

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

AKDİN MÜSBET İHLALİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN: ALİ ŞAHBAZ

DANIŞMAN: PROF.DR. H. MURAT DEVELİOĞLU

İSTANBUL

2018

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	5
RESUME	7
ABSTRACT.....	11
ÖZET	15
GİRİŞ	22
I. Borç İlişkisi, Edim, Edim Yükümlülüğü Kavramları ve Türleri.....	24
A. <i>Borç İlişkisi</i>	24
1. Hukuki İlişki Kavramı ve Onun Bir Türü Olarak Borç İlişkisi.....	24
2. Dar Anlamda Borç İlişkisi (Borç, Obligation).....	26
3. Geniş Anlamda Borç İlişkisi (Schuldverhältnis).....	27
B. <i>Edim ve Edim Türleri</i>	28
C. <i>Yükümlülük Kavramı</i>	30
D. <i>Borç İlişkisinden Doğan Ana Yükümlülük: Edim Yükümlülüğü</i>	32
1. Aslî Edim Yükümlülükleri.....	33
2. Yan Edim Yükümlülükleri.....	35
E. <i>Borç İlişkisinden Doğan Diğer Yükümlülükler</i>	39
1. Yan Yükümlülükler	39
a. İfaya Yardımcı Yan Yükümlülükler.....	42
b. Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkileri Ekseninde Koruma Yükümlülükleri (Koruyucu Yan Yükümlülükler) (Schutzpflichten).....	45
2. Külfetler	50
3. Tali Yükümlülükler.....	53
F. <i>Özen Yükümlülüğü</i>	54
II. Sözleşmeden Doğan Borca Aykırılık Halleri ve Akdin Müspet İhlali	56
A. <i>Genel Olarak</i>	56
B. <i>İmkânsızlık</i>	56
C. <i>Borçlunun Temerrüdü</i>	58
D. <i>Culpa İn Contrahendo</i>	60
E. <i>Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi</i>	62
1. Geniş Anlamda.....	63
2. Dar Anlamda.....	63
F. <i>Akdin Müspet İhlali</i>	63
1. Kavram ve Kavramın Ortaya Çıkışı.....	63
a. Kavramın Alman Hukukunda Ortaya Çıkışından Önceki Alman İfa Engelleri Sistemi. 63	
b. <i>Staub</i> 'un Önerisi ile Kavramın Ortaya Çıkışı.....	64
c. Genel Eleştiriler.....	65
d. Alman Doktrinindeki Eleştiriler	65
e. 2002 Sonrasındaki Sistem	67
2. Türk Hukukunda Akdin Müspet İhlali.....	69
a. Genel Türk İfa Engelleri Sistemi İçerisinde Akdin Müspet İhlali.....	69
b. Kavramın Dar ve Geniş Anlamları	70

c.	Akdin Müsbet İhlali Kavramının Gerekip Gerekmediği.....	71
d.	Akdin Müsbet İhlali Terminolojisi Üzerine	73
e.	Ö iAkdin Müsbet İhlalinin Diğer Borca Aykırılık Türleri Karşısındaki Durumu	74
f.	Temerrüt ile Farkı	75
III.	Akdin Müspet İhlalinden Sorumluluğun Şartları	75
A.	<i>Borca Aykırı Davranış (Akdin Müsbet İhlali Teşkil Eden Durumlar)</i>	75
1.	Kötü İfa (Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi-Dar Anlamda Akdin Müsbet İhlali)	76
2.	Koruma Yükümlülüklerinin İhlali	79
3.	Özen Yükümlülüğüne Aykırılık.....	81
4.	Yan Edim Yükümlülüklerine Aykırılık	81
5.	Diğer Yükümlülüklerin İhlali.....	82
6.	Öncelenmiş Borca Aykırılık (Borçlunun Borcunu İfa Etmeyeceğini Önceden Bildirmesi)	83
7.	İfa Yardımcısı Kullanımının Borca Aykırılık Teşkil Ettiği Haller	87
8.	İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması.....	87
9.	Geçersiz Sözleşmelerde Akdin Müsbet İhlali	90
10.	Yapmama Yükümlülüğüne Aykırılık.....	91
11.	Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık Halinde Durumun Alacaklıya Borçlu Tarafından Bildirilmesi Yükümlülüğüne Aykırılık (TBK m. 136/3).....	91
B.	<i>Kusur</i>	92
C.	<i>Zarar</i>	93
1.	Maddi-Manevi Zarar	93
2.	Olumlu Zarar-Olumsuz Zarar	95
D.	<i>İllyet Bağı</i>	96
IV.	Akdin Müsbet İhlalinin Hükümleri	96
A.	<i>Akdin Müsbet İhlalinde TBK m. 112'nin Uygulanabilirliği Sorunu</i>	96
B.	<i>Aynen İfanın Talep Edilebilmesine İlişkin Tartışmalar</i>	97
1.	Aynen İfa Talebinin Tanımı.....	97
2.	Akdin Müsbet İhlali ve Aynen İfa Talebi	98
C.	<i>Zararın Tazmini (Tazminat Talebi)</i>	99
1.	Maddi Tazminat Talebi.....	99
2.	Manevi Tazminat Talebi	100
D.	<i>Sözleşmeden Dönme ve Buna İlişkin Tartışmalar</i>	100
E.	<i>Zamanaşımı</i>	103
F.	<i>Akdin Müsbet İhlalinde İspat Yükü</i>	106
G.	<i>Akdin Müsbet İhlalinden Sorumsuzluk Anlaşması</i>	106
H.	<i>Akdin Müsbet İhlalinin Haksız Fiil ile İlişkisi</i>	107
İ.	<i>Akdin Müsbet İhlali ve Satım Sözleşmesinde Ayıplı İfa</i>	110
SONUÇ		117
KAYNAKÇA		119

KISALTMALAR

AJP: Aktuelle Juristische Praxis

art./Art. : article (Madde)

b. : Bent

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGE: Bundesgerichtsentscheidungen

bkz. : Bakınız

c. : Cümle

C. : Cilt

dn. : dip not

EBK: 818 sayılı Borçlar Kanunu

ed. : editör(ler)

f. : Fıkra

HKK: Historischer Kritischer Kommentar

JZ: Juristen Zeitung

Karş. : Karşılaştırınız

MHAD: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

n. / N. : numara/not

OR: Obligationenrecht

s. : Sayfa

Sa. : Sayı

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

ZfR: Zeitschrift für Rechtspolitik



RESUME

L'un des sujets essentiels du droit des obligations est le droit de la responsabilité. Ce dernier comprend non seulement le droit de la responsabilité civile mais aussi le droit de la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle se constitue du demeure de la débiteur, l'impossibilité de l'exécution et la violation positive du contrat. Donc le sujet de ce mémoire de master en droit privé est la violation positive du contrat.

Dans ce travail, une approche comparative entre le droit turc, suisse et allemand est tenue. Les avis juridiques défendus en doctrine "tri-nationaux" et les arrêts tribunaux sont aussi mentionnés occasionnellement. Comme la notion de la violation positive du contrat est en contact avec plusieurs domaines de droit, c'était nécessaire de faire une limitation de sujet. Donc cette notion est examinée seulement dans les points où elle se lie directement.

A l'introduction du mémoire, le thème est généralement présenté. Dans cette partie également l'importance de la thèse est exprimée. Après la méthode de la limitation et le plan détaillé sont expliqués.

A la première partie du mémoire, la relation de l'obligation est exposée. Cette dernière est une notion d'importance essentielle pour le sujet du mémoire, parce que la violation positive du contrat révèle des obligations contractuelles. Comme le contrat est considéré comme la relation de l'obligation au sens large, c'était évident pour ce travail de l'expliquer avec le plus de détails possible. Et après une autre évidence était sur le sujet des charges (obligations) nées d'un contrat. Toutes ces obligations sont examinées en comparaison avec la notion de la prestation.

Premièrement, la notion de l'obligation de la prestation essentielle est expliquée. Cette notion révèle l'obligation essentielle du contrat. Cela montre la capacité et l'intérêt

essentiel du contrat que les parties veulent arriver. Donc cette notion a une grande importance.

Deuxièmement, la notion de l'obligation de la prestation auxiliaire est expliquée. Ce sont des obligations contractuelles qui servent/aident l'exécution des obligations de la prestation essentielles.

Les obligations auxiliaires sont examinées au troisième plan. Ce sont les obligations à l'importance grande pour ce travail. Ce sont des obligations hors des obligations de la prestation. C'est pourquoi elles jouent un rôle dit "auxiliaire". Donc ce sont des obligations qui aident pour obtenir l'intérêt général attendu par cette relation contractuelle. Ces obligations sont divisées en deux types: les obligations aidant l'exécution de l'obligation de la prestation et les obligations de la protection. Ni l'un ni l'autre donne la compétence au créancier de demander l'exécution. Il peut seulement demander la réparation des dommages et intérêt.

Un autre sujet tenu dans ce paragraphe est les obligations secondaires. Ce sont des obligations nées après une violation du contrat. Donc ces obligations-là ne peuvent naître avec le contrat. Elles sont les obligations de la réparation des dommages et intérêt.

Le dernier sujet tenu dans ce paragraphe est l'obligation de soins. Cette obligation de soins est le toit général des obligations de fidélité qui sont nées d'un contrat. Le cas de violation de cette obligation, l'obligation de réparer les dommages et intérêt va naître. Les obligations de la protection et les obligations de soins sont valables pour non seulement pour le débiteur mais aussi pour le créancier.

Dans le deuxième paragraphe de ce travail, les cas de la violation contractuelle sont examinés. Tous les types de la violation d'un contrat sont expliqués.

On a commencer aux explications avec l'impossibilité, le demeure du débiteur et le culpa in contrahendo. L'impossibilité se consitute la violation essentiel tenu par le code des obligations turc. C'est le paradigme général de ce code. Quand il existe une violation d'un contrat, on doit premièrement chercher s'il y a une impossibilité de l'exécution ou pas. Si la réponse est positive, la responsabilité contractuelle doit être fondée sur l'impossibilité. Si la réponse est négative, alors maintenant le juriste peut chercher s'il y a un demeure du débiteur. Si la Réponse est négative après cette recherche, alors on peut dire qu'il y a une violation positive du contrat. Culpa in contrahendo est notion qui existe au moment ou le contrat n'était pas fondé entre les parties.

Après, la notion de la violation postive du contrat est expliquée. L'histoire de cette noiton est tenu en considérant les idées défendues au droit allemand. Cette noiton est créées par un juriste connu allamand: Hermann Staub. Il est trouvé qu'il y a des types de violations quei ne sont ni demeure du débiteur ni l'impossibilité. Il les a appelées les violations positives du contrat. Le moment ou il avait défendu cette idées, il était critique massivement par la doctrine allmande. Tous ces critiques sont expliques dans le travail.

Puis, on a examiné si la violation positive du contrat existe au droit turc ou pas. Dans ce moment, on a expliqué la violation positive du contrat au sense large et stricte. Après cette discussion de l'appropriété, on a examiné les discussions sur la nominalisaiton de la notion au droit turc. On a fait également la comparaison avec les autres violations du conrtar çomme le demeure et l'impossibilité.

Au troisième paragraphe du travail, on a expliqué les conditions générales de la responsalibité. Ce sont des conditions valable pour les responsabilités: une action contre à la loi, faute, dommge et la rélation de la causalité. Les acitons contra à la loi sont des cas des violations de contrat. Ce sont: la mauvaise exécution, la violation des obligations de la protection, la violation des obligations de soins, la violations

des obligations des prestations auxiliaires, la violation des autres obligations contractuelles, l'inexécution préalable au délai, les cas où l'aide des assistants de l'exécution se persiste une violation contractuelle, l'impossibilité incombant au créancier, la violation positive du contrat dans le contrat invalide, la violation des obligations de non-facere et l'obligation de donner l'information au cas de l'impossibilité résultant du débiteur. Tous ces cas sont tenus et expliqués d'une façon du plus détaillée possible. Également dans ce paragraphe, la faute, le dommage et la relation de causalité sont examinés.

Au dernier et quatrième paragraphe, les résultats de la violation positive du contrat sont expliqués.

Premièrement, l'article général de responsabilité contractuelle est examiné. Les discussions faites à la doctrine sur l'applicabilité de cet article aux violations positives du contrat sont montrées.

Après, on a examiné en un plan systématique l'occasion de demander l'exécution directe même après une inexécution; la réparation de dommages et intérêt, les notions de dommages économiques et moraux; la résiliation d'un contrat suite à une violation positive du contrat; la prescription; la charge de preuve; le contrat d'irresponsabilité des fautes de la violation positive du contrat; la relation entre la violation positive du contrat et la responsabilité civile; la relation entre la responsabilité de transfert d'un bien fautif et la responsabilité de la violation positive du contrat.

Le travail termine avec une partie de la conclusion. Dans cette partie on a fait un résumé des conclusions trouvées de ce travail.

ABSTRACT

One of the main areas of law of obligations is the law of responsibilities. This last domain of civil law contains two main sub-domains: civil responsibility and contractual responsibility. In this contractual responsibility, there are three main possibilities: default of debtor, impossibility and positive breach of contract. This thesis consists on the positive breach of contract.

In this academical work, the positive breach of contract is examined from a comparative view of three different law cultures: Turkish, Swiss and German. During this examination, we have conducted a research on different doctrinal and jurisdictional ideas. Because this subject is very wide as an LLM thesis subject, we have made some limitations on it. Therefore, this notion is explained only for the essential points.

In the introduction part of the thesis, the subject is generally presented. Its importance and the way of limitation are also clarified in introduction paragraphs. Also, the plan and system of the thesis are explained.

On the very first paragraph of the thesis, we focused on the term of the relation of obligation. Because this notion represents the contract in general, it is really important for his work to clarify this notion. As the positive breach of contract occurs in contracts, we have explained the notion of relation of obligation as wide as possible. After that, it is crucial to show all the obligations born from a contract. These obligations are related with the prestation.

First, we have examined the notion of the main prestation obligations. These are the obligations giving the contract its character. By these obligations that we can differ one contract from another.

Secondly, we explained the auxiliary prestation obligations. These are obligations that help the execution of the main prestation obligations.

Thirdly, the most important obligation for our work, the auxiliary obligations, are deeply clarified. These are obligations occurring independently from the prestation obligations. That's why these are considered as obligations serving not for the prestation interest but for the general interest of contract. There are two different types of auxiliary obligation: execution aimed auxiliary obligations and obligation of protection. Both of them are not able to be asked of direct performance, but the reparation of damages can be asked.

Another subject explained in this paragraph is the secondary obligations. They occur in case of non-performance of an obligation and they are focused on the reparation of damages. In other words, they do not exist until a breach.

Lastly in first paragraph, it is explained the obligation of care. This obligation is related with the fidelity obligation to the prestation and contract. Not only main obligee, but also the obligor should execute these obligations.

In the second paragraph of the work, it is examined the types of the breach of a contract. As the positive breach of contract is a type of it, it should be shown in a systematical analysis.

Before explaining the positive breach of contract, it is examined impossibility, default of debtor and culpa in contrahendo. The Turkish Code of Obligations takes the impossibility as the main notion. It means that when a violation of a contract occurs, first it should be checked whether the obligation is impossible or not. If it is so, then the result will be applied. If not, the judge can search if there is a default of debtor or not. If the answer is negative, then it is to be decided that there is a positive breach of contract.

In the second part, the positive breach of contract is explained. From a historical point of view, this notion is created by a famous German jurist Hermann Staub in early 1900's. At this period of time, this notion is criticised by German doctrine. In this thesis, these critics are widely explained.

After that, the positive breach of contract is examined under Turkish Law. First, it should be decided if this very notion exists or not in Turkish Law. Then it is discussed the naming of this notion. With a comparison with other violation types of contract, this part is concluded.

On the third paragraph of this thesis, the conditions of responsibility because of the positive breach of contract is explained. These general conditions are illegal act, fault of debtor, damage and relation of causality. From the illegal act, it is mentioned the hereby act, which all concludes a positive breach of contract: bad execution of obligation, violation of protection obligations, violation of care obligations, violation of auxiliary prestation obligations, violation of other contractual obligations, the violation of contract before the delay, positive breach of contract in unvalid contracts, violation of the personal execution incumbency, violation of non-facere duties and the violation of submission obligation of debtor in case of impossibility. In this paragraph, all these possibilities are widely explained with the discussions in doctrine and jurisdictional judgments. Also in this paragraph, the other conditions such as fault, damage and relation of causality are explained.

In the fourth and last paragraph of the thesis, the result of the positive breach of contract is explained.

First, the application of the main responsibility rule in Turkish Code of Obligations (art.112) is examined. Because it is discussed in the doctrine if that article is directly

applicable to the positive breach of contract or there should be an anaological application along with some other suggested articles.

