

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TAM İKİ TARAFDA BORÇ YÜKLEYEN
SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT**


Muxtar SATDAROV

OCAK 2013

Tez Başlığı : **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt**

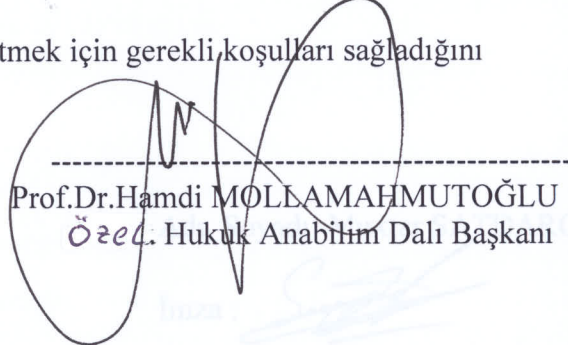
Tezi Hazırlayan : **Muxtar SATDAROV**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



Doç. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.



Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Özel. Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışman



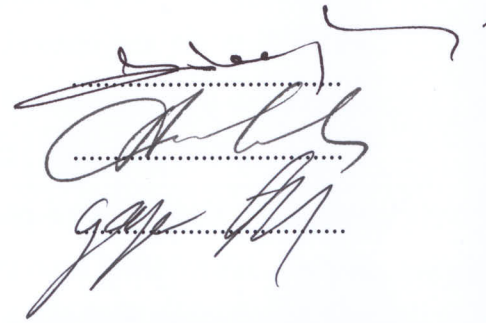
Tez sınav Tarihi : 23.01.2013

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniv.)

Y. Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniv.)

Y. Doç Dr. Gamze TURAN BAŞARA (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

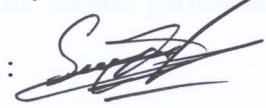
SATDAROV Muxtar

Muxtar Muxtarov

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı: Muxtar SATDAROV

İmza :



Tarih : 23.01.2013

ÖZET

Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt

SATDAROV Muxtar

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Ocak 2013, 98 sayfa

Bu çalışma, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin öğretilerdeki eserlerden ve Yargıtay kararlarından büyük ölçüde yararlanarak yüksek titizlikle hazırlanmaya özen gösterilmiştir.

Temerrüt, öğretide ve uygulamada oldukça geniş ve kapsamlı bir konu olduğundan, bu çalışmada, alacaklı ve borçlunun temerrüdü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde incelenmiştir.

Sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi (kusursuz imkânsızlık hariç) veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi sözleşmeye ve aynı zamanda borca aykırı bir davranıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri sözleşmeden doğan borcunu sözleşmede kararlaştırılmış şekilde ifa etmezse temerrüde düşmüş olur. Alacaklının temerrüdüne uygulamada pek sık rastlanmasa da, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçluya tanınmış olan haklardan biri de borç konusunun veya satış bedelinin tevdi edilmesi suretiyle borçtan kurtulabilme olanağıdır. Buna karşılık tezde borçlunun temerrüdü daha geniş ve kapsamlı bir şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Borcun muaccel olması, alacaklının ihtar çekmesi borçlunun temerrüde düşürülmesi için

aranan genel koşullardır. Alacaklının borçluya ihtar çekmesine müteakip karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ayrıca borçluya borcunu ifa edebilmesi için mehil (süre) verilmesi, borçlunun temerrüde düşürülmesi için aranan özel koşuldur.

Borçluya süre verilmesine rağmen borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklıya tanınan seçimlik haklar, sürenin bitiminde aynen ifa ve geciken ifadan dolayı uğranılan zararların, aynen ifadan vazgeçip sözleşmeyi ileriye yönelik feshederek bundan dolayı uğramış olduğu müspet zararların ve son olarak da sürenin bitiminde aynen ifadan vazgeçip sözleşmeden dönerek menfi zararlarının tazmin edilmesini talep etmesidir.

Tezde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrütle ilgili ele alınan en önemli husus, bu sözleşmelerde, alacaklının ediminin karşı edime olan menfaati gözetilerek ve bu sözleşmelerin yapısal özelliğini teşkil eden karşılıklılık ilişkisi çerçevesinde sona erip ermeyeceğidir. Ayrıca, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliğini teşkil eden edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisi nedeniyle, borçluya borcunu ifa edebilmesi için verilen sürenin bitiminde alacaklıya kendi edimini de ifa etme yükümü getirilip getirilmemesi, alacaklının karşı edime olan menfaatinin değerlendirilmesini ve bu sözleşmelerdeki edimler arasındaki bağılılığın sebebinin araştırılmasını gerektirmektedir.

Çalışmada Rusya Federal Mahkemesi'nin kararlarından faydalanarak ihtar ve kusura ilişkin hükümler de incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temerrüt, İhtar, Mehil, Tevdi, İfa, Muaccel

ABSTRACT

During this study, high attention has been paid to its preparation by a large scale using the works regarding failure to meet a financial obligation in the contracts imposing mutual burdens and the decisions of the Supreme Court.

In this study, the defaults of the creditor and the debtor have been examined on the contracts imposing full burden to both of the parties, since the default is a highly broad and comprehensive subject in doctrine and practice.

The non-performance of a contractual debt (excluding the perfect impossibility), or the non-performance of the same as it was required, or its incomplete performance, is a behavior contrary to the contract and as well as to the debt. In the contracts imposing full burdens to both of the parties, if one of the parties fails to fulfill the contractual debt according to the methods decided in the contract, that party will be deemed as in default. Even though it is very rare in practice that the creditor goes into default, one of the rights given to the debtor in cases where the creditor is in default according to the contracts imposing mutual burden to both of the parties, is the possibility to hand over the subject of the debt or the amount of sales value and to get rid of the burden by this way. In this study, it was tried mostly to examine the default of the debtor in a broader and more comprehensive way. To bring the debtor into default it is from required general conditions that the debt becomes due and payable and the creditor sends a notice to the debtor. In the contracts where upon a notice sent by the creditor to the debtor a mutual burden is imposed on both of the parties, to grant a grace period (an extension of time) to the debtor to be able to pay its due is a required private condition to bring the debtor into default.

The elective rights given to the creditor in case of non-performance of dues by the debtor in spite of grace period, are to request the payment in kind at the end of grace period and the compensation of incurred lost as a result of delayed

performance and the compensation of positive lost incurred as a result of cancellation of the contract in the future upon withdrawal from the payment in kind and lastly, the compensation of negative lost incurred as a result of cancellation of the contract upon withdrawal from the payment in kind at the end of grace period.

In the study, the most important issue dealt with regarding the default in the contracts imposing full burden to both of the parties is that whether in these contracts the performance of the creditor will be expired by keeping his/her benefits against the performance of opposite party and within the framework of reciprocity of relationship which constitute the structural characteristics of these contracts. Besides, as a result of reciprocity of relationship between performances constituting structural characteristics of these contracts imposing full burden to both of the parties, whether or not to impose the obligation onto the creditor to fulfill his/her performance as well at the end of grace period granted to the debtor to enable him/her to fulfill the performance of his/her dues requires the evaluation of benefits of the creditor against opposite performance and the investigation of the reason of relationship between performances in the contracts.

In this study, the provisions with respect to reminder and negligence have as well been examined by making use of the decisions given by Russian Federal Court.

Key Words: Default, reminder, grace period, lodgment, performance, due and payable

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BÖLÜM I

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME KAVRAMI BU SÖZLEŞMELERİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI VE YAPISAL ÖZELLİĞİ-EDİMLERİN KARŞILIKLILIĞI

1.1. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME KAVRAMI.....	3
1.2. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI.....	5
1.2.1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	5
1.2.2. Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	5
1.2.3. Çok Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	6
1.3. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YAPISAL ÖZELLİĞİ - EDİM VE KARŞI EDİM ARASINDAKİ KARŞILIKLI BAĞLILIĞININ, MÜBADELENİN VE DENKLİĞİN SEBEBİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	7

1.3.1. Şart Teorisi.....	7
1.3.2. Mübadele Amacı Teorisi.....	8
1.3.3. İşlem Temeli Teorisi	10
1.3.4. Sebep-Amaç Teorisi.....	11
1.4. EDİMLERİN DENKLİĞİ DÜŞÜNCESİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	12
1.4.1. Objektif Denklik Teorisi	12
1.4.2. Sübjektif Denklik Teorisi.....	13
1.4.3. Fonksiyonel Denklik Teorisi.....	14
1.5. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE EDİM VE KARŞI EDİM ARASINDAKİ KARŞILIKLI BAĞLILIĞIN, MÜBADELENİN VE DENKLİĞİN HUKUKÎ GÖRÜNÜMLERİ	14
1.5.1. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında.....	14
1.5.2. Sözleşmenin Devamı Sırasında.....	15
1.5.3. Edim Yükümlerinin İfası Aşamasında.....	16
1.6. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN MUHTEVASINDA YER ALAN ÇEŞİTLİ YÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	17
1.6.1 Genel Olarak Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin Sınıflandırılması	17
1.6.2. Sınıflandırmanın Edimlerin Karşılıklılık İlişkisi Bakımından Anlamı	18

2.2.3.1. Süre Verilmesi	31
2.2.3.2. Süre Verilmesini Gerektirmeyen Bir Durumun Bulunması	35
2.2.3.2.1. Süre Verilmesi Etkisiz Olacak İse	35
2.2.3.2.2. Süre Verilmesi Faydasız Olacak İse	36
2.2.3.2.3. Kesin Vadeli Bir Sözleşme Mevcut İse	36
2.3. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜDÜN GERÇEKLEŞMESİNDE KUSURUN ROLÜ	37
2.4. RUSYA HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE KUSURUN ROLÜ	39

BÖLÜM III

TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARIN TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. ALACAKLININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	40
3.1.1. Borç Konusunun Tevdi Edilmesi	40
3.1.2. Borç Konusunun Satılması ve Satış Bedelinin Tevdi Edilmesi	42
3.1.2.1. Borç Konusunun Tevdi Edilmeye Elverişli Olmaması ya da Tevdi Edilmesinin Zarara Yol Açması	43
3.1.2.1.1. Borç Konusunun Niteliği ve İşin Özelliği Gereği Tevdinin Mümkün Olmaması	43
3.1.2.1.2. Borç Konusunun Bozulacak Cinsten Olması	43
3.1.2.1.3. Borç Konusunun Korunmasının veya Tevdi Edilmesinin Büyük Masrafı Gerektirmesi	44
3.1.2.2. Alacaklıya Satışın İhbar Edilmesi	44

3.1.2.3. Mahkemeden Satış İzni Alınması.....	45
3.2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	45
3.2.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüde Düşmesinde Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar	47
3.2.1.1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı	52
3.2.1.1.1. Aynen İfa	52
3.2.1.1.2. Gecikme Tazminatı (Temerrüdün Kusur Koşuluna Bağlı Sonucu)	55
3.2.1.1.3. Aynen İfadan Vazgeçildiğinin Derhal Borçluya Bildirilmesi.....	56
3.2.1.2 Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Nedeniyle Sözleşmenin Bozulması ve Müspet Zararın Tazmini	59
3.2.1.2.1. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Nedeniyle Sözleşmenin Bozulması	59
3.2.1.2.2. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesinden Doğan Müspet Zararın Tazmini Kavramı ve Unsurları	61
3.2.1.2.2.1. Kavram	61
3.2.1.2.2.2. Unsurları	64
3.2.1.2.2.2.1. Edimin Kesin Olarak İfa Edilmemesinden Doğan Zararlar	64
3.2.1.2.2.2.2 Gecikme İle Uygun İlliyet Bağı İçinde Bulunan Zararlar.....	65
3.2.1.2.3. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Müspet Zararın Tazmini Talebinde Bulunan Alacaklının Kendi Ediminin Mübadele ve Fark Teorileri Açısından Değerlendirilmesi	66

3.2.1.2.3.1. Mübadele Teorisi	66
3.2.1.2.3.2. Fark Teorisi	67
3.2.1.2.3.2.1. Mutlak Fark Teorisi	67
3.2.1.2.3.2.2. Nisbi Fark Teorisi	68
3.2.1.2.3.2.3. Sınırlı Fark Teorisi	68
3.2.1.2.3.3. Müspet Zarar Tazminatının Fark Teorisinin Uygulama Şekilleri Olan Somut veya Soyut Yöntemlerle Hesaplanması	69
3.2.1.2.3.3.1. Somut Yöntem	69
3.2.1.2.3.3.2. Soyut Yöntem	70
3.2.1.3. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönme ve Menfi (Sözleşmenin Hükümsüz Kalmasından Doğan) Zararın Tazmini	70
3.2.1.3.1. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönme	70
3.2.1.3.2. Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmenin Hükümsüz Kalmasından Doğan Menfi Zararın Tazmini	73
3.2.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Aynı Anda İfa Yükümlülüğü Bulunan Hallerde Ödeme Zik Def'i	75
3.2.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Bir Tarafın Ödeme Güçsüzlüğü Halinde “Def'i ve Fesih” Hakkı	75
3.2.4. Hasardan (Beklenmedik Halden) Sorumluluğun Borçluya Geçmesi... 76	
3.2.5. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Taraflardan Birinin Para Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları	78
3.2.5.1. Temerrüt Faizi	79

3.2.5.2. Aşkın (Munzam) Zarar	80
3.2.5.3. Yabancı Para Alacaklarında Aşkın (Munzam) Zarar	81
3.3. TAM İKİ TARAF TAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARDAN BİRİNİN KISMÎ TEMERRÜDE DÜŞMESİ	82
3.4. YAN EDİM YÜKÜMÜNÜN İFASINDA TEMERRÜT	83
3.5. SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI.....	84
SONUÇ	87
KAYNAKÇA	95
ÖZ GEÇMİŞ	

KISALTMALAR

AHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
b.	: Bent
BK.	: Borçlar Kanunu (6098 sayılı, 818 sayılı)
bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
Karş.	: Karşılaştırınız
s.	: Sayfa
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Bu çalışmada, yüksek lisans tezi olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt incelenmiştir.

Borçlar Hukuku'nun temel konularından biri olan borçlunun temerrüdü, Borçlar Kanunu'nun 117-126'ncı (eski BK. 101-108.) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden 123-126'ncı (eski BK. 106-108.) maddelerde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları hükme bağlanmıştır. Bu hükümlere göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sonucunda, alacaklıya kural olarak süre tayini yoluyla, iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlardan birincisi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme veya derhal aynen ifadan vazgeçme hakkıdır. İkinci seçimlik hakkı ise, müspet zararın tazminini talep etme ya da sözleşmeden dönme teşkil eder. Bu genel düzenlemenin yanında, bazı özel sözleşme türleri için kanun koyucu temerrütle ilgili özel hükümler getirmiştir.

Tezde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün şartları ve borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlarından olan müspet ve menfi zararların tazmini incelenmiştir. Borçlar Kanunu'nda özel sözleşme türleri ile ilgili olarak düzenlenmiş bulunan temerrüt hükümleri de esas itibariyle inceleme konumuz dışında tutulmuş, ancak bu hükümler, alacaklıya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümlerle tanınan müspet veya menfi zararların tazmini talebi bakımından kısıtlama getirip getirmemesiyle ilgili olarak dikkate alınmıştır.

Borçlunun temerrüdü, Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, çoğunlukla genel eserlerde incelenmiştir.

Günlük hukuk yaşamında oynadığı önemli role rağmen, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve müspet veya menfi zararların tazmini konusunun, Türk Borçlar Hukuku'nda şimdiye kadar monografik bir eser olarak çok az sayıda incelenmiş olması, konunun tez konusu olarak seçilmesinde önemli etken olmuştur.

Tez üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramı, bu sözleşmelerin diğer sözleşmelerden farkı ve yapısal özelliği (edimlerin karşılıklılığı) incelenmiştir. İkinci bölümde, temerrüdün genel ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde özel koşulları ele alınmıştır. Bu bölümde, öncelikle ana hatlarıyla sırasıyla alacaklı ve borçlunun temerrüdünün koşulları üzerinde durulmuş, daha sonra alacaklı ve borçlunun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü koşullarına yer verilmiştir. Nihayet, son bölümde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların temerrüdünün hüküm ve sonuçları incelenerek, araştırma, bir sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

BÖLÜM I

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME KAVRAMI BU SÖZLEŞMELERİNİ DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI VE YAPISAL ÖZELLİĞİ-EDİMLERİN KARŞILIKLILIĞI

1.1. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşmeler, tek tarafa borç yükleyen, iki tarafa borç yükleyen ve çok tarafa borç yükleyen (çok taraflı sözleşmeler) olmak üzere üçe ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi içinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında kanunda bir tanım verilmemiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramı kullanılmamış fakat "karşılıklı taahhütleri havi akitler" kavramı kullanılmıştır (eski BK. md. 81; 106; 117). 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ise "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" terimini kullanmış ve bununla eski kanunun dilini arılaştırmıştır (yeni BK. md. 97; 123). Her ne kadar kanunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler terimi kullanılsa da, bu terimin yer aldığı hükümlerin tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelere uygulanacağı açıktır.

Doktrinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, onları karakterize eden synallagma ilişkisi sebebiyle "synallagmatik akitler" veya aynı anlamda, "mübadele akitleri"² terimleriyle olduğu gibi, bizzat kanun metinlerinde kullanılan terminoloji ile ifade edilmektedir. Bunlardan başka, özellikle Türk Doktrininde "karşılıklı

¹ Havutçu, A. (1995). *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve müspet zararın tazmini*. s. 3. İzmir: Fakülteler Kitabevi.

² Bu terimle ilgili bkz.: Oğuzman, K. ve Öz, T. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s. 240. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

yükümlülükleri içeren sözleşme”³, “iki taraflı akit”⁴, “karşılıklı borç doğuran sözleşme”⁵, “karşılıklı akit”⁶, “iki tarafa borç yükleyen akit”⁷, “karşılıklı edimleri havi akit”⁸, iki tarafa tam borç yükleyen akit”⁹, “karşılıklı borçları içeren sözleşme”¹⁰ terimleri de kullanılmaktadır. Bu çalışmada daha çok tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ve bazen de yerine göre karşılıklı borç yükleyen sözleşme deyimlerinin kullanılması tercih edilmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karakteristik özelliğini şu şekilde belirtmek mümkündür. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerinin edimini taahhüt etmesine dayanarak kendi edimini taahhüt etmekte, edimini diğerinin edimi ile değiştirmeyi amaçlamaktadır. Edimlerin taahhüt edilmişlerindeki karşılıklı bağıllık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağıllığın doğmasına yol açmakta, edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklılığı, tarafların iradesine dayanır. Taraflardan birinin edimini ifası onun isteğine bırakılırsa, bu durum karşılıklılık ilişkisinin ortadan kalkması sonucunu doğurur ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden söz edilemez. Satım, kira, eser, trampa gibi kanunda düzenlenen sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme tipinin karakteristik örnekleridir. Fakat kanunda düzenlenmemiş atipik bir sözleşmeyi, taraflar tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde kararlaştırabilirler.

³ Erzurumluoğlu, E. (2011). *Sözleşmeler hukuku (özel borç ilişkileri)*. s. 59, 114, 116, 131, Ankara: Yetkin Yayınevi.

⁴ Bu terimle ilgili bkz.: Birsen, K. (1954). *Borçlar hukuku dersleri birinci kitap borçların umumi hükümleri*. s. 591. (3. Baskı). İstanbul: Beta.; Arsebük, E. (1950). *Borçlar hukuku*. s. 824. (1 cilt) (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi; Tunçomağ, K. (1976). *Türk borçlar hukuku genel hükümler*. s. 930. (1 cilt). (6. Baskı). İstanbul: Beta.

⁵ Önen, T. (1975). *Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü ile ilgili genel mahiyetteki hükümler*. s. 27. Ankara: Güney Matbaacılık.

⁶ Oğuzman, K. (1987). *Borçlar hukuku dersleri*. s. 319. (4. Baskı). (1 cilt). İstanbul; Feyzioğlu, F. N. (1977). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s. 185, 253. (1 cilt). İstanbul; Velidedeoğlu, H. V. ve Kaynar, R. (1960). *Borçlar hukuku umumi hükümler*. s. 197. (3. Baskı). İstanbul.

⁷ Eren F. (1991). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s. 284, (3 cilt). (3. Baskı). Ankara; Feyzioğlu, s. 253.

⁸ Tekinay, S. S., Akman S., Burcuoğlu, H., Altop A. (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s. 1261. (7. Baskı). İstanbul.

⁹ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 285.

¹⁰ Reisoglu, S. (1990). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s.134. (8. Baskı). İstanbul.

1.2. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

1.2.1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından sadece birinin edim taahhüdü altına girdiği, bu sebeple sözleşmenin taraflarından sadece birinin borçlu, diğerinin de sadece alacaklı sıfatını taşıdığı sözleşmelerdir¹¹. Bu sözleşmelerin tipik örneği bağışlama sözleşmesidir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, -eksik ya da tam olsun- iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden sadece taraflardan birinin borç altına girmesi bakımından ayrılırlar. Taraflardan sadece biri borç altına girdiği için doğal olarak edimler arasında karşılıklıktan söz edilemez.

1.2.2. Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin her iki tarafı da borç altına girmektedir. Ancak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler karşılıklı olarak taahhüt edilmemekte, sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan sadece biri edim taahhüdü altına girmektedir. Diğer tarafın borç altına girmesi, sözleşme kurulurken borç altına giren tarafın edimi nedeniyle fakat ondan bağımsız olarak sözleşmenin ilerleyen safhalarında veya sona ermesi anında ortaya çıkmaktadır¹². Örneğin ücretsiz vekâlet sözleşmesinde müvekkilin borcu vekilin işin idaresi için bazı masraflar yapması halinde doğar (BK. md. 510; eski BK. md. 394). Faizsiz ödünç sözleşmesinde ödünç alan, sözleşme sona erdiğinde iade yükümü altına girer (BK. md. 386, 387; eski BK. md. 306, 307). Örneklerde söz konusu olan masrafları ödeme borcu veya iade borcu sözleşme kurulduğu anda borç altına giren tarafın yükümüne karşılık teşkil etmez. Ancak vekâlet sözleşmesinde ücret veya ödünç sözleşmesinde

¹¹ Kılıçoğlu, A. (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler (yeni Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış)*. s. 578. Ankara.

¹² Arsebük, s. 842.

faiz kararlaştırılmışsa, artık eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme değil, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olur¹³.

1.2.3. Çok Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Şirket sözleşmeleri, iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için mallarını veya emeklerini birleştirmeyi taahhüt ettikleri sözleşmelerdir (BK. md. 620/f.1; eski BK. md. 520/f.1). Şirket sözleşmesine özelliğini veren unsur, “müşterek bir amaca ulaşması için ortakların belirli taahhütler altına girmeleri”dir¹⁴. Bu unsur, şirket sözleşmelerini tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden ayıran en önemli farkı teşkil eder. Şirket sözleşmelerinde ortaklardan her birinin edimini taahhüt etmelerinin sebebi diğer ortakların edim yükümü altına girmeleri değil, ortak bir amaca ulaşmasıdır. Özellikle sermaye şirketlerinde ortak bir amaca ulaşmak dahi başlı başına bir nedendir. Edimin taahhüt edilmesinin sebebi, ortaklık sıfatının kazanılması ve bu sıfatla bağlantılı olarak bütün yararları elde etmektir. Diğer taraftan şirket sözleşmelerinde ortaklar menfaat zıtlığı değil, menfaat birliği içinde bulunurlar¹⁵. Ortaklardan her birinin müşterek amacın sağlanmasında menfaati vardır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, taraflardan her biri, bireysel ve genellikle diğer tarafın çıkarıyla zıt amaçla hareket eder, şirket sözleşmesinde olduğu gibi ortak bir amaç ve bu amacın sağlanması için belirli yükümler altına girme söz konusu değildir¹⁶. Bununla birlikte bazı yazarların şirket sözleşmelerinin de geniş anlamda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğunu savundukları görülmektedir¹⁷.

¹³ Havutçu, s. 6.

¹⁴ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 286.

¹⁵ Arsebük, s. 785.

¹⁶ Havutçu, s. 7.

¹⁷ Konuyla ilgili Ayşe Havutçu, s. 8’de Schmidt Rimpler’in “Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Vertagen, insbesondere beim Versicherungsvertrag, Stuttgart, 1986.” kitabına ve Alman Medeni Kanunu’nun 705. paragrafına atıfta bulunarak şu açıklamayı yapmaktadır: “şirket sözleşmeleri, “ortakların belirli ve müşterek bir amaca ulaşmasını akitte kararlaştırılan şekilde sağlama doğrultusunda, kararlaştırılan belirli bir meblâğı ödemeyi karşılıklı olarak taahhüt ettikleri sözleşmeler” olarak tanımlanmakta ve şirket sözleşmeleri bakımından ileri sürülen bu görüşün temelinde, yasal tanımda kullanılan “karşılıklı” ibaresi bulunmaktadır.

1.3. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YAPISAL ÖZELLİĞİ - EDİM VE KARŞI EDİM ARASINDAKİ KARŞILIKLI BAĞLILIĞIN, MÜBADELENİN VE DENKLİĞİN SEBEBİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki bağıllık, bu sözleşmelerin yapısal özelliğini teşkil eder. Doktrinde synallagma olarak nitelendirilen bu bağıllığın nedeninin açıklanması, bir taraftan bu sözleşmelerin yapısının, diğer taraftan da bu sözleşmelere ilişkin kanunda öngörülen hükümlerin amacının anlaşılabilmesi bakımından önem taşır. Aşağıda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliğini teşkil eden synallagma ilişkisi hakkında doktrinde savunulan başlıca görüşleri ele alacağız.

1.3.1. Şart Teorisi

Şart teorisinin temelinde edimlerden her birinin diğerinin şartını teşkil etmesi düşüncesi vardır. Bu teoriye göre edimler arasındaki karşılıklı bağıllık, edim yükümlerinde her birinin diğerinin şartını teşkil etmesinden ileri gelmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin devamı ve ifa edilmeleri aşamasında bunlar arasında bağıllık bulunduğu kabul edilmekte, sözleşmenin kuruluşu aşamasında edim ve karşı edim arasında bir bağıllık görülmemektedir¹⁸. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin özellikle ifa aşamasındaki bağıllıkları, edimlerden birinin ifa edilmesinin, karşı edimin buna uygun şekilde ifa edilmesi şartına bağlı olmasından ileri gelir¹⁹. Edimlerin ifası aşamasında şart, biçim-unsur bağıllığı olarak ortaya çıkmaktadır²⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede taraflardan her biri karşı edime yönelik geçerli bir talep hakkının doğması şartıyla kendi edimini taahhüt eder; öyle ki kendi ediminin bağlayıcılığı, karşı edimin geçerli olarak taahhüt edilmesiyle doğar²¹.

¹⁸ Oğuzman, s. 330.

¹⁹ Arsebük, s. 788.

²⁰ Havutçu, s. 9.

²¹ Arıcı, K. (1983). *İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde ihtar ve munzam mehil mükellefiyeti*. Adalet Dergisi s. 1-12.

Mesela edimlerden birinin başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması, diğèrinin de geçerli olarak doğmasını engeller. Çünkü burada edimlerden birinin, ancak diğèrinin geçerli olarak taahhüt edilmesi halinde geçerli olacağı şeklindeki şart gerçekleşmemiştir²². Edimlerin şartlı olarak taahhüt edilmeleri ifa aşamasında da etkisini gösterir. Taraflardan her biri karşı edimin ifa edilmesi şartıyla kendi edimini ifa eder. Bir taraf edimini ifa etmedikçe veya en azından ifayı teklif etmedikçe -şart gerçekleşmediğinden- diğeri edimini ifa etmek zorunda değildir. Edimlerin karşılıklı bağıllığını sağlayan şart, talikî ve tarafların iradesine dayanan (iradî) bir şarttır²³.

Şart teorisi bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim, hem talep hakkı hem de şart olarak ortaya çıkmaktadır. Bir an için bu görüş benimsenecek olursa, taraflardan birinin karşı edimin ifasına yönelik talep hakkını ileri sürebilmesi, -karşı tarafın ifa etmesinin şartı olarak- kendi edimini ifa etmesine veya ifasını teklif etmesine bağılıdır. Bu takdirde teknik anlamda şarttan söz edilemez, zira talep hakkını ileri süren tarafın edimi “gerçekleşmesi muhtemel, geleceğe ilişkin, şüpheli bir olay” olarak değerlendirilemez. Diğeri taraftan bu görüşün benimsenmesi, ödemezlik def’inin (BK. md. 97, eski BK. md. 81) gerçek anlamda def’i değil, itiraz teşkil ettiği sonucunu doğurur²⁴. Bunun gibi, geciktirici şartın gerçekleşmemesi, alacağın muaccel olmasını önleyeceğinden, bu görüş benimsenecek olursa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün ve takasın gerçekleşmesi mümkün olmaz.

1.3.2. Mübadele Amacı Teorisi

Mübadele amacı teorisinde edimlerin karşılıklı bağıllığını sağlayan unsur olarak tarafların edimine ilişkin taahhütlerindeki amaçtan hareket edilmektedir. Bu teorisinin özünü edimlerin birbirine denk olması fikri oluşturmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, -önceden ifa söz konusu değilse- doğrudan doğruya bir edim yükümü altına girmek için değil, aynı zamanda karşı

²² Eeren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 287.

²³ Oğuzman, ve Öz, s. 244.

²⁴ Havutçu, s. 9.

edimi elde etmek için taahhütte bulunur²⁵. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler değişim (mübadele) amacıyla taahhüt edilir. Bu değişim amacı tarafların tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hukukî işlemle güttükleri ortak amaçtır ve edimlerin değişimi amacı, edimlerin denkliği düşüncesine dayanır.

