum”, **Deutsche Juristen-Zeitung** 7 (1902)
- Staub, Hermann : “Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”, **Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag**, Berlin. 1902
- Staub, Hermann : **Die positiven Vertragsverletzungen**, Berlin, 1904
- Stauber, Demian : **Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs**, 2009
- Staudinger-Yazar Soyadı** : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben)**, Berlin, 2015; **§§249-254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin 2017; **§§255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)**, Berlin 2014; **§§315-326 (Leistungsstörungenrecht 2)**, Berlin 2015; **§§631-651 (Werkvertragsrecht)**, Berlin 2014; **§§346-361 (Rücktritt und Widerruf)**, Berlin 2012
- Stehle, Bernhard : **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)-Präjudizienbuch OR**, 2016
- Stoll, Heinrich : “Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung – Betrachtungen zum

- dreißigjährigen Bestand der Lehre”, **AcP** 136 (1932)
- Stöckli, Hubert : **Das Synallagma im Vertragsrecht**, 2008
- Stöckli, Hubert : “Auflösung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund”, **DC** 2013
- Sungurbey, İsmet : **Medeni Hukuk Sorunları**, C. IV, İstanbul, 1980
- Sungurtekin Özkan, Meral : “İnşai Karar ve Özellikleri”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004
- Suter, Benjamin/Vonzun, Reto : “Zur Frage der (Un-) Gültigkeit der ungerechtfertigten ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen”, **Jusletter-22.8.2012**
- Suter, Patrick : “Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1997 i.S. X. Versicherungsgesellschaft gegen S. (Berufung) BGE 123 III 110”, **HAVE** 2005
- Süzek, Sarper : **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, 1976
- Süzek, Sarper : **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, 1989
- SVIT** : **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, Zürich, 2008
- Şeker, Zehra : “Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000

- Şenol, A. Nilay : **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, İstanbul, 2011
- Şimşek, Bahar : **Franchising Sözleşmesi**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015
- Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, İstanbul, 2008/C. II, Ankara, 1989
- Tandoğan, Haluk : **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010
- Tautphäus, Nina : **Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG im System des Kündigungsschutzrechts**, 2018
- Tekinay, S. Sulhi/Burcuoğlu, Haluk/Akman, Sermet/Altop, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993
- Tercier, Pierre : "L'extinction prématurée du contrat", **Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte**, 1995, Fribourg
- Tercier, Pierre : **Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg, 1971
- Tercier, Pierre : **Les contrats spéciaux**, Zürich, 1995
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016
- Terré, François/Simler, Philippe/Lequetter, Yves : **Droit civil – Les obligations**, Paris, 2013
- Teubner, Gunther : **Gegenseitige Vertragsuntreue**, Tübingen, 1975

- Thévenaz, Alain : **La protection contre soi-même – Etude de l’article 27 alinéa 2 CC**, Bern, 1997
- Thole, Christoph : “Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung”, **AcP**, C. 209, S. 3-4 (Ağustos 2009)
- Thouvenin, Florent : **Der Kooperationsvertrag**, Bern, 2017
- Tindale, Christopher W. : **Fallacies and Argument Appraisal**, 2007
- Tolou, Alborz : **La forfaitisation du dommage**, 2017
- Tolu, Hazal : **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, İstanbul, 2017
- Topuz, Seçkin : **Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, 2009
- Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat : “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, **HacettepeHFD** C. 1 S. 1 (2011)
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977
- Tunçomağ, Kenan : **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara, 1959
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, İstanbul, 1976
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, 1963

- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmidt, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor**, Zürich, 2009
- Tümerdem, Murat : **Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları**, Ankara, 2018
- Ulmer, Peter : **Der Vertragshändler**, Münih, 1969
- Ulusan, İlhan : **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 2012
- Uyumaz, Alper : **Yetkili Servis Sözleşmesi**, İstanbul, 2018
- Vanwijck-Alexandre, Michèle : **Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme**, Liege, 1982
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah : “Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı”, **BAÜHFD C. 13 S. 169-170** (Eylül-Ekim 2018)
- Venturi-Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle : **La résiliation pour justes motifs de contrats de durée**, Zürich, 2007
- Vionnet, Guillaume : **L'exercice des droits formateurs**, 2008
- Von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964
- Von Gierke, Otto : “Dauernde Schuldverhältnisse”, **Jherings Jahrbücher 64**
- Von Savigny, Friedrich Carl : **Le droit des obligations**, Çeviri: Paul Jozon/C. Gerardin, Paris, 1873