Secondly, it is discussed if in case of positive breach of contract, the direct and exact execution of the non-perfomed debt can be demanded. It is one of the main discussions held by the doctrine. In my opinion, it is not possible to do it.

Thirdly, the reperation of damages and its own conditions are explained. The fixation of the damage and its reperation modailities such as moral compensation and economical compensation are clarified.

Fourth, the main discussion of the right to abolition of the conract due to the positive breach of conract is discussed. In m opinion, it is not possible to give such a righth to the damaged party. It can only demand a compensation.

Also in this paragraph, it is examined the prescription period after the ppositive breach of contract, ithe burden of proof, the irresponsability contract fort he positive breach of contract and the related issues with the positive breach of contract such as its relation with torts and with the bad execution of a transfer of a good.

Our thesis finishes with a brief consclusion in which our main defended ideas are systematically recited.

ÖZET

Borçlar hukukunun temel konularından birisi sorumluluk hukukudur. Sorumluluk hukuku sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunu içeren bir hukuk dalıdır. İşte sözleşmesel sorumluluk içerisinde en önemli yeri tutan haller borçlu temerrüdü, imkansızlık ve akdin müsbet ihlalidir. Tezin konusu da akdin müsbet ihlalidir.

Çalışmada Türk, İsviçre ve Alman Hukukları karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Doktrinindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından da yeri geldikçe faydalanılmaya çalışılmıştır. Kavramın karmaşıklığı ve pek çok noktaya temas ediyor oluşu sebebiyle konuda sınırlandırılmaya gidilmiştir. Kavram sadece özü itibariyle temas ettiği noktalar çerçevesinde incelenmiştir.

Tezin giriş kısmında konu genel olarak takdim edilmiştir. Burada öncelikle konunun önemi ifade edilmiştir. Sonra konunun sınırlandırılması açıklanmıştır. Daha sonra da plan verilmiş ve tezin sistematik düzeni ortaya koyulmuştur. Son olarak da plan daha detaylandırılarak konuya genel bir giriş yapılmıştır.

Tezin ilk bölümünde tamamen borç ilişkisi üzerinde durulmuştur. Borç ilişki konu açısından önem taşıyan bir kavramdır. Bütün çalışmada bu kavram çerçevesinde konu ele alınmıştır; zira akdin müsbet ihlali sözleşmeden doğan borçlar açısından ortaya çıkmaktadır. O halde öncelikle sözleşmeden ne gibi borçların ortaya çıktığının ifade edilmesi gerekmektedir. Bunlar edim kavramı ile de birlikte ele alınmıştır.

İlk olarak asli edim yükümlülüğü anlatılmıştır. Bu yükümlülüğün sözleşmeden doğan temel borç olduğu ve bu sebeple de sözleşmenin nitelendirilmesinde esas rolü üstlendiği ifade edilmiştir.

Daha sonra yan edim yükümlölükleri açıklanmıştır. Bunlar asli edim yükümlölüklerinin yerine getirilmesine yardımcı rol oynayan yükümlölüklerdir.

Tez konusu açısından önem taşıyan asıl konu olan yan yükümlölükler ise detaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Bunlar edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkilerindendirler. Bu nitelikleri sayesinde de borcun ifasında koruma yükümlölüğü başta olmak üzere çeşitli dış roller oynarlar. Bu sebeple bu yükümlölüklerin bütünleşmiş ifa menfaatine hizmet ettiği savunulmaktadır. Bu yükümlölükler genel olarak ifaya yardımcı yan yükümlölükler ve koruma yükümlölükleri olarak ikiye ayrılırlar. Her ikisinin de ifasının talep edilmesi mümkün değildir, her ikisi de ihlalleri halinde tazminat borcu doğururlar.

Bu bölümde değinilen bir diğer konu da tali yükümlölüklerdir. Tali yükümlölükler genellikle bir borcun ifa edilmemesi sonucunda doğan zarar giderim yükümlölükleridir. Bunlar sözleşmenin kurulması ile ortaya çıkmazlar, onun ihlali ile ortaya çıkarlar.

Bu bölümde son olarak da özen yükümlölüğü açıklanmıştır. Özen yükümlölüğü bütün sözleşmelerde ortaya çıktığı düşünülen sadakat yükümlölüğünün temel çatısıdır. Bu yükümlölük türünü ihlali halinde de tazminat borcu doğmaktadır. Koruma ve özen yükümlölükleri sadece asli edim borçlusu açısından değil, sözleşmedeki bütün taraflar açısından söz konusu olmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise borca aykırılık halleri incelenmiştir. Sırayla bütün borca aykırılık halleri açıklanmıştır.

Açıklamalara imkansızlık, borçlu temerrüd ve culpa in contrahendo çerçevesinde başlanmıştır. İmkansızlık TBK'nın temel paradigmasıdır. Sözleşmeye aykırılık ortaya çıktığında öncelikle ilgili borcun imkansızlaşıp imkansızlaşmadığına bakılacaktır. Borcun imkansızlaşmasında borçlunun kusuru bulunuyorsa bu nazara

alınacaktır. Borç eğer imkansızlaşmadıysa borçlu temerrüdünün şartlarının oluşup oluşmadığı incelenecektir. Bu incelemede de başarılı olunamazsa, bu sefer akdin müsbet ihlali olduğu sonucuna varılacaktır. Culpa in contrahendo ise sözleşme kurulmadan önce tarafların kusurlu davranışlarından sorumlu olmalarını ifade eden bir kavramdır.

İkinci kısımda ise akdin müsbet ihlali kavramı açıklamıştır. Bu kavramın Alman Hukukunda nasıl ortaya çıktığı üzerinde durulmuştur. Kavramı ortaya atan ilk hukukçu Staub'tur. Yazar, temerrüt ve imkansızlık dışındaki halleri kapsayacak şekilde akdin müsbet ihlali kavramını ileri sürmüştür. Yazar bunu ileri sürdüğü dönemde Alman hukuku doktrinin ciddi şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiriler çalışmada açıklanmaktadır.

Daha sonra da akdin müsbet ihlali kavramının Türk hukukunda bulunup bulunmadığına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Burada öncelikle kavramın dar ve geniş anlamları açıklanmıştır. Sonra ise bu kavramın gerekip gerekmediği doktrindeki açıklamalar çerçevesinde ele alınmıştır. Bu yerindelik tartışmasından sonra bu sefer de isimlendirmenin doğru olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Diğer sözleşmeye aykırılık halleri ile kıyaslamalar yapılmıştır. Bu kıyaslamalar sırasında özellikle imkansızlık ve temerrüt ile akdin müsbet ihlalinin ilişkisi özellikle önem taşımaktadır.

Çalışmanın üçünü bölümünde de akdin müsbet ihlalinden sorumluluğun şartları üzerinde durulmuştur. Bu şartlar sorumluluğun şartları olan borca aykırı davranış, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. Borca aykırı davranış ile burada akdin müsbet ihlali teşkil eden durumlar ifade edilmektedir. Bu haller sırasıyla: kötü ifa, koruma yükümlülüklerinin ihlali, özen yükümlülüklerinin ihlali, yan edim yükümlülüklerinin ihlali, sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerin ihlali, öncelenmiş borca aykırılık, ifa yardımcısı kullanmanın borca aykırılık teşkil ettiği haller, ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşması, geçersiz sözleşmelerde akdin müsbet ihlali, yapmama yükümlülüklerine aykırılık ve borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık halinde bu

durumun alacaklıya bildirilmesi yükümlülüğüne aykırılıktır. Bu bölümde yukarıda sayılan her bir ihtimal teker teker ele alınmış ve detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Bu haller akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerdir ve burada bu derleme yapılmıştır. Bu bölümde amaçlanan okuyucunun genel eksen itibariyle akdin müsbet ihlali teşkil eden/teşkil ettiği savunulan halleri görebilmesidir.

Bu bölümde ayrıca kusur, zarar ve illiyet bağı üzerinde de durulmuştur. Bunlar sorumluluğun diğer şartları olduklarından, genellikle konu ile ilgili olan ve özellik arz ettiğini düşündüğümüz kısımları üzerinde detaylıca durulmuştur.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümü ise akdin müsbet ihlalinin sonuçlarına ayrılmıştır.

İlk olarak bu bölümde, TBK'daki genel sorumluluk hükmü olan TBK m.112'nin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerinde durulmuştur. Burada varılan sonuç, TBK m. 112'nin burada doğrudan uygulanabilir bir hüküm olduğu, kıyasa gerek olmadığıdır.

İkinci olarak akdin müsbet ihlali teşkil eden durumlarda aynen ifanın talep edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde durulmuştur. Çalışmada savunulan yaklaşıma göre akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerde, ilgili yükümlülüğün aynen ifasının talep edilmesi mümkün değildir. Zira burada yan yükümlülüklerin ya da özen yükümlülüğüne dayalı sadakat yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Bu durumda da borcun aynen ifasının talep edilmesi doktrinde de savunulan baskın yaklaşıma uygun olarak mümkün değildir.

Bu bölümde üçüncü olarak zararın tazmini ve bu tazminat sırasında dikkat edilmesi gereken hususlar üzerinde durulmuştur. Burada önem taşıyan hususlar zararın türü olarak maddi ve manevi zararların tazmininin, sözleşmesel ilişki çerçevesinde tazmin edilmesinin mümkün olduğudur.

Bu bölümde dördüncü olarak sözleşmeden dönme üzerinde durulmuştur. Sözleşmeden dönme bilindiği üzere bir yenilik doğuran haktır. Bu hakkın akdin müsbet ihlali teşkil eden durumlarda ortaya çıkıp çıkmayacağı doktrinde çok tartışmalı bir husustur. Buna göre bir görüş sözleşmeden dönmenin akdin müsbet ihlali halinde mümkün olduğunu savunmakta, bir diğer görüş ise bunun mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bize göre sözleşmeden dönme akdin müsbet ihlali halinde mümkün değildir. Başka deyişle zarara uğrayan alacaklının tazminat talep etmek dışında herhangi bir hukuki imkanı bulunmamaktadır.

Bu bölümde beşinci olarak zamanaşımı üzerinde durulmuştur. Zamanaşımının başlangıç anının ne zaman olduğu önem taşımaktadır. Aynen ifası talep edilemeyen yükümlülüklerin ihlali halinde doğan tazminat borcunun zamanaşımının ne zaman başlayacağı da önem taşıyan bir diğer husustur.

Bu bölümde altıncı olarak akdin müsbet ihlali halinde zararı ve kusuru ispat yükünün ne tarafta olduğu üzerinde durulmuştur. Kanundaki düzenlemeye paralel olarak kusursuzluğunu ispat yükünün borçluda, zararı ispat yükünün ise alacaklıda olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu bölümde yedinci olarak akdin müsbet ihlalinden sorumsuzluk anlaşması üzerinde durulmuştur. Kanımızca böyle yapılan sorumluluk anlaşmaları geçerlidir.

Bu bölümde sekizinci olarak akdin müsbet ihlali ile haksız fiil sorumluluk arasındaki ilişki incelenmiştir. Buna göre akdin müsbet ihlali ile haksız fiil arasında çok ince bir sınır bulunmaktadır. Bazı durumlarda zarar doğurucu fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil sorumluluğu teşkil etmektedir. Burada önem taşıyan husus ihlal edilen yükümlülüğün bir sözleşmesel yükümlülük mü yoksa genel davranış yükümlülüğü mü olduğudur.

Bu bölümde dokuzuncu olarak da akdin müsbet ihlali ile satım sözleşmesinde ayıba kaşrı tekeffül hükümlerinin yarışıp yarışmayacakları incelenmiştir. Doktrinde ayıplı ifa halinde gözden geçirme ve ihbar yükümlülüklerinin yerine getirip getirilmeyecekleri konusu üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede varılan sonuç, bu külfetlerin yerine getirilmesinin gerekmediği ve doğrudan genel hükümlere göre sorumluluğa başvurulmasının mümkün olduğudur.

Çalışma, içerisinde ileri sürülen görüşlerin kısa bir derlemesi şeklidir bir sonuç bölümü ile sona ermektedir. Buna göre:

Türk hukukunda akdin müsbet ihlali kavramına ihtiyaç vardır. Bu kavram gerek doktrin gerekse de mahkeme ihtiyaçları ile yerleşmiştir. Bu kavram, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı ile karşılanmamalıdır; zira gereği gibi ifa etmeme teşkil etmeyen çeşitli durumlar da akdin müsbet ihlali çerçevesinde değerlendirilmeye müsait olabilir. Borçlunun temerrüdü ve imkansızlığın Türk hukukundaki klasik ifa engelleri sistemi açısından günümüz ilişkilerine yanıt vermekte zorlandığı anlaşılmaktadır. Çünkü akdin müsbet ihlali kavramı, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi bu eksikliği giderebilecektir. Bu sebeple kanuni düzenlemelerin daha açık olmasında fayda görülmektedir.

Akdin müsbet ihlali kavramı yükümlülük ihlali ekseninde ele alındığında pek çok somut olay ihtiyacına da çare olmaktadır. Gerçekten imkansızlık ve temerrüt dışındaki durumları karşılamak üzere böylesi geniş bir kavramın kullanılması yerindedir. Bu noktada önemli olan husus, hangi yükümlülüğün ne şekilde ihlal edildiğidir. Bu sebeple öncelikle yükümlülükler tesbit edilmeli, sonra da bu yükümlülüğünün ihlalinin nasıl sonuçlar doğurduğu üzerinde durulmalıdır. Akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerin çok büyük kısmı özen yükümlülüğüne ve edime sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

Akdin müsbet ihlali halinde, doktrinde ileri sürülen çerçevede TBK m. 112'nin uygulanması yerinde olup, sözleşmeden dönme hakkının alacaklıya tanınmaması gerekmektedir. Böyle bir tercihi yerinde gören kanun koyucunun, kanun

gerekçesinde dahi bu tercihini açık etmesi yeterli olacaktır; lakin böyle bir durum söz konusu değildir.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde koruma yükümlülükleri ve akdin müsbet ihlalinin sıkı ilişki içinde oldukları, bu sebeple de akdin müsbet ihlalinin bu türünün haksız fiil ile sözleşme hukuku arasında bir sınır çizgisi görevini gördüğü anlaşılmıştır.

Son olarak da ayıba karşı tekeffül ve akdin müsbet ihlali ilişkisi çalışmada incelenmiş ve bu ikisinin yarışabileceği sonucuna varılmıştır. Ancak bu sorunun çok daha açık bir kanun hükmü ile çözüme bağlanmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

GİRİŞ

Sözleşmesel sorumluluk genellikle sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu ihlal türleri arasında borçlunun temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı özel bir yer tutmaktadır. Bunların dışında çeşitli hallerde hangi tür aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı araştırıldığında, Alman hukukunun etkisi ile gelişmiş olan “Akdin Müsbet İhlali” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Çalışmamızın konusunu işte bu kavram oluşturmaktadır.

Çalışmada konunun sınırlandırılması ise özellikli bir şekilde yapılmıştır. Kavramın son derece geniş ve yüksek lisans tezini aşacak düzeyde hukukun hemen her alanına dokunuyor olması karşısında, kavramın özünün incelenmesine ağırlık verilmiştir. Akdin müsbet ihlalinin örneğin taşıma sözleşmeleri ya da koruma yükümlülüklerine aykırılık boyutuyla iş sözleşmeleri konunun kapsamı dışında tutularak, genellikle ani edimli sözleşmeler ekseninde kavramın özü incelenmiştir.

Çalışmanın yazımında sistematik bir şekilde şöyle bir plan izlenmiştir:

İlk bölümde borç ilişkisi ve edim kavramları açıklanacak ve sözleşmeden doğan yükümlülükler tasnif edilecektir. Yükümlülüklerden ise öncelikle bir sözleşmeyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan asli edim yükümlülüğü ele alınacaktır. Sonra asli edim yükümlülüklerini tamamlayan yan edim yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Edim yükümlülüklerinden farklı olarak aynen ifası talep edilemeyen yan yükümlülükler ise, özellikle edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri-koruma yükümlülükleri ekseninde açıklanacaktır. Bu bölüm külfetler, sözleşmenin ihlali halinde doğan tali yükümlülükler ve genel olarak sözleşmelerden doğan özen yükümlülüğü ile son bulacaktır.

İkinci bölümde genel olarak sözleşmeden doğan borca aykırılık halleri teker teker incelenecektir. Özellikle borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı ve bu kavramın çeşitli kapsamı açıklanacak, sonra da akdin müsbet ihlali üzerinde durulacaktır. Bu kavram da öncelikle tarihi perspektif çerçevesinde ele alınacak, özellikle Alman hukukunda ortaya çıkışı ve daha sonrasında ona yöneltilen eleştiriler incelenecektir. Bu bölümde son olarak da Türk ifa engelleri sisteminde akdin müsbet ihlali, bu kavramın çeşitli anlamları, onun gerekip gerekmediği ve kavramsal olarak isimlendirilme tercihi üzerinde durulacaktır.