Bazı yazarlar²⁶ tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerden her birinin diğerinin ivazını teşkil edecek şekilde karşılıklı bağlılık içinde olduğunu kabul etmektedirler. Edimlerden her biri diğerinin ivazı olarak eş değerdedir, diğerine denk olduğu için de taraflar karşı edimle kendi edimini mübadele etmek ve kendi edimi ile karşı edimi denkleştirmektedirler. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında mübadele amacı veya ivaz elde etme amacı ile doğrudan bağlılık kurulduğu görüşleri synallagma ilişkisini açıklamaya yeterli değildir. Her şeyden önce tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler sadece ivazlılık niteliği ile açıklanamaz; her ivazlı sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme çeşidini teşkil etmez²⁷.

Diğer taraftan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin denk olması zorunlu değildir²⁸. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortak bir “değişim amacı” mevcut değildir, taraflardan her birinin güttüğü ayrı bir amaç -bu anlamda sebep- söz konusudur²⁹. Bu teori tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynı anda ifa kuralı üzerine kurulmaktadır. Buna göre aynı anda ifa kuralı söz konusuysa taraflardan birinin önceden ifa zorunluluğunun bulunduğu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme sayılmaması sonucu doğar ki, bu da doğru değildir.

²⁵ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 288.

²⁶ Önen, (Ankara 1975). s. 32.; Oğuzman, s. 332; Eren, (3 cilt). s. 287.; Havutçu, s. 10.

²⁷ Önen, (Ankara 1975). s. 34.

²⁸ Eren, F. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. s. 314. (2 cilt). (9. Baskı). İstanbul.

²⁹ Havutçu, s. 11.

1.3.3. İşlem Temeli Teorisi

Bu teoriye göre synallagma ilişkisi hukukî işlemin temelini oluşturmaktadır³⁰. İşlem temeli teorisinde işlem temeli olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut olduğu kabul edilen değerlendirme temelini görüldüğü savunulmaktadır³¹. Değerlendirme temeli, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların taahhüt ettikleri edimlerin ancak karşı edimin taahhüt edildiği şekilde yerine getirilmesi halinde geçerli olacağı konusunda anlaşmalarıdır. Bu nedenle, tarafların anlaşmalarına esas olan değerlendirme temelinde sadece işlemin hukukî sonuçları değil, bu hukukî sonuçların gerçekleşmesinin tâbi olduğu şartlar da tespit edilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklı bağlılığı, birinin taahhüt ettiği edimin ancak diğerinin edimini yerine getirmesi halinde geçerli olacağı şeklindeki anlaşmalarıyla değerlendirme temeline dâhil olur³². Bundan dolayı taraflardan hiç biri, kendi edimini yerine getirmedikçe karşı edimi talep edemez veya daha önce ifa edilmiş edimi muhafaza edemez. Sonuç olarak, synallagma, işlem temelinden başka bir şeyi ifade etmez. İşlem temeli teorisine göre tarafların değerlendirme temelinde hataya düşmeleri halinde, taraflarca yapılan geçerli bir değerlendirmeden söz edilemeyeceği için, synallagmanın akıbetinin ne olacağı hakkında boşluk doğmaktadır³³. İşlem temelini çökmesi, akdî yükümlülüklerin ve hakların değişen duruma uyarlanması gereğini doğurur³⁴. Bu hukukî sonucun içerik olarak tam bir tarif ne yargı kararlarında, ne de doktrinde verilmiştir. Hukukî sonucun içerik olarak belirsizliği, bizzat işlem temelini çökmesinin çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır³⁵. Bu sebeple her somut olayda sözleşmenin yeni duruma uyarlanması, o somut olayda mevcut işlem temeli için somut olaya özel olarak düşünülür. İşlem temelinde yanılma veya işlem temelini çökmesinin hukukî sonuçları adil olarak ancak somut olayın özelliklerine göre tespit edilir ve bu nedenle bir genelleme söz konusu

³⁰ Oğuzman, s. 338.

³¹ Bu teoriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Önen, (Ankara 1975). s. 35.; Havutçu, s. 11.

³² Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 290.

³³ Oğuzman, ve Öz, s. 249.

³⁴ Arsebük, s. 836.

³⁵ Tunçomağ, s. 908.

değildir. İşlem temeli müessesesi her bir değişik olaya göre, ancak ferdi olarak değerlendirilebilir³⁶.

1.3.4. Sebep-Amaç Teorisi

Bu teoriye göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki karşılıklı bağıllık edimlerin taahhüt edilmelerindeki hukukî sebep ile açıklanmaktadır³⁷. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her birinin edimini taahhüt etmesindeki amacı, karşı edimin taahhüt edilmesidir³⁸. Bu nedenle taraflardan her birinin edimi, diğerinin ediminin hukukî sebebini teşkil eder. Taraflardan her birinin edime ilişkin taahhüdü irdelendiğinde, bu taahhüdün hem karşı edimin elde edilmesini, hem de taahhüdün yerine getirilmesini kapsadığı görülür. Çünkü bir tarafın karşı edimi elde etmesi, aynı zamanda kendi edimini yerine getirilmesiyle mümkündür. Bu noktada, taraflardan her birinin kendi edimini yerine getirmesi, karşı edimi elde etmek şeklindeki amaca ulaşmasının aracı olmaktadır. Her ne kadar borcun ifa nedeni ile karşı tarafın amacına da hizmet ediliyorsa da; bu, karşı tarafın amacını kendi amacı haline getirmemekte, dolayısıyla bu, ortak amaç niteliğine bürünmemektedir³⁹. Nihâî olarak her taahhütle takip edilen amaç, karşı edimin yerine getirilmesi, böylelikle ferdi amacın gerçekleşmesidir⁴⁰. Bu gerekçe ile, edim yükümüne ilişkin irade açıklamalarının hukukî sebebi, edim yükümleri arasında karşılıklı olarak sebep-amaç ilişkisi kurar. Doğrudan doğruya edim taahhütleri arasında kurulan bu bağıllık, edimler arasındaki bağıllığın sebebini de ortaya koyar. Bu bağlamda, edimler arasındaki karşılıklı amaç ilişkisine dayanılarak synallagmaya, taahhüt işleminin içinde yer verilmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde işlemin tipik amacı, edimler arasındaki karşılıklı amaçsal bağıllıktır⁴¹. Taraflardan her biri, kendi edimini, diğer taraf edimini yerine getirdiğinde ifa etmek ister, kendi ediminin amacı, diğerinin

³⁶ Önen, (Ankara 1975). s. 35.

³⁷ Oğuzman, s. 333.

³⁸ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 291.

³⁹ Oğuzman, ve Öz, s. 251.

⁴⁰ Havutçu, s. 12.

⁴¹ Önen, (Ankara 1975). s. 38.

edimini ifaya yönelik çabası vasıtasıyla belirlenir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin bu amaçsal bağlılığı kanun tarafından işlemin tipik amacı olarak öngörülmüştür⁴². Tamamen şekli karakterdeki bu amaçsal bağlılık, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraf iradeleriyle edime ilişkin taahhütlerde değişik muhtevada düzenlenerek doldurulur. Bu nedenle synallagma, bütün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için genel bir kategori ölçütü teşkil eder. Bu teoriye göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki karşılıklı bağlılık, edimler arasındaki sebep-amaç ilişkisidir ve işlemin temeline değil, işlemin muhtevasına dâhildir⁴³.

1.4. EDİMLERİN DENKLİĞİ DÜŞÜNCESİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimleri arasındaki karşılıklılık ve değişim ilişkisi, on dokuzuncu yüzyıldan beri denklik düşüncesi ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda başlıca üç teori savunulmuştur⁴⁴.

1.4.1. Objektif Denklik Teorisi

Objektif denklik teorisine göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her birinin taahhüt ettiği edim, objektif bakımdan diğeri ile eş değerde (denk) olmalıdır⁴⁵. Çünkü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde değişim ilişkisi, edimlerin objektif yönden eşdeğerde (denk) olması sebebine dayanmaktadır. Taraflardan her biri kendi edimini mantıki olarak, sadece maddî bakımdan eşdeğerde olan karşı edim için feda eder. Bu teoriye göre, objektif bakımdan eşdeğerde olan edimlerin değişimi halinde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin mevcut olması; pozitif hukuk kurallarının yorumundan çıkarılan bir sonuç değildir⁴⁶. Her şeyden önce tarafların taahhüt ettikleri edimlerin eşdeğerde olup olmadığının tespitini sağlayacak objektif bir ölçü de yoktur. Piyasa fiyatına göre yapılacak bir

⁴² Arsebük, s. 836.

⁴³ Eren, (3 cilt). (9. Baskı). s. 315.

⁴⁴ Havutçu, s. 13.

⁴⁵ Oğuzman, s. 335.

⁴⁶ Birsen, s. 593.

değerlendirme ile belirlenecek bir denklik dahi objektif değildir. Belirtelim ki, hukuk sisteminin sözleşme özgürlüğü prensibi ile kişilere tanıdığı “Özel serbesti sahası”, objektif yönden eşdeğerde olsun olmasın, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyi kurabilmelerinin temelini oluşturur⁴⁷.

1.4.2. Sübjektif Denklik Teorisi

Sübjektif denklik teorisi, objektif denklik teorisinin tersine, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki denliği, tarafların değerlendirmelerine; yani sübjektif yönden, edimleri birbirine denk olarak görmeleri temeline dayandırmaktadır⁴⁸. Tarafların edimlerini sübjektif yönden eşdeğerde görmeleri, ya piyasa (cari) fiyatı göz önünde tutularak objektif yönden eşdeğerde gördükleri için ya da, kendi kullanım ihtiyaçlarını gözeterek kullanım değeri bakımından eşdeğerde saymalarından kaynaklanır⁴⁹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimleri arasında objektif denklik bulunmasa bile, en azından sübjektif bir denliğin bulunması gereklidir⁵⁰. Bu görüşe göre, tam iki tarafa borç yükleyen akdî ilişkinin varlığı için, karşılıklı edimlerin objektif yönden eşdeğerde olması gerekmez, taraflardan her birinin, diğer tarafın edimini kendi ediminin yeterli bir karşılığı olarak görmesi denliğin varlığı için kâfidir. Ayrıca tarafların her birinin karşı edimi kendi ediminin yeterli bir karşılığı olarak görmesinin, aslında edimin objektif bakımdan eşdeğerde görülmesinden ileri gelmektedir. Bazı yazarlara⁵¹ göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bir “Denklik”, “Eşit ağırlık”, “Haklı bir tartı” fikrine dayanmaktadır.

⁴⁷ Feyzioğlu, s. 220.

⁴⁸ Önen, T. (1984). *Borçlar hukuku*. s. 12. Ankara: Ankara Gazi Üniversitesi.

⁴⁹ Tunçomağ, s. 910.

⁵⁰ Önen, (Ankara 1975). s. 42.

⁵¹ Eren, (1 cilt). (4. Baskı). s. 20.; Feyzioğlu, s. 225.

1.4.3. Fonksiyonel Denklik Teorisi

Sübjektif denklik de, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimlerini taahhüt etmeleri için bulunması gereken bir özellik değildir⁵². Eğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında denklik aranacaksa, bu ne objektif, ne de sübjektif yönden olmalıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler, “fonksiyonel” yönden birbirine denktir, edimler aynı fonksiyon değerine sahiptirler. Bu fonksiyonel denkliğin temeli, tarafların değer yargılarına değil, hukukî işleme ilişkin kararlarına dayanır⁵³. Bu teoriye göre tarafların hukukî işleme ilişkin kararlarıyla, edim ve karşı edim fonksiyonel olarak denk hale getirilirler. Aslında burada, tarafların değerlendirmeye yönelik tasavvurları -fonksiyonel yönden de olsa- bir rol oynar, ama kural olarak bu fonksiyonel denklik synallagmaya dâhil değildir.

1.5. TAM İKİ TARAF BÖRÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE EDİM VE KARŞI EDİM ARASINDAKİ KARŞILIKLI BAĞLILIĞIN, MÜBADELENİN VE DENKLİĞİN HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİ

1.5.1. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulması aşamasında edimler arasındaki bağıllık, edimlerden birinin geçerli olarak doğmasını engelleyen bir sebebin varlığı halinde, diğer edimin de geçerli olarak doğmasını engeller⁵⁴. Edim ve karşı edimin sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bu bağıllıkları, genetik synallagma olarak adlandırılmaktadır⁵⁵. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin doğumları yönünden bu bağıllıklarına örnek olarak, edimlerden birinin başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması halinde, diğer edimin de doğmaması ya da taraflardan birinin irade açıklamasının ehliyetsizlik sebebiyle sakatlanması halinde diğerinin de yerine getirmek zorunda olduğu bir edimin bulunmaması gösterilebilir. Doktrinde, genetik synallagmanın kabul edilip

⁵² Havutçu, s. 14.

⁵³ Önen, (Gazi 1984). s. 15.

⁵⁴ Arsebük, s. 837.

⁵⁵ Eren, (3 cilt). (4. Baskı). s. 22.

edilmemesi konusunda birçok tartışmaların mevcut olduğunu vurgulamamız yerinde olacaktır. Aslında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, kuruluş ve geçerlilik koşulları yönünden diğer sözleşmelerden farklı değildirler. Ehliyetsizlik, imkânsızlık vb. gibi kanunda belirlenen sebeplerle sözleşmenin geçersiz olması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü değil, tüm hukukî işlemlerin, sözleşmelerin geçersizliği sonucunu doğuran sebeplerdir. Bu nedenle genetik synallagma, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin amaçsal yapısı ile dogmatik yönden açıklanabilir. Şöyle ki; Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında karşılıklı sebep-amaç ilişkisi mevcuttur. Edimlerden birinin geçersizliği halinde, diğer edim hukukî sebebini kaybettiğinden, birinin geçersizliği halinde diğer edim de geçersiz olur.

1.5.2. Sözleşmenin Devamı Sırasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerden her birinin varlığını sürdürmesi, diğerinin varlığına bağlıdır. Bu bağlılık kondisyonel synallagma olarak da adlandırılmaktadır. Edimlerden biri sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona ererse (BK. md. 136/f.2, eski BK. md. 117/f.2); diğer edime ilişkin talep hakkı da ortadan kalkar. Bu durum da, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sebebe bağlı yapısının açık bir göstergesidir. Edimlerden birinin ortadan kalkması, aynı zamanda bu edim nedeniyle borç altına girmiş olan diğer tarafın amacını akamete uğratar⁵⁶. Bu nedenle ilgili taraf, amaçsız kalan taahhüdünden kurtulabilmelidir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bazı hallerde henüz ifadan önce karşı edimi talep hakkının mümkün olmaması rizikosu, kendi edimini ifa etmiş olan alacaklı üzerinde kalabilir⁵⁷. Doğrudan doğruya kanundan doğan veya sözleşmenin içeriğinden ortaya çıkan sebeplerle hasarın intikali kuralları kondisyonel synallagma ilkesine uymamaktadır. Örnek olarak, konusu parça borcu olan satım sözleşmesinde hasar ve yarar sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer (BK. md. 208/f.1, eski BK. md. 183/f.1). Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenlemeye rağmen parça borcunu

⁵⁶ Havutçu, s. 16.

⁵⁷ Önen, (Gazi 1984). s. 20.

konu alan satım sözleşmesinin synallagmatik sözleşme olmadığı sonucuna varılmaz⁵⁸.

1.5.3. Edim Yükümlerinin İfası Aşamasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin birbirine ifaları bakımından karşılıklı bağılıkları, fonksiyonel synallagma olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. Taraflardan her biri -eğer önce ifa yükümü yoksa- karşı edim ifa edilmediği veya ifası teklif edilmediği sürece kendi edimini ifadan kaçınabilir (BK. md. 97, eski BK. md. 81). Taraflardan birinin alacağı diğerinin borcu ödemedede güçsüzlüğe düşmesi nedeniyle tehlikeye girerse, bu taraf teminat gösterilinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir veya sözleşmeden dönebilir (BK. md. 98, eski BK. md. 82). Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde, diğerinin süre tayini yoluyla kullanacağı seçimlik haklar, özellikle aynen ifayı reddedip müspet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme, fonksiyonel synallagmanın sonuçlarıdır⁶⁰. Karşılıklı olarak birbirinin sebebini teşkil eden edim yükümleri yerine getirilmelidir. Her borç ilişkisi, edimin ifası ile alacaklının tatmin edilmesi amacını güder. Bu, borç ilişkisinin nihaî yapısıdır. Alacaklı sadece bir talep hakkı yaratılmasına değil, talebin yöneldiği edimi istemektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece edime ilişkin taahhütte değil, bizzat edimlerde de değişim söz konusudur. Edime ilişkin taahhüt ile taahhüdün ifası arasındaki bağlantı ifa etmeme veya ifanın tehlikeye düşmesi halinde karşı edimin hukukî sebebini de etkiler. Temerrüt durumunda hukukî sebep tamamen ortadan kalkmamakta fakat zedelenmektedir. Kanun bundan hareket ederek alacaklıya bazı seçimlik haklar tanımış, alacaklıya akdî ilişkiyi korumak veya ortadan kaldırmak konusunda serbest bırakmıştır, yoksa kondisyonel synallagmada olduğu gibi doğrudan radikal bir çözüm getirmemiştir. Kanunun bazı hallerde

⁵⁸ Eren Fikret, (1999). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş*. s. 977. (2 cilt). (5. Baskı). İstanbul.

⁵⁹ Oğuzman, s. 337.

⁶⁰ Önen, (Ankara 1975). s. 43.

temerrüt nedeniyle alacaklının seçimlik haklarını sınırlaması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinin kaybına yol açmaz⁶¹.

1.6. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN MUHTEVASINDA YER ALAN ÇEŞİTLİ YÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler geniş anlamda borç ilişkisi niteliğinde olduklarından⁶², bunların muhtevalarından çeşitli yükümler doğar. Fakat tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin muhtevalarında yer alan her türlü yüküm, synallagma ilişkisi içinde bulunmaz⁶³. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kanunda öngörülen synallagmatik hukukî sonuçlar ise bu sözleşmelerde sadece synallagma ilişkisi içinde bulunan yükümler bakımından uygulanma imkânına sahiptir. Bu nedenle synallagma ilişkisi içinde bulunan yükümlerin tespiti zorunludur.

1.6.1. Genel Olarak Borç İlişkisinden Doğan Yükümlerin Sınıflandırılması

Geniş anlamda akdî borç ilişkisinden doğan yükümler, ilişkinin kurulması aşamasında doğan ilk derece yükümler ve ilk derece yükümlerin ihlâli ile ortaya çıkan ikinci derece yükümler olmak üzere ikiye ayrılırlar. İkinci derece yükümler ilk derece yükümlerin ihlâliyle ortaya çıkan “tazminat ödeme yükümü” olabileceği gibi, akitten dönme sonucu doğan “iade borcu” da, bu anlamda, ikinci derece yüküm teşkil eder. İhlâl edilmeleriyle ikinci derece yükümlerin doğumuna sebep olan ilk derece yükümler ise borç ilişkisinin kurulmasıyla doğan her türlü yükümü ifade eder⁶⁴. İlk derece yükümler, “edim yükümleri” ve “yan yükümler”den oluşur.

⁶¹ Oğuzman, ve Öz, s. 265 vd.

⁶² Borç ilişkisinin çeşitli anlamları için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 6; Reisoğlu, (8. Baskı). s. 29.; Eren, (1 cilt). s. 25.; Aral, F. (1985). *Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa*. (Yayınlanmamış doçentlik tezi). s. 1 vd. Ankara.

⁶³ Önen, (Ankara 1975). s. 44.

⁶⁴ Havutçu, s. 18.

Edim yükümleri borç ilişkisiyle takip edilen özel amaca yönelik; alacaklının ifa menfaatinin gerçekleşmesine hizmet eden, borçlunun belirli, sınırlı, somut bir davranıştır⁶⁵. Edim yükümü, alacaklı için dava yoluyla ileri sürülebileceği bir talep hakkının konusunu oluşturur. Yan yükümler ise önceden belirli bir muhtevaya sahip olmayan, edim yükümlerinin (özellikle aslî edim yükümünün) tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine yardımcı olan veya ifa vesilesiyle alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin zarardan uzak tutulması amacını güden soyut nitelikte davranış kurallarıdır. Önceden somut bir muhtevaya sahip olmayan yan yükümlerin edim yükümleri anlamında ifalarından söz edilmez. Yan yüküme riayet edilmediği ancak bu yükümlerin ihlallerinden sonra tespit edilebilir ve alacaklıya tazminat davası açma imkânı verir⁶⁶.

Edim yükümleri de kendi içinde, aslî ve yan edim yükümü olmak üzere ikiye ayrılır. Aslî edim yükümleri, sözleşmenin tipini, özellik ve karakterini belirleyen edim yükümleri; yan edim yükümleri ise sözleşmenin tipini belirleyici nitelikte olmayan, aslî edime oranla talî, ikinci derecede önem taşıyan edim yükümleridir⁶⁷. Yan edim yükümleri aslî edime oranla talî önem taşısa da aslî edimden bağımsız bir yan amaca hizmet ederler ve ihlalleri halinde ifa davası açılması imkânı vardır.

1.6.2. Sınıflandırmanın Edimlerin Karşılıklı İlişkisi Bakımından Anlamı

Borç ilişkisinin muhtevasında yer alan ilk derece yükümler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, “synallagmatik yükümler-synallagmatik olmayan yükümler” şeklinde bir ayırma tabi tutulabilir⁶⁸. Klâsik ayırım bakımından, yan yükümler daima, synallagmatik olmayan yükümleri teşkil eder⁶⁹. Belirli, somut bir davranış olarak taraflarca kararlaştırılmamış, üzerinde durulmamış olan yan yükümler, tarafların karşılıklı olarak edimlerini taahhüt etmelerinin sebebini teşkil

⁶⁵ Feyzioğlu, s. 230.

⁶⁶ Arsebük, s. 840.

⁶⁷ Oğuzman, s. 339.

⁶⁸ Havutçu, s. 19.

⁶⁹ Havutçu'nun da s. 19'da katıldığı bu görüşe dayanarak aşağıdaki sonuca varılabilir. Tarafların yan yükümlerin taahhüdünde bulunurken amaçları, doğrudan doğruya karşı edimin taahhüt edilmesini sağlamak değildir. Dolayısıyla sebep-amaç teorisi doğrultusunda burada bir karşılıklılığın bulunmasından söz edilmez.

etmezler⁷⁰. Örnek olarak, satım sözleşmesinde alıcının semeni ödeme borcunu taahhüt etmesi synallagmatik; satıcının malı ambalajlarken özen gösterme borcu ise synallagmatik değildir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde klasik ayırım bakımından, aslî edim yükümleri daima synallagmatik edim yükümleridir⁷¹. Aslî edim yükümleri, sözleşmenin birinci derecede önemli muhtevasını teşkil eden edim yükümleri olarak, daima synallagma ilişkisi içinde yer alırlar, tarafların edimlerinin karşılıklı olarak sebebini oluştururlar. Aslî edim yükümleri, tipik tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bizzat kanunda belirlenmiştir: Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının malı teslim ve mülkiyetini geçirme borcu, alıcının semeni ödeme borcu gibi. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, atipik (isimsiz) bir sözleşme de olabilir. Atipik sözleşmelerin bir türü olan karma sözleşmelerde, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine ilişkin aslî edimler, kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilerek, karşılıklı sebep ilişkisi içinde bulunacak surette taahhüt edilebilir⁷². Bu takdirde taraflardan birinin üstlendiği aslî edim yükümleri, edimler demeti olarak, topluca diğer tarafın edimi taahhüt etmesinin sebebini teşkil eder. Atipik sözleşmelerin diğer bir türü olan kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden tek satıcılık sözleşmesinde olduğu gibi, aynı sözleşme ilişkisinde, synallagma ilişkisi içinde bulunan ayrı ayrı iki aslî edim yükümü çifti birarada bulunabilir. Tek satıcılık sözleşmesinde satıcının ürettiği malların pazarlanması ve satılması konusunda belli bir bölgede alıcıya tekel hakkı tanınması borcu ile, alıcının kendine ayrılan bölgede malın sürümünü artırma, pazarlama borcu synallagma ilişkisi içinde bulunan ilk aslî edim yükümü çiftidir. Bunun yanı sıra, satıcının sözleşme konusu malları alıcıya gönderme, alıcının teslim ve semeni ödeme borçları, synallagmatik ikinci edim çiftidir. Kısacası, bu sözleşmede, çifte synallagma ilişkisi vardır ve synallagmatik hukukî sonuçlar, ilgili oldukları edim çiftleri için söz konusudur.

Aslî edim yükümlerinin synallagmatik edim yükümü olarak nitelendirilmesinde olduğu gibi, yan edim yükümleri için synallagma ilişkisi içinde yer aldığı

⁷⁰ Önen, (Ankara 1975). s. 47.

⁷¹ Aslî edim yükümlerinin synallagma ilişkisi içinde bulunduğu yani edimlerin birbirinin sebebini oluşturduğu yükümler olarak sözleşmenin içinde yer almasını açıklayan görüş için bkz. Önen, (Ankara 1975). s. 46.

⁷² Önen, (Ankara 1975). s. 49.

veya almadığı kesin olarak söylenemez⁷³. Özellikle yan edim yükümlerinin yan yükümler gibi kesin olarak synallagma ilişkisi içinde yer almadığı da söylenemez. Bu konuda belirleyici ölçüt, tarafların iradeleri ve somut olayın özellikleridir. Tarafların iradeleri ve somut olayın özelliklerinden, yan edimin aslî edim yanında sadece talî bir anlam taşımadığı, aslî edim ile birlikte, karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebini teşkil edecek şekilde sözleşmede önem kazandığı anlaşılıyorsa, o zaman yan edim yükümünün de synallagmatik edim yükümü olduğu kabul edilir⁷⁴. Bu sonuç, tarafların iradesinden, özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede taraflardan birinin aslî edim ile birlikte yan edimi de elde etmek üzere taahhütte bulunduğu anlaşılması halinde söz konusu olabilir. Bu halde yan edim, aslî edimi taahhüt etmenin kısmî sebebini oluşturabilir, yan edim kısmî olarak aslî edim yanında yer alır. Örnek olarak, satılan makinanın montajının yapılması ve belli aralıklarla kontrolünün kararlaştırılması veya nakil masraflarının da satıcı tarafından ödeneceğinin kararlaştırılmasında, alıcının aslî edim yükümü olan semeni ödeme borcu, satıcının aslî edim yükümü yanında, yan edim yükümleri de dikkate alınarak ve onların karşılığı olarak taahhüt edilmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aslî edimin ifasında temerrüt nedeniyle alacaklının müspet zararının tazmini talebini mübadele teorisine göre ileri sürmesinde, ikinci derece yüküm olan tazminat borcu için de, synallagmatik sonuçlar uygulanabilir, fakat bu, tazminat borcunun ilk derece aslî edim yükümleri arasındaki gibi synallagma ilişkisine dâhil olması anlamında değildir⁷⁵.

⁷³ Oğuzman, s. 341.

⁷⁴ Havutçu'nun s. 20'deki bu açıklamalarına katılarak şunu ilave etmek gerekir ki, yan edim yükümünün aslî edim yükümü ile birlikte aynı safta yer alarak karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebini oluşturması sebep-amaç teorisine dayanmaktadır.

⁷⁵ Arsebük, s. 844'te W. Schöller'in. (1900) "*Der schadenersatz wegen nichterfüllung bei gegenseitigen vertagen nach dem bgb.* (Gruchots beitrage zur erlauerung des deutschen rechts). Bd. 44. Berlin" isimli kitabında aynı görüşe sahip olduğunu belirterek yukarıdaki açıklamayı getirmiştir. Gerçekten de mübadele amacı teorisinde edimlerin denkliği amacı aranmakta ve yan yükümlere synallagmatik hukukî sonuçların uygulanabilmesi için ilk derece yükümlerin ihlâli ile ortaya çıkan ikinci derece yükümlerin (tazminat yükümünün) ihlal edilen aslî edim yükümüyle denk olması gerekecektir. İkinci derece yüküm olan tazminat yükümünün her zaman aslî edim yükümüyle denk olamayacağı ve bazen tazminat yükümünün aslî edim yükümünden fazla olabileceği düşünülürse yukarıda sözü edilen synallagmatik hukukî sonuçların uygulanması ikinci derece yükümlerin synallagma ilişkisine dâhil olabileceği anlamına gelmediği daha iyi anlaşılacaktır.

BÖLÜM II

TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜDÜN GENEL VE ÖZEL KOŞULLARI

2.1. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARDAN BİRİNİN TEMERRÜDE DÜŞMESİNDE ARANACAK GENEL KOŞULLAR

Bir borç ilişkisinde her iki taraf da borçlu sıfatına sahip ise, her iki taraf için de borçlunun temerrüdü gündeme gelebilir. Bu durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu tür sözleşmelerde, her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olduğundan, her iki taraf da temerrüde düşebilir ve borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama bulabilir.

Borçlunun temerrüdü genel olarak BK. madde 117-126'da (eski BK. md. 101-108'de) düzenlenmiştir. Ancak, bu genel hükümler dışında, bazı borç ilişkilerinin özellik göstermesi nedeniyle, borçlunun temerrüdü ile ilgili özel hükümler getirilmiştir. Örneğin: BK. madde 212-213'de (eski BK. md. 187-188'de) özel hükümler getirilmiştir; kiracının kira bedelinde temerrüdü konusunda BK. md. 315'de (eski BK. md. 260'da) özel hükme yer verilmiştir. 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 23'üncü maddesi ise, kiracının kira bedelinde temerrüdünü özel olarak düzenlemiştir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü için, BK. md. 117'de (eski BK md. 101) öngörülen genel koşullar aynen aranacaktır⁷⁶. Buna göre, bu tür sözleşmelerde de borç muaccel olmalı ve borçluya bildirim yapılmalı ya

⁷⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 850.

da bildirimini yerini tutan bir durum bulunmalıdır. Bu genel koşullar dışında, bu tür sözleşmelerde, aşağıda ele alacağımız özel koşullar da aranacaktır.