- Von Tuhr, Andreas : **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C. II/1, Münih-Leipzig, 1914 /C. I, 1910, Leipzig
- Von Tuhr, Andreas /Peter, Hans; Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Baskı, Zürich, 1984; **Band II**, Zürich, 1984
- Voser, Fritz : **Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht**, Aaru, 1914
- Vuilliéty, Jean-Paul : “Résiliation Extraordinaire Injustifiée d’une Concession de Vente en Droit Suisse: Poursuite ou Fin du Contrat?”, **SJ 2003 II**
- Walsmann, Hans : **Der Verzicht**, Leipzig, 1912
- Weidt, Heinz : **Antizipierter Vertragsbruch**, Tübingen, 2008
- Weiss, Andreas : **Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, 2011
- Weller, Marc-Philippe : “Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik? Ein Systematisierungsversuch im Licht der allgemeinen Dauerschuld-Doktrin”, **JuristenZeitung**, 67. Jahrg., S. 18 (21.9.2012)
- Weller, Marc-Philippe : **Die Vertragstreue**, Tübingen, 2009
- Werro, Franz : **Le mandat et ses effets**, Fribourg, 1993

- Werro, Franz : “La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l’interprétation de l’art. 404 CO”, **DC** 1991
- Werro, Franz : “Le point sur la partie spéciale du droit des obligations”, **RSJ** 112/2016
- Werro, Franz/Pichonnaz, Pascal : “Les conséquences d’une résiliation anticipée du contrat d’entreprise sans fixation d’un délai de grâce”, **DC** 2015
- Westhelle, Fritz : **Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung**, Köln, 1978
- Wiegand, Wolfgang : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002 - Veröffentlicht in den Bänden 127 und 128 – Obligationenrecht”, **ZBJV** 139/2003
- Wildhaber, Christoph : **Franchising im International Privatrecht**, (Doktora Tezi), St. Gallen, 1991
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Münih, 2016
- Wolfer, Marc : “Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund» “, **AJP** 5/2014
- Würdinger, Markus : “Die Analogiefähigkeit von Normen”, **AcP**, C. 206, S. 6 (2006)
- Würdinger, Markus : “Doppelwirkungen im Zivilrecht - Eine 100-jährige juristische Entdeckung”, **JuS** 2011

- Wyss, Lukas : “Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität”, **SJZ** 93/1997
- Yağcı, Kürşad : “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, **İÜHFİM C. 77 S. 1** (2019)
- Yağcı, Kürşad : **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma**, İstanbul, 2013
- Yavuz, Cevdet : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2014
- Yayvak Namlı, İrem : **İş Hukuku’unda Cezai Şart**, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul, 2019
- Yelkenci, Işıl : **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, 2014
- Yener, Mehmet Deniz : **Kredi Açma Sözleşmesi**, İstanbul, 2008
- Yıldırım, Efe Can : **Birlikte Kefalet**, İstanbul, 2018
- Yıldız, Mustafa Göktürk : **Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İÜSBE 2017 (Doktora Tezi)

- Yılmaz, Ejder : **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C. I-II, Ankara, 2001
- Yılmaz, H. Hilal : “Yargıtay Kararları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İş Hukukunda Şüphe Feshi”, **Çimento İşveren**, C. 32 S. 5 (Eylül 2018)
- Yılmaz, Suha : **Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi**, GSÜSBE, İstanbul, 2019 (Yüksek Lisans Tezi)
- Yücedağ, Nafiye : **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı – TBK ve CISG Uyarınca**-, İstanbul, 2018
- Zerres, Thomas : **Bürgerliches Recht**, Berlin, 2010
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2018
- Zimmermann, Reinhard : **The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition** Cape, 1992
- ZK**-Yazar Soyadı : **ZK - Zürcher Kommentar**, Zürih (İlk atıflarda yazar ad soyadı ile basım yılı verilmiştir.)

ÖZGEÇMİŞ

Ocak 1987’de Çanakkale’de doğan Barış Demirsatan, ilköğrenimi 2001 yılında Ezine Gazi İlköğretim Okulu’nda, ortaöğrenimini ise 2005 yılında Çanakkale Milli Piyango Anadolu Lisesi’nde tamamlamıştır. Aynı yıl girdiği Galatasaray Üniversitesi bünyesinde aldığı Fransızca ve sosyal bilimlere hazırlık öğreniminin ardından 2007 yılında başladığı hukuk fakültesinden 2011 yılında mezun olmuştur. Avukatlık stajını İstanbul Barosu’nda tamamlamasından sonra 2012 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda özel hukuk yüksek lisans öğrenimine başlamış, yüksek lisans tezini yatay geçiş suretiyle kayıt olduğu İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde 2014 yılında savunmuştur. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora programı kapsamında doktora öğrenimine aynı yıl başlamıştır. Ayrıca 2012 yılında girdiği Boğaziçi Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Çeviribilim bölümünde halen öğrenci sıfatını taşımaktadır.

Barış Demirsatan, 2547 sayılı Kanunun m. 50/d hükmü uyarınca 15 Kasım 2012 tarihi itibarıyla, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’na, yapılan bilim sınavı sonucunda araştırma görevlisi olarak atanmış olup 28 Şubat 2017 tarihinde kadrosu 2547 sayılı Kanunun m. 33/a hükmü kapsamına alınmıştır.