Üçüncü bölümde akdin müsbet ihlali dolayısıyla sorumluluk şartları incelenecektir. Burada da ağırlıklı olarak akdin müsbet ihlali teşkil ettiği savunulan kötü ifa, koruma yükümlülüklerinin ihlali, özen yükümlülüğüne aykırılık, yan edim yükümlülüğüne aykırılık, yapmama yükümlülüklerine aykırılık, diğer yükümlülüklerin ihlali, öncelenmiş borca aykırılık, ifa yardımcısı kullanımının borca aykırılık teşkil etmesi, ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşması, geçersiz sözleşmelerde akdin müsbet ihlali ve borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık halinde durumun alacaklıya borçlu tarafından bildirilmesi halleri üzerinde durulacaktır. Sorumluluğun doğabilmesi için gereken diğer şartlar olan kusur, zarar ve illiyet bağı da yine bu bölümde ele alınacaktır.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise akdin müsbet ihlalinin hükümleri ve özellikle alacaklının sahip olacağı imkanlar açıklanmaya çalışılmıştır.

I. Borç İlişkisi, Edim, Edim Yükümlülüğü Kavramları ve Türleri

Borcun ifa edilmemesinin türlerinden birisi olan akdin müsbet ihlalinin incelenmesine geçilmeden önce, sözleşmeden doğan çeşitli yükümlülüklerin sınıflandırılması gerekmektedir. Zira sözleşmesel sorumluluğun temelini, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali teşkil etmektedir. Bu yükümlülüklerin sınıflandırılması sonucunda da nasıl bir ifa engelinin ortaya çıkabileceğinin tespiti yapılabilecektir.

Bu sınıflandırma yapılırken öncelikle borç ilişkisi kavramı (A.) açıklanacaktır. Daha sonra kısaca edim kavramı açıklanacak ve türleri (B.) üzerinde durulacaktır. Üçüncü olarak yükümlülük kavramı (C.) genel bir şekilde incelenecektir. Sonra da yükümlülük türleri; edim yükümlülüğü (D.), diğer yükümlülükler (E.) ve özen yükümlülüğü (F.) sırasıyla ortaya koyulacaktır.

A. Borç İlişkisi

Çalışmamızda borç ilişkisi kavramı hukuki ilişki kavramı çerçevesinde ele alınmıştır. Bu sebeple öncelikle hukuki ilişki (1.) üzerinde durulacak, daha sonra da dar (2.) ve geniş (3.) anlamda borç ilişkisi açıklanacaktır.

1. Hukuki İlişki Kavramı ve Onun Bir Türü Olarak Borç İlişkisi

Bir arada yaşayan insanlar arasında çok çeşitli ilişkiler kurulmaktadır. Bunlara genel olarak sosyal ilişkiler denilebilir. Kişilerin birbirleriyle evlenmesi, aralarında ticaret yapmaları, dernek ya da vakıflar eliyle toplumsal hayata katılmaları, hatta bir kişinin ölmesi sonucunda mirasçıları arasında çıkan uyuşmazlıklar çok çeşitli olan sosyal ilişkilere örnek olarak gösterilebilirler.

İşte bütün bu çeşitli sosyal ilişkiler arasında en kapsamlı olanı şüphesiz hukuki ilişkilidir. Hukuki ilişkiler, kişiler arasında veya kişiler ile eşyalar arasında kurulan

ve hukuken hüküm ifade eden sosyal ilişkiler olarak tanımlanabilir¹. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, hukuki ilişkiler kişiler arasında kurulan sosyal boyutlu ilişkiler olabileceği gibi, kişiler ile eşyalar arasında kurulan ve sosyal boyutu daha kısıtlı olan ilişkiler de olabilir². Örneğin bir kimsenin bir mal üzerinde mülkiyet hakkının bulunması, o kişinin o eşya ile arasında bir hukuki ilişki olduğunu göstermektedir.

Hukukun özel hukuk ve kamu hukuku şeklinde ayrılmasına paralel olarak, hukuki ilişkiler de özel hukuk ilişkileri ve kamu hukuku ilişkileri olarak ikiye ayrılır. Bir insanın doğması ile başlayan hukuki ilişkiler, o kişinin yaşamı boyunca hatta bazı hallerde ölümünden sonrasında da devam edebilmektedir. Bu tür özel hukuk ilişkilerinin yanında, bir kişinin devletle olan vatandaşlık bağının kurulması gibi çok çeşitli kamusal hukuki ilişkileri de olabilir. Bunlara ek olarak bazı hallerde özel hukuktan kaynaklanan ilişkiler ile kamu hukukundan kaynaklanan ilişkiler bir arada bulunabilir. Vergi borcunun doğması ve ödenmesi sürecinde bir borç ilişkisi bulunmakta ve bu borç ilişkisi kamusal bir nitelik taşımaktadır.

Borç ilişkisi TBK’da tanımlanmamıştır³. Kanun koyucu, Roma hukuku döneminden günümüze kadar yapılan çalışmaların sonucunda bu kavramın bilindiğini farz etmektedir⁴. Genel olarak kabul edilen tanıma göre borç ilişkisi, borçluyu alacaklıya karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki ilişkidir⁵. Bu tür ilişkilerde bir kişi diğer bir kişiye karşı belirli bir şekilde davranmak, ona karşı bir şeyi yapmak ya da yapmamak yükümlülüğü altına girmektedir.

Doktrinde de kabul edildiği üzere, bir hukuki ilişkinin borç ilişkisi olabilmesi için her şeyden önce, bir tarafın diğer tarafa belirli bir davranışı yerine getirme yükümlülüğü altına girme iradesinin bulunması gerekmektedir⁶. Başka deyişle, bir kişinin diğer bir kişiye herhangi bir davranışta bulunmayı taahhüt ettiği her durumda borç ilişkisinden söz edilemez; meğer ki tarafların yükümlülük altına girme iradeleri bulunsun. Örneğin yurtdışına giden arkadaşına her gün mektup yazacağını söyleyen kimsenin

¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp da benzeri bir yaklaşımla; hukuki ilişkiyi, kişinin hukukça önemli olan bütün ilişkileri olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 5.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.5.

³ Buna karşın BGB § 241’de borç ilişkisi; “alacaklı, borç ilişkisi gereğince, borçludan bir edimi talep etmek yetkisine sahiptir. Edim bir yapmama edimi şeklinde de olabilir.” şeklinde alacak hakkını içeren ve bu hakkın özünü yansıtan ilişki olarak tanımlanmıştır. Bkz. MünchenerKO-Kramer, s. 87, § 1; Looschelders, § 1 N. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 5.

⁴ Aral, s. 29; Alman hukukunda bu kavramın kanunda tanımlanmasının yerinde olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler için bkz. HKK/Dorn, §241, N. 1 vd.

⁵ Oğuzman/Öz, I, s. 3; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 3 N. 101; Kılıçoğlu, s. 1; Larenz, AT, s. 6 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 5; HKK/Dorn, § 241, N. 71.

⁶ İnal, s. 44.

bu taahhüdü ile bir borç ilişkisi oluşmamıştır. Zira burada tarafların hukuki bir yükümlülük altına girme iradeleri mevcut değildir⁷. Mevcut ilişkide böyle bir iradenin var olup olmadığı güven teorisi çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması ile bulunacaktır.

Borç ilişkilerinde borç menfaatinin bulunması da gerekmektedir. Borç ilişkisine tarafların çeşitli menfaatler elde etmek amacıyla girdikleri düşünüldüğünde, bu menfaatin ne çeşit bir menfaat olduğunun araştırılması gerekir. Maddi menfaatler dışında manevi menfaatler de borç ilişkisinde söz konusu olabilirler mi? Modern görüşe göre sadece manevi menfaatleri içeren bir borç ilişkisi de kurulabilir⁸. Örneğin bir kimsenin komşusuna belirli saatlerde piyano çalmamayı taahhüt etmesi böyle bir ilişkidir⁹.

Borç ilişkisi doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere biri dar (2.), diğeri de geniş (3.) olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Hemen belirtelim ki; Roma hukukunda bu kavram daha çok dar, Alman hukukunda ise geniş anlamıyla kullanılmaktadır¹⁰. Aşağıda bu iki farklı kapsam ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. Dar Anlamda Borç İlişkisi (Borç, Obligation)

Dar anlamda borç ilişkisi sadece bir adet yükümlülüğü içeren borç ilişkisidir¹¹. Dar anlamda borç ilişkisinin tarafları alacaklı ile borçludur ve konusu da edimdir. Bir başka deyişle borçlunun alacaklıya karşı bir şeyi yapmak, vermek ya da yapmamakla yükümlü olmasına dar anlamda borç ilişkisi denilir. Bu ilişkide alacaklı, edimin yerine getirilmesini (ifasını) borçludan talep edebilme hakkına sahiptir; borçlu da bu edimi yerine getirme yükümlülüğü altındadır. O halde; borç bir sorumluluğu değil, edimin ifasını ifade eden bir kavramdır¹².

Alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebilme yetkisi alacak hakkıdır¹³. Borcun kaynağı ne olursa olsun, doğumu ile alacaklı lehine bir alacak hakkı meydana gelir¹⁴.

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 20; Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 29.

⁸ İnal, s. 44; Aday, s. 149 vd.; Larenz, AT I, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2 N. 21 vd.

⁹ Oğuzman/Öz, I, s. 3.

¹⁰ Oğuzman/Öz, I, s. 3.

¹¹ Antalya, I, s. 8; Aral, s. 29; Eren, Genel, s. 21; Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altóp, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 3; Nomer, n.8.

¹² Looschelders, §1 N. 10.

¹³ İnal, s. 52; Oğuzman/Barlas, s. 144; Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altóp, s.13; Eren, Genel, s. 48; Oğuzman/Öz, I, s. 14; Talep ise, Alman hukuku tarafından ortaya koyulmuş bir kavram olup, BGB § 194'te dolaylı olarak "başkasından bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını istemek hakkı" şeklinde

Alacak hakkı ile borçlunun borcunu ifa yükümlülüğü madalyonun iki yüzü gibi birbirlerini karşılıklı etkiler¹⁵. Alacak hakkı nisbî bir haktır ve sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Bu özelliği nedeniyle de istisnai durumlar hariç olmak üzere, alacak hakkının ihlalinde sadece borçlu zarara uğrar¹⁶. Dar anlamda borç ilişkilerinde alacaklı bir alacak hakkına sahiptir ve bu hak çerçevesinde talep, dava ve cebri icra yetkilerine de kavuşmaktadır¹⁷.

3. Geniş Anlamda Borç İlişkisi (Schuldverhältnis)

Geniş anlamda borç ilişkisi, münferit borçların doğumuna kaynaklık eden hukuki ilişkiyi ifade eder¹⁸. Bünyesinde dar anlamda borç ilişkilerinin (borçların) yanında, birtakım yükümlülükleri de ihtiva eden borç ilişkisidir¹⁹. Geniş anlamda borç ilişkisinden aslî edim yükümlülüklerinin yanında çeşitli edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler ve külfetler doğar²⁰. Bu geniş niteliği sebebiyle geniş anlamda borç ilişkileri bir renk paletine²¹ ya da organizmaya²² benzetilmektedir. O halde borç ilişkisinin çeşitli nitelikteki yükümlülükleri içeren bir bütün olduğundan söz edilebilir²³. Geniş anlamda borç ilişkisini karşılamak üzere sadece borç ilişkisi tabiri de kullanılmaktadır²⁴.

Geniş anlamda borç ilişkisinin en sık karşılaşılanı sözleşmedir ve bu sebeple de doktrinde genellikle sözleşmeleri nitelemek üzere geniş anlamda borç ilişkisinden

tanımlanmıştır. Talebe ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 4 N. 1 vd.; **Oğuzman/Öz**, I, s. 15 vd.

¹⁴ Doktrinde borcun kaynaklarına ilişkin çok çeşitli yaklaşımlar sergilense de, genel olarak kabul edildiği üzere borcun kaynakları sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanundur. Çeşitli yaklaşımlar ve bunların eleştirisi için bkz. **Eren**, Genel, s. 115 vd.; **İnal**, s. 54 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 44 vd.

¹⁵ **Nomer**, N. 8.

¹⁶ **Oğuzman/Öz**, I, s.22. Buna karşın borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde üçüncü kişinin zararının sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde giderileceğine ilişkin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi geliştirilmiştir. Alman doktrininde ortaya atılan, zaman içerisinde taraftar toplayan ve Türk hukukunda da etkisini gösteren bu teorinin işletildiği en önemli iki ihtimal ise sözleşmenin tarafının yakınlarının uğradıkları zararlardan sorumluluk ile sözleşmeye yabancı üçüncü kişilerin uğradıkları maddi zararlardır. Detaylı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 18 vd; **Karabağ Bulut**, s. 5 vd.

¹⁷ **Oğuzman/Öz**, I, s.18.

¹⁸ **Nomer**, n.8; **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 3; **Oğuzman/Öz**, I, s. 3.

¹⁹ **Oğuzman/Öz**, I, s. 3; **İnal**, s. 57; **Reisoğlu**, s. 34; **Aral**, s. 30.

²⁰ **Aday**, s. 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 6.

²¹ **Aral**, s. 32 dn. 16'daki yazarlar.

²² **Antalya**, I, s. 10; **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 4; **İnal**, s. 47; **Aral**, s. 30 ve özellikle dn. 6,7,8,9,10'daki yazarlar.

²³ **Wiegand**, s. 555.

²⁴ **Aral**, s. 31.

söz edilir²⁵. Daha iyi açıklamak için bu noktada örnek olarak satış sözleşmesi verilebilir. Satış sözleşmesinde biri mülkiyeti devir, ötekisi de malın bedelini ödemek şeklinde iki adet aslî edim söz konusudur. Bu aslî edim yükümlülükleri ayrı birer alacak hakkı, ayrı birer dar anlamda borç ilişkisi teşkil ederler.

Sözleşmede her iki tarafın borç altına girmiş olması şart değildir, en az bir tarafın borç altında olması yeterlidir²⁶. Başka deyişle geniş anlamda borç ilişkisinden tek bir dar anlamda borç doğabileceği gibi, birden fazla dar anlamda borç da doğabilir²⁷. Bağışlama sözleşmesinde örneğin bir tarafın diğer tarafa bağışlamada bulunmasını konu edinen alacak hakkı vardır. Bu tek başına bir borç teşkil eder iken, bu borca eklenen çeşitli yükümlülükler ile birlikte daha büyük ve kapsamlı bir yapı olan geniş anlamda borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Geniş anlamda borç ilişkisi çeşitli borçların yanında birtakım haklar da ihtiva eder. Bunların en önemlisi şüphesiz alacak hakkıdır. Ancak bu hakkın yanında çeşitli yenilik doğuran haklar da geniş anlamda borç ilişkisinden doğabilir.

B. Edim ve Edim Türleri

Edim, borcun konusu; borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır²⁸. Başka bir deyişle edim, alacaklının sahip olduğu alacak hakkının konusu, onun içeriği ve yerine getiriliş biçimi, alacaklının yerine getirilmesini talep edebileceği davranıştır²⁹. Bu cümleden olarak alacaklıya menfaat sağlayacak herhangi bir davranış, bir borcun edimini teşkil edebilir³⁰. Genel olarak kabul edilen görüşe göre edim, maddi ya da maddi olmayan bir harcama olarak ele alınmaktadır³¹.

²⁵ İnal, s. 60; Oğuzman/Öz, I, s. 3.

²⁶ Oğuzman/Öz, I, s.4.

²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 4.

²⁸ Oğuzman/Öz, I, s.6; Nomer, n.8; Antalya, I, s. 47; İnal, s. 53; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu § 3 N. 120, Kılıçoğlu, s. 5.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 8; Ancak bazı yazarlar her borcun konusunun edim teşkil etmesine karşın her edimin borçlanılmış olmadığını, bazı hallerde borçlanılmamış edimlerin de ifasından söz edildiğini ileri sürmektedirler. Nitekim sebepsiz zenginleşme hallerinden birisi olan borçlanılmamış edimin ifası da tam olarak bu durumu karşılamaktadır. Açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 2.

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 7, dn.9.

³⁰ Oğuzman/Öz, I, s.6; Antalya, I, s. 47; İnal, s. 53; Aral, s. 59.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 1; Aral, s. 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 8; Ataay, s. 37-38.

Edimin hukuken korunan bir yarar olması aranmaktadır³². Edimin borç ilişkisi doğarken belirlenmiş ya da belirlenebilir olması gerekir³³.