2.1.1. Borç Muaccel Olmalı

Temerrütten söz edebilmek için, öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir. Edim muaccel olmadıkça temerrüt gündeme gelmez. Yeni BK. md. 90'da muacceliyetle ilgili hüküm şu şekilde ifade edilmiştir "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur".

Henüz muaccel olmayan bir borç, borçlu tarafından alacaklıya teklif edildiğinde, alacaklı ancak haklı nedenlerle vaktinde önce ifa teklifini red edebilir. Örneğin: Vaktinden önce teslimi teklif edilen gıda maddeleri için alacaklının henüz gerekli depoları temin edememiş olması halinde, alacaklı ifayı red ederse, temerrüde düşmüş olmaz. Ayrıca borcun muaccel hale gelmesi, alacaklının önceden bazı hazırlık çalışmalarını gerektiriyorsa, alacaklı bunları yerine getirmediği sürece borç muaccel hale gelmiş olmaz.

Alacağın muaccel olması, alacaklıya ifayı talep etme yetkisi verirse de, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynı anda ifa kuralı söz konusuysa, muacceliyete rağmen, taraflardan biri edimini ifa etmedikçe veya ifasını teklif etmedikçe, diğer taraf edimini ifa etmek zorunda değildir (yeni BK. md. 97).

2.1.2. Edimin İfası Mümkün Olmalı

Borçlar Kanunu'nun 117'nci (eski BK.'nun 101.) maddesinde açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte temerrüt borçlanılan edimin ifasının gecikmeye rağmen mümkün olmasını zorunlu kılar⁷⁷. İfa zamanından önce veya ifa zamanı geçtikten sonra edimin ifasının imkânsızlaşması, temerrüdün gerçekleşmesini veya devamını önler. Burada söz konusu olan, edimin yerine getirilmesini borçlu ile birlikte herkes

⁷⁷ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 267.; Oğuzman, s. 253.

için önleyen, devamlı nitelikte, tabii, mantıki veya hukukî bir engelin ortaya çıkması, yani objektif ifa imkânsızlığıdır. Sübjektif ifa imkânsızlığı ise temerrüdü önlemez⁷⁸.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa imkânının objektif bakımdan mevcut olması, her iki tarafın edim yükümü için geçerlidir. Bu sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki karşılıklılık ilişkisi nedeniyle, taraflardan birinin edimi imkânsız hale gelmişse, diğerinin edimini ifada gecikmesinden söz etmek mümkün değildir⁷⁹. Bu durumda ediminin ifası imkânsız hale gelen tarafın imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmamasına göre ifa imkânsızlığının sonuçları uygulanır.

2.1.3. İhtar Ya Da İhtar Yerini Tutan Bir Durum Bulunmalı

2.1.3.1. İhtar

Edimin muaccel olması, alacaklının edimin ifasını talep edebilmesine imkân verir. Fakat borçlu için kendiliğinden ifa etme zorunluluğu yoktur. Ayrıca borçlunun temerrüdü için borcun muaccel olması yeterli değildir. Alacaklı muaccel borcun ifası konusunda borçluya ihtarda bulunmalıdır. İhtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından, borçluya veya yetkili temsilcisine yapılır. Edimin muaccel olması üzerine alacaklı ifayı talep etmediği sürece -muaccel de olsa- borçlu edimi yerine getirmemeye devam edebilir⁸⁰. Bu sebeple kanun koyucu borçlunun temerrüde düşmesi için kural olarak alacaklının borçluyu ifaya davet etmesini (edimin ifasını talep etmesini) gerekli görmüştür (BK. md. 117, eski BK. md. 101). Alacaklının borçluyu ifaya davet etmesi, temerrüt için gerekli olan “İhtar” şartının yerine getirilmesini ifade eder⁸¹.

⁷⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 852.

⁷⁹ Birsen, s. 595.

⁸⁰ Arsebük, s. 850.

⁸¹ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 268.; Reisoğlu, (8. Baskı). s. 297’de konuyla ilgili şu açıklamaları yapmaktadır: “...Alacağın muaccel olması ile borçlunun temerrüdü ayrı şeylerdir. Diğer bir deyimle muaccel borcun borçlusu mutlaka temerrüde düşmüş sayılamaz.”; “...alacağın istenebilir (muaccel) olması ile borçlunun temerrüde düşürülmesi ayrı ayrı kavramlar olup, sonuçları da değişiktir. Temerrüdün borçlu aleyhine sonuç doğurması için ifanın muaccel hale gelmesi veya alacağın yalnız muaccel olması yetmemekte, ayrıca alacaklının ifayı beklediğini borçluya bildirmesi, yani ihtar etmesi

İhtar hukuki niteliği itibariyle bir hukuki işlem değil, bir hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır. Bunun sonucu olarak, hukuki işlemlere ilişkin bazı ilkeler, hukuki işlem benzeri sayılan ihtar için de kıyasen uygulama alanı bulur. Bu anlamda olmak üzere, hukuki işlemlerde aranan ehliyet koşulu ihtar için de geçerli olacaktır. Buna göre, hukuksal işlem ehliyeti bulunmayan bir kişinin çekmiş olduğu temerrüt ihtarını hukuki bir sonuç doğurmaz.

Kanunda ihtarın şekli konusunda herhangi bir açıklık mevcut değildir⁸². Borçlunun temerrüdüne yol açan hukuki işlem bir geçerlilik şekline bağlı olsa bile, ihtarın çekilmesi herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir.

İhtarda bir ispat şeklinin de aranmadığı kabul edilmektedir. HMK. md. 200 (eski HUMK md. 288) “hukuki işlemler”de ispat şekli (senetle ispat kuralı) getirmiştir. İhtar bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri irade açıklaması olduğuna göre senetle ispat kuralına tâbi değildir. Bunun sonucu olarak, borçluyu temerrüde düşüren ihtarın her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Ancak, bu kural mutlak bir kural olmayıp, TTK md. 18’de (eski TTK. md. 20’de) bu kuralın istisnasını oluşturan şu hükme yer verilmiştir: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, iadeli - taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”. Bu hüküm karşısında, tacirler arasındaki bir borç ilişkisinde borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için alacaklının çekeceği ihtarın kanunda öngörülen üç yöntemden birine uygun olarak yapılması zorunludur. Alacaklı bu ihtarını ya noterde, ya iadeli taahhütlü mektupla, ya da telgrafla çekildiğini ispat etmek zorundadır. Burada da aranan şekil, sonuçta bir geçerlilik şekli değil, ispat şeklidir. Bunun sonucu olarak, alacaklı ihtarını bu üç yoldan biriyle değil, bir telefaks mesajıyla çektiği halde, borçlu bunu inkâr etmez ise, temerrüdün ihtar koşulu gerçekleşmiştir. Bilindiği üzere borçlu alacaklının ihtarını üzerine temerrüde düşer⁸³.

gerekmektedir. İhtar ise, borcun yerine getirilmesi yönünden alacaklının irade açıklaması olup, karşı tarafa yöneltilmesi ile hukukî sonuçlar doğurur...”

⁸² Uygur, T. (1990). *Açıklamalı-ıçtihatlı borçlar kanunu*. s. 2175. (2 cilt). (1. Baskı). Ankara.

⁸³ Şunu da belirtelim ki, Rusya Federal Mahkemesinin bir içtihadı birleştirme kararında ihtarın, yazılı şekle tabi tutularak yapılmasının temerrüdün gerçekleşmesinde geçerlilik

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de isabetli bir şekilde uygulama bulacağı üzere, Borçlar Kanunu'nun 117'nci (eski BK. md 101'inci) maddesinde "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer" denilmektedir. Her ne kadar maddenin sözünden, ihtarın edimin muaccel olmasından sonra yapılabileceği anlamı çıkıyorsa da, muacceliyetten önce de alacaklının muacceliyet anında edimin yerine getirilmesini ihtar ile bildirebilmesinde sakınca yoktur⁸⁴. Çünkü alacaklı, muacceliyetten önce yaptığı ihtarla, ifayı muacceliyetten önce değil muacceliyet anında talep etmektedir.

İhtarın içeriğini muaccel olan borcun ifası istemi oluşturabilir. İhtar, borçlunun borçlandığı edimi içermiyor ya da sözleşmede yer alan koşullardan farklı talepleri içeriyorsa, haksız olup borçlunun temerrüdüne yol açmaz. Zira ihtarın amacı, borçluya borcun muaccel olduğunun ya da olacağının hatırlatılması ve ifasının sağlanmasıdır. İhtar, borç ilişkisinde yer almayan talepleri de içeriyorsa artık belirtilen, bu amaç gerçekleşmez. İlke olarak ihtar belirli bir şekle bağlı değildir⁸⁵. Kanunda, ihtarın sahip olması gereken muhteva da belirlenmemiştir⁸⁶. İhtarda kural

koşulu olduğu hükme bağlanmıştır. Karar metni ve özeti şöyledir: Пленум Верховного Суда Российской Федерации - Постановление от 26 января 1996 г. N 27 Об уведомлении в письменной форме - "... уведомления, касающиеся ответственности за деликт, неосновательного обогащения нарушения условий договора будут составляться в письменной форме ...", Rusya Federal Mahkemesinin 26 Ocak 1996 tarihli ve 27 nolu İçtihadı Birleştirme Kararı "... haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeye aykırılık hallerinde ihtar, yazılı şekilde yapılacaktır"... Erişim tarihi: 05 Eylül 2012, <http://www.supcourt.ru/>.

⁸⁴ Reisoğlu, (8. Baskı). s. 127.; Tunçomağ, s. 907; Olgaç, S, (1976). *Kazai ve ilmi içtihatlarla türk borçlar kanunu şerhi genel hükümler*. (4. Baskı). (2 cilt). s. 372. Ankara.; Feyzioğlu, s. 234; İstisnai olarak ihtarın muacceliyetten önce de yapılabileceğini kabul etmişlerdir. Fakat, Nami, B. "(1992). *Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar*. (Doktora tezi). s. 40. İstanbul." Alman Medenî Kanunu'nda ihtarın edimin muaccel olmasından sonra yapılacağını belirterek bu nedenle Alman Hukuku'nda edimin muaccel olmasından önce yapılan ihtarın geçersiz sayıldığını belirtmektedir.

⁸⁵ Tunçomağ, s. 906; Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 270. Ancak, ticari işlerde Ticaret Kanunu'na göre ihtar yazılı şekilde, "...noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." (TTK. md. 18/III, eski TK. md. 20/III).

⁸⁶ Havutçu, s. 27.

olarak borcun konusu açıkça belirtilmeli⁸⁷, ihtar borçlanılan edimin muhtevasına uygun olmalıdır.

İhtar şarta bağlı olarak yapılamaz⁸⁸. İhtarın belirli bir yerde, özellikle edimin ifa edileceği yerde yapılması gerekmez⁸⁹.

Borçlar Kanunu'nda açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, borçluya karşı ifa davası açılması veya ödeme emri gönderilmesi ihtar sayılır⁹⁰. Çünkü bu yollarla da alacaklının edimin ifa edilmesine ilişkin isteği ortaya konmaktadır. Tespit davası açılması ihtar şartını yerine getirmez⁹¹. Tespit davasında edimin yerine getirilmesine yönelik talep unsuru mevcut değildir⁹².

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin kendi edimini ifa etmesi, karşı edimin ifasını talep anlamına gelmez⁹³. Aynı şekilde, alacak hakkının ödemezlik def'i yoluyla ileri sürülmesi de ihtar niteliğini taşımaz⁹⁴. Eğer edimin ifa edilebilmesi için alacaklının işbirliği gerekiyorsa, alacaklı kendine düşeni yapmadıkça ihtar geçersizdir⁹⁵. Alacaklının kendi edimini ifa etmesi veya ifaya hazır olduğunu bildirmesi, geçerli olarak ihtarda bulunabilmesi için geçerli değildir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ek süre tayininin ihtar anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır⁹⁶. İhtarda alacaklı edimin hemen veya belirli bir süre sonra yerine getirilmesini ister. Bu anlamda, ihtar ile ifa zamanı tespit edilir. Ek süre tayininde ise edimin ifası için yeniden bir ifa zamanı tespit edilmez, bu nedenle ek

⁸⁷ Yarg 15. HD. (23.3.1983). E.1983/477, K.1983/638. “..davalıya gönderildiği ... tarihli noter ihtarnamesinde sözleşmenin 6. maddesinde sözü edilen vekâletnamenin kendisine verilmesi isteğinde bulunmuş değildir. Bu durumda davalı işverenin vekâletname verme hususunda temerrüde düşürüldüğünden söz edilemez..”. Ankara: YKD., yayın no. 215. s.6-25.

⁸⁸ Aksi görüşte Oğuzman, s. 251; ayrıca karşı. Barlas, s. 52, 53.

⁸⁹ Barlas, s. 53.

⁹⁰ Reisoglu, (8. Baskı). s. 297.; Oğuzman, s. 250; Arsebük, s. 811; Önen, (Ankara 1975). s. 43.

⁹¹ Oğuzman, s. 250; Arsebük, s. 811; Önen, (Ankara 1975). s. 43.

⁹² Havutçu, s. 26.

⁹³ Oğuzman, s. 345'te Schenker, Franz'ın (1988). “*Die Voraussetzungen und die folgen des schulverzugs*. Diss. Freiburg” kitabına atıfta bulunarak istisnai hallerde, mevcut hal ve şartlardan taraflardan birinin borçlandığı edimi ifası, diğerinden edimini ifa etmesini talep etmesi anlamında, dolayısıyla ihtar olarak görülebileceğini açıklamaktadır.

⁹⁴ Arsebük, s. 811.

⁹⁵ Reisoglu, S. (1965). *Menkul ipoteği (Teslimsiz menkul rehni)*. Ankara 1965. s. 53.

⁹⁶ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 347.

süre tayini ihtar anlamını taşımaz⁹⁷. Yukarıda da vurguladığımız üzere ihtar, hukukî niteliği itibariyle hukukî işlem benzeri irade açıklamasıdır. Hukukî işlemlerde irade beyanının yorumu, geçerliliğine ilişkin kurallar ihtar hakkında da kıyas yoluyla uygulanır⁹⁸.

2.1.3.2. İhtar Yerini Tutan Bir Durumun Bulunması

Borçlunun temerrüdü için ihtar koşulu mutlak bir koşul olarak düzenlenmemiştir⁹⁹. Öncelikle, BK. md. 117 (eski BK. md. 101) hükmü emredici bir hüküm olmadığından taraflar tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de ihtar koşulundan vazgeçebilir. Bunun dışında, BK. md. 117/f.2'de (eski BK. md. 101/f.2'de) ihtarın gerekmediği hallere yer verilmiştir. Bütün bunlardan başka, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için, ihtarın gerekli olmaması olayın ya da borcun niteliğinden de çıkartılabilir.

İhtar yerini tutan durumlar kanunda sayılmıştır (BK. md. 117/f.2, eski BK. m. 101/f.2), bunlar sırasıyla şunlardır:

2.1.3.2.1. Sözleşmede İhtar Koşulundan Vazgeçilmiş Olması

Yukarıda da vurgulandığı üzere BK. md. 117'de (eski BK. md. 101'de) borçlunun temerrüdünde ihtar koşulu emredici bir hüküm niteliğinde değildir. Bunun sonucu olarak, taraflar borcun muaccel hale gelmesini temerrüt için yeterli sayıp, ayrıca ihtara gerek olmadığı yönünde anlaşma yapabilirler. Bu durumda, borcun muaccel olması, genel olarak borçlunun temerrüdü için yeterli olacaktır.

⁹⁷ Oğuzman, ve Öz, s. 257.

⁹⁸ Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 268.; Reisoğlu, (8. Baskı). s. 124.; Tunçomağ, s. 906; Oğuzman, s. 249.

⁹⁹ Akıntürk, T. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler özel borç ilişkileri*. s. 57. Ankara.

2.1.3.2.2. İfa Günü Taraflarca Açık Bir Şekilde Belirlenmişse (yeni BK. md. 117/f.2)

BK. md. 117/f.2 (eski BK. md. 101/f.2) “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş ..., bu günün geçmesiyle; ..., borçlu temerrüde düşmüş olur” hükmünü içermektedir.

117. maddenin 2. fıkrası gereğince, ihtar koşulu gerekmeden borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için, borcun ifa edileceği belirli bir günün kararlaştırılmış olması zorunludur¹⁰⁰. İfa günü, açık ve belirli bir gün olarak kararlaştırılmamışsa, temerrüt için ihtar zorunludur¹⁰¹.

Yeni BK. md.117/f.2’de vadenin açık ve belli olması unsuru, temerrüt için ihtar koşulundan vazgeçmek için yeterli görülmüştür¹⁰². Ayrıca, bu vadenin kesin olması gerekmez. Bu husus, ihtarın gereksiz olmasını öngören yeni BK. md. 117 /f.2 ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre (mehil) verme koşulundan vazgeçmeyi öngören yeni BK. md. 124/b.3 arasındaki önemli bir farktır. İhtardan vazgeçmek için, vadenin açık ve belli olması yeterli olduğu halde, süre verilmesinden vazgeçmek için vadenin kesin olması koşulu aranmaktadır.

2.1.3.2.3. İfa Günü Belirleme Yetkisi Taraflardan Birine Bırakılmışsa (yeni BK. md. 117/f. 2)

Yeni BK. md. 117/f.2’de temerrüt için, ihtara gerek olmayan üçüncü hal olarak, “... muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise” hükmüne yer verilmiştir.

Borcun ifa edileceği günü tayin yetkisi, kanunla veya sözleşme ile taraflardan birine tanınmış olabilir¹⁰³.

¹⁰⁰ Akyiğit, E. (2004). *Borçlar hukuku*. s. 143. Sakarya.

¹⁰¹ Aral, s. 75.

¹⁰² Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 654.

¹⁰³ Serozan R. (2002). *İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. s. 24. İstanbul.

Kanunun ihbarla borcun ifa edileceği günü tayin yetkisini tanımış olduğu hale örnek olarak, karz sözleşmesi verilebilir. BK. md. 392'ye (eski BK. md. 312'ye) göre karzın iadesi için bir vade veya ihbar süresinin ya da istenildiği anda talep yetkisinin tanınmadığı hallerde, karz verenin karzın iadesini talep ettiğine ilişkin ihbarından itibaren altı hafta içinde iade yükümlülüğü doğacaktır. Burada, karzın iadesine ilişkin ihbar, borcun ifa gününü tayin etmektedir.

Borcun ifa gününü tayin etmeye yönelik ihbar, hukuki sonuçlar doğuran bir irade açıklamasıdır¹⁰⁴. Zira bu irade açıklaması borçlunun temerrüde düşürülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, buradaki ihbar hukuki niteliği itibariyle bir hukuki işlemdir. Hukuki işlemlerin ispatı ise, HMK md. 200 (HUMK. md. 288) gereğince, senetle ispat kuralına tâbi olduğundan, ihbarın yapıldığı ancak senetle kanıtlanabilir.

2.1.3.2.4. İhtarın Gereksiz ya da Yararsız Olması

BK.'nda ihtarın gereksiz ya da yararsız olmasına ilişkin bir istisnaya yer verilmemiştir¹⁰⁵. İhtarın gereksiz ya da yararsız olması genel hükümlerden çıkartılabilir¹⁰⁶. Buraya, özellikle borçlunun borcu ifa etmeyeceğini beyan ettiği, ihtar rağmen borcu ifa etmeyeceğinin açık olduğu haller girer. Örneğin: Borçlu alacaklıya önceden ihtar çekerek borcu vadesinde ifa edemeyeceğini bildirmiş; borçlu iflas etmişse, temerrüde düşürülmesi için ayrıca bir ihtar çekilmesi gereksiz ve yararsızdır.

2.2. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARDAN BİRİNİN TEMERRÜDE DÜŞMESİNDE ARANACAK ÖZEL KOŞULLAR

Borçlar Kanunu borçlunun temerrüdü konusunda genel koşulların dışında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde özel koşullar da aramıştır. Eski BK. md. 106 bu konuyu iki fıkra halinde hükme bağlamıştır. Maddenin 1. fıkrası tam iki tarafa

¹⁰⁴ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 312.

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, A. (2008). s. 205. *Borçlar hukuku*. Ankara Üniversitesi.

¹⁰⁶ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 312.

borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün özel koşullarını, 2. fıkrası ise alacaklının bu tür sözleşmelerde seçimlik haklarını düzenlemiştir. Birinci fıkra “Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte taraflardan biri, mütemerrit olduğu durumda, diğeri borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir” şeklindedir.

Yeni BK. konuyu iki ayrı maddede ele almıştır. Kanunun 123. maddesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün özel koşullarını; 125. madde ise bu tür sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını düzenlemiştir.

BK. md. 123 hükmüne göre “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir”.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde genel koşullara ilâveten özel koşulların aranmasının sebebi, bu tür sözleşmelerde temerrüdün borçlu açısından daha ağır sonuçlar doğurmasıdır¹⁰⁷. Kanun koyucu, borçlu açısından temerrüdün ağır sonuçları doğmadan, borçluya temerrütten kurtulup edimini ifa olanağını tanımaktadır¹⁰⁸.

2.2.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Bulunmalı

BK. md. 123 hükmünün uygulanabilmesi için, öncelikle taraflar arasındaki borç ilişkisinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dayanması gerekir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme (sinallagmatik akit) her iki tarafın aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu olduğu sözleşmelerdir¹⁰⁹. Örneğin: Satım sözleşmesinde satıcı alacaklıdır, alıcıdan satım bedelini talep eder; aynı zamanda borçludur, çünkü satım konusu malın mülkiyetini sözleşmeye uygun olarak alıcıya geçirmekle yükümlüdür. Alıcı alacaklıdır, yani satıcıdan satım konusu malın

¹⁰⁷ Kılıçoğlu, (Ankara 2008). s. 206.

¹⁰⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 855.

¹⁰⁹ Reisoğlu, (*Teslimsiz Menkul Rehni*). s. 61.

mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep eder; aynı zamanda borçludur, çünkü satım bedelini satıcıya ödemekle yükümlüdür.

Sözleşme tek tarafa borç yükleyen sözleşme ise, borçlunun temerrüdü konusunda BK. md. 123 değil, genel hüküm olan BK. md. 117 uygulanacaktır. Örneğin: Bağış sözleşmesi (bağışlama taahhüdü) tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, borçlunun temerrüdü için BK. md. 123 uygulanamaz; dolayısıyla, burada temerrüt için özel koşullar aranmayacaktır.

2.2.2. Aslî Edimin İfasında İhtar Yerini Tutan Bir Durum Olarak Belirli Vadenin Kararlaştırılmış Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her birinin aslî edimin taahhüdünde bulunmasının amacının diğer tarafın aslî edimi taahhüt etmesini sağlamak olduğunu yukarıdaki başlıklarda farklı teoriler açısından ele almıştık. Bu bağlamda özellikle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede edimin ifası için belirli vadenin kararlaştırılmış olması o vadenin aslî edimin ifasına yönelik belirli vade olması gerekir.

2.2.3. Süre (Mehil) Verilmiş Veya Son Süre Verilmesini Gerektirmeyen Bir Durum Bulunmalı

2.2.3.1. Süre Verilmesi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için, genel koşullara ilâveten aranan özel koşul, süre (mehil) verilmesidir. Eski BK. md. 106'daki "mehil" terimi yerine yeni BK. md. 123'de "süre" terimi kullanmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olan alacaklının borçluya verdiği herhangi bir süre olmayıp, son süredir¹¹⁰. Alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin BK. md. 123 hükmünden, yani bu maddede öngörülen aşağıda

¹¹⁰ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 666.

ele alacağımız seçimlik haklardan yararlanmak istiyorsa, temerrüde düşen borçluya süre vermiş olmalıdır.

Kanun koyucunun süre verilmesini öngörmesinin amacı, borçluya borcu ifa etmek suretiyle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün ağır sonucundan kurtulması için, son bir olanak tanımaktır¹¹¹. Borçluya temerrüdün ağır sonucundan kurtulma olanağını sağlayan süre bu amaca hizmet edecek nitelikte olmalıdır¹¹².

Alacaklının süre verilmesine ilişkin irade açıklaması, borçlunun temerrüde düşürülmesindeki ihtar ile aynı niteliktedir. Bu nedenle, süre verilmesine ilişkin irade açıklamasının da ihtar gibi hukuki muamele benzeri bir irade beyanı olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, süre verilmesinin istenen hukuki sonucu doğurabilmesi için, bunu veren alacaklının bu anda hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir.

BK. tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşürülmesi için verilecek sürenin, alacaklı tarafından bizzat tayin edilebileceğini veya bunun tayin edilmesinin mahkemeden talep edilmesi olanağını tanımıştır.

Borçluya borcunu ifa etmesi için verilecek olan sürenin ne kadar olması gerektiği hususunda kanunda bir hüküm yoktur. BK. md. 123 bu konuda belli bir süre değil ölçü getirmiştir. Bu hükme göre, verilecek olan süre “uygun (münasip)” olmalıdır. O halde, alacaklı, borçluya borcunu ifa edebilmesi için “uygun” bir süre vermelidir. Verilen sürenin uygun olup olmadığı her somut olayın niteliğine göre değişir. Büyük bir inşaatla ilgili sözleşmede borçlunun eksiklikleri tamamlaması için altı ay uygun olduğu halde, yüz adet makine parçasının temini için verilecek bir aylık süre de uygun olabilir.

Alacaklının borçluya vereceği sürenin uygun olup olmadığını tayinde dürüstlük kurallarından hareket edilecektir (TMK. md. 2)¹¹³. Borçluya verilen sürede

¹¹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 857.

¹¹² Arsebük, s. 812.

¹¹³ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 313.

dürüst davranılmamış ise, temerrüdün koşulları gerçekleşmeyecektir¹¹⁴. Alacaklı, bu tür risklerden kurtulmak istiyorsa, borçluya verilecek süreyi bizzat tayin edeceği yerde mahkemeye tayin ettirmelidir.

BK. md. 123’de borçluya verilecek süre konusunda genel bir ölçü getirilmiş olduğu halde, kanun koyucu bazı borç ilişkilerinde tereddütleri gidermek amacıyla özel bir hükümlerle açık bir süreye yer vermiştir. Örneğin: Kira bedelinin temerrüt halinde, yeni BK.’nun 315. maddesinin 2. fıkrasına göre “Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar”. Aynı şekilde, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamına giren kira sözleşmelerinde de aynı süre kabul edilmiş, fakat kiracıya satın alma hakkı tanınmış ise, verilecek son sürenin altmış günden az olamayacağı öngörülmüştür (md. 23); yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 62. maddesi ile bu kanun kapsamına giren işlerde sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin 47. maddesinde, yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı davranması halinde, sözleşmenin feshedilebileceğini, ancak bunun için yükleniciye bir ihtarla on günden aşağı olmamak üzere süre verileceği öngörülmüştür.

Süre verilmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için aranan özel bir koşuldur. Bu özel koşuldan önce borçlunun temerrüdünün genel koşulu olan ihtar gereklidir. Alacaklının önce iharda bulunması, daha sonra son süre vermesi zorunluluğu yoktur¹¹⁵. Alacaklı bildirim ile birlikte borçluya son süre de tayin edebilir. Alacaklı, bunun yerine önce bildirimde bulunup temerrüdün genel koşullarını gerçekleştirdikten sonra, süre tayin etme yoluna gidebilir¹¹⁶. Borçlunun temerrüdünün genel koşulları gerçekleştikten sonra, alacaklı dilediği zaman süre tayin etmek suretiyle, temerrüdün özel koşulunu gerçekleştirebilir. Kanunda borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının süre tayin etmesi konusunda belirli bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir¹¹⁷. Alacaklı temerrüdün genel koşulları gerçekleştiğinde, aşağıda ele alacağımız gibi her zaman

¹¹⁴ Feyzioğlu, s. 567.

¹¹⁵ Aral, F. (2002). s. 86. *Özel borç ilişkileri*. Ankara.

¹¹⁶ Reisoğlu, S. (1995). *Borçlar hukuku*. s. 92. İstanbul.

¹¹⁷ Bozer, A. (2007). s. 134. *Borçlar hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş ikinci baskı). Ankara.

gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Alacaklı bunun yerine BK. md.123’de tanınmış olan gecikmiş ifayı red ve müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmak istiyorsa, borçluya süre tayin etme yolunu seçmelidir. Alacaklı borçluya her zaman için süre vermek suretiyle, bu süre sonunda borçlu ifada bulunmazsa bu seçimlik hakkını kullanabilir.

Yukarıdaki açıklamalar karşısında burada, borçlunun temerrüdünde ihtar ve süre verilmesinin farklı kurumlar olduğunu vurgulamamız gerekir.

İhtar, sözleşmenin taraflar için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın, bütün borç ilişkilerinde temerrüdün genel koşuludur. Ancak bu koşulun gerekli olmadığı haller mevcuttur.

Süre verilmesi ise, ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kanunda öngörülen seçimlik haklardan yararlanabilmek için, temerrüdün özel koşulu olarak öngörülmüştür. Alacaklı BK. md. 123’de öngörülen iki seçimlik haktan yararlanmak istemiyorsa, ihtar çekerek borçluyu temerrüde düşürmekle yetinip, her zaman gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Bunlarla yetinmeyip, BK. md. 123’de öngörülen iki seçimlik haktan yararlanmak istiyorsa, borçluya süre vermek zorundadır.

İhtar borçluya borcunun ve borcun muaccel hale geldiğinin hatırlatılmasıdır. Burada borçluya herhangi bir süre verilmemektedir.

Süre verilmesinde ise, borçlu borç muaccel hale geldiği ve kendisine ihtarda bulunulduğu halde borcunu ifa etmemiştir. Kendisine son bir süre verilmek suretiyle borcunu ifa etmesi olanağı tanınmaktadır.

Süre verilmesini gerektirmeyen haller aynı zamanda ihtar çekilmesi koşulunu da gereksiz hale getirir. Buna karşılık, ihtarda bulunulmasını gerektirmeyen her hal aynı zamanda süre verilmesini de gereksiz hale getirmez. Örneğin: Borcun vadesi açık ve belirli bir gün ise ihtara gerek yoktur; buna karşılık, kararlaştırılan bu vade kesin değil ise; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya süre verilmesi zorunludur.

2.2.3.2. Süre Verilmesini Gerektirmeyen Bir Durumun Bulunması

Borçluya süre verilmesi, borcu ifa etmesini sağlama amacına yönelik son bir olanak tanınması olduğuna göre, bu amacın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı ya da taraflarca bu koşuldan sözleşme ile vazgeçilmiş bulunduğu hallerde buna gerek olmayacaktır¹¹⁸. BK. md. 124 (eski BK. md. 107) aşağıdaki üç halde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre tayin edilmeksizin borçlunun temerrüde düşürülebileceğini kabul etmiştir. Bu üç halden herhangi birinin varlığı halinde, borçlunun temerrüdünün genel koşullarının gerçekleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için de yeterli olacak, ayrıca özel koşul aranmayacaktır¹¹⁹. Bir başka ifadeyle, borcun muaccel olması, borçluya bildirimde bulunulması veya bildirimde gerek bulunmayan bir durumun varlığı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için de yeterli sayılacaktır.

Süre verilmesine gerek olmayan haller ise şunlardır:

2.2.3.2.1. Süre Verilmesi Etkisiz Olacak İse

BK. md. 124/b.1 (eski BK. md. 107/b.1) hükmüne göre “Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa” süre (mehil) tayinine gerek olmayacaktır.

Süre tayinine gerek göstermemesi her somut olaya göre değişir. Önemli olan, borçlunun davranışıyla, kendisine borcun ifası için son bir fırsat tanınmasının etkisiz olacağını ortaya koymasıdır¹²⁰. Bu anlamda olmak üzere, borçlunun alacaklıya önceden haber vererek ya da bildirimde bulunarak vadesinde borcu ifa etmeyeceğini bildirmesi, işyerini terk ederek kaybolması, kendisine yapılan tebligatların ulaşamaması; borcun ifa zamanı geldiği halde, borçlunun hiç ifada bulunmaması ya da ifası gereken eksik işler için verilecek uygun mehlin sözleşme süresine göre çok uzun zaman alacağını anlaşılması; geçen zamana göre işin yapılma oranı ve edimin kötü

¹¹⁸ Saymen, F. H. (1998). s. 97. *Borçlar hukuku*. Ankara 1998.

¹¹⁹ Akyiğit, E. (2004). s. 25. *Borçlar hukuku*. Sakarya.

¹²⁰ Velidedeoğlu, Ö. (1987). s. 213. *Türk borçlar kanunu şerhi (genel-özel)*. Ankara.

ifa edilmiş olması¹²¹ gibi hallerde, alacaklı süre tayin etmeksizin borçlu hakkında temerrüt hükümlerini işletebilecektir.

2.2.3.2.2. Süre Verilmesi Faydasız Olacak İse

BK. md. 124/b.2 (eski BK. md. 107/b.2) hükmüne göre “Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa” süre tayinine gerek olmayacaktır.

Burada, edimin niteliği gereği süre verilmesinin faydasız kalması söz konusudur. Borcun ifasının, süre verildikten sonra, alacaklı için bir anlamı ve yararı yoktur¹²². Burada, borcun zamanında ifa edilmesinin alacaklı için önemli olduğu, yani zamanında ifa edildiğinde alacaklı için bir anlamı olan sözleşmeler söz konusudur. Örneğin, düğün töreni için sipariş verilen gıda maddelerinin teslimi, fotoğraf çekme ya da kamera hizmetleri bu törende ifası zorunlu olan edimlerdir. Alacaklı için düğün töreninden sonra bu edimlerin ifasının hiçbir yararı yoktur. Kısacası tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edim yükümlerinin değişiminin alacaklı için anlamı kalmamıştır. Bu tür bir sözleşmede, borçlu borcunu zamanında ifa etmediği takdirde, alacaklı, ayrıca süre tayin etme zorunda kalmaksızın, borçlunun temerrüdü ile ilgili hükümlerden yararlanabilecektir.

2.2.3.2.3. Kesin Vadeli Bir Sözleşme Mevcut İse

BK. md. 124/b.3 (eski BK. md. 107/b.3) hükmüne göre “Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa” süre tayinine gerek olmayacaktır.

Kesin vadeli sözleşme, borçlunun borcunu kararlaştırılan vadede mutlaka ifasını öngören sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde, alacaklı, borcun vadesinde ifasına büyük önem vermekte; bu nedenle, kararlaştırılan vadenin kesin olmasını arzu etmektedir. O halde, vade ile kesin vadeyi birbirinden ayırdetmek gerekir. Her

¹²¹ Kılıçoğlu, A. (2008). s. 211. *Borçlar Hukuku*. Ankara.

¹²² Reisoğlu, S. (2006). s.137. *Borçlar hukuku genel hükümler*. (19. Baskı). İstanbul.

sözleşmede borçlunun borcunu ifa edeceği bir zaman öngörülebilir ya da bu vadeyi kanun tayin edebilir. Öngörülen ya da tayin edilmiş olan her vade, kesin vade değildir¹²³.

Kararlaştırılan vadenin kesin olduğu, taraf iradelerinden çıkartılabilir¹²⁴. Taraflar sözleşmede bu amacı ortaya koyan değişik ifadeler kullanabilirler. Kararlaştırılan vadeden sonra maddedeki ifadeye göre “ifanın artık kabul edilemeyeceği” kararlaştırılmış olabilir. Önemli olan tarafların bu ifadelerinden, borcun mutlaka kararlaştırılan vadede ifasının zorunlu olduğu sonucunun çıkartılmasıdır. Örneğin: “Gıda maddeleri en geç 10 Nisan tarihinde teslim edilmiş olacaktır, inşaat en geç 16 Ekim tarihinde bitirilmiş olacaktır¹²⁵; otomobiller mutlaka 23 Kasım tarihinde teslim edilmiş olacaktır; odunlar en geç 5. ayın sonuna kadar teslim edilecektir¹²⁶” gibi ifadeler, kararlaştırılan vadenin kesin olduğunu ortaya koyarlar.

Yeni BK. md. 124/b.3, eski BK. md. 107/b.3’de olmayan bir hüküm getirerek vadenin kesin olması konusunda bir ölçü getirmiştir¹²⁷. Bu yeni hükme göre kararlaştırılan vadede ifanın gerçekleşmemesi halinde “ifanın artık kabul edilemeyeceği” yönünde bir sözleşme bulunmalıdır.

2.3. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜDÜN GERÇEKLEŞMESİNDE KUSURUN ROLÜ

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmez¹²⁸. Temerrüde düşen tarafın kusuru bulunmasa bile temerrüt doğar. Bu nedenle, kusur temerrüdün bir koşulu değildir. Ancak,

¹²³ Barlas, s. 62.

¹²⁴ Olgaç, (3 cilt). s. 125.

¹²⁵ Yarg. 15. HD. (15.4.1996). E. 1260, K. 2128. Erişim tarihi: 14 Ocak 2012, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; Uygur, T. (2003). s. 3278-3279. (3 cilt). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku, madde: 1-181*. Ankara.

¹²⁶ Yarg. 11. HD. (14.12.1983). E. 5289, K. 5686. Ankara: YKD. yayın no. 211. s.11-13; Uygur, s. 3586, III C.

¹²⁷ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 441.

¹²⁸ Ayrancı, H. (2006). s. 138. *Türk borçlar hukukunda munzam zarar*. Ankara.

temerrüde düşen tarafın temerrüde düşmede kusurunun bulunup bulunmamasının hiçbir etkisinin bulunmadığı söylenemez. Kusurun rolü temerrüdün doğumunda değil, bazı sonuçlarında etkisi vardır. Kusur uğranılan zararların tazmini ve temerrütten sonra ortaya çıkan hasardan sorumluluk açısından etkilidir. Temerrüde düşen taraf temerrüde düşmekte kusurlu ise, diğer tarafın uğradığı zararlardan tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece (BK. md. 118) (eski BK. md. 102) kapsamında ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ayrıca (BK. md. 125) (eski BK. md. 106/f.2) kapsamında sorumludur. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt nedeniyle alacaklıya tanınan seçimlik haklar da borçlunun kusuruyla temerrüde düşmesi şartından bağımsız olarak mevcuttur. Seçimlik hakkın kullanılması kusur şartına bağlı olmasa da, hakkın kullanılması sonucu borçlu için tazminat ödeme yükümü ortaya çıktığında, kusur şartı aranır. Bu husus sözleşmeden dönme sonucu talep edilebilecek menfi zararın tazmini bakımından kanunda açıkça öngörülmüştür (BK. md. 123 ve BK. md. 125, eski BK. md. 108). Bundan başka borçlu temerrütten sonra borç konusunun “beklenmedik hal” (umulmayan hal), (kaza) nedeniyle hasardan ancak temerrüde düşmekte kusurlu ise sorumlu tutulabilir (BK. md. 119) (eski BK. 102). O halde, kusur, temerrüdün zararın tazminine ilişkin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Buna karşılık, temerrüdün diğer sonuçlarında borçlunun kusuru önem taşımaz. Bu anlamda olmak üzere, para borçlarında borçlu, kusuru bulunmasa bile temerrüt faizinden sorumlu tutulacağı gibi, BK. md. 123 (eski BK. md. 106) gereğince, alacaklının temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması bakımından da kusur etkili değildir¹²⁹. Temerrüt faizini ilerideki bölümlerde ayrıca ele alacağız.

Aynen ifa talebinde bulunulması halinde gecikme zararlarının tazmini borcu, kusur şartına bağlıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda diğer tarafça süre verilerek bu sürenin bitiminde edimin ifa edilmemesi durumunda aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı konusunda kanunda bir açıklık yoktur.

¹²⁹ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 665.

2.4. RUSYA HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE KUSURUN ROLÜ

Rusya hukukunda sözleşmelerden, sebepsiz zenginleşmeden ve haksız fiilden doğan borçlara aykırılıkta genel olarak hepsinin hukuka aykırılık olarak nitelendirilip aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve her durumda manevi tazminata da hükmedileceği Rusya Federal Mahkemesi'nin 11.09.1998/11¹³⁰ tarihli içtihadı birleştirme kararıyla hükme bağlanmıştır. Karar metni ve özeti dipnotta yer almaktadır. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede temerrüde düşen tarafın kusurlu olup olmaması manevi tazminat talebinde bulunulmasını engellemeyecektir. Karar gerekçesine göre her hukuka aykırı bir fiil zarar gören üzerinde bir hasara yol açtığından, sözleşme ilişkisinden, sebepsiz zenginleşmeden ve haksız fiillerden doğan borçlara aykırılıkta aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin de uygulanması gerekir. Kararda Rusya hukukunda artık her sözleşmeden doğan borçlara aykırılıkta haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre buradaki zararın miktarının yanı sıra manevi hasarın tazminine de hükmedilecektir. BK. md. 117 hükmünden, haksız fiillerde fiilin işlendiği anda ihtar gerek duyulmaksızın temerrüdün gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. Rusya Federal Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararında ise ihtarın, ister haksız fiilin işlendiği tarihte yapılsın isterse daha sonra yapılsın, yazılı şekle tabi tutularak yapılması temerrüdün gerçekleşmesinde geçerlilik koşulu olduğu da hükme bağlanmıştır. Buna göre Rusya hukukunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya borcunu ifa edebilmesi için süre verilmesi de, haksız fiillerde ihtarın gerçekleşmesinde olduğu gibi yazılı şekle tabi tutularak yapılması gerekecektir.

¹³⁰ Пленум Верховного Суда Российской Федерации - Постановление от 11 сентября 1996 г. No. 11 Об ответственности за деликт - "...положения касающиеся деликтной ответственности будут применены и в случаях ответственности неосновательного обогащения и в случаях ответственности нарушений условий договора ...", Rusya Federal Mahkemesinin 11 Eylül 1996 tarihli ve 27 nolu İçtihadı Birleştirme Kararı "... sözleşmelerden, sebepsiz zenginleşmeden ve haksız fiilden doğan borçlara aykırılıkta genel olarak hepsinin hukuka aykırılık olarak nitelendirilip aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanarak manevi tazminata da hükmedilecektir"... Erişim tarihi: 31 Ekim 2011, <http://www.supcourt.ru/>.

BÖLÜM III

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAFLARIN TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. ALACAKLININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Her iki tarafın hem alacaklı hem de borçlu olduğu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin fiili ifa teklifinin, diğer tarafın borçlanmış olduğu edimin ifası için gerekli olan her şeyi yapmasıyla gerçekleşebileceğine karşılık, diğer tarafça edimin ifa teklifi reddedilirse tevdi gündeme gelecektir¹³¹. Bu durumda temerrüde düşen tarafın temerrüde düşmesi diğer tarafın borçtan kurtulmasına ve borcun son bulmasına yol açmaz. BK. bu durumda borçluya, borç konusunu ya da koşulların varlığı halinde bunun sattırılması suretiyle bedelini tevdi ettirerek borçtan kurtulma olanağını tanımıştır. Bu hükmün edimlerin bir birinin karşılığını ve bir birine bağlılığını ihtiva eden tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanabileceği görüşündeyiz¹³². Borçlu, bu yollara başvurmadığı sürece, borcu ifa yükümlülüğü aynen devam eder¹³³.

3.1.1. Borç Konusunun Tevdi Edilmesi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri diğerinin borçlanmış olduğu edimi ifa edebilmesi için gereken hazırlık fiillerini yapmazsa, alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacak ve borç konusu tevdi edilerek diğer taraf borçtan kurtulacaktır. Borç konusunun tevdi edilmesi suretiyle borçtan

¹³¹ Eren, (2 cilt). (5. Baskı). s. 984.

¹³² Ayrıca bu görüşte olan yazarlar için bkz.; Oğuzman, s. 415; Oğuzman, ve Öz, s. 350; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 349.

¹³³ Oğuzman, ve Öz, s. 350.

kurtulma olanağı verme borçları için mümkündür. Bu nedenle, BK. md. 107 (eski BK. md. 91) kenar başlığında "... teslim edeceği şeyi tevdi ederek ..." ifadeleriyle tevdi hakkının, ancak verme borçlarında mümkün olacağını hükme bağlamıştır.

Konusu verme değil, yapma olan borçlarda ise, kanun tevdi yerine borçluya sözleşmeyi fesih hakkı tanımıştır. Bu konuyu aşağıda ele alacağız.

Borç konusunun tevdi edilmesi, alacaklının emir ve tasarrufuna hazır bulundurmak üzere bir üçüncü kişiye bırakılmasını ifade eder. Bu üçüncü kişi duruma göre bir gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Borç konusunun tevdi edileceği yere borçlu kendisi karar veremez¹³⁴. Borçlu tevdi yerinin tayin edilmesini ancak mahkemeden talep edebilir. Kanun bu konuda bir yetki kuralı getirmiştir. Buna göre, tevdi yerini tayin yetkisi "tediye yerindeki mahkemeye" aittir. Tediye yeri borcun ifa edileceği yerdir¹³⁵.

Tediye yerinin ancak mahkeme kararıyla belirlenebileceği kuralına kanunda bir istisna getirilmiştir. Kanuna göre, ticarî eşya, mahkeme kararı olmaksızın dahi bir ardiyeye tevdi edilebilir (BK. md. 107, eski BK. md 91). Eşyanın ticarî ve ticarî olmayan bir eşya olduğu ayrımı mevcut değildir. Burada ticarî eşyadan maksat, alacaklı ile borçlu arasındaki ticarî nitelikteki ilişkinin konusu olan eşyadır¹³⁶. O halde, bir eşyaya ticarî niteliğini veren husus, eşyanın türü değil, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin türüdür.

Kanun ticarî eşya için mahkemeye başvurmayı yasaklamamıştır¹³⁷. Ticarî işlerin sürati gerektirmesi ve bu tür eşyalar için ardiyelerin hemen bulunmamasından hareket edilerek, mahkemeye başvurmak suretiyle gecikmeye sebebiyet verilmesi önlenmek istenmiştir. Ticarî eşyalar için mahkemeye başvurmama olanağını sağlayan hükme rağmen, borçlunun ticarî eşya dahi tevdi yerinin belirlenmesi için mahkemeye başvurması mümkündür.

¹³⁴ Eren, (2 cilt). (5. Baskı). s. 991; Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 442.

¹³⁵ Önen, (Gazi 1984). s. 61.

¹³⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1246-1247; Ayrancı, s. 116; Uygur, T. (1990). s. 76. *Borçlar kanunu genel hükümler*. (2 cilt). Ankara.

¹³⁷ Oğuzman, ve Öz, s. 351.

Mahkemece tevdi yeri tayin edilirken, tevdi edilecek eşyanın gözetimi ve muhafazası ile görevli olarak tevdi yerindeki bir yetkili ya da bir üçüncü kişi yediemin tayin edilebilir¹³⁸.

Borç konusunun tevdi edilmesiyle birlikte tevdi eden borçlu ile tevdi edilen arasında üçüncü kişi lehine (alacaklı kişi lehine) bir vedia (saklama) sözleşmesi kurulmuş olur (BK. md. 129; 561) (eski BK. md. 111; 463). Bununla birlikte, BK. borçluya tevdi ettirdiği borç konusunu geri alma hakkını tanımıştır. Tevdi eden borçlu ile tevdi edilen arasında kurulan üçüncü kişi yararında sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilme yetkisi borçluya tanınmıştır¹³⁹.

BK. borçlunun alacaklının tevdi edilen borç konusunu kabul ettiğini beyan etmiş bulunması halinde tevdi edilen borç konusunu geri alma hakkına sahip olmadığını öngörmüştür. Ayrıca borç konusunun tevdi edilmesinin bir rehnin kalkmasına yol açması durumunda da borçlu tevdi edilen borç konusunu geri alma hakkına sahip olmayacaktır (BK. md. 109, eski BK. md. 93)¹⁴⁰.

Borçlu, tevdi edilen borç konusunu geri aldığı anda, alacak bütün fer'ileriyle birlikte aynen devam edecektir¹⁴¹. Bu durumda, alacaklı temerrüde düşmesine rağmen, borçluyu borç ilişkisi nedeniyle temerrüt gerçekleştirmemiş gibi sorumlu tutabilecektir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklı bağlılığı ve bir tarafın ediminin ifasının karşı tarafın edimini ifasındaki menfaatine olan bağlılığı dolayısıyla aynı durum söz konusu olup olmayacağı kanunda açıkça düzenlenmediği gibi doktrinde de farklı görüşlere yol açmıştır.

3.1.2. Borç Konusunun Satılması Ve Satış Bedelinin Tevdi Edilmesi

BK. bazı hallerde, borç konusunun tevdi edilmeye elverişli olmaması ya da tevдинin zararlı olacağını göz önünde tutarak, alacaklının kabulde temerrüde düştüğü borç konusunun satılması suretiyle bedelinin tevdi edilmesini öngörmüştür (BK. md.

¹³⁸ Tevdi edilecek eşyanın gözetiminin yediemine bırakılması ile ilgili bkz.: Yarg. 11. HD. (8.11.2011). K.983/4297, E.4879. *YKD*. yayın no. 92. s. 261-266).

¹³⁹ Kılıçoğlu, (Ankara 2008). s. 137.

¹⁴⁰ Konuyla ilgili bkz. Kartal, B. (1997). s. 510. *Faizi aşan zarar (munzam zarar)*. Ankara.

¹⁴¹ Velidedeoğlu, s. 162.

108, eski BK. md. 92). Borç konusunun veya satış bedelinin tevdi edilmesi suretiyle borçluya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcundan kurtulabilme olanağına bugün uygulamada pek rastlanmadığından ve doktrinde de bu konu ile ilgili çalışmalar bulunmadığından biz de konu üzerinde fazla durmayacak sadece birkaç meseleye kısaca değineceğiz.

Satış suretiyle bedelin tevdi edilebilmesi için şu koşullar gereklidir:

3.1.2.1. Borç Konusunun Tevdi Edilmeye Elverişli Olmaması ya da Tevdi Edilmesinin Zarara Yol Açması

BK. aşağıda sırasıyla ele alacağımız hallerde borç konusunun tevdi edilmeye elverişli olmadığını ya da tevdi edilmesinin zarara yol açacağını kabul etmiştir.

3.1.2.1.1. Borç Konusunun Niteliği ve İşin Özelliği Gereği Tevdinin Mümkün Olmaması

Bu durum, borç konusunun hacim ya da miktar itibariyle tevdi edilmeye elverişli olmamasını kapsar¹⁴². Örneğin: Bir tanker LPG gazını ilçedeki tek müşterisi olan petrol işleticisi alıcının teslim almaktan kaçınması halinde, niteliği gereği bu gazın tevdi edilmesi mümkün olmadığından, ancak satış suretiyle bedelinin tevdi edilmesine karar verilebilir.

3.1.2.1.2. Borç Konusunun Bozulacak Cinsten Olması

Kanun "... teslim edilecek bozulabilir ..." ise ifadesini kullanmıştır (BK. md. 108, eski BK. md. 92). Buna göre, alacaklının teslim almakta temerrüde düştüğü borç konusu şey bozulacak cinsten bir şey ise, bunun tevdi edilmesi yerine satışına karar verilebilir. Örneğin: satıcının teslim etmek üzere alıcının fabrikasına getirdiği on ton üzüm veya domates teslim alınmadığı takdirde bozulma tehlikesi söz konusudur. Bu durumda, üzümün ya da domateslerin satışına karar verilebilecektir.

¹⁴² Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 512.

3.1.2.1.3. Borç Konusunun Korunmasının veya Tevdi Edilmesinin Büyük Masrafı Gerektirmesi

Borç konusu tevdi elverişli olduğu halde, korunması veya tevdi büyük masrafı gerektirebilir (BK. md. 108, eski BK. md. 92). Koruma masrafından maksat, öncelikle tevdi edilen eşyayı gözetip korumakla görevli kişilerin ücretleridir¹⁴³. Bunlar büyük masraflara yol açacak ise, tevdi yerine satışa karar verilebilecektir. Örneğin: On ton kireç taşının tevdi yerine taşınması, tevdi yeri kirası, yedieminlerin ücretleri gibi masrafları kireç taşının değerine göre çok yüksek ise, bunların tevdi edilmesi yerine satışına karar verilebilir.

3.1.2.2. Alacaklıya Satışın İhbar Edilmesi

Borç konusunun tevdi edilmesinde alacaklıya satışın ihbar edilmesi koşulu aranmadığı halde, satış için bu koşula yer verilmiştir¹⁴⁴. Temerrüde düşen alacaklıya ihbarın amacı, borç konusunun satılması gibi ağır sonuçlardan onu korumaktır. Tevdi alacaklı tevdi edilen malı kabul ederek mülkiyeti iktisap edebilir. Hâlbuki satışta temerrüde düşen alacaklının artık borç konusuna sahip olması, mülkiyetini elde etmesi mümkün olmamaktadır. Bunun dışında, kanun alacaklıya satışın ihbarını şart koşmakla, satışın usulüne uygun yapılmasının ve malın gerçek bedeline ulaşmasının alacaklı tarafından denetlenmesine olanak tanımak istemiştir¹⁴⁵. Alacaklının satışı denetlemesi olanağı sağlanmak suretiyle satışta suiistimallerin önlenmesi amaçlanmıştır.

Kanunda alacaklıya “ihtardan” söz edilmesine rağmen, burada teknik anlamda bir ihtar değil, bir ihbar (bildirme, haber verme) külfeti söz konusudur. Nitekim Yargıtay bir kararında burada alacaklının bu ihbara uygun hareket etmesi,

¹⁴³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 894.

¹⁴⁴ Olguç, S. (1969). s. 146. *Borçlar hukuku ile ilgili Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ve hukuk genel kurulu emsal içtihatları*. İstanbul.

¹⁴⁵ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 352.

buna uygun hareket etmemesi halinde ise, kendisini bekleyen bir yaptırımın söz konusu olmadığını belirlemiştir¹⁴⁶.

BK. bazı hallerde satışın alacaklıya ihbar edilmesine de gerek görmemiştir. Borç konusu eşya, borsada kayıtlı veya cari fiyatı belli ya da satış masrafları eşyanın kıymetine nazaran fazla ise, ihbara gerek olmayacaktır. Ancak, bu durumda, ihbara gerek olmadığına borçlu bizzat karar veremez. Bu koşullar mevcut ise, satışın alacaklıya ihbarına gerek olmadığına mahkeme karar verebilecektir (BK. md. 108, eski BK. md. 92).

Borçlunun alacaklıya satışı ihbar ettiği her türlü delille kanıtlanabilir¹⁴⁷.

3.1.2.3. Mahkemeden Satış İzni Alınması

Satışın koşulları gerçekleşmiş olsa bile, buna borçlu kendi başına karar veremez¹⁴⁸. Satış koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine, koşullar gerçekleşse satışın şekline ancak mahkeme karar verebilir¹⁴⁹. Satışın koşulları mevcut ise, satışın şeklini somut olayın niteliğine göre, mahkeme belirleyecektir.

BK. satışın kural olarak alenî olmasını öngörmüştür. Zira borç konusu eşyanın gerçek satış değerine ulaşmasında en elverişli satış türü alenî satıştır. Satışın gerçekleşmesi halinde, satılan malın bedelinden satış masrafları düşüldükten sonra, kalan miktar tevdi edilecektir.

3.2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının, temerrüdün genel sonuçlarını düzenleyen hükme (BK. md. 118 ve BK. md. 119; eski BK. md. 102) dayanarak sadece edimin aynen ifası ve gecikme

¹⁴⁶ Yarg. HGK. (19.6.2008). K.1995/144, E.2008/503. s.168 vd.; Yarg. HGK. (8.3.2008). K.94/893, E.95/146. Ankara: *YKD*. yayın no. 192. s. 21-25.

¹⁴⁷ Reisoğlu, (19. Baskı). s. 145.

¹⁴⁸ Olgaç, (2 cilt). (4. Baskı). s. 214.

¹⁴⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 147 vd.

zararlarının tazmini ile yetinmesi tatmin edici değildir. Borçlar Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini ifada temerrüde düşmesi halinde de uygulandığında, diğeri (temerrüde düşmeyen taraf) sadece aynen ifa ve gecikme zararlarının tazmini talebi ile yetinmek zorunda kalırken, kendi edimini de belirsiz bir süre için, ifaya hazır tutma zorunluluğunda olacaktır. Böyle bir sonucun ise alacaklının menfaatlerine uygun olmadığı açıktır. Bu sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki sıkı bağıllık, alacaklının gecikmiş edimin aynen ifası ve gecikme zararlarının tazmini ile yetinmek zorunda bırakılmaksızın, ihtiyacına uygun düşecek şekilde ihlâl edilen akdî ilişkinin geleceği hakkında mümkün olduğunca çabuk karar verebilmesini gerektirir. Diğer taraftan, alacaklının menfaatlerini korumak gereği, borçlunun edimini aynen ifaya olan menfaatinin feda edilmesi sonucunu doğurmamalıdır¹⁵⁰. Bu sebeple kanun koyucu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde, genel hükümlerden farklı sonuçlar bağlayarak, temerrüde düşen borçlunun edimini ifa edebilmesi için ona kural olarak ek bir şans tanınmasını, süre verilmesini öngörmüştür. Borçlunun temerrüde düşmesiyle kendisine ek süre verilmesinde, alacaklının akdî ilişkinin geleceğini menfaatine uygun düşecek şekilde düzenleme serbestisi ile, borçlunun edimini ifaya olan menfaati dengelenmeye çalışılmıştır¹⁵¹. Verilen ek süre içinde de edim ifa edilmediğinde, alacaklı lehine bazı seçimlik haklar doğar. Alacaklı aynen ifa ve gecikme zararlarını isteme hakkı yanında, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek, müspet zararın tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde temerrüde bağlanan bu sonuçlar, Borçlar Kanunu'nun 123-125'inci (eski BK. 106-108'inci) maddelerinde yer almaktadır. Bu hükümler, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulanırlar ve edimin para borcu olup olmaması hükümlerin uygulanması açısından önem taşımaz. BK. md. 123-125 hükümleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen genel nitelikteki hükümlerdir¹⁵².

¹⁵⁰ Havutçu, s. 37.

¹⁵¹ Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 3270.

¹⁵² Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 515.

Türk Borçlar Kanunu'na göre, süre tayinine ilişkin beyanda aynen ifadan vazgeçme iradesine yer verilmesi zorunlu olmadığından, süre sonunda aynen ifa talebi ortadan kalkmaz, bunun için süre sonunda alacaklının derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerekir¹⁵³.

3.2.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüde Düşmesinde Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün özel olarak hükme bağlandığını, bu nedenle bu tür sözleşmelerde, temerrüdün genel koşulları dışında özel bazı koşullara yer verildiğini ifade etmiştik.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, diğer borç ilişkilerine nazaran farklı nitelikler gösterirler. Bunun sonucu olarak, kanun koyucu bu tür sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün koşulları gerçekleştiğinde, alacaklıya üç seçimlik hak tanımıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt nedeniyle hangi seçimlik haklardan yararlanılabileceğini aşağıda sırasıyla inceleyeceğiz.