Edim; yapma, yapmama ya da verme şeklinde olabilir³⁴. Doktrinde bir şeyi yapma ya da bir şeyi verme şeklinde gerçekleştirilen davranış şeklindeki edimler olumlu, bir şeyi yapmama şeklindekiler ise olumsuz edim olarak anılmaktadır³⁵.

Yapma ya da verme edimlerinde aktif bir hareket ile borçlunun borcunu ifa etmesi beklenir. Yapma edimlerinde aktif hareket mutlaka gerekmektedir. Ancak verme edimleri açısından aktif hareketin her zaman teslim şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmez. Örneğin bir malın zilyedliğinin devrinin üstlenildiği bir sözleşmede borçlu, zilyedliği teslim yoluyla devredebileceği gibi kısa elden teslim ya da havale yoluyla devredebilir. İşte bu tür devirlerde, devre ilişkin irade beyanı aktif hareket yerini tutacaktır.

Olumsuz edimler ise, yapmama şeklinde ortaya çıkarlar³⁶. Bunlar, ya kaçınma ya da katlanma tarzında gerçekleştirilebilir. Kaçınma şeklindeki edimlerin özellik gösterdiği nokta, borçlunun yapmaya yetkili olduğu bir davranıştan kaçınmayı borçlanmasıdır³⁷. Örnek olarak işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren ile rekabet etmemeyi üstlendiği rekabet etmeme anlaşması gösterilebilir. Böyle bir durumda gerçekten de işçi, girmeye yetkisinin olacağı çeşitli ilişkilerden, üstlendiği bu yükümlülük sebebiyle kaçınmak zorundadır. Katlanma edimlerinde ise borçlunun hukuken karşı koymaya yetkisinin olduğu birtakım hususlarda karşı koymamayı üstlenmesi söz konusudur³⁸. Örneğin yan komşunun yapacağı bir etkinlik, kendisini rahatsız edecek olsa ve bunlara karşı çeşitli hukuki yollara başvurma hakkı bulunsa dahi, komşunun buna ses çıkarmaması katlanma yükümlülüğüne örnek gösterilebilir³⁹. Her iki olumsuz edim kategorisi açısından ortak olan nokta ise, bu

³² Antalya, I, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 8.

³³ İnal, s. 282; Larenz, AT, s. 7; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 9; Oğuzman/Öz, I, s.7.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 9.

³⁵ Oğuzman/Öz, I, s.6; Kılıçoğlu, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 5 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 9; Antalya, I, s. 50.

³⁶ Yapmama borçlarında borçlunun yetkili olduğu bir şeyi yapmaması söz konusudur. Yoksa borçlunun yetkili olmadığı şeyi yapmamayı taahhüt etmesi halinde bir borç ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Dural, Yapmama, s. 8.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 6; İnal örnek olarak Fr CC Art. 730/I ‘ın “La servitude ... qui oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir...” hükmündeki “souffrir” ibaresini göstermektedir. Bkz. İnal, s. 293.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 6; Dural, Yapmama, s. 12.

³⁹ Ayrım ve örnekler için bkz. Oğuzman/Öz, I, s.7.

türden bir edimin borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlamadığıdır⁴⁰. Borçlu bu yetkisini kullanarak yapmama borcuna aykırı davranırsa, alacaklının borca aykırılık hükümleri uyarınca borçlunun sorumluluğuna gidebilme imkanı doğacaktır⁴¹.

Edimler, ifa süreleri bakımından sürekli edimler ve ani edimler olarak da ayrılmaktadır. Ani edimlerde borcun ifası sırasında alacaklının beklediği menfaat zaman birimiyle ölçülemeyecek bir anda gerçekleşmektedir⁴². Ani edimler verme, yapma ya da yapmama edimi şeklinde ortaya çıkabilir⁴³. Sürekli edimlerde ise, ifadan beklenen menfaat belirli bir anda değil, devam eden bir süre boyunca var olmaktadır⁴⁴. Başka deyişle, bu edimlerde, kesintisiz bir süre boyunca borçlunun ifada bulunması beklenir⁴⁵. Sürekli borç ilişkileri de verme, yapma ya da yapmama edimleri açısından söz konusu olabilirler. Sürekli borç ilişkisine örnek olarak kira ve hizmet sözleşmeleri verilebilir.

C. Yükümlülük Kavramı

Yükümlülük, “yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, yükümlü olma durumu, yüküm, mükellefiyet, mecburiyet” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁶. Bir kişinin belirli bir sebebe dayanarak belirli bir davranışı sergilemesi zorunluluğu mevcut ise, burada bir yükümlülük söz konusu olmaktadır. Bu sebep pek çok farklı kaynaktan doğabilir.

Bazı yükümlülükler kişinin toplumsal hayata katılması dolayısıyla doğar. Bunlara toplumsal yükümlülükler de denilmektedir. Çevreyi temiz tutmak buna örnek gösterilebilir.

Keza bazı yükümlülükler ise ahlak kurallarından doğabilir⁴⁷. Örneğin otobüste yaşlılara yer verilmesi ahlaki yükümlülük olarak düşünülebilir.

Yine, bazı yükümlülükleri ise, bir kimsenin bir devletle vatandaşlık bağı kurmuş olması sebebiyle doğabilir. Bunlar genel anlamlarıyla kamusal yükümlülüklerdir.

⁴⁰ Dural, Yapmama, s. 8.

⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 6, dn. 11.

⁴² Oğuzman/Öz, I, s.11; Kılıçoğlu, s. 8; Eren, Genel, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 10; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 7; Antalya, I, s. 52.

⁴³ Yapmama şeklindeki ani edime örnek olarak bir müzayedede belirli bir mala ilişkin olarak pey sürmeme borcu gösterilebilir.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 3, N. 7; Oğuzman/Öz, I, s. 12; Antalya, I, s. 53.

⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 11.

⁴⁶ TDK Büyük Türkçe Sözlük, s. 2207-2208.

⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 30.

Vergi yükümlülerinin tahakkuk ettirilmiş vergi meblağını ödemeleri yükümlülüğü buna örnek gösterilebilir.

Bir kişinin kanundan kaynaklanan yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Bunlar da aslında bir bakıma kamusal yükümlülüklerdir; ancak kanundan doğan bütün yükümlülükler kamusal niteliği haiz olmayabilirler. Bu gibi hallere örnek olarak kişinin çocuklarını ve ailesini koruma yükümlülüğü gösterilebilir. Ya da kişinin bir başkasına vermiş olduğu zararı giderme etme yükümlülüğü de bir kanunî yükümlülüktür.

Kişi kendi iradesiyle de birtakım yükümlülükler altına girebilir. Bunlar çoğunlukla kişinin irade açıklamaları neticesinde gündeme gelebilir. En tipik örneği kişinin yaptığı sözleşmeler neticesinde borç altına girerek üstlendiği yükümlülüklerdir. Bu tür yükümlülükler sözleşmesel borç ilişkileri çerçevesinde kişinin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerdir. İşte bu çalışmada esas olarak yükümlülük kavramı, bu anlamıyla kullanılacak ve sözleşmesel (borç ilişkisinden doğan) yükümlülükleri karşılayacaktır.

Doktrinde yükümlülük yerine başta “yüküm⁴⁸” olmak üzere, “yük, yükleme” gibi çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Kanımızca anlam bakımından bu kavramlar arasında ince de olsa farklar vardır. Yük, belirli bir olumlu yetkinin getirdiği olumsuz durumu karşılamaktadır. Yüküm ise, kanımızca yük kelimesinin eş anlamlısıdır. Yükleme ile, bir kişinin başka bir kişiye yapması zorunluluğunu koyduğu davranışı tanımlanmaktadır. Halbuki yükümlülük, yukarıda açıklandığı üzere kişinin belirli bir şekilde davranma zorunluluğunu ifade etmekte ve farklı kaynaklardan doğmaktadır. Biz yük (ve yüküm) tabirini kapsam olarak dar; yükleme tabirini ise, taraflar açısından dar buluyoruz. Bu sebeple bu çalışmada yükümlülük tabiri, bu kavramlar yerine tercih edilmiştir. Bu tabir eski mükellefiyet tabirinin Türkçeleştirilmiş halidir⁴⁹.

Yükümlülüklerin doğum anları, ihtimaller çerçevesinde aşağıda her bir yükümlülük açısından incelenecektir. Burada sadece borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin tamamının bu ilişkinin kurulması ile ortaya çıkmadığını; şarta bağlanabilen

⁴⁸ Aral, s. 31 vd; İnal, s. 282; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 17 vd; Akyol, Dürüstlük, s. 45 vd.

⁴⁹ Mükellefiyet tabirine ilişkin bkz. Akıntürk, s. 232 vd.

yükümlülükler ile, sözleşmenin sona ermesi ile ortaya çıkan çeşitli yükümlülüklerin de bulunduğunu belirtmekte fayda görüyoruz⁵⁰.

Aşağıda ana çalışma konumuz açısından önem taşıyan borç ilişkisinden doğan yükümlülükler sistematik şekilde incelenecektir.

D. Borç İlişkisinden Doğan Ana Yükümlülük: Edim Yükümlülüğü

Edim yükümlülüğü dar anlamda borç ilişkisinden doğan esaslı yükümlülüktür⁵¹. Bu yükümlülükler alacaklının ifadan beklediği menfaatin gerçekleştirilmesine hizmet ederler⁵².

Edim yükümlülükleri birer ilk yükümlülük (Primärpflichten) teşkil ederler⁵³. Buna göre bu tür yükümlülükler borç ilişkisinin doğumundan itibaren taraflarca yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir.

Edim yükümlülükleri borç ilişkisinin diğer borç ilişkileri karşısında farklılığını gösterir. Borç ilişkilerinin birbirinden ayrılması, onların nitelik ve içerik olarak ayrıştığı noktaların tespitinde edim yükümlülüklerine bakılacaktır⁵⁴.

Edim yükümlülükleri iki çeşittir. Bunlar asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleridir. Edim yükümlülükleri, ister asli, ister yan edim yükümlülüğü şeklinde olsun, sözleşmenin geçerli şekilde kurulması ile doğar⁵⁵. Burada geçerli bir şekilde kurulmaktan kasıt, hüküm ifade etme anı mı yoksa kuruluşun tamamlanış anı olarak mı değerlendirilmelidir? Bu sorun özellikle TBK m. 11/1’de düzenlenmiş olan hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluş anı ile hüküm ifade etme anının farklı olduğu durumlarda önem kazanacaktır. Bize göre burada esas alınacak zamanın, sözleşmenin hüküm ifade ediş anı olması gerekir. Zira hüküm ifade etme anı da ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı halinde önem taşıyacaktır. O halde edim yükümlülüklerinin sözleşmenin hüküm ifade etmeye başladığı ilk anda doğdukları kabul edilmelidir.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, I, s. 6.

⁵¹ Eren, Genel, s. 29.

⁵² Antalya, I, s. 48; Aral, s. 33; İnal, s. 231.

⁵³ İnal, s. 282.

⁵⁴ Aral, s. 34.

⁵⁵ Serozan, MHAD-1968, s. 120.

1. Aslî Edim Yükümlülükleri

Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerden, o borç ilişkisine niteliğini veren, onu diğer sözleşmelerden ayırt edenidir⁵⁶. Başka deyişle o borç ilişkisinin ifasında göz önünde tutulacak, borçlunun da esas olarak yerine getireceği ana yükümlülüktür⁵⁷. Tarafların bu borç ilişkisinden bekledikleri ana menfaat ile ifa sonucunda elde etmeyi umdukları esas menfaat de asli edim yükümlülüğünde tezahür eder. Taraflar sözleşmeyi asli edim yükümlülüğünden yola çıkarak şekillendirirler⁵⁸. Bu yönüyle asli edim yükümlülüğünün sözleşmenin özünü teşkil etmektedir.

Asli edim yükümlülüklerinin önemi kendisini ilgili sözleşmenin sürekli borç ilişkisi mi yoksa ani edimli borç ilişkisi mi olduğunun tespitinde gösterir⁵⁹. Sözleşmenin bu yönüyle niteliğinin belirlenmesinde göz önünde tutulacak yükümlülük, tarafların asli edim yükümlülükleridir.

Asli edim yükümlülükleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sinallagma ilişkisine dahil olan yükümlülüklerdir⁶⁰. O halde tarafların değişim ilişkisi şeklinde karşılıklı üstlendikleri yükümlülükler, onların asli edim yükümlülüklerini işaret etmektedir.

Asli edim yükümlülükleri, sözleşmeyi tanımlarken öncelikle değinilen yükümlülüklerdir⁶¹. Bu nedenle, bu yükümlülüklerin sözleşmelerin kuruluşunda esaslı nokta olarak kabul edildikleri söylenebilir⁶². Tarafların sözleşmenin kuruluşunda üzerinde anlaşmalarının kayıtsız şartsız gerektiği ana yükümlülük, asli edim yükümlülüğüdür⁶³. Satım sözleşmesinde malın mülkiyetini devir, eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi, kira sözleşmesinde kira konusunun kiracıya teslimi ve kullanımının bırakılması aslî edim yükümlülüklerine örnektir.

Asli edim yükümlülüğü sadece sözleşmelerden doğan borçlar bakımından değil, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanundan doğan diğer borçlarda da söz konusu

⁵⁶ Oğuzman/Öz, I, s. 4; Antalya, I, s. 13; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 7; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 6 N. 257; Kılıçoğlu, s. 40; Aral, s. 34; Kurt, İmkansızlık, s. 160; Larenz, AT, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 17.

⁵⁷ Eren, Genel, s. 31; Seiler, s. 9; MünchenerKO-Kramer, § 241, N. 17.

⁵⁸ Karabağ Bulut, s. 61.

⁵⁹ Oğuzman/Öz, I, s. 4, dn. 12.

⁶⁰ Antalya, I, s. 13; İnal, s. 284; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 6 N. 244; Aral, s. 35; Eren, Genel, s. 32.

⁶¹ Antalya, I, s. 13.

⁶² Kılıçoğlu, s. 40; Aral, s. 34.

⁶³ Looschelders, § 1 N. 12.

olabilir. Tazminat ödeme borcunda kural olarak para borcu, sebepsiz zenginleşmede zenginleşme konusunu iade borcu da birer asli edim yükümlülüğü niteliği taşırlar.

Aslî edim yükümlülükleri kanundan doğabilecekleri gibi, taraflarca da kararlaştırılabilir. Örneğin kanunda düzenlenmiş satım, eser, kira, hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerde aslî edim yükümlülüklerinin neler olduğu kanundan anlaşılır. Bunların yanında tarafların yapacakları çeşitli atipik sözleşmelerde ise, aslî edim yükümlülüğünün ne olduğunu kendi aralarında kararlaştırmaları mümkündür.

Burada önem arz eden husus, tipik sözleşmelerde aslî edim yükümlülüğü olarak düzenlenmemiş yükümlülüklerin taraflarca aslî edim yükümlülüğü katına çıkarılıp çıkarılamayacaklarıdır. Doktrinde *Antalya*, konuyu esaslı noktalar çerçevesinde değerlendirerek, kanunda objektif esaslı unsur olarak yer bulamayan bir unsurun taraf iradeleri ile sübjektif esaslı unsur şeklinde sözleşmeye ekleneceğini ileri sürmektedir⁶⁴. Kanımızca tipik olarak asli edim yükümlülüğü olmayan bir edimin taraflarca asli edim yükümlülüğü şeklinde ele alınmasında herhangi bir engel mevcut değildir. Taraflar, tipik olsun ya da olmasın yaptıkları herhangi bir sözleşmede aslî edim yükümlülüğü teşkil edecek edimlere karar verebilirler.

Tipik sözleşme yapılırken, kanunî aslî edim yükümlülüğünün, sözleşmeden aslî edim yükümlülüğü olmadığı konusunda tarafların anlaşması halinde kanımızca sözleşme kurulmamış demektir. Zira TBK m.1'e göre tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuşmaları halinde ancak sözleşme kurulabilecektir. Burada sözleşmede esaslı unsur teşkil eden unsurlarda taraflar uyuşmamışlardır.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere; aslî edim yükümlülükleri, sözleşmeler açısından esaslı unsur teşkil eden unsurların mutlaka dahil olduğu yükümlülüklerdir. Başka deyişle, sözleşme açısından esaslı olan bir unsur, mutlaka tarafların aslî edim yükümlülüklerine dahildir. Bununla birlikte tarafların, esaslı unsur niteliğine sahip olmayan hususların da aslî edim yükümlülüğü teşkil edeceği konusunda anlaşmalarında herhangi bir engel yoktur.

⁶⁴ *Antalya*, I, s. 14.

Alacaklının sözleşmeden beklediği ana menfaat de esaslı unsura dahildir. O halde sözleşmeden beklenen asıl menfaatin gerçekleştirilebilmesi için öncelikle asli edim yükümlülüğünün ifa edilmesi gerekmektedir⁶⁵.