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün genel sonucu olan gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını talep etme dışında iki hakka daha sahiptir.

Eski BK.'nın 106. maddesinin 2. fıkrasında yer alan seçimlik hakları, yeni BK. 125. maddesindeki "Seçimlik haklar" kenar başlığı altında üç fıkra halinde hükme bağlamıştır. Mevcut maddeyi değişik ifadelerle daha anlaşılır hale getirmiştir.

Maddede karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçluya verdiği süreye rağmen borcunu ifa etmemesi ya da süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun varlığı halinde "gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı" veya gecikmiş ifayı red ederek "borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini" ya da "sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan zararın giderilmesini" isteme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

¹⁵³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 899; Eren, (3 cilt). (3. Baskı). s. 152.

Alacaklının seçimlik haklarıyla ilgili madde şu şekildedir:

“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir (BK. md. 125/f.1).

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen borçluya bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir (BK. md. 125/f.2).

Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (BK. md. 125/f.3)”.

BK. 125. maddenin birinci cümlesinde yer alan, “her zaman borcun ifasını talep ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkı” bütün borç ilişkilerinde temerrüdün BK. md. 118’de öngörülen genel sonucudur. Alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçluya süre vermeksizin de temerrüdün bu genel sonucundan her zaman yararlanabilir¹⁵⁴. Yargıtay bir kararında temerrüde rağmen, aynen ifa ve gecikme tazminatı yönünde talepte bulunmayı düşünen alacaklının, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya ayrıca süre vermesi gerekmediğini ifade etmiştir¹⁵⁵.

Alacaklı, aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine diğer iki seçimlik haktan birini kullanmak niyetinde ise, borçluya süre vermelidir. Borçlu, bu süre içinde ifada bulunmadığı takdirde, alacaklı iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. Ancak, alacaklının borçluya süre vermesi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz. Borçluya süre verilmesine rağmen, alacaklının borçludan yine aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep yetkisi vardır¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 530.

¹⁵⁵ Yarg. 15. HD. (5.4.1998). E. 4161, K. 1177. Ankara: YKD. yayın no. 169. s. 2-13; Uygur, s. (3 cilt). (2. Baskı). 3494-3496.

¹⁵⁶ Reisoğlu, S. (2011). s. 309-310 vd. *Borçlar hukuku*. (22. Baskı). İstanbul.

Bu açıklamalarımızın karşısında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının şu üç seçimlik hakka sahip olduğu sonucu çıkmaktadır:

a. Aynen ifa ve gecikme tazminatı

b. Aynen ifayı red, bunun yerine tazminat (Gecikmiş ifayı red ile birlikte tazminat) (Borcun ifa edilmemesinden doğan tazminat)

c. Sözleşmeden dönerek, tazminat talep etme hakkı (Sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan tazminat).

Alacaklı bunlardan hangisini kullanacağına serbestçe karar verebilir. BK. md. 125’de öngörülmüş olan seçim hakkı, hukuksal niteliği itibariyle yenilik doğurucu bir haktır. Bu anlamda olmak üzere, alacaklı, seçim hakkını herhangi bir kayıt ve koşula bağlı olarak kullanamayacağı gibi, bu hakkı kullandıktan sonra bundan tek taraflı olarak rücu edemez. Kanunda seçim hakkının kullanılmasına ilişkin olarak herhangi bir süre öngörülmemiştir.

BK. md. 125/f.2’de alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilmesi için bir sürenin bulunmadığı ifade edilmiş, alacaklının bu hakka her zaman sahip olduğu belirtilmiştir. BK. md. 125/f.2’ye göre: “... alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir”. Aynen ifa ve gecikme tazminatı, alacaklıya her zaman için tanınmış bir hak olduğundan, bu hak bir seçimi gerektirmez¹⁵⁷. Alacaklı susmak suretiyle bu hakkı kullanabilecektir. Bu nedenle, seçim hakkı, ifayı reddedip sözleşmenin bozulması veya sözleşmeden dönme hakları için söz konusudur.

O halde, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Alacaklı bu hakkı her zaman kullanabilir. Borçlunun temerrüdüne rağmen, alacaklının gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talebini “her zaman ileri sürebilme” yetkisini kötüye kullandığı durumlarda, bu durum ortak kusur olarak kabul edilmekte ve alacaklının uğradığı zararın tazmininde bir indirim sebebi sayılmaktadır¹⁵⁸. Örneğin: Sözleşmede inşaatın teslimi için 26 aylık bir süre

¹⁵⁷ Havutçu, s. 66.

¹⁵⁸ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 532.

öngörüldüğü halde, yüklenici temerrüde düşmüş, iş sahibi 43 ay gibi uzun süre beklemiş, diğer iki seçimlik hakkını kullanmamış, gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talep etmişse, gecikme tazminatının takdirinde iş sahibinin (alacaklının) bu tutumu ortak kusur olarak sayılıp, seçimlik hakkını kullanması için geçmesi gereken makul süreyi aşan dönem için indirim sebebi olarak göz önünde tutulacaktır¹⁵⁹.

Alacaklının diğer iki seçimlik hakkı konusunda kanunda bir süre öngörülmemiş bulunmasına rağmen, bu konuda “hemen (derhal)” ölçüsü getirilmiştir. Buradaki “hemen” sözcüğü somut olayın koşullarına, niteliğine ve dürüstlük kurallarına göre “gecikmemeyi” ifade eder. Alacaklının gecikmiş ifayı red etmesi veya sözleşmeden dönmesi borçlu açısından ağır sonuçlar doğurur. Alacaklı, bu haktan birini kullanma niyetinde ise, bunu hemen borçluya bildirmelidir. Gecikmiş ifayı red veya sözleşmeden dönme haklarından birinin kullanmasının hemen borçluya bildirmesi sayesinde borçlunun, temerrüde rağmen ifa eylemlerine devam etmesi dolayısıyla zarara uğraması, ayrıca alacaklının ifası gereken edimle ilgili piyasa koşullarına göre kendisine en elverişli olanı kullanma yönünden, haksız kazançlar elde etmesi önlenmek istenmiştir¹⁶⁰.

Alacaklı, ifayı red veya sözleşmeden dönme kararında ise, bunlardan hangisini seçtiğini somut olayın niteliğine göre en kısa zamanda, olanaklar elverir vermez kullanmak zorundadır.

Alacaklının seçimlik haklardan hangisini kullandığı, bazen açık olmayabilir. Bu durumda kullanılan ifadelerden ve somut olayın niteliğinden alacaklının seçimle ilgili iradesi çıkartılabilir. Örneğin: İş sahibinin yükleniciye ödediği parayı geri istemesi, sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazmin edilmesi olarak yorumlanmalıdır¹⁶¹. Bu durumda iş sahibi müspet zararının tazmin edilmesini talep edemeyecektir.

¹⁵⁹ Yarg. 15. HD. (19.1.2002). E. 1810, K. 72.; Yarg. 13. HD. (22.10.2003). E.5738, K.6690; Yarg. 15. HD. (2.6.2002). E.3529, K. 2430; Yarg. 13. HD. (15.6.2010). E.5604, K 5908. Erişim Tarihi: 23 Şubat, 2012, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; Uygur, (3 cilt). (2. Baskı). s. 3514-3515.

¹⁶⁰ Uygur, (3 cilt). (2. Baskı). s. 3540-3542.

¹⁶¹ Uygur, (2 cilt). (1. Baskı). s. 3564; Uygur, (2 cilt). (1. Baskı). s. 3564.; Yarg. 15. HD. (22.11.2009). E. 1954, K. 4885; Yarg. 15 HD. (4.4.2010). E. 4441, K. 1732. Erişim tarihi: 03

Alacaklı, somut olayın niteliğine göre, dürüstlük kurallarına aykırı olarak bu iki haktan hangisini seçtiğini beyan etmediği takdirde, artık bunları kullanamaz¹⁶². Bu durumda, alacaklı birinci hakkı olan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmiş sayılır. Susma aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmiş sayılma sonucunu doğurur¹⁶³. Kılıçoğlu'na göre, BK. md. 125/f.1'de alacaklı sustuğunda “aynen ifa ve gecikme tazminatını” seçmiş sayılmıştır.¹⁶⁴ Genel kural bu olmakla birlikte, özel bazı sözleşmeler için, bunun aksine çözümler getirilmiş olabilir. BK. md. 212/f.2'de belirli bir süre konulmuş olan ticarî satışlarda buna ilişkin bir örnekle karşılaşmaktayız. Maddede, “Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticarî satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki satım sözleşmesi ticarî nitelikte ve teslim için muayyen bir vade kararlaştırılmışsa, satıcının teslimde temerrüde düşmesi halinde, alıcının susması aynen ifadan vazgeçme (aynen ifayı red, ifa yerine tazminat talep etme) olarak kabul edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, alıcı aynen ifayı halen kabul etme niyetinde ise, bunu hemen satıcıya bildirmek zorundadır. BK. md. 125/f.1'deki çözümden farklı olarak, BK. md. 212/f.1'deki susma aynen ifayı halen kabul olarak değil, bunun aksine red şeklinde yorumlanmıştır.

Kanunda öngörülen “hemen (derhal)” ölçüsüne uymayarak iki seçimlik hakkı kullanma fırsatını kaybeden alacaklı, yeniden borçluya son süre vermek suretiyle seçim hakkını yeniden canlandırması olanaklıdır¹⁶⁵. Örneğin: Gıda maddelerini süresinde temin edemeyen satıcıya, iki haftalık süre veren alıcı, bu iki haftalık süre geçtiği halde, susarak daha sonra on günlük süreyi geçirmişse, iki seçimlik hakkını kaybeder; satıcının gecikmiş olarak yaptığı ifayı kabul etmek zorunda kalır, ancak gecikme tazminatı talep edebilir. Alıcının verdiği on günlük süre geçtiğinde, satıcı halen ifada bulunmamışsa, iki seçimlik hakkını kullanmak isteyen alıcı, yeniden

Şubat 2012, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; Uygur, (3 cilt). (2. Baskı). s. 3616.

¹⁶² Reisoğlu, (22. Baskı). s. 351, s. 351.

¹⁶³ Yarg. 13. HD. (15.6.1995). E.5604, K.5908. Erişim tarihi: 14 Mart 2012:

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; Uygur, (3 cilt). (2. Baskı).

¹⁶⁴ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 703.

¹⁶⁵ Havutçu, s. 68.

satıcıya bildirimde bulunup iki haftalık yeni bir süre daha verebilir ve bu sürenin sonunda derhal iki seçimlik hakkından birini kullanabilir.

3.2.1.1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

Bu seçenek, ifa ve gecikme tazminatı istemiyle ilgilidir. Alacaklı bu hakka her zaman sahiptir. Borçluya son süre tayin etmeden ya da tayin ettikten sonra alacaklı borcun aynen ifasında (geciken ifa) yarar görebilir. Bu durumda, sözleşme ilişkisi taraflar arasında aynen devam eder. Borçlu edimini aynen ifayla yükümlüdür. Ancak, borçlu aynen ifa dışından, temerrüt süresince alacaklının uğradığı zararları da tazmin etmek zorundadır.

3.2.1.1.1. Aynen İfa

Alacaklı, temerrüde rağmen, borçludan aynen ifada bulunmasını isteyebilir. Temerrüt borçluyu borçtan kurtarmaz. Aynen ifa mümkün olduğu sürece, alacaklı, borçludan aynen ifada bulunmasını talep edebilir. Borçlu ifaya yanaşmadığı takdirde, alacaklı yargıya başvurmak suretiyle aynen ifayı sağlayabilir. Örneğin: taşınmaz satış vaadinde bulunan satıcı, ifa zamanı geldiği halde, taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirmekten kaçındığı takdirde, alıcı aynen ifa isteminde bulunabilir; satıcı buna yanaşmadığı takdirde, mahkemeye başvurmak suretiyle, satıcının iradesi yerine geçmek üzere taşınmazın mülkiyetinin kendisine devri için tapu iptali ve tescil davası açabilir.

Borçlunun temerrüdünün bütün borç ilişkileri bakımından doğan genel sonuçları vardır. Bunlar BK. md. 118-122’de (eski BK. md. 102-105) hükme bağlanmıştır. Bu sonuçlar, bütün borç ilişkileri ve ister tek tarafa, ister iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için olsun aynen doğacaktır. O halde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için de bu sonuçlar aynen geçerlidir. Ancak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için bu sonuçlar dışında, ayrıca BK. md. 124’de öngörülen özel sonuçlar doğacaktır.

Borçlunun temerrüdünün genel koşulları gerçekleştiğinde, alacaklı borçludan her zaman için aynen ifa (gecikmiş ifa) ve gecikme tazminatı isteminde bulunabilir.

Aynen ifa, sadece verme borçları için değil, yapma borçları için de geçerlidir. Borçlu aynen ifa istemine rağmen, yapması gereken borcu ifa etmezse, alacaklı BK. md. 113/f.1 (eski BK. md. 97/f.1) hükmünden yararlanarak mahkemeden yapma borcunun ifasına izin verilmesini talep ederek, her türlü masraf, zarar ve ziyan borçluya ait olmak üzere aynen ifayı sağlayabilir. BK.'nun 113. maddesi yapma borçlarında, borçlunun temerrüdü halinde, işin yapılmasına alacaklıya yetki verilmesine ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir. Maddede temerrüde düşen borçlu yerine işin alacaklı tarafından yapılması yetkisi mahkeme yetkisine tabi tutulmuştur. Ancak bu genel hüküm dışında aynı konuyu düzenleyen özel hükümlerde bundan farklı düzenlemeler getirilmiş olabilir. Buna örnek olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser (istisna) sözleşmesiyle ilgili BK. md. 473/f.2 (eski BK. md. 358/f.2) hükmü verilebilir. BK. md. 473/f.2 hükmüne göre eser sözleşmesinde, işin yüklenici tarafından kusurlu olarak ayıplı ya da sözleşmeye aykırı yapılacağı kesin olarak tahmin edileceği durumlarda, iş sahibinin yükleniciye münasip bir mehil tayin ederek ya da mahkeme kanalıyla ettirerek bu süre içinde işin gereği gibi ifa edilmemesi halinde, hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin bir üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtar edilebilecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri, temerrüde düşen taraftan her zaman için ifada bulunulması istenebileceği gibi, bunun yanı sıra gecikmeden dolayı tazminat da talep edilebilmesi söz konusudur. Edimin yerine getirilmesi ve tazminat birlikte istenebileceği gibi, sadece edimin yerine getirilmesinin istenmesi de mümkündür¹⁶⁶. Gecikme tazminatı, ifanın zorunlu bir sonucu veya eki olmayıp, tarafların inisiyatifine bırakılmıştır. Temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer taraf sadece ifa isteyebileceği gibi, ifa ile birlikte gecikme tazminatı da isteme hakkına sahiptir. Önemli olan husus şudur ki, borçlunun temerrüdünde, bütün borç ilişkileri için aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için de aynen geçerlidir.

¹⁶⁶ Öz, T. (1998). s. 37. *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi; bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte*. İstanbul.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer taraf aynen ifa ile birlikte tazminat yolunu seçtiği takdirde, bu isteme konu zarar, gecikmeden kaynaklanan zarar olacaktır. Örneğin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan inşaat sözleşmesinin karşılıklı edimleri içermesi nedeniyle, iş sahibi gecikme tazminatı olarak ifade edilen zararın mahiyet ve miktarını ortaya koymak durumundadır. İş sahibi inşaatı kendi işyeri ihtiyacı için yaptırıyor ve kendisi de faaliyetlerini kiralık binada sürdürüyorsa, inşaatın gecikilen süresi kadar kira ödemekle zorunlu kalacağından, bu konudan dolayı gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, kendisi kiracı olmasa bile geç teslimle kira benzeri bir gelirden yoksun kalacağı için de tazminatı isteyebilme hakkına sahiptir. Eğer temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer taraf kusurlu tutum ve davranışıyla edimin ifasında gecikmeye sebebiyet vermişse tazminat hakkından yararlanamayacağı gibi, gecikmede zararın artmasına sebebiyet vermiş olması durumunda da, zararın miktarında ortak kusurlu sayılacağından zarardan indirim de yapılabilecektir¹⁶⁷.

Bu arada özellikle ifade edelim ki, sözleşmeyi fesih hakkı doğmuş olsa bile, alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikmeden dolayı zarar isteminde bulunmuşsa, alacaklının sözleşmeyi feshetmesi gerektiği sonucuna varılamaz ve kanundaki bu hakkın seçilip kullanılmasıyla davacı taraf, ne yüklenici tarafça ne de Mahkemece tazminat istemi yerine sözleşmeyi bozmaya zorlanamaz¹⁶⁸.

İfa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan ve istenilebilecek zarar, Borçlar Kanunu'nun 112. (eski BK. md. 96.) maddesi kapsamında olumlu (müspet) zarar niteliğindedir.

Eski BK. md. 106/f.2'de gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmek için alacaklı tarafından borçluya verilen "mehil zarfında borç ifa edilmemiş" olmasından söz edilmiştir. Ancak bu hükme rağmen alacaklının gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmesi için "süre verilmesini gerektirmeyen hallerden birinin varlığının da yeterli olduğu" kabul edilmekteydi. Bu hükmün yerini alan yeni BK. md. 125/f.1'de "verilen süre içinde borcun ifa edilmemiş olması" yeterli

¹⁶⁷ Aydemir, E. (2003). s. 430. *Eser sözleşmesi ve inşaat hukuku*. Ankara.

¹⁶⁸ Aydemir, s. 431.

görülmemiş “verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise” hükmünü de maddeye eklemiştir.

3.2.1.1.2. Gecikme Tazminatı (Temerrüdün Kusur Koşuluna Bağlı Sonucu)

Borçlunun temerrüdü nedeniyle, alacaklının aynen ifa isteminde bulunması, ayrıca bu yüzden doğan zararların tazmin edilmesini talep etmesine engel teşkil edemez¹⁶⁹. Aksinin kabulü, temerrüdün borçlu bakımından yaptırımsız kalmasına yol açar. BK. md. 118 (eski BK. md. 102) temerrüde düşen borçlunun “borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür” hükmünü getirmiştir.

Gecikme tazminatı, temerrüt tarihinden aynen ifaya kadar geçen dönem içindeki zararları kapsar.

Temerrüt nedeniyle zarara uğradığını kanıtlama yükümlülüğü alacaklıya aittir (BK. md. 114, BK. md. 50 vd.) (eski BK. md. 98, eski BK. md. 42 vd.). Alacaklı uğradığı zararlarını her türlü delille kanıtlayabilir. Buraya borçlunun temerrüdü ile illiyet bağı içinde bulunan bütün zararlar girer. Bu anlamda olmak üzere, borçlunun zamanında ifada bulunacağına güvenerek yapılan ve boşa giden harcamalar; depo giderleri, nakliye giderleri, işçi giderleri, ihtar masrafları; temerrüde düşen borçlu ile görüşme ve seyahat için yapılan giderler, borçlunun ifada bulunacağına güvenerek kaçırılan sözleşme fırsatlarından doğan kayıplar; yoksun kalınan kazançlar; borçlunun ifada bulunacağına güvenerek akdedilen sözleşmenin akdedilmemesi sonucu ödenen cezai şartlar ya da tazminatlar gecikme tazminatı olarak talep edilebilir.

Gecikme tazminatından sorumluluk temerrüdün kusura dayanan sonuçlarındandır. Bu nedenle, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu ise, gecikme tazminatından sorumlu olacaktır. Bunun sonucu olarak, kusurun bulunmadığı kanıtlandığında borçlu gecikme tazminatından sorumlu tutulamaz. BK. md. 118 (eski

¹⁶⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 910.

BK. md. 102) bu konuda “Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür” hükmü ile borçluya sorumluluktan kurtulabilme olanağını getirmiştir¹⁷⁰. Kanun, bu düzenlemesiyle kusur konusunda ispat yükünü borçluya yüklemiştir. Buna göre, alacaklı, temerrütte borçlunun kusurlu olduğunu değil, tam aksine borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlamak zorundadır. Kusurun kanıtlanmasında yeni BK. md. 112 (eski BK. md. 96) hükmünden kaynaklanan sözleşmelerle haksız fiiller arasında bir fark bulunmaktadır¹⁷¹.

Borçlu temerrütte kusuru bulunmadığını her türlü delille kanıtlayabilir. Örneğin: Yapılması gereken inşaatın ruhsatı için zamanında yetkili İmar Müdürlükleri’ne başvurulduğunu, ancak burada kendisine çıkartılan haksız ve yersiz engeller sonucu inşaata başlamasının geciktiğini¹⁷²; İthal edilmesi gereken malzemelerde yetkili mercilerin o güne kadar uygulanmayan yeni kurallar getirdiğini, bu kurallar gereğince, temin edilmesi gereken belgeler nedeniyle zamanında edimini yerine getiremediğini; inşa ettiği köprünün teröristler tarafından tahrip edildiğini, yeni baştan yapmak zorunda kaldığını kanıtlayabilir. Bütün bu örneklerde olduğu gibi, borçlu çoğu zaman kusursuzluğunu kanıtlarken, borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle doğan zararlar kendi eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığını da kanıtlamak zorunda kalabilir.

3.2.1.1.3. Aynen İfadan Vazgeçildiğinin Derhal Borçluya Bildirilmesi

Vazgeçme bildiri, borçluya tayin edilen ek süre içinde edimin ifa edilmesine rağmen, borçlunun halen devam eden aynen ifa yükümünü sona erdirici bir işleve sahiptir. Alacaklı müspet zararın tazmini talebinde bulunmak veya sözleşmeden dönebilmek için öncelikle ek süre sona erdiğinde aynen ifa talebini sona erdirmeli, aynen ifa talebinden vazgeçtiğini gecikmeksizin borçluya bildirmelidir.

¹⁷⁰ Olgaç, s. 75.

¹⁷¹ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 623.

¹⁷² Yarg. 15. HD. (27.2.2011). E.428, K.464. Ankara: YKD. yayın no. 98. s.16-18; Uygur, (3 cilt). (Ankara 2010). s. 3258-3259.

Vazgeçme bildirimini, yenilik doğuran bir hukukî işlem niteliğindedir¹⁷³. Aynen ifa talebinden vazgeçme hakkı tek taraflı ulaşması gerekli vazgeçme beyanı ile kullanılır¹⁷⁴. Alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçme ile aynı zamanda bir hak üzerinde tasarrufta bulunduğundan tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

Vazgeçme beyanı şarta bağlı olarak yapılamaz ve borçlunun hâkimiyet alanına ulaştıktan sonra geri alınamaz¹⁷⁵. Vazgeçme beyanı borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmakla istenilen hukukî sonucu doğurur. Alacaklı karşı edimin aynen ifasına olan talep hakkını yitirir, borçlu da taahhüt ettiği ilk derece aslî edim yükümünü yerine getirmekten kurtulur.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin sözleşmenin devamı sırasındaki karşılıklı bağımlılığı nedeniyle, alacaklının edimini yerine getirme borcunun, karşı edime olan talep hakkının sona ermesine bağlı olarak sona erip ermeyeceği tartışılabilir¹⁷⁶.

Borçlar Kanunu'nun 124. maddesinde sayılan istisnai hallerde süre tayini şartı ortadan kaldırılırken, bu hallerde vazgeçme beyanına da gerek olup olmadığı konusunda açıklık yoktur. Bu konuda doktrinde başlıca üç görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi, vazgeçme bildirimini sözleşmeden dönme veya müspet zararın tazminini talep hakkının zorunlu şartını teşkil ettiğidir¹⁷⁷. Kanun koyucu süre tayinine gerek olmayan istisnaları sadece süre şartı bakımından düzenlemiş, alacaklıyı bu istisnai hallerde vazgeçme bildiriminden muaf tutmamıştır. Kanunun süre tayinine gerek olmayan halleri düzenlediği maddenin kapsamına giren bir istisnai durum varsa alacaklı yine de gecikmeksizin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini borçluya bildirmediği sözleşmeden dönemez veya müspet zararın tazminini talep

¹⁷³ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 542.

¹⁷⁴ Havutçu, s. 129; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 911; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 353.

¹⁷⁵ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 354.

¹⁷⁶ Havutçu, sh. 61 vd.

¹⁷⁷ Borçluya verilen ek süre içinde borcunu ifa edememesi durumunda vazgeçme bildiriminde bulunulması ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Havutçu, s. 107.

edemez¹⁷⁸. İkinci görüş, süre tayininin gerekmediği hallerde vazgeçme bildirimine de gerek olmadığı şeklindedir¹⁷⁹. Nihayet üçüncü görüşte, süre tayinine gerek olmayan istisnai durumlar bakımından ayırım yapılmaktadır. Bu son görüşe göre, borçlunun davranışlarından süre tayininin faydasız kalacağı anlaşılıyorsa süre tayinine gerek olmamakla birlikte yine de vazgeçme bildirimi yapılmalıdır¹⁸⁰. Diğer istisnai hallerde süre tayini gibi, vazgeçme bildirimi de gerekmez.

Alacaklının temerrüt nedeniyle edimin ifasında menfaati kalmamışsa veya kesin vade tayin etmek yoluyla edimin mutlaka belli bir vadede yerine getirilmesinin istisnai hallerde süre tayini gibi, vazgeçme bildirimi şartı da aranmamalıdır. Çünkü bu istisnai hallerde alacaklının edimin sonradan ifasında menfaatinin kalmamış olması asıldır. Alacaklının edimin aynen ifasında menfaatinin kalmaması sebebiyle ek süre tayini gerekmezken, yine de aynen ifayı istemediğini gecikmeksizin açıklamasını beklemek, çelişkili olur. Kaldı ki, bu istisnai hallerde alacaklının edimin ifasında menfaatinin olmadığını borçlu bilmektedir. Buna rağmen kanunda kullanılan kelimelerin sözlük anlamlarına sıkı sıkıya bağlı kalarak, alacaklıyı vazgeçme bildiriminde bulunmak zorunda bırakmak, kanunun amacıyla bağdaşmaz. Çünkü alacaklı vakit geçmeksizin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmediğinde, borçlu edimini kesin vadeye ya da kendisi tarafından tanınabilen menfaat yokluğuna rağmen alacaklıya teklif etme yetkisine sahip olacak, alacaklı da bunu kabul etmek ve kendi edim yükümlerinin karşılıklı değişiminde bir menfaati kalmasa bile yerine getirmek zorunda kalacaktır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 124. maddesinin ikinci ve üçüncü bentlerinin kapsamına giren durumlarda vazgeçme bildirimine gerek olmadan alacaklı müspet zararın tazminini talep edebilmeli veya sözleşmeden dönebilmelidir.

Diğer taraftan, borçlunun tutumundan süre tayininin faydasız kalacağını anlaşıldığı hallerde, süre tayin edilmesi şartının aranmaması, alacaklının edim yükümlerinin karşılıklı olarak yerine getirilmesinde menfaatinin kalmaması nedeniyle değil, tam tersine borçlunun ifa etmeme niyetinin kesin ve açık olarak

¹⁷⁸ Havutçu, s. 106'da süre tayinine gerek olmayan durumun varlığında da, alacaklının müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme yollarını seçebilmesi için ilâveten aynen ifayı red bildiriminin gereksiz olduğunu ve bunun sebebini detaylı olarak açıklamıştır.

¹⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 974.

¹⁸⁰ Önen, (Ankara 1975). s. 52.

ortaya koyulmasından ileri gelmektedir. İfa etmeme niyetini açıkça ortaya koyan, bizzat borçlunun kendisidir. Dolayısıyla burada da vazgeçme bildirimine gerek yoktur. Borçlunun tutum ve davranışlarından açıkça ifa etmeme niyetinin ortaya çıktığı hallerde, alacaklıyı yine de vazgeçme bildirim şartı ile bağlı tutmak ve gecikmeksizin aynen ifadan vazgeçildiği bildirilmediği için, ifa etmeyecek olan borçluya karşı aynen ifa talebinde direndiğini varsaymak doğru olmaz. Nitekim edimin muaccel olmasından sonra ifadan kaçınma hallerinde Havutçu'nun da¹⁸¹ vurguladığı üzere Alman Federal Mahkemesi de süre tayini gibi vazgeçme bildirimine de gerek olmadığına karar vermiştir.

3.2.1.2. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Nedeniyle Sözleşmenin Bozulması ve Müspet Zararın Tazmini

3.2.1.2.1. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Nedeniyle Sözleşmenin Bozulması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi ve sözleşme hükümlerine aykırı davranması durumunda diğer tarafça sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen tarafa ek süre verilmesine rağmen borcunu ifa etmemekte ısrarlı olması durumunda diğer tarafa tanınan haklardan biri de sözleşmeyi feshederek müspet zararın tazmini istemidir. Öğretide ve bazen de uygulamada “Sözleşmeyi bozma” şeklinde ifade edilen bu tür fesih, sözleşme ilişkisi ileriye yönelik olarak ortadan kaldırılır. Alacaklı sözleşmeyi bozduğunda (ileriye yönelik feshettiğinde) sözleşmeden dönmekte, sözleşmeyi ayakta tutmaktadır¹⁸². Ancak, borçlunun ediminin yerini tazminat almaktadır. Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine, borçlunun temerrüdü nedeniyle BK. md. 126 gereğince uğradığı müspet zararların tazmin edilmesini talep etmektedir.

Kanunda davacının halen geçerli olan sözleşmedeki borçlunun ifasından vazgeçerek oluşan zararını isteme hakkına sahip olduğu ifade edildiğine göre, burada

¹⁸¹ Havutçu, s. 106.