Sözleşmelerin geçerliliği noktasında da asli edim yükümlülüğü önem taşır. Sözleşmeyi geçersiz kılacak olan önceki imkansızlık ve aşırı yararlanma halindeki edimler arasındaki açık orantısızlık hep asli edim yükümlülükleri göz önünde tutularak tespit edilecektir⁶⁶.

2. Yan Edim Yükümlülükleri

Yan edim yükümlülükleri, aslî edim yükümlülüğünü tamamlayan yükümlülüklerdir⁶⁷. Bu tür yükümlülükler aslî edim yükümlülüğü kadar baskın olmasalar da, sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayrılması noktasında rol oynarlar⁶⁸.

Yan edim yükümlülükleri ile asli edim yükümlülükleri arasındaki ilişkide temel olan yükümlülük asli edim yükümlülüğüdür. Bu durum kendini, hem sözleşmenin sağladığı ana menfaatin tespitinde, hem de tarafların yükümlülüklerinde gösterir. O halde yan edim yükümlülükleri asli edim yükümlülüklerinin yanında rol oynarlar ve asli edim yükümlülükleri olmaksızın söz konusu olamazlar⁶⁹. Buna karşın asli edim yükümlülükleri herhangi bir yan edim yükümlülüğü olmaksızın da var olabilirler⁷⁰.

Yan edim yükümlülüklerinin asli edim yükümlülükleri ile olan ilişkisi doktrinde fonksiyonel ilişki olarak açıklanmaktadır⁷¹. Buna göre yan edim yükümlülükleri işlevleri gereği asli edim yükümlülüklerini tamamlamakta, onların ifasını kolaylaştırıcı/iyileştirici rol oynamaktadırlar.

Yan edim yükümlülüklerinin asli edim yükümlülükleri karşısında ikincil bir rol oynuyor olması, bunların alacaklının menfaatleri açısından asli edimin gerisinde

⁶⁵ Karabağ Bulut, s. 60.

⁶⁶ Bu noktada yan edim yükümlülüklerinin de - birer edim yükümlülüğü teşkil ettikleri için – asli edim yükümlülükleri ile birlikte dikkate alınıp alınamayacakları tartışılabilir. Bize göre burada kesin bir sonuç işaret edilmemeli, yan edim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğüne yakınlığı ile tarafların menfaatlerine olan ilgisi bir arada değerlendirilerek, somut olay adaleti çerçevesinde bir sonuca varılması gerekir. Bu husus, özellikle aşırı yararlanma halinde önem taşıyacaktır.

⁶⁷ İnal, s. 253; Eren, Genel ,s. 32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 17.

⁶⁸ Antalya, I, s. 14.

⁶⁹ İnal, s. 296; Eren, Genel ,s. 34; Tekinay/Akman/Bucuoğlu/Alttop, s. 17.

⁷⁰ Eren, Genel, s. 34.

⁷¹ Aral, s. 36.

bulunmalarını gösterir. Buna karşın yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir amaç ve kapsama sahiptir⁷².

Yan edim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğünün yanında ama biraz gerisinde yer alması, onun aslında asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir menfaati temsil ettiğini gösterir⁷³. O halde yan edim yükümlülüklerinde; belirli, bağımsız ve asli edim yükümlülüğünden farklı bir ifa menfaatinin mevcut olduğu belirtilmektedir⁷⁴.

Ancak unutulmamalıdır ki; yan edim yükümlülüklerinin kapsam ve anlamları asli edim yükümlülüğü ile karşılaştırılarak tespit edilecektir. Yan edim yükümlülüklerinin bağımsız nitelik taşımaları, onların da imkansızlık, temerrüt ya da akdin müsbet ihlali (borcun gereği gibi ifa edilmemesi) hallerine tabi olabileceklerini işaret etmektedir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre yan edim yükümlülükleri edim yükümlülüklerinden bağımsızlardır⁷⁵. Bu görüşe göre yan edim yükümlülükleri fonksiyonel bir şekilde asli edim yükümlülüklerinden bağımsızlaşmışlar iken, yan yükümlülükler “doğuştan” bağımsızlardır. Bu görüş ilk bakışta pratik olarak yerinde gözükebilir. Gerçekten çoğunlukla asli edim yükümlülüğünün tespiti ve ayrıştırılması ilk aşamada kolayca gerçekleştirilebilmekte iken, yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler arasındaki ince çizgiyi çizmek zorlaşmaktadır. Ancak bu yükümlülükler arasındaki en temel ayrım noktası, her ne kadar işlevleri ve edim yükümlülüğüne yakınlıkları olarak ortaya konsa da, bu ayrım daha önemli ve temel olan bir başka nokta daha vardır: tek başına talep edilebilirlik. Doktrinde görüş birliği şeklinde savunulduğu üzere⁷⁶, yan edim yükümlülüklerinin aynen ifaları asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edilebilmektedir. O halde yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülüklerinin ayrıştıkları noktanın burası olarak saptanması gerekmektedir.

Yan edim yükümlülükleri de kanunî tipten, tarafların iradesinden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanabilir⁷⁷.

⁷² İnal, s. 349; Kurt, İmkansızlık, s. 160.

⁷³ İnal, s. 350.

⁷⁴ Karabağ Bulut, s. 61; Eren, Genel, s. 33.

⁷⁵ Serozan, MHAD-1968, s. 119.

⁷⁶ Eren, Genel, 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 18; Antalya, I, s. 14.

⁷⁷ İnal, s. 293; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 3 N. 122a; Kılıçoğlu, s. 42; Aral, s. 36; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 17; Eren, Genel, s. 33 vd; Antalya, I, s. 14; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 13.

Dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri, sözleşmeci tarafların bu sözleşme ile amaçladıkları menfaat çerçevesinde oluşmaktadır⁷⁸. Başka deyişle, taraflar arasındaki asli edim yükümlülüğünün başka bir bağlamda ve amaçla başka bir sözleşmeye konu edilmesi halinde aynı yan edim yükümlülükleri doğmayacaktır. Örneğin kesmek üzere hayvan satışına ilişkin bir sözleşmedeki yan edim yükümlülükleri ile bu hayvanların üreme yeteneğini haiz olmalarının arandığı bir sözleşmedeki yan edim yükümlülükleri aynı olmayacaktır.

Taraflar yan edim yükümlülüklerini istedikleri şekilde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kararlaştırabileceklerdir. Sözleşme özgürlüğü, Türk özel hukukuna hakim olan bir ilkedir. Tarafların bu ilke çerçevesinde kararlaştırabilecekleri yan edim yükümlülükleri tamamen onların iradelerine bırakılmıştır. Öyle ki taraflar kanuni tipteki bir asli edim yükümlülüğünü, başka bir sözleşmenin yan edim yükümlülüğü olacak şekilde aralarında kararlaştırabilirler⁷⁹. Ancak bunun sözleşmede çok anlaşılır ve şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Zira o edimin asli mi yan edim mi olduğuna ilişkin bir şüphe söz konusu olduğunda, kanımızca burada karine olarak edimin asli edim olduğunun kabul edilmesi gerekir. Örneğin kira sözleşmesinde kiralananın bakım ve onarımı bir yan edim yükümlülüğü teşkil ederken, belirli bir yerin bakım ve onarımını konu edinen eser sözleşmesinde aynı edim asli edim yükümlülüğü teşkil edecektir.

Burada tartışılabilir hususlardan bir diğeri de, tarafların dürüstlük kuralından kaynaklanacak bir yan edim yükümlülüğünü kısmen ya da tamamen bertaraf edip edemeyecekleridir. Kanımca buna imkan yoktur. Zira dürüstlük kuralı kanunen düzenlenmiş ve ona aykırılık da hakkın kötüye kullanılması şeklinde yaptırıma bağlanmıştır. Bu kanunî düzenlemenin tarafların sözleşme özgürlüklerinin bir kısıtlaması olduğunu düşünüyoruz. Nitekim kanımızca dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri herhalde birer yedek yan edim yükümlülüğü gibi bir işleve sahiptir. Tarafların üzerinde herhangi bir irade beyan etmedikleri, yine kanunun da suskun kaldığı durumlarda MK m.2 hükmü sayesinde yine o yan edim yükümlülüğünün varlığı sonucuna ulaşılabilecektir.

⁷⁸ İnal, s. 293; Eren, Genel, s. 37.

⁷⁹ İnal, s. 349; Eren, Genel, s. 33.

Yan edim yükümlülükleri de birer edim yükümlülüğü teşkil ettiklerinden ve en önemlisi de aynen ifaları talep edilebildiğinden, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sinallagma ilişkisi içerisinde yer alırlar⁸⁰.

Kanundan doğan yan edim yükümlülüklerinin tespitinde kanunun açık hükmünün yanında onun yorumu sonucunda ulaşılan özünün de göz önüne alınması gerekmektedir. Doktrinde kanundan doğan yan edim yükümlülüğüne örnek olarak TBK m. 211’de düzenlenmiş olan satış sözleşmesinde satıcının ölçme ve tartma gibi teslim masraflarını, alıcının senet düzenleme ve satılanı devir ve taşıma giderlerini üstlenmesi; TBK m. 226’da düzenlenmiş olan satılanın başka yerde gönderilmesi halinde satıcının koruma önlemleri alma yükümlülüğü; TBK m. 319’da düzenlenmiş olan kira sözleşmesinde kiracının kiralananın ayıplarının giderilmesine ve zararların önlenmesine katlanma yükümlülüğü⁸¹; TBK m. 316’da düzenlenmiş olan kiracının kiralananı özene kullanma ve komşulara zarar vermeme yükümlülüğü ile TBK m. 444’te düzenlenmiş olan işçinin rekabet yasağı gösterilmektedir⁸². Yan edim yükümlülüğüne bir diğer örnek olarak, alacağın temlikine ilişkin TBK m. 190 hükmündeki, devreden devralana alacak senedinin yanında alacakla ilgili olan ve teslim edilmesi gerekli belgeleri ve ilgileri vermesi gösterilebilir⁸³.

Yan edim yükümlülükleri, sözleşmenin türünü, aslî edim yükümlülükleri kadar kuvvetli olarak yansıtmazlar. Bunlar; aslî edim yükümlülüğünü, yine o sözleşme türüne özgü edim bakımından tamamlar, onun ifasında önem arz ederler. Bu yükümlülükler edimin hazırlanmasına ve gerçekleştirilmesine hizmet ettikleri gibi, onun güvenliğine de katkı sunarlar⁸⁴. Örneğin satım sözleşmesinde malın mülkiyetini devir aslî edim yükümlülüğü iken, malın montajının yapılması bir yan edim yükümlülüğüdür⁸⁵. Keza şekle tabi sözleşmeler bakımından esaslı unsurların şeklin kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

Doktrinde savunulduğu üzere, yan edim yükümlülükleri esas edimin ifasına yardımcı olmalarının yanında onu teminat altına almakta veya onu genişletmektedir⁸⁶. *Antalya* hapis hakkı, garanti sözleşmesi ve kefaleti alacağı teminat altına alanlara, cezai şartı

⁸⁰ Eren, Genel, s. 34.

⁸¹ Kurt, İmkansızlık, s. 161.

⁸² Antalya, I, s. 14.

⁸³ Aral, s. 36.

⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 41.

⁸⁵ Antalya, I, s. 14.

⁸⁶ Antalya, I, s. 15.

da alacağın çerçevesini genişletenlere örnek olarak vermektedir. Bizce bu görüş yerinde değildir. Öncelikle yan edim yükümlülüğünün teminat işlevi şeklinde açıklanan husus, aslında doktrinde ikincil yükümlülükler olarak tanımlanan yükümlülüklerdir. Kefalet ve garanti sözleşmeleri asli edim yükümlülüğünün ifasına hizmet etmemekte, aksine onun ifa edilmemesi halinde doğan ve teminat işlevi gören borçları içeren sözleşmelerdir. Hepsisi kendi içlerinde ayrı ayrı asli ve yan edim yükümlülükleri barındıran sözleşmelerdir. Hapis hakkı ise bir haktır, ancak yükümlülük değildir. Cezai şart da kusur ve zararın ispatı hariç, genel olarak borcun ifa edilmemesi kavramı ile benzerlik taşımaktadır ve nihayetinde borcun ifa edilmemesinin yaptırımıdır. Bu yönüyle de cezai şart olsa olsa ikincil yükümlülük olarak kabul edilmelidir.

Aslî edim yükümlülüğü ile yan edim yükümlülüğünü birbirinden ayırt edebilmek için öncelikle tarafların iradelerine bakmak gerekir. Tarafların gerçek iradelerinin yanında, sözleşme kurulduktan sonra aralarında gelişmiş olan ilişki de bu iradelerin yorumunda önem taşıyabilir.

E. Borç İlişkisinden Doğan Diğer Yükümlülükler⁸⁷

Borç ilişkisinden sadece edim yükümlülükleri doğmamaktadır. Bunların yanında birtakım yükümlülükler de doğmaktadır⁸⁸. Bunlar yan yükümlülükler ile külfetler/ödevlerdir. Tali yükümlülükler de bu çerçevede değerlendirilebilirler.

1. Yan Yükümlülükler

Yan yükümlülükler asli ve yan edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Yan yükümlülükler de tıpkı edim yükümlülükleri gibi birer ilk yükümlülük (Primärpflichten) teşkil eder.

Yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerin çoğunlukla ayrılmaları güçlük teşkil eder. Doktrinde savunulan yaklaşım aynen ifa talep edilebilmesi halinde yan edim yükümlülüğü, edilemediği takdirde ise yan yükümlülük olduğu şeklindedir⁸⁹.

⁸⁷ Bu başlık altında borç ilişkisinden doğan borçlunun yükümlülükleri incelenecektir. Yoksa borç ilişkisinden alacaklıya da çeşitli yükümlülükler doğmaktadır. Bunlarda çoğunlukla borcun ifasının ispatı işlevini gören makbuz verme ve senedin iadesi gibi yükümlülüklerdir. Bunlar konumuzun dışında kaldıklarından burada söz konusu edilmeyecektir. Bu tür yükümlülükler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, I, s. 336 vd.

⁸⁸ **Oğuzman/Öz**, I, s. 13'te bunları özen yükümlülüğü (Sorgfaltspflicht) ve davranış yükümlülüğü (Verhaltenspflicht) olarak ikiye ayırmıştır.

⁸⁹ **Aral**, s. 40 ve dn. 59'daki yazarlar.

Biz bu sınıflandırmaya katılıyoruz. Bu ayrım özellikle ifaya yardımcı yan yükümlülükler açısından önem taşımaktadır.

Bunların iki görevinden ilki, edim yükümlülüklerinin ifasının tamamlanmasıdır⁹⁰. Edim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde yardımcı rol oynarlar⁹¹. Diğer işlevleri ise, sözleşme ilişkisine girilmesi sebebiyle tarafların arasında ortaya çıkan yakınlık sonucunda, dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların birbirlerine gereken koruyucu davranışları sergilemesidir⁹². Başka bir deyişle, bu yükümlülükler, edimin yerine getirilmesinde onun amacını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmak ile ifayı anlamsız kılacak her türlü tutuma girmeme konusunda her iki tarafa da görev yüklerler⁹³.

Örneğin tarafların karşılıklı olarak çeşitli aydınlatma, bilgi verme gereklilikleri ortaya çıkabilir ya da karşı tarafın mal ya da şahıs varlığıyla ilgili bir sözleşme ilişkisinde karşı tarafı korumak gerekebilir veya tarafların sadece sözleşmeye taraf olmaları sebebiyle birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma mecburiyetleri de ortaya çıkabilir⁹⁴. İşte bütün bu yükümlülükler, yan yükümlülük olarak sözleşme ilişkisinde yer alırlar.

Yan yükümlülükler, edim yükümlülüğü değildir. O halde bu yükümlülükler sinallagma ilişkisine dahil değildirler. Yine bir sözleşme ilişkisinde tarafların ödemezlik def'i sunmalarına sebep olacak yükümlülükler değildirler⁹⁵.

Yan yükümlülükler, MK m.2'den kaynaklanan güven ilişkisinin kurulmasını sözleşmesel ilişki içerisinde somutlaştırırlar. Her ne kadar hükümde "...borçların ifasında..." ibaresine yer vermekte ise de, sadece edim yükümlülüklerinde değil, yan yükümlülüklerde de bu kurala uyulması gerekmektedir. Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere bu kural, hiçbir somut edim yükümlülüğü olmadan da, güven ilkesinin neticesi olarak, yükümlülük doğmasına sebep olabilmektedir⁹⁶.

Yan yükümlülüklerin kaynakları doktrinde çeşitli şekillerde ele alınmaktadır. Bu tür yükümlülükler MK m.2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından

⁹⁰ Oğuzman/Öz, I, s. 5; Antalya, I, s. 15; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 6 N. 258; İnal, s. 359; İnan/Yücel, s. 83; Eren, Genel, s. S. 37.