¹⁸² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 910.

davacının oluşan zararı da, olumlu (müspet) zarardır¹⁸³. Alacaklının müspet zararın tazminini talep edebilmesi, borçlunun temerrüde düşmesi veya alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi durumlarındaki kusur koşulunun aranmamış olmasından farklı olarak, borçlunun kusur koşulunu gerektirir. Burada borçlunun temerrüdünün kusur koşuluna bağlı bir sonucu söz konusudur. Bu nedenle, BK. 112. maddeye dayanarak borçlu kusursuzluğunu kanıtlayarak müspet zararın tazmininden kurtulabilir. Aynı zamanda alacaklı da, borçlunun kusursuzluğunu ispatladığı durumda BK. 112. maddeye dayanarak müspet zararın tazminini talep edemeyecektir.

Ancak, sözleşmenin ileriye yönelik feshinde tasfiyenin de ona göre yapılarak feshin türüne göre uygun bir sonuca varılmalıdır. İleriye yönelik feshe karar verildiği halde, bunun geriye etkili olacak şekilde bir sonuç doğurmasına olanak tanınmamalıdır. Konunun somutlaştırılması bakımından Yargıtay karar özeti aşağıya alınmış bulunmaktadır¹⁸⁴.

Borçlunun direngen olması halinde iş sahibi, borcun ifası ve tazminatla ilgili isteminden vazgeçtiğini hemen yükleniciye bildirerek, akdin ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararının giderilmesini de isteyebilecektir. Yani akit ifa edilmiş olsaydı elde edeceği kazancı burada zarar kısmında isteyebilecektir.

Bu bağlamda sonuç olarak denilebilir ki, sözleşmenin bozulmasında yani ileriye etkili olacak şekilde feshinde (ki, öğretisi ve uygulamada bozma yerine sadece fesih sözcüğü kullanılmaktadır); iş sahibi gerçekleştirilmiş olan iş ve imalatları edinme; yüklenici de yaptığı bu iş bedelini isteme haklarına sahip olacaklardır.

¹⁸³ Uygur, T. (1998). s. 83. *Açıklamalı-içtihatlı inşaat hukuku sözleşmeden doğan borçlar ve eser sözleşmesi*. Ankara.

¹⁸⁴ Yarg. 15. HD. (25.01.1984). K.2343/244. E.1985/328. “Eserin on bir yıllık sürede bitirilmesi gerekçesiyle fesih ve ceza koşulu istenilmiş, mahkemece de yüklenici adına intikal etmiş ½ tapu kaydının iptali ile sözleşme ileriye yönelik olarak feshedilmiştir. Sözleşme ileriye yönelik feshedildiği halde tapular iptal edilmek suretiyle geriye etkili bir çelişki kurulmuştur. Yüklenicinin kusuru sonucu sözleşme bozulmuşsa, uyuşmazlığın BK. 106. ve 108. md. göre çözümlenmesi, ancak olayın özelliği gereğince TMK. md. 2’ye göre de ileriye etkili sonuç doğuracak bir neticeye varılması gerekir. Yapılacak iş; bilirkişi raporunda yer alan (7 villa +1.271.5800 TL) arsa sahibine, (5 villa) yükleniciye tapudaki paylarının hesaplattırılması ve iptale dair hükmün buna göre tesisi olmalıdır.” Daire uygulamasına göre her ne kadar %70 %74 oranında tamamlanmış işlerde ileriye yönelik fesih olanaklı değilse de bu konu davacı tarafından temyiz edilmediği tapunun ½ iptali hususunun davalı yönünden göz önüne alınması gerekir. Ankara: *YKD*. yayın no. 122. s.24-27.

Ancak, feshi gerçekleştiren tarafın haksız olması ve diğer tarafın da feshin haklı olmadığını öne sürmesi halinde, sözleşmedeki edim yerine getirilmiş olsaydı bunun sonucu oluşacak fayda, başka bir anlatımla ifadaki yararı, zarar kapsamında istemesi olanaklı olacaktır.

3.2.1.2.2. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesinden Doğan Müspet Zararın Tazmini Kavramı ve Unsurları

3.2.1.2.2.1. Kavram

İfa etmeme nedeniyle alacaklıya sağlanan tazminat talebinin amacı, edim sözleşmeye uygun olarak ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumun ekonomik bakımdan tesis edilmesidir. Alacaklının edimin sözleşmeye uygun olarak ifasındaki menfaatinin ifa etmeme nedeni ile gerçekleşmemesi, ifa etmeme nedeniyle uğradığı zararları ifade eder. Bu bakımdan, ifa menfaati ile ifa etmeme nedeniyle uğranılan zararlar eş anlamlı olup, Türk Hukuku'nda "müspet zarar" terimi ile ifade edilmektedir¹⁸⁵.

Müspet zarar, alacaklının malvarlığının edimin ifa edilmemesi sonucu hâlihazırdaki mevcut durumu ile edim ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı varsayılan durumu arasındaki farktan oluşur¹⁸⁶. Alacaklının şimdiki malvarlığı durumu ile farazî malvarlığı durumu arasındaki bu fark, zararın kapsamını belirler.

İfa menfaati sadece, edimin yerine getirilmesine olan menfaat olarak değil, edimin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesine olan menfaat olarak anlaşılmalıdır. Edimin hiç ifa edilmemesi gibi, gereği gibi ifa edilmemesi, yani sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine veya ifa zamanına riayet edilmeksizin ifa edilmesinde de alacaklının sözleşmeye uygun şekilde tam ve doğru bir ifaya olan menfaati ihlâl edilmektedir.

Alacaklının malvarlığının edimin ifa edilmemesi sonucu şimdiki durumu ile farazî durumu arasındaki fark malvarlığının aktifinde meydana gelmeyen çoğalma

¹⁸⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 911.

¹⁸⁶ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 356.

veya pasifinde meydana gelmeyen azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, doğrudan doğruya malvarlığının aktifindeki azalma veya pasifindeki çoğalma şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁸⁷. Bu nedenle, müspet zarar kalemlerini, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr teşkil eder.

Temerrüt sonucu edimin ifa edilmemesinde müspet zararın asgari kapsamını, alacaklıya ifa edilmeyen edimin para ile ifade edilecek değeri teşkil eder. Alacaklının malvarlığında ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri oranında azalma meydana gelmektedir. Fakat temerrüt sonucu edimin ifa edilmemesinde alacaklının zararı bundan ibaret değildir. Borçlu, alacaklının, edim zamanında ifa edilmiş olsaydı uğramayacak olduğu, tüm zararlarını gidermelidir. Edim zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığı ekonomik bakımdan hangi değere ulaşacak idiyse bu durum tesis edilmelidir¹⁸⁸. Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde aynen ifadan vazgeçen alacaklıya tanınan tazminat talebiyle, alacaklının ifa menfaatinin karşılanması amaçlanmıştır. İfa menfaati, sadece edimin ifa edilmesine olan menfaati değil, tam ve doğru bir ifaya olan menfaati de kapsamaktadır. Bu nedenle aynen ifadan vazgeçen alacaklının müspet zararın tazminini talep etmesinde, zararın kapsamına ifa edilmeyen edimin değeri yanında, gecikme ile uygun illiyet bağı içinde bulunan tüm zararlar girer. Her ne kadar temerrütteki kesin ifa etmeme aynen ifadan vazgeçilmesiyle ortaya çıktığı için, alacaklının ifa menfaatinin değerlendirilmesinde aynen ifadan vazgeçme anından önceki ve sonraki malvarlığı durumu kıyaslanmakta ise de, ifadan, gecikme sebebiyle vazgeçilmektedir.

Doktrinde hâkim olan görüş¹⁸⁹, temerrüt ile uygun illiyet bağı içinde bulunan gecikme zararlarının da ifadan vazgeçme halinde talep edilecek tazminatın kapsamına girdiği yolundadır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesiyle ortaya çıkan geçici ifa etmeme durumu, borçlunun tayin edilen ek süre içinde borcunu ifa etmemesi sonunda alacaklının edimin aynen ifasını derhal reddetmesiyle

¹⁸⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 912; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 357.

¹⁸⁸ Oğuzman, s. 460.

¹⁸⁹ Arsebük, s. 820; Oğuzman, ve Öz, s. 456; Eren, (2 cilt). (5. Baskı). s. 1072 vd.

kesin ifa etmemeye dönüşür¹⁹⁰. Bu durumda BK. md. 125’de alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştır. Alacaklı, aynen (gecikmiş) ifayı red edip, bunun yerine tazminat ya da sözleşmeden dönüp bunun yerine bu yüzden uğradığı zararların tazmini yolunu tercih edebilir. Her iki halde de, alacaklının uğradığı zararların tazmini gündeme gelmektedir. Öğretide bu iki zarar ve tazminat türünü birbirinden ayırdetmek için, müspet zarar ve menfi zarar ayrımı yapılmaktadır¹⁹¹.

Alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmemek niyetinde ise, iki seçimlik hakka sahiptir. Ya sözleşmeyi ayakta tutar, gecikmiş ifayı red eder, yani geç ifa ve gecikme tazminatı yerine bu yüzden uğradığı tüm zararlarının tazmin edilmesini; ya da sözleşmeyi ayakta tutmayıp bundan döner, bu yüzden uğradığı menfi zararların tazmin edilmesini talep eder.

Alacaklı sözleşmeden dönmeyip, gecikmiş ifayı red ederek, temerrüt nedeniyle uğradığı zararlarının tazmin edilmesini talep edecek olursa, bu zarar, sözleşmeden dönerek talep edilen menfi zarardan ayrılmak üzere, müspet zarar olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca ister tam iki tarafa borç yükleyen isterse eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olsun, müspet zarar, gecikmiş ifanın reddi halinde talep edilebilen zarardır. Burada, taraflar arasındaki sözleşme ayakta ve geçerlidir. Alacaklı sözleşmeden dönmemiştir. Bunun sonucu olarak, taraflar edimlerini yerine getirecektir¹⁹². Ancak, borçlunun ifaya ilişkin ediminin yerini, alacaklı lehine müspet zararın tazmini almaktadır. Dolayısıyla müspet zarar, ifaya olan yararların kaybedilmesinden doğan bir zarardır. Başka bir ifadeyle, borçlu borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmiş olsaydı, alacaklının uğramayacağı tüm

¹⁹⁰ Önen, (Ankara 1975). s. 60.

¹⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s, 913 vd.; Reisoğlu, (22. Baskı). s. 350.; Serozan, R. (1975). s. 48 vd. *Sözleşmeden dönme*. İstanbul.; Eren, (2 cilt). (5. Baskı). s. 1072 vd.; Oğuzman, ve Öz, s. 339 vd.; Havutçu, s. 110 vd.; Yarg. HGK. (16.5.1990). E. 1990/13-201, K. 1990/294. Erişim tarihi: 29 Mart 2012:

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>.

¹⁹² Alacaklı müspet zararın tazmin edilmesini talep ettiğinde, borçluya kendi edimini yerine getirmek zorundadır. Alacaklı bu edimini yerine getirmişse, müspet zararın tazmin edilmesini talep ettiğinde, bunun kendisine iadesini talep edemeyecektir. Örneğin: Satış sözleşmesinde alıcı satış bedelini ödemiş, satıcının sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle malın teslim edilmesi isteminden vazgeçip, onun yerine müspet zararın tazmin edilmesini talep etmişse, kendi ödediği satış bedelinin iadesini talep edemeyecektir (Uygur, (3 cilt). s. 3568.). Ancak alıcı henüz satış bedelini ödememişse, müspet zarar alacağı ile satış bedeli borcunu takas ederek, bakiye zararının tazmin edilmesini talep edebilmelidir.

zararlar müspet zarar kalemlerini oluşturur. Buraya, özellikle alacaklının aynı malı ya da hizmeti borçlu yerine bir başkasından temin etmesi nedeniyle doğan fiyat farkı ile alacaklının uğradığı kazanç kaybı girer. Borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı, alacaklının uğramayacağı yoksun kaldığı kazançlar, müspet zararın en önemli kısmını oluşturur.

Temerrüt sonucu borçlunun müspet zararın tazmininden sorumluluğu, kusurlu imkânsızlıktan doğan tazminat sorumluluğu ile aynı esaslara tâbidir. Buna göre, borçlu kusurlu olmalı ve temerrüt ile müspet zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Alacaklının, müspet zararın tazminini talep etmesiyle borçlunun birinci derece aslî edim yükümlülüğünün yerini ikinci derecedeki (talî) tazminat edimi alırken, kanunda alacaklının ediminin ne olacağı düzenlenmemiştir.

Tazminat talebinde bulunan alacaklının kendi edimini yerine getirmek zorunda olup olmaması, tazminatın mübadele veya fark teorisine göre talep edilmesine bağlı olarak değişir. Ödenmesi gereken tazminat miktarı da tercih edilecek teoriye ve soyut veya somut hesaplama yöntemine göre farklılık gösterir.

3.2.1.2.2.2. Unsurları

Temerrüt sonucu edimin ifasının reddi, alacaklının nihaî olarak edimin ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararlara, gecikme ile uygun illiyet bağı içinde bulunan diğer zarar kalemlerinin toplu olarak tazminini gerektirir. Buna bağlı olarak tazmini gereken müspet zararın unsurlarını genel çerçevede, aşağıdaki şekilde belirlemek mümkündür.

3.2.1.2.2.2.1. Edimin Kesin Olarak İfa Edilmemesinden Doğan Zararlar

Edimin ifasının reddedilmesiyle ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri oranında alacaklının malvarlığında azalma meydana gelir. Tazmini gereken müspet

zararın temel unsurunu, ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri teşkil eder¹⁹³. Tazminatın hesaplanmasında ifa edilmeyen edimin değerinin tam olarak dikkate alınıp alınmayacağı, alacaklının tazminat talebini fark veya mübadele teorisine göre ileri sürmesine bağlı olarak değişir.

3.2.1.2.2.2.Gecikme İle Uygun İlliyet Bağı İçinde Bulunan Zararlar

İfa edilmeyen edimin değeri yanında alacaklının edimin zamanında ifa edilmemesi sonucu uğradığı zararlar (gecikme zararları) da, tazmini gereken zarar unsurlarını teşkil eder¹⁹⁴. Gecikme ile uygun illiyet bağı içinde bulunan zararlara, şu zarar kalemleri örnek verilebilir:

- alacaklının dava giderleri,
- seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar,
- ifa edilmeyen edimin kullanma veya değerlendirme amacına göre yoksun kalınan kâr,
- edimin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının üçüncü kişiye karşı tazminat ödemekle yükümlü olması halinde, bu miktar (meselâ cezai şart),
- alacaklının seçim hakkını kullanmasına kadar kendi ediminin bakım, muhafaza ve gerekiyorsa, sigorta masrafları,
- ifa edilmeyen edim para borcu ise, gecikme faizi ve aşkın (munzam) zarar örnek verilebilir.

Yukarıda örnek olarak sayılan zarar kalemleri, alacaklının sözleşme gereğince, zamanında ifa edilseydi yapmayacak olduğu zararları, sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararları teşkil eder. Sözleşme gereğince, zamanında ifa edilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığında ekonomik yönden bir azalma meydana gelmeyecek olduğu için, müspet zararın unsuru olarak alacaklı tarafından ifa menfaati çerçevesinde talep edilebilir¹⁹⁵. Buna karşılık, sözleşme ifa edilseydi

¹⁹³ Oğuzman, s. 460; Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 2201.

¹⁹⁴ Reisoğlu, (22. Baskı). s. 368.

¹⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 914.

alacaklının yine de yapacak olduğu zarar kalemleri, müspet zarar kapsamına girmez. Örneğin, “seyahat masrafları, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya ödenecek komisyon ücreti” gibi sözleşmenin kurulması için yapılan harcamalar, alacaklının ifaya olan menfaati içinde değerlendirilemez. Bu tür giderler, sözleşmeden dönme halinde talep edilebilecek olan, aşağıda ele alacağımız menfi zararın kapsamına girerler.

3.2.1.2.3. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Müspet Zararın Tazmini Talebinde Bulunan Alacaklının Kendi Ediminin Mübadele ve Fark Teorileri Açısından Değerlendirilmesi

3.2.1.2.3.1. Mübadele Teorisi

Müspet zararın tazmini talebinin ileri sürülmesinde klâsik teori, mübadele teorisi¹⁹⁶. Mübadele teorisinin esasını, müspet zararın tazmini talebinde bulunan alacaklının kendi edim yükümünü aynen yerine getirmek zorunda olması teşkil eder. Mübadele teorisine göre, alacaklının müspet zararın tazmini talebinde bulunması, akdî ilişkinin mahiyetinde ifanın reddi sonucu sona eren borçlunun aslî (ilk derece) edim yükümünün yerini tazminat ödeme şeklindeki talî (ikinci derece) edim yükümünün alması dışında bir değişiklik olmaz¹⁹⁷. Akdî ilişki, alacaklının sözleşmeyle taahhüt ettiği aslî edim yükümü ile borçlunun talî nitelikteki tazminat ediminden oluşan muhtevasıyla varlığını sürdürür. İlk derece edim yükümleri arasındaki karşılıklı bağıllık ve mübadele ilişkisi, alacaklının edimiyle, borçlunun tazminat edimi arasında karşılıklı bağıllık şeklinde devam eder. Kısacası, bu teoriye göre alacaklının ifa etmeme nedeniyle tazminat talebinde bulunması akdî ilişkinin tasfiye edilmesine değil, tam tersine sözleşmenin ifa edilmesi amacına hizmet eder.

¹⁹⁶ Arsebük, s. 830.

¹⁹⁷ Arsebük, s. 831.

3.2.1.2.3.2. Fark Teorisi

Fark teorisine göre, müspet zararın tazmininin talep edilmesinde mübadele teorisinin tersine, alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorunda değildir¹⁹⁸. Alacaklı kendi ediminin değerini, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından mahsup yoluyla düşürerek aradaki farkı müspet zararın tazmini olarak talep eder¹⁹⁹. Borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından mahsup yoluyla düşürülerek edimin değerinin belirlenmesiyle akdî ilişki alacaklının tek taraflı tazminat talebinden oluşan özel bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan aslî edim yükümlerinin yerini -bu teori çerçevesinde tazminat talebinde bulunulmasıyla, alacaklının edim yükümünü yerine getirme borcunun da sona ermesi sebebi ile- alacaklının tek taraflı tazminat talebi alır²⁰⁰. Sonuç olarak, varlığı sona eren aslî edim yükümleri arasındaki karşılıklı bağıllık ve mübadele ilişkisi de ortadan kalkar. Kısacası, fark teorisine göre tazminat talebi akdî ilişkinin icrasına değil, tasfiye edilmesine hizmet eder.

3.2.1.2.3.2.1. Mutlak Fark Teorisi

Bu teoriye göre, müspet zararın tazmini talebinde bulunan alacaklı hiçbir zaman kendi edimini aynen yerine getirmek zorunda değildir²⁰¹. Alacaklı daima akdî ilişkinin ifa edilmemesi sebebiyle tek taraflı tazminat alacağına sahiptir. Alacaklı kendi edimini henüz ifa etmemişse, artık ifa etmekle yükümlü olmadığı gibi, ifa etmeye yetkisi de yoktur²⁰². Çünkü gerek kusurlu imkânsızlıkta, gerek temerrütte imkânsızlığın ortaya çıkması veya tayin edilen sürenin ifa olmaksızın sona ermesi ile, karşılıklı edim yükümleri ortadan kalkar. Alacaklı edimini daha önce ifa etmişse, karşı edim için müspet zararın tazmini talebinde bulunulmasıyla, borçlu yönünden alacaklıdan elde ettiği iade yükümü doğar. Alacaklı ifa ettiği edimin geri verilmesini

¹⁹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 915; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 358.; Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 2187.

¹⁹⁹ Önen, (Ankara 1975). s. 74.

²⁰⁰ Oğuzman, ve Öz, s. 462.

²⁰¹ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 358.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 941.

²⁰² Oğuzman, s. 463.

isteyebilir. Buna göre, dönme hakkı ile müspet zararın tazmini talebinde bulunma hakkının kullanılmasının şartları aynıdır.

3.2.1.2.3.2.2. Nisbi Fark Teorisi

Bu teoriye göre, alacaklı kural olarak kendi edimini yerine getirip getirmeme konusunda seçim yapabilir²⁰³. Eğer tazminat talebinde bulunan alacaklı kendi edimini yerine getirmeme yolunu seçerse, önceden ifada bulunmuş olsa da, ifa ettiği edimini geri alabilir. Buna karşılık mutlak fark teorisinde alacaklı edimini yerine getirmeye yetkili olmadığı gibi, yükümlü de değildir. Nisbi fark teorisinin mutlak fark teorisinden ayrıldığı tek nokta, alacaklının aynen ifaya olan menfaatinin korunmasıdır²⁰⁴. Alacaklı aynen ifa etmek istemiyorsa, önceden ifa ettiği edimini de geri almasına engel yoktur. Sonuç olarak, alacaklının edimini ifa etmiş olması, fark teorisine göre tazminat talebinde bulunulmasına ve ifa edilen edimin iade edilmesine engel teşkil etmez.

3.2.1.2.3.2.3. Sınırlı Fark Teorisi

Sınırlı fark teorisine göre, alacaklı edimini henüz ifa etmemişse ifa zorunda değildir, tazminat talebini karşılıklı edimler arasındaki değer farkına dayandırabilir²⁰⁵. Fakat alacaklı edimin aynen ifasında menfaati varsa edimini yerine getirerek edimin ifasına olan menfaatinin tam olarak karşılanmasını borçludan talep edebilir. Alacaklının karşılıklı edimler arasındaki değer farkına dayanarak müspet zararın tazminini fark teorisine göre seçebilme hakkı, sadece edimin ifa edilmemiş olması halinde mevcuttur²⁰⁶. Alacaklı edimini önceden ifa etmişse, iade talebinde bulunarak fark teorisine göre tazminat talep edemeyeceği gibi, borçlu için iade yükümü de doğmaz.

²⁰³ Önen, (Ankara 1975). s. 75.

²⁰⁴ Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 2204.

²⁰⁵ Eren (2 cilt). (9. Baskı). s. 359.

²⁰⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 942.

Sınırlı fark teorisi bu kapsamıyla alacaklıya kural olarak fark teorisine göre hareket etmek, ancak menfaatine uygun düştüğü takdirde mübadele teorisini seçebilme hakkı vermekte, alacaklı aynen ifaya yetkili olarak kabul edilmekte, fakat aynen ifa ile yükümlü olmamaktadır. Mamafih borçlunun edimini ifa etmemesine rağmen, alacaklının kendi edimini ifa etmekte menfaati olabilir. Meselâ alacaklı edimini üçüncü kişiye sözleşme yapmak suretiyle elinden çıkarması, edim konusunu teşkil eden şey başka bir istekli bulunmasının güç olması ile zor durumda kalması ihtimali doğabilir.

3.2.1.2.3.3. Müspet Zarar Tazminatının Fark veya Mübadele Teorisinin Uygulama Şekilleri Olan Somut veya Soyut Yöntemlerle Hesaplanması

3.2.1.2.3.3.1. Somut Yöntem

Somut yönetime göre edimin değeri, ifa edilmeyen edim konusuna uygun bir şeyin üçüncü kişiye sözleşme yapılmak suretiyle tedarik edilmesinde ikame işlemi için yapılan tedarik giderleri esas alınmak suretiyle belirlenir. Alacaklının ifa edilmeyen edim yerine üçüncü kişiyle sözleşme yaparak tazminat istemini ikame işleme dayandırması için, üçüncü kişiyle sözleşme yapılması yeterlidir, sözleşmenin fiilen yerine getirilmiş olması şartı aranmaz²⁰⁷. İfa etmeme nedeniyle tazminat talebinde bulunan alacaklı uğradığı zararı ispat yükü altındadır²⁰⁸. Bu genel kuralın sonucu olarak, alacaklı, zararın delili olarak, ikame işleminin varlığını ispatla yükümlüdür. Buna karşılık, alacaklı lehine ikame işlemin dürüstlük kuralına uygun olarak yapıldığı varsayılır. Aksini iddia eden borçlu, ikame işlemin dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılmadığını ispatlamak zorundadır²⁰⁹.

²⁰⁷ Oğuzman, s. 465; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 916.

²⁰⁸ Havutçu, s. 118.

²⁰⁹ Önen, (Ankara 1975). s. 62.; Oğuzman, ve Öz, s. 344.

3.2.1.2.3.3.2. Soyut Yöntem

Alacaklı ifa edilmeyen edim yerine ikame edim tedarik etmemişse, soyut yön-teme göre de ifa edilmeyen edimin değerinin tespiti gereklidir. Edimin değeri somut harcamalarla belirlenmemişse soyut olarak tespit edilir. Esasen soyut yöntemin uygulanmasında zararın tespitinde esas alınacak ölçü, ticari satımlarda alıcının (veya satıcının) temerrüdü ile ilgili düzenlemelerde, malın borsa veya piyasa fiyatı olarak kabul edilmiştir (yeni BK. md. 213, 236). İfaya olan menfaat, soyut yöntemle malın borsa veya piyasa fiyatı esas alınarak yapılacak olduğu varsayılan, farazî ikame işlemiyle tespit edilmektedir²¹⁰.

Soyut yönleme göre ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesi edim konusu için borsa veya piyasa fiyatının mevcut olmasını gerektirir. Malın piyasa veya borsa fiyatı yoksa satılabileceği belli bir değer bulunması yeterlidir.

3.2.1.3. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönme ve Menfi (Sözleşmenin Hükümsüz Kalmasından Doğan) Zararın Tazmini

3.2.1.3.1. Temerrüt Sonucu Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönme

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya ek süre verilmesine rağmen borcunu ifa etmemekte ısrarlı olması durumunda alacaklıya tanınan haklardan biri de sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmini istemidir. Sözleşmeden dönülmesi, sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde feshi olarak da ifade edilmektedir²¹¹. Bu tür feshin en belirgin özelliği, sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılarak yok sayılması, daha açıkçası hiç sözleşme yapılmamış gibi başa dönülmesidir. Bu tür feshin sonuçları, yukarıda açıklanan ileriye yönelik fesihden daha ağırdır. Eski BK. md. 106/f.2’de “akdi fesh edebilir” ifadesi kullanılmış idi. Bu ifade isabetli değildi. Fesih, sürekli bir borç ilişkisinde sonradan ortaya çıkan bir

²¹⁰ Eren, s. 359; Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 2192.

²¹¹ Aydemir, s. 406.

nedenle, sözleşmenin ileriye yönelik olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder²¹². Burada ise alacaklı sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır. Eski BK. md. 106’da öngörülen seçimlik hakkın bir fesih değil, dönme olduğu haklı olarak kabul edilmektedir²¹³. Yeni BK. md. 125/f.2 isabetli olarak bütün tartışmalara son verip “fesih” yerine “dönme” terimini kullanmıştır²¹⁴. Alacaklının seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yönünde kullanıp kullanmamakta somut olayın niteliğine göre kendi özgür iradesi ile karar verecektir²¹⁵. Ancak tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerden olan “kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde” tarafların sözleşmeden dönme konusunda anlaşma sağlayamamaları, bir tarafın sözleşmeden dönme iradesinin diğer tarafça kabul edilmemesi halinde, sözleşmeden dönmek isteyen tarafın hâkimin kararına ihtiyacı bulunduğu, sözleşmeden dönmeye mahkemece karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁶.

Alacaklı seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yolunda kullanacak ise, bu durumda, borçludan sadece menfi zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceğini hesaba katmalıdır. Buna karşılık, alacaklı sözleşmeden dönme hakkını seçtiğinden, kendi edimlerini ifa etmekten kurtulacağını, daha önceden ifade bulunmuş ise, bunların iadesini talep edebileceğini göz önünde tutacaktır.

Alacaklının sözleşmeden döndüğünde sadece menfi zararlarını talep edebileceğine ilişkin kural emredici bir kural değildir²¹⁷. Taraflar dönme halinde müspet zararların da talep edilebileceği konusunda bir anlaşma yapabilirler. Böyle bir anlaşma mevcut ise, alacaklı sözleşmeden dönmesine rağmen, müspet zararlarının da tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının sonuçlarını BK. md. 125/f.3’de düzenlemiştir. Buna göre, alacaklı kendi edimini ifa etmekten kurtulacağı gibi, bunu daha önce ifa etmişse iadesini talep edebilecektir. Bunun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulama bulacağı tartışma konusu değildir, çünkü

²¹² Uygur, (Ankara 2010). (3 cilt). s. 2197.

²¹³ Serozan, s. 80 vd.; Buz, V. (1998). s. 87. *Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme*. Ankara.

²¹⁴ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 707.

²¹⁵ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 357.

²¹⁶ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 708.

²¹⁷ Kılıçoğlu, (Ankara 2008). s. 229.

bu maddenin yer aldığı BK.'nın “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde” kenar başlığı, konuya açıklık getirmektedir.

Alacaklı edimini daha önceden ifa etmişse, bunun iadesi istemi sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BK. md. 77 vd.) (eski BK. md. 61) dayanacaktır²¹⁸. Bunun sonucu olarak, alacaklının iade istemi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresine tâbi olacaktır.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, borçlunun kusur koşulunu gerektirmez. Borçlunun temerrütte kusuru bulunmasa bile, alacaklı, sözleşmeden dönebilir. Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu değilse, alacaklının uğradığı menfi zararlarının tazmin edilmesi gündeme gelmeyecektir²¹⁹. BK. md. 125/f.3, (eski BK. md. 106) bu konuda borçluya temerrüde düşmede kusursuzluğunu kanıtlamak suretiyle, alacaklının menfi zararlarını tazmin etmekten kurtulma olanağını tanımıştır. Müspet zararın tazmininde olduğu gibi, menfi zararın tazmininde de temerrüdün borçlunun kusuruna bağlı olan bir sonucu söz konusudur.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmesinin yaygın şekli olan inşaat sözleşmesinde yüklenicinin işi kararlaştırılan tarihte bitirmemesi, inşaat yerini terk ederek gitmesi veya ifadan kaçınması şeklinde gerçekleşen temerrüdü durumunda, iş sahibi sözleşmeyi baştan geçersiz kılmakla yani sözleşmeden dönmekle yararını koruyabilecek ve olası daha büyük zararlardan sakınabilecektir. Bu haliyle sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde feshinin en belirgin özelliği ve sonucu, aradaki ilişkinin yok sayılarak başlangıçtaki duruma yani sözleşme yapılmadan önceki duruma dönülmesidir. Bu tür fesihte, sözleşme ortadan kalktığı için feshin sonucuna bağlı olarak, temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer taraf ödemiş olduğu bedeli geri isteyebileceği gibi, borçlu da yapmış olduğu imalat ve tesisleri alıp götürme hakkına sahip olacak, ancak götürmedikleri için feshedilmiş sözleşmeye dayanarak bir bedel isteyemeyecektir²²⁰.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın da sözleşmeden dönmesi mümkündür. Örneğin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan

²¹⁸ Reisoğlu, (22. Baskı). s. 370.; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 363.

²¹⁹ Oğuzman, ve Öz, s. 359.

²²⁰ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 209.; Reisoğlu, (22. Baskı). s. 375.

inşaat sözleşmesinde, üzerinde inşaat yapılacak yerin yükleniciye teslim edilmekten kaçınılması durumunda yüklenici sözleşmeden dönebilir²²¹.

Sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde feshi de tek taraflı bir bildirimle yapılabilir²²². Bu husustaki bildirim geçerliliği, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir²²³. Taraflar feshin haklı olmadığı savunmasında bulunabilir.

Sonuç olarak söylenebilir ki, taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda, diğeri edimin ifası ve tazminatla ilgili isteminden vazgeçtiğini hemen bildirerek sözleşmeden dönmesi, kendisine tanınmış olan bir haktır. Sözleşmeden dönme, aradaki hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır²²⁴. Sözleşmenin bu şekilde sonlandırılması, niteliği itibariyle başlangıçtaki duruma dönmeyi ve sözleşmesel yükümlülükler yönünden gelecekteki sürecin ortadan kaldırılmasını zorunlu kılar.

İfa ve gecikme tazminatından vazgeçilerek sözleşmeden dönülmesi sonuçunda istenebilecek zarar, olumsuz (menfi) zarar niteliğindedir.

Böylesine bir katı kural, formel (biçimsel) hukukun gereği olsa bile, sözleşmeden dönme, tarafların nedensiz sebepsiz zenginleşmesi sonucunu doğurmamalıdır. Hukukun bir işlevinin de taraflarla ilgili dengelerin korunmasına yönelik olmasıdır. Bu bağlamda yukarıdaki olasılıkların göz önüne alınarak sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde feshinin uygun olup olmayacağını değerlendirilmesi gerekir.

3.2.1.3.2. Edimin İfa Edilmemesi Sebebiyle Sözleşmenin Hükümsüz Kalmasından Doğan Menfi Zararın Tazmini

Menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır²²⁵. Alacaklının sözleşme yapılmasaydı uğramayacağı zararlar buraya

²²¹ Uygur, T. (1993). s. 127. *Açıklamalı-içtihatlı inşaat hukuku eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*. Ankara.

²²² Oğuzman, s. 469.

²²³ Serozan, (*İfa Engelleri*). s. 63.

²²⁴ Baştuğ, İ. (1984). s. 167. *Borçlar hukuku*. İzmir: İzmir Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi.

²²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1020.

girer²²⁶. Buna göre, müspet zararda, sözleşme ifa edilmiş olsaydı doğmayacak olan zararlar söz konusu olduğu halde; menfi zararda, sözleşmenin ifa edilmemesi değil, yapılmamış olsaydı doğmayacak olan zarar söz konusudur. Borçlu sözleşmeye aykırı hareket ettiğinde, alacaklı sözleşmeden dönmüş ve sözleşmenin hüküm ifade etmemesi sonucu bir zarara uğramıştır²²⁷. Alacaklı sözleşmeden dönme yolunu seçtiğinde, artık bunun ifa edilmemesinden dolayı bir zararından söz edilemez. Bu nedenle, sözleşmeden dönen alacaklı, borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zarar iddiasında bulunamaz, bunların tazmin edilmesini talep edemez.

Menfi zarar kalemlerine şunların girdiği kabul edilmektedir²²⁸:

- Sözleşmenin yapılması giderleri, harçlar, posta giderleri, noter masrafı vs.,
- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edimin kabulü için yapılan masraflar,
- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zararlar (gönderilen eşyanın yolda kaybolması gibi zararlar),
- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar,
- Dava masrafları,
- Fırsat kaybı zararları²²⁹.

Bu zarar kalemlerinden fırsat kaybı zararları, alacaklının sözleşmeden dönme yolunu tercih ettiği takdirde, kazanç kaybı talep edememesinden doğan haksızlığı gidermeyi amaçlamaktadır.

Fırsat kaybı zararında, alacaklı sözleşmeden dönmesine rağmen, döndüğü bu sözleşmeyi yapmamış olsaydı, daha elverişli koşullarla yapacağı başka bir sözleşme

²²⁶ Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 391.

²²⁷ Arsebük, s. 835.

²²⁸ Yarg. HGK. (16. 5. 1999). E. 1999/13-201; K. 1999/294. Ankara: *YKD*. yayın no. 133. s.45-46.

²²⁹ Yarg. 15. HD. (30.10.2010). E. 4276, K. 5960; Yarg. 15. HD. 23.5.2010, E. 2006, K. 2885. “Sözleşmenin feshi halinde davalı ile sözleşme yapılmadan önce en yakın teklifte bulunan kimse ile–yoksa sözleşme tarihinde en yakın teklifin ne olması gerektiğinin bilirkişice saptanması suretiyle–sözleşme yapmak fırsatının kaçırılması sonucu, bu teklif fiatı ile fesihden sonra yapılan sözleşme arasında farka hükmetmek gerekir” Erişim tarihi: 14 Haziran 2012: <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>; Uygur, (3 cilt). (2. Baskı). s. 3704.

fırsatını kaybetmesinden doğan zarar söz konusudur²³⁰. Borçlu temerrüde düştüğü için alacaklı sözleşmeden dönmüştür. Hâlbuki alacaklı bu sözleşmeyi yapmamış olsaydı, aynı ya da daha elverişli koşullarla yapacağı başka bir sözleşme fırsatını kaçırmamış olacaktı.

3.2.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Aynı Anda İfa Yükümlülüğü Bulunan Hallerde Ödemezlik Def'i

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede edimini önceden ifa ile yükümlü olan taraf, muaccel olan borcunu ifa etmezse borca aykırı davranmış olur ve bunun sonuçlarına katlanır²³¹. Fakat, taraflar için önceden ifa yükümlülüğü mevcut değilse, her iki tarafın edimlerini aynı anda ifa etmeleri gerekir. Kendi edimini ifa etmeyen borçlunun, diğer tarafın edimini ifa etmesini istemesinin haklı bir sebebi yoktur²³². Önceden ifada bulunmamak, karşı tarafa bir güvensizliğe dayanıyorsa, karşı tarafın da aynı güvensizliği önceden ifa isteminde bulunan borçluya duyması doğaldır²³³. Örneğin: Satıcı malı teslim borcunu yerine getirmediği halde, alıcıdan önce bedelin ödenmesini talep edemez. Aksi halde, önceden ifa yükümlüsü olmayan borçlu, alacaklıya karşı BK. md. 97 gereğince ödemezlik def'ini (önceden ifada bulunmak zorunda olmadığını) ileri sürebilir. Ödemezlik def'i, tam iki tarafa borç yükleyen ve önceden ifa yükümlülüğü bulunmayan bir sözleşmede, kendi edimini yerine getirmeyen tarafa karşı diğer tarafın ileri sürdüğü bir savunmadır.

3.2.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Bir Tarafın Ödeme Güçsüzlüğü Halinde “Def'i Ve Fesih” Hakkı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri kendi ediminin ifasının karşılığında diğer taraftan bir hak sahibi olacak ise, bu durumda bu karşı alacağının tehlikede bulunmaması gerekir²³⁴. BK. bu durumda taraflara belirli

²³⁰ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 712.

²³¹ Oğuzman, ve Öz, s. 364.

²³² Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 545.; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 392.

²³³ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 545.

²³⁴ Reisoğlu, (22. Baskı). s. 380.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1022.

koşullar altında ifadan kaçınma ve istenen güvence verilmeyince sözleşmeden dönme olanağını tanımıştır (BK. md. 98) (eski BK. md. 82). Doktrinde ve bazen de uygulamada buna ödemezlik def'i de denilmektedir. Ayrıca taraflardan her biri, önceden ifa yükümlülüğü bulunmadığı durumlarda da kendi edimini ifa ederek ya da ifasını teklif ederek borç ödemede güçsüzlüğe düşen tarafın durumu düzelineceye kadar kendi ediminin ifasından ödemezlik def'inden yararlanarak kaçınabilecektir. Fakat bunun asli edimin ifasına ilişkin olup olmaması konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Madde, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme mevcut ise bunun mümkün olacağını ifade etmiştir. Bundan anlaşılana, önceden ifa yükümlülüğünün taraflar arasındaki ister tam olsun ister eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden kaynaklanmasıdır. Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, bir tarafın, diğer taraftan bir hakkı bulunmadığı için, diğer tarafın mali ve ekonomik durumunun bozulması kendisi için bir tehlike yaratmaz²³⁵. Bu maddenin uygulama alanı bulması için sözleşme satım, kira, eser, lisans, yayın (neşir) sözleşmesi gibi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmalıdır.

Önceden ifa yükümlüsü olan taraftan alacaklı olan diğer taraf borç ödemediği güçsüzlük (acz) haline düşmüş ise diğer taraf borcundan kurtulacaktır²³⁶. BK. alacaklının özellikle iflas etmesi veya aleyhindeki haczin sonuçsuz kalmasını ifadan kaçınma hakkına örnek göstermiştir. Ancak, alacaklının borç ödemediği güçsüzlük haline düşmesini mutlaka iflas veya haczin sonuçsuz kalması ile sınırlı tutmamak gerekir. Alacaklının borçlarından kurtulmak için, adresini ve izini kaybettirip, ortadan kaybolması, konkordato başvurusunda bulunması gibi haller de alacaklının borç ödemede güçsüzlük haline düşmesi olarak nitelendirilebilir²³⁷.

3.2.4. Hasardan (Beklenmedik Halden) Sorumluluğun Borçluya Geçmesi

İster tam iki tarafa borç yükleyen isterse eksik iki tarafa borç yükleyen isterse de çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olsun BK. md. 119 (eski BK. md. 102), “Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumludur”

²³⁵ Havutçu, s. 86 vd.

²³⁶ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 547.; Barlas, s. 95.

²³⁷ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 586.

hükümünü getirmiştir. Bu hükme göre, temerrüdün koşullarının gerçekleştiği andan itibaren, bir verme borcu söz konusu olduğunda, buna isabet edecek olan hasardan borçlu sorumlu tutulacaktır²³⁸. Hasar, borçlunun kendisi ve işletmesi dışında meydana gelen bir olay sonucu, borç konusunun yok veya tahrip olmasıdır²³⁹. Borçlu, temerrüde düştüğü andan itibaren meydana gelen bu tür hasarlardan sorumlu tutulacaktır. Borçlu temerrüde düşmemiş olsaydı, sonradan meydana gelen bu olay nedeniyle edimin ifası imkânsız hale gelmiş ise, BK. md. 136 (eski BK. md. 117) gereğince borç son bulacak ve sorumlu tutulmayacaktır. Kanun koyucu, borçlunun borcunu zamanında ifa etmesini temin etmek, yani temerrüdü önlemek amacıyla, bu ağır sonucu öngörmüştür.

BK. borçluya beklenmedik halden dolayı sorumluluktan kurtulabilme olanağını tanımıştır. “BK. md. 119/f.2 (eski BK. md. 102) hükmüne göre “Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir”. Borçlunun beklenmedik halden dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için, borç konusunu temerrüde düşmeden zamanında ifa etmiş olsaydı, beklenmedik halin alacaklının elindeki ifa edilen borca isabet edeceğini kanıtlamalıdır²⁴⁰. Borçlu, burada zamanında yapılacak bir ifanın alacaklının elinde aynı kaza sonucu yok ya da tahrip olacağını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Örneğin: borçlunun zamanında teslim etmediği hayvanlar, sel baskını sonucu telef olmuştur. Hâlbuki borçlu bunları zamanında teslim etmiş olsaydı, aynı sel baskınının alacaklının ahırına da isabet ettiğini, bu nedenle alacaklının hayvanlarının da telef olacağını kanıtlayabilirse, hasardan sorumlu tutulmayacaktır.

Borçlunun beklenmedik halden dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için, bazı yazarların aksine görüşlerine rağmen²⁴¹, ayrıca temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu kanıtlaması gerekmez. Kaza daima borçlunun kendisi ve işletmesi dışında,

²³⁸ Uygur, (3 cilt). Ankara 2010. s. 2200.

²³⁹ Önen, (Gazi 1984). s. 53.

²⁴⁰ Reisoğlu, (22. Baskı). s. 385.

²⁴¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1242; Oğuzman, ve Öz, s. 365.

kusuru olmadan meydana gelen olaylardır²⁴². Borçlunun kusuruna dayanan olayları beklenmedik hal olarak değerlendirmek mümkün değildir. BK. md. 119/f.2’de (eski BK. md. 102’de) borçlunun iki tür sorumluluktan kurtulması düzenlenmiştir: Bunlardan birincisi, zarardan; ikincisi ise, beklenmedik halden sorumlulukla ilgilidir. Maddede yer alan “Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını” ispat ederek sorumluluktan kurtulması, zarardan sorumluluk ile ilgili olup; “borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini” ispat ederek sorumluluktan kurtulma ise, beklenmedik halden sorumlulukla ilgilidir. Fakat borçlu kusursuzluğunu ispat edemezse sorumlu tutulacaktır. Ayrıca bu sorumluluk da asli edimin ifasında temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer tarafın istemi üzerine sorumlu tutulacağı müspet zararın tazmini gibi ikinci derece tali edim yükümlülüğü niteliğindedir.

3.2.5. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Taraflardan Birinin Para Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları

Birçok borç ilişkilerinde ifanın konusunun para olması nedeniyle, kanun koyucu, temerrüdün para borçlarıyla ilgili sonuçlarını ayrıca hükme bağlamıştır²⁴³. Para borcuna yol açan borcun kaynağı ne olursa olsun para borcunda temerrüdü düzenleyen Borçlar Kanunu’ndaki hükümler uygulama bulur²⁴⁴. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin para borcunda temerrüde düşmesi durumunda da temerrüde ilişkin BK. md. 120-122’deki (eski BK. md. 103-105’deki) genel hükümler uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle para borcu karşılıklı borç doğuran sözleşmeyle ilgili olsa bile, temerrüdün para borçlarına ilişkin genel hükümleri aynen uygulanabilecektir.

Borçlunun temerrüdünün para borçlarına ilişkin olarak iki genel sonucu öngörülmüştür²⁴⁵. Sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasına

²⁴² Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 399.

²⁴³ Şenyüz, D. (2005). s. 36. *Borçlar hukuku genel hükümler, özel borç ilişkileri*. Bursa 2005.

²⁴⁴ Okçuoğlu, Y. (1996). s. 76. *Temerrüt faizinden oluşan para alacağının geç ödenmesi nedeniyle tazminat istenebilir istenemeyeceği (sekizinci ticaret hukuku ve Yargıtay kararları sempozyumu)*. Ankara.

²⁴⁵ Barlas, s. 127 vd.

bakılmaksızın, taraflardan birinin para borcunda temerrüde düşmesinde diğer tarafın sahip olduğu haklar, temerrüt faizi ve temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın (munzam) zararın tazminidir. Aşağıda, para borçlarında temerrüdün bu iki genel sonucu üzerinde kısaca duracağız.

3.2.5.1. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, para borcunun ifasında gecikme nedeniyle ödenmesi gereken faizdir. Faiz borcu, temerrüdün doğumundan para borcunun ifa edileceği güne kadar işleyen bir borçtur. O halde, alacaklı taraf, para borcunun ifası gereken tarihten ifa edilen tarihe kadar geçen dönemde paradan mahrum kalması nedeniyle faiz talep edebilme hakkına sahiptir. Alacaklının talep etmeye hakkı olduğu temerrüt faizi, paradan temerrüt süresince mahrum kalması nedeniyle uğradığı asgari zararı karşılamaktadır.

Eski BK. md. 103 hükmüne göre: “Bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için . . . faiz tediyesine mecburdur”.

Bu maddenin yerini alan yeni BK. md. 120 üç fıkra halinde şu hükümleri getirmiştir:

“Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur”.

Bu hükme göre, kaynağı ne olursa olsun, borçlu, borç ilişkisinden doğan para borcunu ifada temerrüde düştüğünde temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır.

Borçlunun temerrüdünün para borcunda temerrüt faizine ilişkin sonucu kusur sonucunu gerektirmez. Borçlu temerrüde düşmede ister kusurlu olsun, ister olmasın temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür²⁴⁶. Bu nokta, temerrüt nedeniyle doğan zararın tazmini ile temerrüt faizi borcu arasındaki önemli farklardan biridir. Borçlu, BK. md. 118 (eski BK. md. 102) gereğince, temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispatladığında, alacaklının doğan zararını tazmin etmekten kurtulabildiği halde, para borçlarında temerrüt faizi ödemekten kurtulamaz²⁴⁷. Özellikle vurgulayalım ki, burada da alacaklının gecikme tazminatı kapsamında temerrüt faizi talep etmesiyle borçlunun aslî edim yükümlülüğünün yerini talf (ikinci derecedeki) tazminat yükümü alırken, kanunda alacaklının ediminin ne olacağı düzenlenmemiştir.

3.2.5.2. Aşkın (Munzam) Zarar

Aşkın zarar, borçlunun para borcunu ifada gecikmesi nedeniyle, faizin, alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı zararı karşılayamaması hallerinde söz konusu olabilir. Alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı zararın temerrüt faiziyle karşılanamaması, özellikle ifada gecikilen zaman süreci içinde, yani ifada temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadarki sürede, para değerinde meydana gelen değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması halinde söz konusu olur²⁴⁸. Borçlu, borcunu zamanında ifa etseydi, alacaklı taraf, tahsil ettiği parayı para değerindeki düşmeden etkilenmeyecek yatırım araçlarında kullanmak suretiyle zarara uğramayacaktı²⁴⁹.

Aşkın zarar, özellikle enflasyonun yaşandığı ülkeler bakımından önem taşımaktadır²⁵⁰. Enflasyonun yaşanmadığı ülkelerde, temerrüt faizi, para borcunun ifasındaki gecikmeden doğan zararı karşılamaktadır. Bu nedenle, bu ülkelerde aşkın zarar sorunu ender hallerde gündeme gelebilir. Bu ender haller, ancak alacaklının,

²⁴⁶ Pekcanitez, H. (1994). s. 54. *Medenî usul ve icra iflâs hukukunda yabancı para alacaklarının tahsili*. Ankara.

²⁴⁷ Daha detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 584.

²⁴⁸ Şirin, Ş. (1996.) s. 84. *Hukukumuzda faizi aşan munzam zarar ve faiz*. İstanbul; Domaniç, H. (1990). s. 113. *Faizle karşılanmayan zararların giderilmesini sağlayan BK. md. 105 ve diğer hükümler*. İstanbul.

²⁴⁹ “Temerrüt Faizi İle Karşılanmayan Zarar” kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Barlas, s. 188 vd. ile özellikle de “Temerrüt Faizini Aşan Zararın Görünüm Biçimleri” başlığı altındaki açıklamalar için bkz. s. 195-213.

²⁵⁰ Ayrancı, s. 122.

borçlunun zamanında yapacağı ifadan sonra parasını, daha değerli bir yabancı paraya çevireceğinin kanıtlandığı hallerde söz konusu olabilir.

Türkiye’de, 1970’li yıllardan itibaren her geçen gün artan enflasyon, kanun koyucuyu harekete geçirip, alacaklıyı enflasyona karşı koruyucu önlemleri almaya sevketmiştir²⁵¹. Eski BK. md. 83’de 23.11.1990 tarihinde 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu “yabancı para borçlarının fiilî ödeme tarihindeki kur karşılığının” talep edilebilecek; aynı kanunla, MK’na eklenen 766 “a” (yeni TMK. md. 851) maddesiyle, taşınmaz rehninin yabancı para üzerinden tesis edilebileceği kabul edilmiştir²⁵².

Kılıçoğlu’na göre “aşkın zararın” menfi ya da müspet zarar türünden birine dâhil etme yönünden bir zorunluluk yoktur²⁵³. BK. md. 122, alacaklının “temerrüt faizini aşan zarardan” söz etmektedir. Somut olayın niteliğine göre, bu zarar müspet ya da menfi zarar olabilir. Faizle karşılanmayan zarara yol açan alacağın sebebi sözleşme ise, alacaklı koşulları varsa, faizle karşılanmayan zararını müspet zarar olarak talep edebilecektir²⁵⁴. Fakat burada da yine alacaklının gecikme tazminatı kapsamında aşkın zarar talep etmesiyle borçlunun aslî edim yükümlülüğünün yerini talî (ikinci derecedeki) tazminat yükümü alırken, kanunda alacaklının ediminin ne olacağı düzenlenmemiştir.

3.2.5.3. Yabancı Para Alacaklarında Aşkın Zarar

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının uğradığı aşkın zarar açısından, özellikle yabancı para üzerinden yapılmış bir sözleşmeden doğan alacağın, Türk Lirası üzerinden tahsilinden sonra kur farkına dayanan aşkın zarar iddiasına değinmek gerekir.

Yabancı para borçlarında, temerrüde düşen borçludan, alacaklı, borcun ülke parasıyla zamanında ifa edilmemesi halinde, bunu yabancı paraya çevirememesinden

²⁵¹ Kılıçoğlu, (Ankara 2008). s. 237.

²⁵² Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 579.

²⁵³ Kılıçoğlu, (Ankara 2008). s. 650.

²⁵⁴ Ayrancı, s. 124; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 1073.

doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilir²⁵⁵. Edimin zamanında ifa edilme-
mesi nedeniyle uğranılan zarar kalemlerine paranın yabancı paraya çevrilmesi
nedeniyle kur kaybından doğan zararlar girer²⁵⁶. Kur kaybından doğan zararların
tazmini isteminde bulunan alacaklının, borçlu zamanında ifada bulunsa idi, ÷lke
parasını yabancı paraya çevireceğini ispat etmesi gerekir²⁵⁷. Yineleyelim ki, yabancı
para üzerinden yapılmış bir sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen muhtevaya
sahip olması durumunda temerrüde düşen taraftan alacaklı olan diğer tarafın karşı
edime olan menfaati dikkate alınarak aşkın zararın tazminini talep etmesiyle
borçlunun aslı edim yükümlülüğünün yerini talf (ikinci derecedeki) tazminat yükümü
alacağı bir gerçektir. İnceleme konumuz temerrüt olduğundan bu açıklamalarla
yetineceđiz.

3.3. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TARAF LARDAN BİRİNİN KISMİ TEMERRÜDE DÜŞMESİ

Bölünebilir nitelikte ve tamamı muaccel olan bir edimin sadece bir kısmının
ifa edilmesi halinde, temerrüdün diğer şartları da mevcutsa, borçlu ifa edilmeyen
kısım için temerrüde düşmüş sayılır. Kısmî temerrüt, ek süre tayininden önce
alacaklının kısmî ifayı kabul etmesi ile ortaya çıkabileceği gibi, tayin edilen ek süre
içinde kısmî ifa teklifinin kabulü ile de ortaya çıkabilir²⁵⁸. Her iki halde de, sözleşme
ifa edilen ve edilmeyen kısım olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklının müspet zararın
tazmini talebini veya sözleşmeden dönme hakkını, ek süre tayininden önce veya ek
süre tayini içinde, sadece ifa edilmeyen kısım veya akdî ilişkinin tamamı için
kullanıp kullanamayacağı sorunuyla karşılaşmış oluyoruz²⁵⁹.

²⁵⁵ Karayalçın, Y. (1987). s. 36. *Yabancı para borcunun vadede ödenmemesi ile ilgili problemler (dördüncü ticaret hukuku ve Yargıtay kararları sempozyumu)*. Ankara.

²⁵⁶ Öcal, A. (1967). s. 114-158. *Munzam zarar*. (3 cilt). Eskişehir: İTİAD; Şeref E. (1997). s. 210. *Türk borçlar kanunu ve medeni kanun: ilgili mevzuat ve sözlük*. İzmir.

²⁵⁷ Uyar, T. (1993). S. 7-9. *Yabancı para alacaklarının tahsilinde ortaya çıkan sorunlar*. (C. 68). İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi.

²⁵⁸ Havutçu, s. 137.

²⁵⁹ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 692.; Eren, (3 cilt). (Ankara 2010). s. 2213.

Doktrinde hâkim görüşe göre, kısmî temerrüt halinde alacaklı sadece edimin ifa edilmeyen kısmı ile ilgili olarak seçimlik haklarını kullanabilir²⁶⁰.

Kısmî ifaya rağmen alacaklı istisnaen seçimlik haklarını sadece ifa edilmeyen kısımlar için değil, edimin tamamı için kullanabilir²⁶¹. İstisnai durum, alacaklının kısmî ifada menfaatinin olmamasıdır.

3.4. YAN EDİM YÜKÜMÜNÜN İFASINDA TEMERRÜT

Aslî edim yükümüne tâbi ve tâli nitelik taşısalar da, bağımsız bir yan amaca sahip olan aslî edimden bağımsız olarak ifaları talep ve dava edilebilen edim yükümleri niteliğindeki yan edim yükümünde de borçlu temerrüde düşebilir²⁶². Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede sadece yan edim yükümünün ifasında temerrüt varsa iki sorun ortaya çıkar. Birinci sorun, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümlerin yan edim yükümünün ifasında temerrüt halinde de uygulanıp uygulanamayacağıdır. İkincisi sorun ise, uygulanabilirliğin kapsamı, yani sadece yan edim yükümüyle ilgili olarak mı, yoksa aslî edim yükümünü de kapsayacak şekilde mi uygulama imkânının olacağıdır.

Bu problemlerden ilkinde verilecek cevap, yan edim yükümünün synallagma ilişkisi içinde yer alıp almamasına göre değişir. Yan edim yükümü tarafların iradeleri ve somut olayın özelliklerine göre aslî edim yükümü yanında sadece tâbi ve tâli bir anlama sahip olmayıp, aslî edimle birlikte karşı edimin borçlanılmasının sebebini teşkil edecek şekilde, sözleşmenin önemli muhtevası haline getirilmişse, synallagma ilişkisine dâhildir²⁶³. Bu durumda, alacaklının edimini taahhüt etmesinin sebebi ve amacı, karşı tarafın aslî ve yan edimin birlikte taahhüt edilmesidir. Bu şekilde synallagma ilişkisine dâhil olan yan edimin ifasında gecikme halinde de, tam iki

²⁶⁰ Havutçu, s. 138.

²⁶¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 1054.

²⁶² Eren, (3 cilt). (3.Baskı). s. 265.

²⁶³ Bkz.: yukarıda, sh. 18'de verilen açıklamalar. Ayrıca, Havutçu, s. 140'ta tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mübadele ilişkisi içinde yer almayan yan edim yükümünün ifasında temerrüdün de, mübadele ilişkisini zedeleyebileceğini, bu sebeple İsviçre Borçlar Kanunu'nun 107. maddesini karşılayan Türk Borçlar Kanunu'nun 123 ve 125'inci maddelerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümler, uygulama imkânına kavuşur²⁶⁴.

İfasında temerrüde düşülen yan edim yükümü edimlerin karşılıklılığı ilişkisine dâhil ise, ikinci problemin cevabı, yan edim yükümünde temerrüdün edimlerin karşılıklılık ilişkisini, edimler arasındaki mübadele amacını tamamıyla tehlikeye sokup sokmamasına bağlıdır. Eğer yan edimde temerrüt, edimler arasındaki mübadele amacını tamamıyla tehlikeye düşürmüyorsa, kısmî temerrüt hükümlerine kıyasen, alacaklı yalnız yan edim ile ilgili olarak seçimlik haklarını kullanabilir²⁶⁵. Fakat yan edimde temerrüt, edimler arasındaki mübadele amacını bütünüyle tehlikeye sokmuşsa, alacaklıdan yan edim olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olduğu beklenebiliyorsa, aslî edimi de kapsayacak şekilde seçimlik haklar kullanılabilir.

Sonuç olarak karşılıklılık ilişkisi içinde yer alan yan edimin zamanında ifa edilmemesi, edimin tam olarak veya kısmen ifa edilmemesi ile aynı sonuçlar doğurmaktadır. Bu bakış açısı altında, ifa sonucunun sağlanması önem taşımaktadır. Yan edim yükümünün yerine getirilmemesi, tarafların iradelerine göre ulaşması arzulanan ifa sonucunun sağlanmasını engelliyorsa, edimin tamamının ifa edilmemesi, ifasında gecikmesi olarak kabul edilir.

3.5. SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

Yeni Borçlar Kanunu sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceğini hükme bağlamıştır.

BK. md. 126'nın "Sürekli edimli sözleşmelerde" kenar başlığını taşıyan hükmü şu şekildedir:

"İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek,

²⁶⁴ Aksi görüş için bkz.: Uygur, (3 cilt). (Ankara 2010). s. 2213.