⁹¹ Aral, s. 40; Eren, Genel, s. 30.

⁹² Eren, Genel, s. 38.

⁹³ Aral, s. 40.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 15; İnal, s. 359.

⁹⁵ Serozan, İfa, § 6 N. 10.

⁹⁶ Serozan, MHAD-1968, s. 119.

kaynaklanabilecekleri gibi, kanunun özel hükmünden ya da tarafların anlaşmasından kaynaklanabilirler⁹⁷. Doktrinde bir görüş, yan yükümlülüklerin taraflarca kararlaştırılamayacağını, sadece dürüstlük kuralından doğacaklarını ifade etmektedir⁹⁸. Kanımızca dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin tarafların anlaşmaları ile bertaraf edilmesi mümkün değildir; fakat taraflar bu yükümlülüklerin dışında çeşitli yan yükümlülükleri aralarında kararlaştırabilirler. Burada önemli olan sınır, bu kararlaştırılan yan yükümlülüklerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesidir.

Sözleşmede belirtilmiş olan çeşitli yükümlülüklerin niteliklerinin ne olduğu sözleşmenin yorumlanması ile belirlenecektir⁹⁹. Bu ihtiyaç, özellikle bir yükümlülüğün yan edim yükümlülüğü mü, yoksa yan yükümlülük mü olduğunun tespitinin gerektiği anlarda ortaya çıkacaktır.

Edim yükümlülüğünden bağımsız bu yükümlülükler, tarafların sosyal teması ile ortaya çıkarlar ve tarafların geçerli bir sözleşme kurup kurmadıklarından bağımsız olarak bu yükümlülükler varlıklarını sürdürürler¹⁰⁰. Zira artık burada MK m.2'den kaynaklanarak ortaya çıkmış kanuni bir borç ilişkisi söz konusudur. Dolayısıyla bu yükümlülükler geçerli sözleşme kurulmaksızın ihlal edilmiş olsalar dahi ihlal eden tarafın sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olarak değerlendirilecektir¹⁰¹. Hatta sözleşme iptal hakkı gibi çeşitli sebeplerle geçersiz kılınsa dahi yan yükümlülükler varlıklarını devam ettireceklerdir¹⁰².

Yan yükümlülüklerin kapsamının ne olduğu doktrindeki bir görüşe göre onlara kaynaklık eden hukuki işlemin yorumlanması ile tespit edilecektir¹⁰³. Bu yorumlama faaliyetinde tarafların gerçek iradeleri araştırılacak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir sonuca varılacaktır¹⁰⁴. Bu araştırma sırasında güven ilkesinden yararlanılarak tarafların hakkaniyet ilkesi çerçevesinde belirlenecek sınırları dikkate alınacaktır¹⁰⁵.

⁹⁷ Oğuzman/Öz, I, s.5; Antalya, I, s. 15; Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 46; İnal, s. 104; Aral, s. 40 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 289.; Altaş, s.283; Karabağ Bulut, s. 64. BGE 144 II 57.

⁹⁸ İnal, s. 360; Kılıçoğlu, s. 42; Karabağ Bulut s. 64 ve dn. 213'teki yazarlar.

⁹⁹ Antalya, III, s. 394.

¹⁰⁰ İnal, s. 360.

¹⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 16.

¹⁰² İnal, s. 361.

¹⁰³ İnal, s. 368.

¹⁰⁴ Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, s. 170; Serozan, Medeni, II § 9 N. 9d.

¹⁰⁵ Serozan, Medeni, II § 9 N. 9c.

Biz de bu görüşe katılmakla birlikte burada hukuki işlem yorumlanırken edim yükümlülüklerinin alacaklıda yarattığı ifa menfaatinin göz önüne alınması gerektiğini düşünüyoruz. O halde bu yükümlülükler ile kapsamlarının ne olduğunun tespitinde bir sınırlama yapılamayacak, her bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde bunlar ayrı ayrı değerlendirilecektir¹⁰⁶.

Bilindiği gibi sözleşmeler, tam/eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak iki çeşide ayrılmaktadır. İşte iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların borçlarının tespitinde tarafların –her ne sebeple doğmuş olursa olsunlar- üstlendikleri yan yükümlülükler bu değişim (synallagma) ilişkisine dahil edilmezler¹⁰⁷. İşte bu yönleri, yan yükümlülükleri edim yükümlülüklerinden ayıran özel bir nokta teşkil etmektedir.

Yan yükümlülükler edim yükümlülüklerinin dışında yer alırlar; ancak onların da dahil olduğu sözleşme menfaatlerine ve fedakarlıklarına dahildirler¹⁰⁸. Bununla beraber yan yükümlülüklerin, tarafların anlaşması ile yan edim yükümlülüğü katına çıkarılmaları mümkündür¹⁰⁹.

Doktrinde de savunulduğu üzere, bir borcun imkansızlaşması ancak edim yükümlülükleri için söz konusu olabilmektedir¹¹⁰. Yan yükümlülükler ise edim yükümlülüğüne dahil olmadıklarından imkansızlaşamazlar. Bu sonuç, bu yükümlülüklerin nitelikleri gereği ortaya çıkmaktadır.

Yan yükümlülükler genellikle kabul edildiği üzere, çeşitli türlere ayrılırlar. Bunlar ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleridir. Aşağıda sırası ile bu iki yan yükümlülük çeşidi irdelenecektir.

a. İfaya Yardımcı Yan Yükümlülükler

Asıl edimin ifasına yardımcı yan yükümlülükler, sözleşmenin amacına ve bu amacın dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden yan

¹⁰⁶ Aral, s. 40.

¹⁰⁷ İnal, s. 281.

¹⁰⁸ İnal, s. 359.

¹⁰⁹ Serozan, MHAD-1968, s. 117; Lorenz, AT, s. 12.

¹¹⁰ Klausch, s. 29.

yükümlülüklerdir¹¹¹. İfaya yardımcı yan yükümlülükler de, kendi içinde çeşitli farklı işlevlere göre ayrılmaktadır.

Bazı yan yükümlülüklerin hazırlama ve sağlama işlevi de vardır¹¹². Bu yükümlülükler genellikle verme borcu şeklindeki edim yükümlülüklerinin yanında ortaya çıkarlar ve verme borcu konusu olan şeyin, özellikle ifadan önce korunmasına ilişkin özenin gösterilmesini konu edinirler¹¹³. Şeyin sadece korunması değil, bakımı ve özellikle ifa sırasında sahip olması gerekecek nitelikleri sağlaması hususunda gereken özenin gösterilmesi gerekmektedir.

Bazı yan yükümlülükler ise, borcun konusu edim hakkında borçlunun, alacaklıya doğru, gerçek ve yeterli bilgiyi vermesini konu edinirler¹¹⁴. Yükümlü tarafın diğer tarafa, özellikle onun bu sözleşme ilişkisinde bilmesinin gerekeceği bilgileri vermesi gerekir¹¹⁵. Bu tür yükümlülükler, genellikle dürüstlük kuralı gereğince bir tarafın diğerinden çeşitli bilgileri edinmeyi beklediği¹¹⁶ veya ifanın alacaklı bakımından tehlike teşkil edeceği durumlarda¹¹⁷ söz konusu olacaktır.

Bir diğer yan yükümlülük türü olan aydınlatma yükümlülüğü, karşı tarafın sözleşme ilişkisi içerisinde bilmesinin gerektiği bilgilerin ona verilmesi zorunluluğudur¹¹⁸. Bu yükümlülük, bütün sözleşmelerde bulunmayabilir. Ancak halin icabı gereği böyle bir beklentinin söz konusu olduğu durumlarda, bunun ilgili tarafça karşılanması gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme tarafları açısından her zaman söz konusu olan bir yükümlülük değildir. Tarafların gerekli araştırmayı kendilerinin yapması beklenir. Ancak bazı hallerde özellikle de, dürüstlük kuralının etkisiyle bir tarafın diğerine belirli bir konuda açıklamada bulunması beklenebilir¹¹⁹. Aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin içeriği, tarafların borçları ve özellikle de aydınlatma konusu bilginin ifa menfaatine olan ilgisi çerçevesinde ele alınmalıdır.

Verilecek bilginin kapsamı da burada önem taşıyabilir. Bilginin, sözleşme ilişkisi, karşı tarafın menfaati çerçevesinde verilmesi gerektiği savunulabileceği gibi, objektif

¹¹¹ **Karabağ Bulut**, s. 65; **Eren**, Genel, s. 38; **Antalya**, I, s. 15.

¹¹² **Eren**, Genel, s. 38.

¹¹³ **Aral**, s. 43.

¹¹⁴ **Eren**, Genel, s. 38; **Aral**, s. 44.

¹¹⁵ **Aral**, s. 44.

¹¹⁶ **Aral**, s. 44.

¹¹⁷ **Antalya**, I, s. 15.

¹¹⁸ **Aral**, s. 44; **Eren**, Genel, s. 38; **Akyol**, s.47 vd.

¹¹⁹ Doktrinde ileri sürülen görüşe göre özellikle sözleşme görüşmeleri sırasındaki aydınlatma yükümlülüğünde tarafın bu bilgiyi beklemekte objektif olarak haklı olması aranmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 303.

olarak bu olayda karşı tarafa yapılması gereken aydınlatmanın yapılması da beklenebilir. Kanımızca burada özen yükümlülüğü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu da sözleşmedeki asli edim yükümlülüğüne ve onun taraflara sağladığı menfaate göre şekillendirilmelidir.

Bilgiyi veren kişinin de bu bilginin niteliğine göre bazı açıklamalardan kaçınması mümkündür. Örneğin, karşı tarafı aydınlatırken vereceği bilgiler kendi kişilik haklarına ilişkin ise ya da özel hayatını ihlal edecekse veya bunlar meslek sırrı niteliğinde bilgiler ise, bunların paylaşılmaması yerinde olacaktır. Karşı tarafın da bunların verilmemesi sebebiyle bir zarara uğraması halinde, bir tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Dürüstlük kuralına göre bu bilgilerin paylaşılmasının beklenmemesi gerekir. Tıbbi tedaviyle ilgili sözleşmede hastanın tedavi konusunda aydınlatılması ve bilgilendirilmesi bu yükümlülükler örnek olarak verilebilir¹²⁰.

Bilgi verme yükümlülüğü sadece borçlu açısından değil, alacaklı açısından da söz konusu olabilir. Bu durum özellikle sağlıkla ilgili müdahalelerde, alacaklının doktoruna birtakım hastalıkları bildirmesi yükümlülüğü şeklinde kendini gösterir. Örneğin kanında pıhtılaşma sorunu olan ve bu bir şekilde anlaşılamamış kişinin yine de doktorunu uyarması gerekir.

İhbar yükümlülüğü de sözleşmesel ilişkilerden doğan bir yan yükümlülüktür. İhbar külfetini aşan düzeydedir ve bir yükümlülük noktasına gelmiştir¹²¹. Zira bu yükümlülüğü yerine getirmesi gereken kişinin bunu yapmaması halinde menfaat kaybına uğrayacak kişi kendisi değil, sözleşmenin diğer tarafıdır. Doktrinde bu yükümlülükler örnek olarak; sulara fazla miktarda klor ilave etmek zorunda kalan belediyenin, bu suyu kullanan konserve fabrikasına bunu bildirmesi zorunluluğu verilmektedir¹²².

Bir diğer yan yükümlülük de, hesap verme yükümlülüğüdür¹²³. Bunlar genellikle tasfiye ilişkilerinden sonra doğan yükümlülüklerdir. Kanunda öngörölmüş olan çeşitli bilgi verme yükümlülükleri de vardır. Örnek olarak TBK m. 190'da yer alan alacağın temlikinde devralana hakka ilişkin çeşitli bilgi/belgelerin verilmesi gösterilebilir.

¹²⁰ Kılıçoğlu, s. 43.

¹²¹ Külfetler hakkında bkz. aşağıda I, E, 2.

¹²² Aral, s. 46.

¹²³ Aral, s. 47.

Bir diğ er yan yükümlölük de sağ lama yükümlölüğüdür¹²⁴. Bu yükümlölükler de özellikle bir aynı hakkın devri söz konusu olduğı takdirde gündeme gelirler. Bu yükümlölükler, borçlunun alacaklıya o aynı hakka ilişkin çeşitli içeriğ in sağ lanmasına yöneliktir¹²⁵.

Borçlu ile alacaklının işbirliğı yapma yükümlölüğü de bazı sözleşmelerde yan yükümlölük olarak ortaya çıkabilir¹²⁶. Öyle bazı borç ilişkileri söz konusu olabilir ki, borcun ifası için alacaklı ile borçlunun işbirliğinde bulunması gerekir. Böyle durumlarda her iki tarafın da işbirliğı yükümlölüğünü üstlenmiş olması söz konusu olabilir¹²⁷. Bu tür yükümlölükler genellikle geçerliliğı üçüncü kişinin rızasına ya da resmi bir makamın onayına bağı lı olan hallerde söz konusu olabilirler¹²⁸.

b. Edim Yükümlölüğünden Bağımsız Borç İlişkileri Ekseninde Koruma Yükümlölükleri (Koruyucu Yan Yükümlölükler) (Schutzpflichten)

Koruma yükümlölükleri ile edim yükümlölüklerinin ayrımını ilk defa *Stoll* ortaya koymuştur¹²⁹. Borç ilişkilerinde alacaklının korunması gereken iki menfaatinin olduğı ileri sürölmüştür. Bunlardan ilki, ifa menfaati; diğ eri ise, korunma menfaatidir¹³⁰. İfa menfaati, tarafların sözleşme ilişkisine dahil olarak elde etmek istedikleri temel ekonomik artış olarak değ erlendirilebilir. Ancak özellikle sanayileş me ve teknolojik geliş meler sonucunda ö ne çıkan bir diğ er menfaat de, korunma menfaatidir¹³¹. O halde koruma yükümlölükleri, edim yükümlölüklerinden farklı olarak bütönlük menfaatinin (zarardan uzak tutulma çıkarının) sağ lanmasına hizmet ederler¹³². Bir başka deyiş le bu yükümlölükler, edim menfaatinden ve edim yükümlölüklerinden tamamen ayırdırılar¹³³.

Türk ve İsviçre hukuklarında herhangi bir pozitif düzenlemesi bulunmayan koruma yükümlölükleri, Alman Hukukunda BGB § 241’de ş u şekilde düzenlenmiştir: “borç

¹²⁴ Aral, s. 47 vd.

¹²⁵ Oğuzman/Barlas, s. 303.

¹²⁶ Akyol, s. 50.

¹²⁷ Eren, Genel, s. 38.

¹²⁸ Oğuzman/Barlas, s. 304.

¹²⁹ Karabağ Bulut, s. 66;

¹³⁰ Antalya, I, s. 16; İnal, s. 361.

¹³¹ Stoll, s. 257; Thiele, s. 649; Demircioğlu, s. 122.

¹³² Başalp, s. 467; Karabağ Bulut, s. 66; Wiegand, s. 557; ancak koruma yükümlölüklerinin edim yükümlölüğü olduğı sözleşmelerde (örneğin saklama sözleşmeleri), borçlunun korumak ile yöneldiğı menfaat edim menfaati halini almaktadır.

¹³³ Demircioğlu, s. 122.

ilişkisi, içeriğine göre taraflardan her birini, diğer tarafın haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir.”¹³⁴.

Koruma yükümlülükleri, tarafların, diğer tarafın kişi ve malvarlığı haklarını sözleşme ilişkisi boyunca koruması, onlara zarar verilmemesi zorunluluğunu ifade eder¹³⁵. Burada “sözleşme ilişkisi boyunca” ifadesi ile kast edilen tarafların girdikleri sosyal temastan itibaren bu yükümlülüğün varlığıdır¹³⁶. Zira taraflar bu aşamadan sonra birbirlerinin etki alanlarına müdahil olabilme imkanlarına sahip olacaklardır¹³⁷. Bu müdahale kabiliyeti de koruma yükümlülükleri ile sınırlarına ulaşmaktadır. Koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülükleri ile herhangi bir ilişkisi olmadığı savunulmaktadır¹³⁸.

Koruma yükümlülüğü, karşı tarafın kişi varlığının korunmasını içerir. Kişi varlığıyla kast edilen meslek sırları, ad, soy ad, gizli kişisel bilgiler gibi çeşitli bilgilerin bütünüdür. Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.73’e göre bankaların işlem yaptıkları kişilerin kişisel bilgilerini saklama ve paylaşmama yükümlülükleri vardır¹³⁹.