²⁶⁵ Karş.; Eren, (2 cilt). (9. Baskı). s. 344.

sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

Bu hükümler öğreti ve yargı kararlarında özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde kabul edilen geçmişe değil ileriye (geleceğe) etkili olarak sona erdirme görüşü genel bir kanun hükmü halinde getirilmiştir.

Bu hükümle Borçlar Kanunu’na “ani ve sürekli edimli sözleşme” kavramı girmiş bulunmaktadır²⁶⁶.

Bir sözleşmede borçlunun edimi bir tek ifaya bağlanmış ve bir tek ifayla borç son bulmakta ise ani edimli sözleşme söz konusudur. Örneğin: Satım sözleşmesinde alıcının edimi ani edimdir, zira satılanın mülkiyetini alıcıya geçirmesiyle borcunu ifa etmiş olur.

Bir sözleşmede borçlunun edim borcu bir tek ifa eylemiyle son bulmayıp, bir kaç eylem içeriyorsa sürekli edim borcu ve sözleşmesi söz konusudur²⁶⁷. Örneğin: Kira sözleşmesinde kiralayanın kiralananı kullandırma borcu ile kiracının kira bedelini ödeme borcu süreklilik arz eder.

Ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı sözleşmeden dönebilir ve geçmişe etkili olarak sözleşme taraflar arasında başından itibaren ortadan kaldırılabilir. Buna karşılık kiracı, bedelini ödemediğinde düştüğünde kiralayan sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebilir. Maddede “sürekli edimli sözleşme”den söz edilmiş, bunun karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olabileceğinden söz edilmemiştir. Ancak böyle bir açıklık olmamasına rağmen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de BK. md. 126 hükmünün uygulanabilmesi olanaklıdır. Zira bu madde “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde” borçlunun temerrüdünü düzenleyen kenar başlık altında yer almaktadır.

BK. md. 126 dönme yerine ancak fesihten söz edebilmek için sözleşmenin sürekli edimli olmasını yeterli görmemiştir. Bunun için sürekli edimli sözleşmenin “ifasına başlanmış” olması gerekir.

²⁶⁶ Buz, s. 114.

²⁶⁷ Şenyüz, s. 54.

Kanunda ifanın sayısı ya da miktarı gibi bir ölçüye yer verilmemiş olup, “ifasına başlanmış” olması yeterli görülmüştür²⁶⁸.

Alacaklının sürekli edimli sözleşmede de dönme yerine fesih hakkını kullanabilmesi için borçlunun temerrüdünün koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

Maddede öngörülen bu koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştır.

Alacaklı ya gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talep edebilecek ya da sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden (yani feshedilmesinden) dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir. Alacaklıya bunun dışında BK. md. 125 f.2’de yer alan “sözleşmeden dönme” hakkına yer verilmiştir.

²⁶⁸ Kılıçoğlu, (Ankara 2011). s. 698.

SONUÇ

Çalışmada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt, birkaç yönden incelenerek aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından her birinin, diğerinin edimi karşılığında, onun edimiyle mübadele etmek üzere en az bir edim taahhüdü altına girdiği, edimlerin karşılıklı olarak birbirinin sebebini oluşturduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisi, sözleşmenin kurulması aşamasında olduğu gibi, sözleşmenin devamı sırasında ve edim yükümlerinin ifası aşamasında akdî ilişkiye hâkim olur.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları, temerrüdün genel sonuçlarından farklı şekilde düzenlenmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde, diğeri kural olarak süre tayini yoluyla sözleşmeyi feshederek müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep edebilecektir (yeni BK. md. 123-125).

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede alacaklının temerrüdü, borçlunun muaccel hale gelmiş borcun, borca uygun bir şekilde gereği gibi ifasını teklif etmiş olmasına karşılık alacaklının bu edimi kabul etmemesinde gündeme gelir. Alacaklı, önceden yapması gereken hazırlık eylemlerini yerine getirmemişse borçludan ifada bulunmasını isteyemez. Fakat borçludan ifada bulunmasını isterse, borçlu ödemezlik def'ini de ileri süremez ve bu durumda alacaklı temerrüde düşer. Ödemezlik def'inden yararlanabilmek için, her iki edim de muaccel ve ifası mümkün olmalıdır. Ödemezlik def'i tâli nitelikte yenilik doğurucu haklardandır. Yeni BK. md. 106 (eski BK. md. 90) gereğince gereği gibi ifası teklif edilen borcun alacaklı tarafında haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması, alacaklının temerrüdünü gündeme getirir. Fakat alacaklının ifayı reddi

haklı bir sebebe dayanırsa alacaklının temerrüdü gündeme gelmez. Buraya, özellikle borçlunun ifaya hazır olduğunu bildirdiği edimin sözleşmeye uygun olmaması hali girer. Örneğin: Satılan malın ayıplı olması, yapılan inşaatın projeye aykırı bulunması gibi.

Alacaklının temerrüdünün en önemli sonucu bir şeyin teslimini gerektiren borçlarda gündeme gelecektir. Alacaklının temerrüde düşmesinde borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, yeni BK. md. 110 gereğince alacaklıya karşı borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacak ve borçlu sözleşmeden dönebilecektir. Bu maddeye göre yapma borcu söz konusu olan bir sözleşmede alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınacaktır. Fakat bu durumda yine de borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak alacaklıya ediminin ifası için makul bir süre verilmesi gerekecektir. Ayrıca alacaklıya, verilen makul sürenin bitiminde borçlu tarafından ihtar çekilmesi de gerekecektir. Doktrinde de ifadesini bulduğu üzere ihtar bir hukuki işlem değildir, hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır fakat tevcihi muktezi yani yöneltilmesi gereken irade açıklamasıdır. Borçlu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de alacaklının aslî edimin ifasında temerrüde düştüğünde borç konusu bir şeyin teslimini gerektiriyorsa BK. md. 107 kapsamında tevdi hakkından yararlanmalıdır.

Uygulamada borçlunun temerrüdüne alacaklının temerrüdüne nazaran daha sık rastlanmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da alacaklı ve borçlu sıfatlarına haiz oldukları için her ikisi de borçlu sıfatıyla temerrüde düşebilir. Bu durumda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle temerrüdün genel koşulları olan yeni BK. md. 90 gereğince borcun muaccel olması ve yeni BK. md. 117/f.1 gereğince alacaklının ihtar çekmesi koşulu aranacaktır. Buna müteakip yeni BK. md. 123 gereğince temerrüdün özel koşullarından olan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin bulunması ve borçluya edimin ifa edilebilmesi için makul bir sürenin verilmiş olması aranacaktır. İhtar, borç ilişkilerinde temerrüt için aranan genel koşuldur. Yeni BK. md. 117 gereğince borçlu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Fakat ihtar yerini tutan bir durumun bulunması ihtarı gereksiz hale getirir. BK. md. 90 gereğince aksi kararlaştırılmadıkça, her borç doğduğu anda muaccel olur ve ifası istenebilir.

Dolayısıyla her borç, aksi kararlaştırılmadıkça doğduğu anda vadesi gelerek ifası istenebilecektir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya, borcunu ifa edebilmesi için alacaklı tarafından bir süre (mehil) de verilmiş ise, bu sürenin bitiminde borç yine de muaccel olur.

Borçluya edimin ifa edilebilmesi için süre verilmesi yalnız tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gündeme gelebilir. Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı, yeni BK. md. 125 gereğince üç seçimlik hakka sahiptir. Alacaklının seçimlik hakları aşağıda ele alacağımız şekilde üç seçenekten birini oluşturabilir. Birinci seçenek alacaklının yeni BK. md. 125/f.1 gereğince borçluya süre vermeksizin aynen ifa (geciken ifa) ve gecikme tazminatı istemidir. İkinci seçenek alacaklının borçluya borcunu ifa edebilmesi için süre verip bu sürenin bitiminde borçlu yine de edimini ifa etmemeye devam ederse aynen ifayı reddedip sözleşmeyi feshederek, (bozarak) yani ileriye yönelik ortadan kaldırarak, yeni BK. md. 125/f.2 gereğince (... , borcun ifa edilmemesinden doğan zararın ...) müspet zararın tazmini istemidir. Üçüncü seçenek ise, alacaklının borçluya edimini ifa edebilmesi için süre verip bu sürenin bitiminde borçlu yine de edimini ifa etmemeye devam ederse, sözleşmeden dönerek BK. md. 125/f.3 gereğince menfi zararın tazmini istemidir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı bu son iki haktan yararlanacaksa borçluya mutlaka süre vermek zorundadır. Ayrıca borçlu süre sonunda edimi ifa etmezse, alacaklı yine de borçludan aynen ifa ve geciken ifa nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteyebilir veya edimin ifasına başlanmış olduğu durumlarda yeni BK. md. 126 gereğince sözleşmeyi feshederek uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Alacaklı, somut olayın niteliğine göre, dürüstlük kurallarına aykırı olarak son iki haktan hangisini seçtiğini beyan etmediği takdirde, artık bunları kullanamaz. Bu durumda, alacaklı birinci hakkı olan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmiş sayılır. Müspet veya menfi zararların tazmini talebi ile seçimlik hakkın kullanılması, alacaklı için bağlayıcıdır. Alacaklı bunlardan birini seçtikten sonra seçimini değiştiremez.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen genel nitelikli temerrüt hükümlerine göre müspet zararın tazmininin talep edilebilmesi için şu şartlar gereklidir:

- Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mevcut olmalı;
- Borçlu, aslî edim (yani karşılıklılık ilişkisi içinde bulunan edim) yükümünü ifada temerrüde düşmeli;
- Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmalı;
- Kural olarak, alacaklı, borçluya ek süre tayin etmeli;
- Süre içinde edim ifa edilmemiş olmalıdır.

Borçlunun temerrüdünde ifanın konusu para olduğu durumlarda yeni BK. md. 120 ve 121 gereğince alacaklıya tanınmış olan haklardan biri de temerrüt faizi istemidir. Aynı zamanda borçlunun temerrüde düşmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararın temerrüt faizi ile karşılanmadığı durumlarda yeni BK. md. 122 gereğince alacaklıya aşkın (munzam) zararın tazminini isteme hakkı da tanınmıştır. Fakat bu hak sadece verme borçlarından olan para borçlarında daha çok gündeme gelir. Yapma borçlarında aşkın zarardan dolayı tazminat söz konusu değildir.

Yeni BK. md. 123-125 hükümlerinin uygulama alanı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle sınırlıdır. Bu hükümler, sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen nitelikte olsa da, sözleşmenin muhtevasında yer alan her türlü edimin ifasında temerrüt halinde uygulanmaz. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin ifasında temerrüde düşmüş olduğu edim karşılıklılık ilişkisi içinde yer alan bir edim olmalıdır. Aslî edim yükümleri, her zaman karşılıklılık ilişkisi içinde yer alan edim yükümleri olup, ifalarında temerrüde düşülmesi, alacaklıya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümlere dayanma imkânı verir. Aslî edim yükümüne tâbi ve tâli nitelik taşısalar da, bağımsız bir yan amaca sahip olan aslî edimden bağımsız olarak ifaları talep ve dava edilebilen edim yükümleri niteliğindeki yan edim yükümünde de borçlu temerrüde düşebilir. Karşılıklılık ilişkisine dâhil olsa da, sadece yan edim yükümünde temerrüdün, aslî edimi de kapsayacak şekilde müspet veya menfi zararların tazmini talebine imkân vermesi, yan edim yükümünde temerrüdün, edimler arasındaki mübadele amacını bütünüyle tehlikeye sokmasına bağlıdır. Öyle ki, alacaklıdan yan edim olmaksızın sözleşmeyi yapması beklenememelidir. Alacaklıdan yan edim olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olduğu beklenebiliyorsa, aslî edimi de kapsayacak şekilde seçimlik hakları kullanılabilir. Yan edim yükümünün yerine

getirilmemesi, tarafların iradelerine göre ulaşması arzulanan ifa sonucunun sağlanmasını engelliyorsa, edimin tamamının ifa edilmemesi, ifasında gecikilmesi olarak kabul edilir. Sonuç olarak karşılıklılık ilişkisi içinde yer alan yan edimin zamanında ifa edilmemesi, edimin tam olarak veya kısmen ifa edilmemesi ile aynı sonuçlar doğurmaktadır.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin karşılıklılık ilişkisi içinde bulunan edim yükümünü ifada temerrüde düşüp düşmediği, temerrüdün şartlarını düzenleyen genel hükümlere göre (yeni BK. md. 117) tespit edilir. Yeni Borçlar Kanunu'na göre, kusur temerrüdün şartı değildir. Borçlunun ifada kusursuz olarak gecikmesi de diğer şartlar mevcutsa, onu temerrüde düşürür. Fakat tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede karşılıklılık ilişkisi içinde bulunan edimi ifada kusursuz olarak temerrüde düşen borçlunun müspet veya menfi zararların tazmininden dolayı sorumluluğu yoktur. Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu ise müspet veya menfi zararların tazmini ile sorumlu tutulabilir. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlarsa, müspet veya menfi zararların tazminini talep eden alacaklı aynen ifa talebine geri dönebileceği gibi, tekrar süre tayin etmek suretiyle sözleşmeden dönebilir. Yeni Borçlar Kanunu md. 114/f.1 borçlunun her türlü kusurdan sorumlu tutulacağını hükme bağlamıştır. Buna karşılık yeni Borçlar Kanunu 112. ve 118. maddelerinde borçluya, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilme olanağı tanımıştır.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri temerrüde düşmüş ise, diğer taraf kural olarak temerrüde düşmüş olan tarafa süre tayin eder, süre içinde edim ifa edilmediğinde sözleşmeyi feshederek müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep edebilir. Türk Hukuku'nda süre tayinine ilişkin beyanın muhtevasında, süre içinde ifa edilmeyen edimin reddedileceği konusunda bir uyarıya yer verilmesi zorunlu değildir. Bu nedenle, süre içinde edim ifa edilmediğinde aynen ifa talebi ortadan kalkmaz. Alacaklı, aynen ifa talebinden vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmedeğinde, süre tayin edilmiş olması, o zamana kadar mevcut olan hukukî durumda bir değişikliğe yol açmaz ve alacaklı müspet veya menfi zararların tazmin edilmesini isteyemez. Ancak, borçluya yeni bir

süre tayin edilebilir ve süre sonunda edimin ifasından vazgeçildiği derhal bildirilerek müspet veya menfi zararların tazminini talep edilebilir.

Bilindiği üzere borçlu alacaklının ihtarı üzerine temerrüde düşer. Yeni BK. md. 117 gereğince muaccel hale gelmiş bir borç için alacaklı ihtar çekerek borçluyu temerrüde düşürebilir. Şunu da belirtelim ki, Rusya Federal Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararında ihtarın, yazılı şekle tabi tutularak yapılmasının temerrüdün gerçekleşmesinde geçerlilik koşulu olduğu hükme bağlanmıştır. Süre, borçluyu temerrüde düşüren ihtarla birlikte tayin edilebilir. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre tayininin ihtar anlamına gelip gelmeyeceği de doktrinde tartışmalıdır. Seçimlik hakların da, süre tayini ile birlikte, edimin süre içinde ifa edilmemesi şartına bağlı olarak kullanılması da mümkündür. Bu çerçevede, tek bir işlemle, ihtar, süre tayini ve müspet veya menfi zararların tazmini talebi ile seçimlik hakların kullanılmasına zorunluluk olmamakla birlikte, hukuken engel de yoktur.

Temerrüt sonucu edimin ifa edilmemesinden doğan zarar, alacaklının edimin tam ve doğru olarak, zamanında ifa edilmesine olan menfaatinin karşılanmasını ifade eder. İfanın reddi sonucu doğan zararlar gibi, gecikme ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlar da tazmini gereken müspet zarar kapsamına girerler.

Aynen ifadan vazgeçme beyanı şarta bağlı olarak yapılamaz ve borçlunun hâkimiyet alanına ulaştıktan sonra geri alınamaz. Vazgeçme beyanı borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmakla istenilen hukukî sonucu doğurur. Alacaklı karşı edimin aynen ifasına olan talep hakkını yitirir, borçlu da taahhüt ettiği ilk derece aslî edim yükümünü yerine getirmekten kurtulur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin sözleşmenin devamı sırasındaki karşılıklı bağımlılığı nedeniyle, alacaklının edimini yerine getirme borcunun, karşı edime olan talep hakkının sona ermesine bağlı olarak sona erip ermeyeceği tartışılabilir. Borçlar Kanunu'nun 124. maddesinde sayılan istisnai hallerde süre tayini şartı ortadan kaldırılırken, bu hallerde vazgeçme beyanına da gerek olup olmadığı konusunda açıklık yoktur. Bu konuda doktrinde başlıca üç görüş ileri sürülmüştür. Alacaklının temerrüt nedeniyle edimin ifasında menfaati kalmamışsa veya kesin vade tayin etmek yoluyla edimin mutlaka belli bir vadede yerine getirilmesinin istisnai hallerde süre tayini gibi, vazgeçme bildirim şartı da aranmamalıdır. Çünkü bu istisnai hallerde alacaklının edimin sonradan

ifasında menfaatinin kalmamış olması asıldır. Alacaklının edimin aynen ifasında menfaatinin kalmaması sebebiyle ek süre tayini gerekmezken, yine de aynen ifayı istemediğini gecikmeksizin açıklamasını beklemek, çelişkili olur. Kaldı ki, bu istisnai hallerde alacaklının edimin ifasında menfaatinin olmadığını borçlu bilmektedir. Buna rağmen kanunda kullanılan kelimelerin sözlük anlamlarına sıkı sıkıya bağlı kalarak, alacaklıyı vazgeçme bildiriminde bulunmak zorunda bırakmak, kanunun amacıyla bağdaşmaz. Çünkü alacaklı vakit geçmeksizin aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirmedeğinde, borçlu edimini kesin vadeye ya da kendisi tarafından tanınabilen menfaat yokluğuna rağmen alacaklıya teklif etme yetkisine sahip olacak, alacaklı da bunu kabul etmek ve kendi edim yükümlerinin karşılıklı değişiminde bir menfaati kalmasa bile yerine getirmek zorunda kalacaktır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 124. maddesinin ikinci ve üçüncü bentlerinin kapsamına giren durumlarda vazgeçme bildirimine gerek olmadan alacaklı müspet zararın tazminini talep edebilmeli veya sözleşmeden dönebilmelidir.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede temerrüdün sonucunu düzenleyen hükümlere dayanarak ifasında gecikilen edimi reddeden alacaklının, kendi edimini yerine getirmekten kaçınarak, fark teorisine göre müspet zararın tazmini talebinde bulunabilmesi, Türk Hukuku'nda açıkça düzenlenmemiştir. Fark teorisinin genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanabilmesi, uygulamada buna duyulan pratik ihtiyaçlar yanında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliğinin de gereğidir. Edimin ifa edilmemesi nedeni ile alacaklıya tanınan tazminat talebi, sözleşme ilişkisinin borçlu tarafından kusurlu olarak ihlâl edilmesi olgusuna dayanır ve karşılıklılık ilişkisine dayanan bir hukuki imkân değildir. Alacaklının kendi edimini aynen ifadan kurtulmaya olan menfaati ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısından doğan, karşılıklılık ilişkisine dayanan, bir menfaattir. Akdî ilişkideki menfaat durumu, alacaklıya bir taraftan borçlunun kusuru ile akdî ilişkiyi ihlâl etmesinden dolayı zararının giderilmesi talep yetkisi verirken, diğer taraftan kendi edimini yerine getirmeyerek, tazminat talebi ile karşılıklılık ilişkisine dayanan menfaatini bağdaştırma yetkisinin tanınmasını gerektirir. Fark teorisi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede, sözleşmenin sebepsel yapısının tazminat alanında hukuken somutlaştırılmasıdır.

Alacaklı edim yükümünü henüz ifa etmemişse, müspet zararın tazmini talebini fark veya mübadele teorisine göre ileri sürebilir. Alacaklı bu konuda seçim hakkına sahiptir. Fakat alacaklının kendi edimini önceden ifa ettiği hallerde, her iki teori arasında seçim yapma imkânı yoktur, alacaklı önceden ifa ettiği edimin iadesini talep ederek fark teorisine göre müspet zararın tazmin edilmesini talep edemez.

Kısmî temerrüt halinde kural olarak müspet zararın tazmini talebi, ifa edilmeyen kısım ile ilgili olarak ileri sürülebilir. İstisnai olarak, kısmî ifade alacaklının menfaati yoksa, müspet zararın tazmini talebi, sadece ifa edilmeyen kısım ile ilgili olarak değil, edimin tamamı bakımından ileri sürülebilir. Ardarda teslimli sözleşmelerde de henüz muaccel olmayan kısımları da kapsayacak şekilde, sözleşmenin tamamı için müspet zararın tazmininin talep edilebilmesi, sözleşmenin bir bütün olarak ifasından beklenen amacın tehlikeye düşmesi şartıyla mümkündür. Sürekli sözleşmelerde, sürekli nitelikteki aslî edimin ifasının temerrüt nedeniyle reddedilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi, sınırlı bir fonksiyona sahiptir. Temerrüt sonucu edimin ifa edilmemesi nedeniyle müspet zararın tazmini talebinde bulunan alacaklı, sözleşmenin ihlâli ile ilgili şartları ispatlamalıdır. Kusur konusunda ispat yükü ise borçlunun üzerindedir. Müspet zararın tazmini talebi, ifa edilmeyen edimin tâbi olduğu süre içinde zamanaşımına uğrar.

KAYNAKÇA

- [1] Aydemir, E. (2003). *Eser sözleşmesi ve inşaat hukuku*. Ankara: Yetkin.
- [2] Akıntürk, T. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler özel borç ilişkileri*. Ankara: Adalet.
- [3] Akyiğit, E. (2004). *Borçlar hukuku*. Sakarya: Sakarya Kitabevi.
- [4] Aral, F. (1985). *Türk borçlar hukukuna göre kötü ifa*. (Yayınlanmamış doçentlik tezi). Ankara: Güney Matbaacılık.
- [5] Aral, F. (2002). *Özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin.
- [6] Arsebük, E. (1950). *Borçlar hukuku*. (Cilt 1-3). (4. Baskı). Ankara: Yetkin.
- [7] Arıcı, K. (1983). *İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde ihtar ve munzam mehil mükellefiyeti*. Adalet Dergisi, s.1-12.
- [8] Ayrancı, H. (2006). *Türk borçlar hukukunda munzam zarar*. Ankara: Adalet.
- [9] Birsen, K. (1954). *Borçlar hukuku dersleri, birinci kitap borçların umumi hükümleri*. (3. Baskı). İstanbul: Beta.
- [10] Barlas, N. (1992). *Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar*. (Doktora tezi). İstanbul: Beta.
- [11] Buz, V. (1998). *Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme*. Ankara: Adalet.
- [12] Baştuğ, İ. (1984). *Borçlar hukuku*. İzmir: İzmir Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi.
- [13] Bozer, A. (2007). *Borçlar hukuku gene hükümler*. (Gözden geçirilmiş ikinci baskı). Ankara: Seçkin.
- [14] Domaniç, H. (1990). *Faizle karşılanmayan zararların giderilmesini sağlayan BK. md. 105 ve diğer hükümler*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- [15] Eren, F. (1991a). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (3 cilt). (3. Baskı). Ankara: Turhan.
- [16] Eren, F. (1991b). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (1 cilt). (4. Baskı). Ankara: Turhan.

- [17] Eren, F. (1999). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (2 cilt). (Gözden geçirilmiş beşinci baskı). İstanbul: Beta.
- [18] Eren, F. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (2 cilt). (9. Baskı). İstanbul: Beta.
- [19] Erzurumluoğlu, E. (2011). *Sözleşmeler hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin.
- [20] Feyzioğlu, F. N. (1977). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (2 cilt). İstanbul: Bata.
- [21] Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (9. Baskı). İstanbul: Beta.
- [22] Tunçomağ, K. (1976) *Türk borçlar hukuku genel hükümler*. (1 cilt). (6. Baskı). İstanbul: Beta.
- [23] Havutçu, A. (1995). *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve müspet zararın tazmini*. İzmir: Fakülteler Kitabevi.
- [24] Karayalçın, Y. (1987). *Yabancı para borcunun vadede ödenmemesi ile ilgili problemler (dördüncü ticaret hukuku ve Yargıtay kararları sempozyumu)*. Ankara.
- [25] Kartal, B. (1997). *Faizi aşan zarar. (Munzam zarar)*. Ankara: Yetkin.
- [26] Kılıçoğlu, A. (2008). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- [27] Kılıçoğlu, A. (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- [28] Okçuoğlu, Y. (1996). *Temerrüt faizinden oluşan para alacağının geç ödenmesi nedeniyle tazminat istenebilir istenemeyeceği (sekizinci ticaret hukuku ve Yargıtay kararları sempozyumu)*. Ankara.
- [29] Olgaç, S. (1969). *Borçlar hukuku ile ilgili Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ve hukuk genel kurulu emsal içtihatları*. İstanbul.
- [30] Olgaç, S. (1976). *Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk borçlar kanunu şerhi genel hükümler*. (2 cilt). (4. Baskı). Ankara.
- [31] Olgaç, S. (1977). *Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk borçlar kanunu şerhi genel hükümler*. (3 cilt). (4. Baskı). Ankara.
- [32] Oğuzman, K. (1987). *Borçlar hukuku dersleri*. (1 cilt). (4. Baskı). İstanbul: Beta.
- [33] Oğuzman, K., ve Öz, T. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul.
- [34] Öcal, A. (1967). *Munzam zarar*. (3 cilt). Eskişehir: İTİAD.

- [35] Önen, T. (1975). *Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü ile ilgili genel mahiyetteki hükümler*. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- [36] Önen, T. (1984). *Borçlar hukuku*. Ankara.
- [37] Öz, T. (1998). *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte*. İstanbul: Beta.
- [38] Nami, B. (1992). *Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar*. (Doktora Tezi). İstanbul.
- [39] Pekcanitez, H. (1994). *Medenî usul ve icra iflâs hukukunda yabancı para alacaklarının tahsili*. Ankara: Seçkin.
- [40] Reisoğlu, S. (1990). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (8. Baskı). İstanbul.
- [41] Reisoğlu, S. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (19. Baskı). İstanbul.
- [42] Reisoğlu, S. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (22. Baskı). İstanbul.
- [43] Reisoğlu, S. (1965). *Menkul ipoteği. (Teslimsiz menkul rehni)*. Ankara.
- [44] Schenker, F. (1988). *Die voraussetzungen und die folgen des schuldverzugs*. Freiburg: Diss.
- [45] Schöller, W. (1900). *Der schadenersatz wegen nichterfüllung bei gegenseitigen vertagen nach dem bgb gruchots beitrage zur erlauterung des deutschen rechts*. (Bd. 44). Berlin.
- [46] Schmidt, R. (1986). *Die gegenseitigkeit bei einseitig bedingten vertä gen, insbesondere beim versicherungsvertrag*. Stuttgart.
- [47] Saymen, F. H. (1998). *Borçlar hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- [48] Serozan, R. (1975). *İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. İstanbul.
- [49] Serozan, R. (2002). *Sözleşmeden dönme*. İstanbul.
- [50] Şeref E. (1997). *Türk borçlar kanunu ve medeni kanun ilgili mevzuat ve sözlük*. İzmir.
- [51] Şenyüz, D. (2005). *Borçlar hukuku genel hükümler, özel borç ilişkileri*. Bursa.
- [52] Şirin, Ş. (1996). *Hukukumuzda faizi aşan munzam zarar ve faiz*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- [53] Uygur, T. (1990a). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu*. (2 cilt). (1. Baskı). Ankara: Seçkin.
- [54] Uygur, T. (1990b). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu*. (3 cilt). (2. Baskı). Ankara: Seçkin.

- [55] Uygur, T. (1990). *Borlar kanunu genel hükümler*. (2 cilt). Ankara: Seçkin.
- [56] Uygur, T. (1993). *Açıklamalı-içtihatlı inşaat hukuku eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- [57] Uygur, T. (1998). *Açıklamalı-içtihatlı inşaat hukuku sözleşmeden doğan borçlar ve eser sözleşmesi*. Ankara: Adalet.
- [58] Uygur, T. (2003). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku, madde: 1-181*. (3 cilt). Ankara: Adalet.
- [59] Uygur, T. (2010). *Açıklamalı – içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku, madde: 1-181*. (3 cilt). Ankara: Adalet.
- [60] Uyar, T. (1993). *Yabancı para alacaklarının tahsilinde ortaya çıkan sorunlar*. (C. 68). (S. 7-9). İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi.
- [61] Velidedeoğlu, Ö. (1987). *Türk borçlar kanunu şerhi (genel-özel)*. Ankara: Güney Matbaacılık.
- [62] Velidedeoğlu, H. V., ve Kaynar, R. (1960). *Borçlar hukuku umumi hükümler*. (3. Baskı). İstanbul: Beta.
- [63] Yargıtay Kararları, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>.
- [64] Rusya Federal Mahkemesi Kararları, <http://www.supcourt.ru/>.

EK-1

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : SATDAROV Muxtar
Uyruğu : Azerbaycanlı
Doğum Tarihi ve Yeri : 19.10.1978 Bakı
Tel :0554 863 5768
E-Posta : umarmuhtar189@hotmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET TARİHİ
Lisans	Bakı Devlet Üniversitesi	2003
Lise	Azerbaycan 2 sayılı okul	1995

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
-	-	-
-	-	-
-	-	-

YABANCI DİL

İngilizce – Orta Seviyede

Rusça – İyi Seviyede (KPDS: 86)

Çince – Orta Seviyede

HOBİLER

Yüzmek, tenis