Koruma yükümlülüğü tarafların malvarlığının korunması da hizmet eder. Kişinin korunacak malvarlığı ise, sözleşmenin kurulması sebebiyle karşı tarafın ilişkiye girmek durumunda kaldığı malvarlığıunsurlardır. Başka deyişle, dahil olunan sosyal temasın üzerinde herhangi bir tehlike arz ettiği malvarlığı değerleri koruma yükümlülüklerinin kapsamındadır¹⁴⁰. Örneğin borcunu karşı tarafın arsasının üzerine bina inşa ederek ifa edecek bir yüklenicinin, bunu yaparken arsaya zarar vermeme, onu koruma yükümlülüğü gündeme gelmektedir.

Yan yükümlülüklerin hangi andan itibaren taraflar arasında ortaya çıktığı önem taşımaktadır. Genellikle kabul edilen yaklaşıma göre, taraflar arasında başlayan ve hukukî ilişkiye dönme potansiyeli taşıyan herhangi bir sosyal temas ile bu yükümlülükler doğmaktadır¹⁴¹. O halde bunların sözleşme kurulmadan önce dahi

¹³⁴ Demircioğlu, s. 125.

¹³⁵ Serozan, İfa, § 18 N. 5; Aral, s.49; Oğuzman/Barlas, s. 305; Karabağ Bulut, s. 65; Seiler, s. 10; Larenz, s. 10; Akyol, s. 46.

¹³⁶ Serozan, İfa, § 18 N. 5

¹³⁷ Karabağ Bulut, s. 66.

¹³⁸ Aydın, s.18; Seiler, s. 10.

¹³⁹ İzveren, s. 692.

¹⁴⁰ Aydın, s.24; Demircioğlu, s.128.

¹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 15 vd.

doğdukları ve tarafları bağladıkları savunulabilir¹⁴². Ancak bu ilişkinin kesinlikle hukuki işlem yapılmasına yönelik olması aranmamaktadır; önemli olan, sosyal temasın hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş olmasıdır¹⁴³. Doktrinde aksi görüşü savunan *Larenz*'e göre ise, sosyal temasın ancak hukuki işlem kurmaya yönelmiş olması gerekmektedir¹⁴⁴. Doktrinde *Karabağ Bulut* ise, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ile koruma yükümlülükleri arasında ayırım yaparak, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin sözleşmenin kuruluşu ile doğduğunu ve dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin yorumlanması ile tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴⁵.

Koruma yükümlülükleri, tarafların sosyal teması ile doğduklarından, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliğinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürürler¹⁴⁶. Bu ayırımı ilk ortaya koyan Alman hukukçu *Canaris* olmuştur¹⁴⁷. Yazara göre bu tür yükümlülükler, sözleşme geçersiz olsa da, taraflar arasında mevcuttur ve ihlalleri de *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açacaktır. Başka deyişle, doğmuş olan bu yükümlülükler, tarafların kendi aralarında sözleşme yapmaları ile başlamakta ve sözleşme süresince devam etmekte; ayrıca sözleşme ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi sonucunda da bazı hallerde devam etmektedir¹⁴⁸.

Koruma yükümlülükleri yapma borcu şeklinde olabileceği gibi, yapmama borcu şeklinde de olabilir. Burada önemli olan nokta, korumakla yükümlü olan tarafın, karşı tarafın zarar görmemesi için üzerine düşeni tam olarak yerine getirmesinin gerekmesidir.

Bazı durumlarda koruma yükümlülüğü, yükümlünün belirli önlemleri almasını içerir. Örneğin inşaat yapılacak yerin civarının zarar görmemesi için işçilerin gerekli koruyucuları kullanıyor olması beklenir. Bazı durumlarda da koruma yükümlüsü, zarar vermekten kaçınmak yükümlülüğü altındadır. Bu geniş kaçınma yükümlülüğü aslında koruma yükümlülüğünün özünü teşkil ediyor ise de, yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, bazı durumlarda yanına birtakım olumlu davranışın da eklenmesi beklenebilir.

¹⁴² **Serozan**, MHAD-1968, s. 119.

¹⁴³ **İnal**, s. 363; **Serozan**, MHAD-1968, s. 123.

¹⁴⁴ **Serozan**, MHAD-1968, s. 123.

¹⁴⁵ **Karabağ Bulut**, s. 65.

¹⁴⁶ **Serozan**, MHAD-1968, s.122 dn. 35a.

¹⁴⁷ **Canaris**, s. 476; **Başalp**, s. 459.

¹⁴⁸ İmkansızlık çerçevesinde verilmiş bir örnek için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 16.

O halde koruma yükümlülükleri, kişinin başkasına zarar vermemeyi temel alan yükümlülüklerdir. Bu tür yükümlülükler, özen yükümlülüğü olarak da değerlendirilebilir¹⁴⁹. Zira burada koruma yükümlüsünün belirli bir özeni göstermesi farklı sözleşmeler ve farklı asli edim yükümlülükleri açısından aranacaktır.

Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin kuruluşu öncesinde doğduktan sonra sözleşmenin kuruluşu ile birlikte kazandıkları konuma ilişkin doktrinde iki farklı yaklaşım savunulmaktadır. Bunlar sentetik görüş ve organik görüş olarak değerlendirilebilir. Sentetik görüşe göre, koruma yükümlülüklerini oluşturan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ile tarafların arasındaki sözleşme ilişkisi ayrı ayrı varlıklarını aynı zamanda sürdürürler¹⁵⁰. İkinci görüş olan organik yaklaşıma göre ise, koruma yükümlülükleri yine kanundan doğmaktadır; ancak bunlar, taraflarca sözleşmenin kurulması ile sözleşme ilişkisine dahil olmaktadır¹⁵¹.

Doktrinde *Aydınli* haklı olarak bu tartışmanın teorik boyutu aşmadığına işaret etmektedir¹⁵². Gerçekten de organik yaklaşımın, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da koruma yükümlülüklerinin bazılarının devam ettiği durumları açıklamakta güçlük çekmesi dışında, her iki görüşün de pratik olarak bir farkı gözükmemektedir.

Koruma yükümlüsünün bu yükümlülüğü yerine getirirken alacaklının mal ya da kişi varlığını korumaya yönelik iradesinin bulunması gerekmemektedir. Başka deyişle, borçlu (ya da onun ifa yardımcısı), alacaklının kişi ya da mal varlığını koruyucu önlemi istemeden almış olsalar dahi bu yükümlülüğü yerine getirmiş olurlar.

Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde, onların aynen ifasının talep edilmesi mümkün olmayıp, sadece kusurlu olan tarafın diğer tarafın zararını gidermesi söz konusu olacaktır¹⁵³. Aynen ifanın talep edilememesi, *Aydınli*'nin da belirttiği üzere koruma yükümlülüklerinin niteliklerinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Bir defa ihlal edildikten sonraki süreçte aynen ifası hem mümkün değildir, hem de alacaklı açısından herhangi bir fayda doğurmayacaktır.

¹⁴⁹ Başpınar, s. 123; Canaris, s.475, Schur, s.251.

¹⁵⁰ Canaris, s. 475; Thiele, s. 469; Serozan, MHAD-1968, s.119; Karabağ Bulut, s. 67.

¹⁵¹ Antalya, III, s. 218; Larenz, AT, s. 14

¹⁵² Aydınli, s.25.

¹⁵³ Antalya, I, s. 16.

¹⁵⁴ Aydınli, s. 19.

Koruma yükümlölükleri, sadece asli edim yükümlölüğünü yerine getirecek borçlu açısından değil, sözleşmenin her iki tarafı açısından da doğmaktadır¹⁵⁵.

Koruma yükümlölüklerinin temeli, edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkileridir. Yukarıda da açıklandığı üzere, koruma yükümlölükleri, herhangi bir sözleşmenin geçerli olması ve dolayısıyla edim yükümlölüğünün doğmasına bakılmaksızın, dürüstlük kuralının zorunlu sonucudurlar. Taraflar arasında iradi olarak borç ilişkisi kurulsun ya da kurulmasın, sosyal temasa geçmekle kurulan, kaynağını dürüstlük kuralından alan, sözleşme ilişkisi kurulduktan ve hatta sona erdikten sonra da bir süre devam eden sözleşme benzeri borç ilişkilerine edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkileri denilmektedir¹⁵⁶. Bu kavram *Larenz* tarafından ortaya çıkarılmış, zamanla da doktrinde kabul edilmiştir.

Sözleşmenin kurulması için TBK m. 1'e göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekmektedir. Bazı hallerde taraflar böyle karşılıklı irade açıklamasında bulunmasalar dahi, sanki aralarında sözleşme varmış gibi sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır¹⁵⁷. Özellikle bu gibi hallerde, tarafların sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olarak değerlendirilir. İşte bu durum, edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkileri teorisi sayesinde gerçekleşmektedir.

Alacak hakkı ile edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkilerinin arasında edim ekseninde saptanabilecek ince bir eksen vardır. Buna göre her alacak hakkının konusu olarak bir edimden söz edilebilecek ise de, her edimin borçlanılmış olması gerekmemektedir¹⁵⁸.

Jhering tarafından savunulmuş olan ve Türk hukukunda pozitif düzenlemesi olmasa da mevcut olduğu kabul edilen *Culpa in Contrahendo*, edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkilerinin en temel örneğidir¹⁵⁹.

Edim yükümlölüğünden bağımsız borç ilişkileri, güven teorisi etrafında kurulan ilişkilerde görülür. Bu ilişkiler, tarafların sözleşme yapmak üzere bir ilişkiye girdikleri andan itibaren karşılıklı olarak doğup, sözleşme ilişkisi boyunca devam eder, hatta bazı öyle haller olabilir ki sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da devam

¹⁵⁵ **Koller**, pVV, s. 1485; **İnal**, s. 281.

¹⁵⁶ **İnan/Yücel**, s. 83; **Antalya**, I, s. 16.

¹⁵⁷ **Serozan**, Medeni, III § 5 N. 13a.

¹⁵⁸ **Antalya**, I, s. 47.

¹⁵⁹ **Antalya**, I, s. 16; **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 8; **Aral**, s. 52 vd.; detaylı bilgi için bkz. **Demircioğlu**, 126 vd.

edebilir¹⁶⁰. Bu borç ilişkileri, ilgili sözleşmenin geçerliliğinden, hatta onun varlığından bağımsız olarak varlıklarını sürdürürler¹⁶¹.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri, haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluğun arasında bir alanda yer alırlar. Bu ilişkilerde, ne olağan bir genel davranış yükümlülüğü söz konusudur ne de sözleşme ile taraflarca üzerinde anlaşılmış bir yükümlülük söz konusudur. Bu ilişkiler, sözleşmesel kesinliğe ulaşamamış, güven temeline dayanan ilişkilerdir¹⁶². Bu sebeple de, bu tür ilişkilerin ihlali halinde sözleşmesel sorumluluk doğar, nitekim bu tür ilişkiler doktrinde haksız fiil hukukunun sözleşmesel sorumluluk tarafından sınırlandırılmasına örnek olarak gösterilmektedir¹⁶³.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin ifasının talep edilmesi mümkün değildir. Bu tür yükümlülükler genellikle belirli bir süre (örneğin sosyal temasın başlangıcı ve bitişi) devam ederler, bu süreden sonra ifalarının herhangi bir önemi kalmamaktadır¹⁶⁴.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin; *culpa in contrahendo* ve üçüncü kişiyi etkili sözleşmeden doğan sorumluluğa temel teşkil ettiği savunulmaktadır¹⁶⁵.

2. Külfetler

Sözleşme ilişkisi süresince ve bu alanla ilgili olarak bir hakkı elde edebilmek için kişinin belirli şekilde davranmak durumunda olmasına külfet denilir¹⁶⁶. Doktrinde külfet, hukuki bir olumsuzluğu engellemek isteyen kişinin bulunması gereken davranış olarak da tanımlanmaktadır¹⁶⁷.

Doktrinde Almanca “*obliegenheit*” tabirine karşılık teşkil edecek şekilde çok çeşitli ifadeler kullanılmıştır: yükleni, ödev, külfet¹⁶⁸. Bunlar arasında nasıl bir ilişki

¹⁶⁰ İnal, s. 102.

¹⁶¹ Oğuzman/Öz, I, s. 40.

¹⁶² Serozan, Haksız Fiil, s. 717.

¹⁶³ Serozan, Haksız Fiil, s. 716.

¹⁶⁴ Aday, s. 146.

¹⁶⁵ Larenz, AT, s. 14.

¹⁶⁶ Antalya, I, s. 19; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, n. 54; Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 47.

¹⁶⁷ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 6 N. 292.

¹⁶⁸ Doktrinde Antalya (bkz. Antalya, I, s. 19), Nomer (bkz. Nomer, n. 8) ve Kılıçoğlu (bkz. Kılıçoğlu, s. 43 vd.) yüküm tabiri külfet ile eş anlamlı olarak kullanmakta ise de, biz bu tercihe katılamıyoruz. Doktrinde çeşitli yazarlar külfet, yük ile eş anlamlı kullanıp, yükleniyi bundan ayırmaktadır. Bu yaklaşıma göre külfet, daha çok kamu hukuku dallarının yüklediği çeşitli yükümlülükleri ifade

olduğu ve bunlardan hangisinin tam anlamıyla kavramı ifade edebildiğinin öncelikle saptanması gerekmektedir. Türk hukukunda bu kavramı karşılamak üzere baskın şekilde kullanılan kavram külfettir. Biz de çalışmamızda herhangi bir kavramsal kargaşa yaratmamak adına külfet tabirini kullanmayı doğru buluyoruz.

Külfet (Obliegenheit) tabiri ilk defa Almanya’da 1820 yılında Yangın Sigortası Bankası’nın tüzüğünde kullanılmıştır. Daha sonra kavram, özellikle sigorta hukukunda çok geniş uygulama alanı bulmuş ve 20.yüzyıl Alman Hukukunda önemli bir yere kavuşmuştur^{169,170}.

Külfetler genellikle kanunun özel hükmünden doğarlar. Örneğin, satım sözleşmesinde maldaki ayıpların tespit edilebilmesi için yapılması gereken muayene bir külfettir. Zira ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesi için bu muayene bir kanuni şart olarak ön görülmüştür.

Külfetler ile yükümlülükler arasındaki en temel farklılık, ikisinin edim menfaatine olan yakınlığına ilişkindir. Külfetlere göre yükümlülükler (edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler), alacaklının borç ilişkisinden beklediği edim menfaatine daha yakındırlar. Bu menfaatin gerçekleştirilmesine külfetlere nazaran daha çok ve doğrudan katkıda bulunurlar. Külfetler ise, edim menfaatine ilişkin olarak değerlendirilemeyecek olan davranış kurallarıdır¹⁷¹.

Yükümlülükler karşısında fark olarak ele alınabilecek bir diğer husus da, karşı tarafı zenginleştirme noktasındadır. Gerçekten yükümlülüklerin büyük çoğunluğu, özellikle edim yükümlülükleri, alacaklısını zenginleştirirken, külfetler yerine getirilmekle alacaklıyı zenginleştirmezler¹⁷².

Külfetler ile yükümlülükler arasındaki bir diğer farklılık da, davranış kime menfaat sağladığı noktasındadır. Külfetlerde, külfeti yerine getirecek olan kişi kendisine menfaat sağlamaktadır. Halbuki yukarıda da açıklandığı üzere yükümlülükte, kişinin asıl yapması gereken başkasına bir menfaat sağlamaktır. Başka bir deyişle kişi, karşı tarafa menfaat sağlamak için davranmak zorundaysa yükümlülük; karşı tarafa değil

etmektedir (örneğin ispat külfeti). Detaylı bilgi için bkz. **Hatemi/Gökyayla**, § 2, N. 44 vd. Kavramsal tercihlere ilişkin çok detaylı açıklamalar için bkz. **Aday**, s. 15 vd.

¹⁶⁹ Kavramın ortaya çıkışına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Aday**, s. 2 vd.

¹⁷⁰ Türk hukukunda da sigorta hukukunda külfetlere ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. TTK m. 1446/1,2’de düzenlenen bildirimde bulunma külfeti.

¹⁷¹ **Aday**, s. 152.

¹⁷² **Aday**, s. 14.

de, kendisine menfaat sağlamak için bir şekilde davranmak zorundaysa külfet söz konusudur. Buna göre külfeti yerine getirecek kişinin karşısındaki kişi, külfetlerin ifasını talep edemeyecektir¹⁷³.

Külfetler nitelikleri gereği yükümlülük noktasında bulunmazlar. O halde onların doğrudan alacaklının menfaatine yöneldiğini kabul etmek güçtür. İşlevlerinin kişinin haklarını kullanabilmesinin önünü açmak olduğu düşünüldüğünde, bunların esas itibarıyla külfeti yerine getirecek tarafın (ki bu taraf, yükümlülükler açısından borçlu da alacaklı da olabilir) menfaatine oldukları düşünülebilir. Doktrinde de belirtildiği üzere, külfetleri sadece bir tarafın menfaatine fiiller olarak ele almak yanlış olacaktır¹⁷⁴.

Külfetlerin tek başlarına ifalarının talep edilmesi mümkün değildir¹⁷⁵. Zira menfaat sahibi kişinin külfet yükümlüsü olması, karşı tarafın bunun ifasını talep etmesini engellemektedir. Yine bu sebeple külfetlerin ihlal edilmeleri halinde külfeti yerine getirecek tarafın karşı tarafının herhangi bir tazminat talebi söz konusu olmayacaktır. Nitekim külfetlerin yaptırımı, külfeti yerine getirmesi gereken kişinin ilgili hakka kavuşamamasıdır¹⁷⁶. Doktrinde külfeti yerine getirmeyen taraf aleyhine karşı tarafın defi hakkının doğacağını savunan bir görüş de vardır¹⁷⁷.

Külfetlerin yukarıdaki yaptırımlarının ortaya çıkmasında, külfetin hiç yerine getirilmemesi ile yerine getirilmekle birlikte kanuni şartlara uygun olmayan şekilde yerine getirilmesi arasında bir fark yoktur¹⁷⁸. Her iki halde de ilgili haklara ulaşılamayacaktır.

Külfetlerin özel kanun hükümlerinden doğduğunu yukarıda belirtmiştik. Buradaki külfetlerin taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. Yine tarafların bu külfetleri kısmen ya da tamamen ortadan kaldırması da mümkündür. Zira bu hükümler çoğunlukla yedek hükümlerdir.

Külfetlere örnek olarak TBK m. 223 uyarınca alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için malı gözden geçirmesi ve bunun sonucunda herhangi

¹⁷³ Nomer, n. 8.

¹⁷⁴ Aday, s. 148.

¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, n. 54; Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 48; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 7 N. 292; Serozan, Dönme, s. 444.

¹⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, n. 54; İnal, s. 300; Kılıçoğlu, s. 44; Aday, s. 166; Eren, Genel, s. 45; Yücer Aktürk, s. 67-68; Serozan/Baysal/Sanlı, s.5 N. 16.

¹⁷⁷ Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 48-50.

¹⁷⁸ Yücer Aktürk, s. 248.

bir olumsuzluk var ise satıcıya bildirimde bulunması gösterilebilir¹⁷⁹. Alıcı bu muayene ve bildirim yapmadığı takdirde ayıptan doğan haklarını satıcıya karşı kullanamayacaktır. Külfetlere bir diğer örnek olarak da zarar görenin zararı azaltma külfeti gösterilebilir. Gerek sözleşmesel, gerekse haksız fiil sorumluluğunda uygulama alanı bulan bu külfet, zararın azaltılmasını ya da zararın artmamasının sağlanmasını amaçlamaktadır¹⁸⁰. Bu külfetin yaptırımı da, zarar görenin talep edeceği tazminatın azaltılması olacaktır¹⁸¹.

Külfetlerin borç teşkil etmesini ve dolayısıyla ihlalleri halinde tarafların sorumluluklarının doğacak olmasını engelleyen herhangi bir hüküm yoktur¹⁸². O halde taraflar, bir tarafın üzerine düşen külfeti yerine getirmemesi halinde, karşı tarafta ortaya çıkacak olası zararı gidermekle yükümlü olacağını kendi aralarında kararlaştırabilirler.

3. Tali Yükümlülükler

Yukarıda açıkladığımız edim yükümlülükleri ile yan yükümlülük doktrinde sözleşmeden doğan ilk (birinci dereceden/birincil) yükümlülükler olarak isimlendirilmektedirler¹⁸³. Ancak borç ilişkisinin kuruluşundan sonra ortaya edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin yanında veya onların yerine farklı birtakım yükümlülükler de doğabilir. Bu yükümlülüklerle tali (ikinci dereceden/ikincil) yükümlülükler denilmektedir¹⁸⁴. Bunlar genellikle borç ilişkisinin ihlali sonucunda taraflarca yerine getirilmesi gereken yükümlülükler şeklinde ortaya çıkarlar¹⁸⁵. Bu sebeple bu tür yükümlülükler doktrinde, sözleşmeye dayalı şartlı edim borçları olarak da adlandırılmaktadırlar¹⁸⁶. O halde tali yükümlülükler sözleşmenin kuruluşu anında mevcut olmayan ve sonradan doğan yükümlülüklerdir¹⁸⁷.

Örneğin borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklısının zarara uğramasına sebep olan borçlunun bu zararı giderme yükümlülüğü ne bir asli edim yükümlülüğü ne de bir yan edim yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, sözleşmeden doğan borca aykırılık

¹⁷⁹ Bu iki külfetin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ve yerine getiriliş yöntemlerine ilişkin açıklamalar için bkz. **Yücer Aktürk**, s.68 vd.

¹⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Kurt**, Külfet, s. 775 vd.

¹⁸¹ **Kurt**, Külfet, s. 779.

¹⁸² **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu** § 7 N. 294a; **Larenz**, s. 9.

¹⁸³ **Eren**, Genel, s. 30; **Larenz**, AT, s. 8 vd.

¹⁸⁴ **Aral**, s. 37; **Eren**, Genel, s. 30.

¹⁸⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 7; **İnal**, s. 199; **Kılıçoğlu**, s. 41; **Aral**, s. 38.

¹⁸⁶ **İnal**, s. 199.

¹⁸⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 13, dn. 20; **İnal**, s. 199; **Eren**, Genel, s. 31.

sebebiyle bir tarafın uğradığı zararın giderilmesi amacını güden bir tali yükümlülüktür. Tali yükümlülükler sadece asli ya da yan edim yükümlülükleri sonucunda değil, her türlü yan yükümlülüğün ihlali sonucunda da doğarlar¹⁸⁸. Ayrıca bu tür borçlar sadece tazminat yükümlülüğü şeklinde de doğmazlar. Örneğin kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunda kiralanana iade borcu da bir tali yükümlülük teşkil edecektir.

Tali yükümlülükler sadece asli edim yükümlülüklerinin yerine doğmazlar, onların yanında da doğabilirler. Örneğin borçlunun temerrüde düşmesi karşısında alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep ettiği durumda gecikme tazminatı asli edim yükümlülüğünün yanında ortaya çıkar¹⁸⁹.

Bir sözleşmenin tali yükümlülüğü başka birisinin asli edim yükümlülüğü olabilir. Örneğin bir kimsenin zararını tazmin etme borcu, yukarıda da açıklandığı gibi sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğduğu vakit bir tali yükümlülüktür. Ancak bu borç bir bütün olarak ele alındığında, zararı giderme yükümlülüğü bu borcun asli edim yükümlülüğünü teşkil etmektedir.

F. Özen Yükümlülüğü

Hukuki işlem yoluyla irade beyanları sonrasında borç altına girmiş olan kişilerin bu borç ilişkisi çerçevesindeki yükümlülüklerini karşılıklı özen içinde yerine getirmeleri beklenir¹⁹⁰. Bu durum, tarafların karşılıklı hukuki ilişkiye girmelerinin doğal bir sonucudur. .

Türk ve İsviçre hukuklarında bütün sözleşmelerde görülen asgari özen yükümlülüğünü düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1135. maddesine göre ise “sözleşmeler sadece bünyelerinde belirtilmiş olan borçları değil; eşitlik, alışkanlıklar ve kanunun da borcun doğasına göre verilen yükümlülükleri içerirler”. Bu hüküm ile Fransız hukukunda özen yükümlülüğünün dolaylı da olsa kanunen düzenlendiğinden söz edilebilir.

Asli edim yükümlülüğünün ifasında özensizlik, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle sorumluluğa sebep olur¹⁹¹. Sözleşmelerde özen

¹⁸⁸ İnal, s. 199; Eren, Genel, s.31.

¹⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 7

¹⁹⁰ İnal, s. 278.

¹⁹¹ Antalya, III, s. 391.

yükümlülüğüne aykırılık özel olarak düzenlenmemişse, akdin müsbet ihlali çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹².

Borçlunun, borcunu ifa ederken kendisinden beklenen özeni gerektiği ölçüde göstermesi gerekmektedir. Böylece borçlu, alacaklının da ifadan beklediği asıl amacın gerçekleştirilmesi için elinden geleni yapacak ve hatta alacaklının da ifa süresi boyunca zarar görmesini engelleyecek düzeyde özenini göstermiş olacaktır¹⁹³. Burada her ne kadar sadece borçluya özen yükümlülüğü yükletilmiş gibi ifade edilmiş ise de, aslında bu yükümlülük sözleşmenin bütün tarafları için söz konusudur.

Özen kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Doktrinde ise, “asıl borcun ifası için, zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁴. Özen borcunun esas olarak düzenlendiği sözleşme türü bilindiği üzere vekalet sözleşmesidir.

Vekalet sözleşmesi TBK m. 502 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan bir iş görme sözleşmesidir. TBK m. 501/1’de kanun sözleşmeyi “vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi ya da yapmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlamaktadır.

Vekalet sözleşmesi önemini, bütün iş görme sözleşmelerine kıyasen uygulanacak ana sözleşme olarak gösterir. TBK m. 502/2’ye göre “vekalet sözleşmesi hükümleri niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanır”. Bu hüküm sayesinde vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabilme alanı genişlemektedir.

Vekalet sözleşmesinde de vekilin özen yükümlülüğü TBK m. 506’da düzenlenmiştir. Hükme göre vekilin işlerini özenle yürütmesi gerekmektedir. Hüküm, 3. fıkrasında vekilin özen yükümlülüğünün niteliğini ortaya koymuştur. Fıkraya göre vekilin özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özen esas alınmalıdır. Görüleceği gibi kanun objektif bir özen kriteri getirmiştir.

O halde tartışılacak husus, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna ilişkin getirilen kriterin, koruma yükümlülükleri açısından da uygulanabilir olup

¹⁹² **Antalya**, III, s. 391.

¹⁹³ **Larenz**, AT, s. 9; **Akyol**, Dürüstlük, s. 51.

¹⁹⁴ **Başpınar**, s. 124.

olmadığıdır. Zira bütün iş görme hükümlerine uygulanacak vekalet hükümleri arasında vekilin özen borcuna ilişkin bu kriter de vardır. Genellikle koruma yükümlülüklerinin de iş görme (belirli bir davranışta bulunma) şeklinde oldukları düşünülürse, bu hükümlerin uygulanacakları savunulabilir. Kanımızca vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin sınırı bütün sözleşmelerdeki koruma yükümlülüklerine uygulamak, bu hükmün amacını aşacaktır. Bu sebeple biz, bu sınırın dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesini uygun buluyoruz.

II. Sözleşmeden Doğan Borca Aykırılık Halleri ve Akdin Müspet İhlali

A. Genel Olarak

Borcun kaynakları doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanundur. Bunlar içerisinde tarafların iradesiyle bir hukuki işlem şeklinde kurulan sözleşmeden doğan borçlar ile genel davranış kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkan haksız fiiller önem arz eder.

Borcun kaynağı olan sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Sorumluluk, doğmuş bir zararın giderilmesi yükümlülüğü altında olmayı ifade eder. Bu genel tanımın yanında sorumluluk, “-den sorumluluk” ve “ile sorumluluk” olarak iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan, “-den sorumluluk” sorumluluk sebebini gösterir. Borca aykırılıktan sorumluluk, haksız fiilden sorumluluk gibi kullanımlar buna örnektir. Ancak; “-ile sorumluluk” ise, sorumlu olan kişinin sorumluluğunun kapsamını ifade eder. Kişinin malvarlığıyla sorumlu oluşu burada örnek olarak zikredilmelidir.

Konuyla ilgili olarak aşağıda sözleşmeye aykırılık halleri genel olarak açıklanacak ve daha sonra akdin müsbet ihlalinin bu türler içindeki konumu saptanacaktır.

B. İmkânsızlık

TBK’nın ifa engelleri sistematığı imkansızlığı temel alarak hazırlanmıştır. Bu husus, Alman hukukunda *Mommsen* tarafından ileri sürülen ve zaman içerisinde Kıta Avrupası’nı tamamen etkisi altına alan yaklaşımın Türk hukukundaki yansımasıdır. Gerçekten ana borca aykırılık hali borcun imkansızlaşmasıdır¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Serozan, İfa, §14, N. 2.

Burada ifa engeline sebep olan yükümlülük ihlali, borçlunun edimin ifasını imkansızlaştırmama yükümlülüğüdür¹⁹⁶. Bu yükümlülük edime sadakat yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü çerçevesinden değerlendirilebilir. Borçlunun bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kusur durumuna göre sorumluluğu doğacaktır.

Sözleşmenin konusunun imkansızlaşması iki farklı anda gündeme gelebilir ve bunların sonuçları da farklıdır. Bunu saptarken imkansızlığın tanımının ve kapsamının vurgulanmasında fayda vardır.

Önceki imkansızlık, sözleşme kurulmadan (borçlar doğmadan) önce borcun konusunun imkansız olmasını ifade eder. Bu imkansızlığın yaptırımı, TBK m. 27/1 hükmüne göre kesin hükümsüzlüktür ve borçlunun ya da alacaklının bu yaptırım için herhangi bir kusuru aranmaz. Önceki imkansızlığın butlan sonucunu doğurabilmesi için doktrinde ağırlıklı görüşe göre, bu imkansızlığın objektif imkansız olması gerekir¹⁹⁷. Ancak *Hatemi/Gökyayla* Alman hukukundaki güncel gelişmelerin etkisiyle sübjektif açık imkansızlığa da butlan yaptırımının bağlanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁸. Türk ve İsviçre hukuklarında önceki imkansızlığın butlan yaptırımını gerektireceği hala kabul edilmekte ise de Alman hukukunda 2002 senesinde BGB’de yapılan değişiklikler ile bu ayrım kalkmış, önceki imkansızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir¹⁹⁹. Önceki imkansızlıkta borçlunun sorumluluğunun söz konusu olması ancak *culpa in contrahendo* sorumluluğun şartları gerçekleşmişse söz konusu olabilecektir²⁰⁰.

Borcun doğumundan sonra ortaya çıkan imkansızlık ise, sonraki imkansızlık olarak anılır. Bu imkansızlık doktrinde iki farklı yaklaşımla ele alınmaktadır. Azınlık görüş olan *Oğuzman/Öz*’ün yaklaşımına göre bu imkansızlık, borcun cebri icra yoluyla elde edilemez hale gelmesidir²⁰¹. Buna karşın doktrindeki baskın görüşe göre, borçlunun borcunu ifa edemez duruma gelmesini imkansızlık olarak kabul etmektedir²⁰². İki görüş arasındaki temel farklılık imkansızlığın sonuçlarında ortaya çıkmaktadır.

¹⁹⁶ Dural, Yapmama, s. 10.

¹⁹⁷ Serozan, İfa, § 14, N. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 404; Oğuzman/Öz, I, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 43, N. 64.

¹⁹⁸ Hatemi/Gökyayla, § 26, N. 42.

¹⁹⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. Hatemi/Gökyayla, § 26, N. 43.

²⁰⁰ Hatemi/Gökyayla, § 11, N. 30, § 26, N. 50 vd. ve § 26, N. 44 vd; Serozan, İfa, § 14, N. 3.

²⁰¹ Oğuzman/Öz, I, s. 456.

²⁰² Eren, Genel, s. 1062; Antalya, I, s. 285; Serozan, İfa, § 16, N. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 904; Uygur, s. 3127.

Azınlık görüşe göre bu imkansızlık halinde borç sona erecek, borçlunun imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına göre tazminat borcu doğacaktır. Baskın görüş ise, imkansızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığını daha önce inceleyerek, sorumluysa asıl borcun tazminat borcuna dönüşeceğini savunmakta, sorumlu değilse borcun sona ereceğini ileri sürmektedir.

Burada dikkat çeken bir diğer nokta ise, borcun imkansızlaşmasında objektif/sübjektif imkânsızlık ayrımıdır. Objektif imkânsızlık, borcun ifasının hiç kimse tarafından ifa edememesini ifade etmekte iken; sübjektif imkânsızlık sadece o borcun borçlusu bakımından değerlendirilmektedir. Türk hukukunda baskın olan ve kabul edilen görüş, objektif imkânsızlık görüşüdür. Alman hukukunun etkisiyle Türk hukukunda objektif imkansızlığın yanında sübjektif imkansızlığın da nazara alınmasını savunan görüşler de vardır.

Yukarıda açıkladığımız borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin imkânsızlık ile ilişkisi son derece ilgi çekicidir. Doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere sadece aslî edim yükümlülükleri imkansızlaşabilmektedir²⁰³. Başka deyişle yan yükümlülüklerin imkansızlaşması mümkün değildir. Ancak yan edim yükümlülüklerinin imkansızlaşması, alacaklıya asli edimi reddetme hakkı verecektir²⁰⁴.

C. Borçlunun Temerrüdü

Temerrüt, mümkün ve muaccel borcun ifasının nitelikli bir gecikmesidir. TBK m. 117 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Temerrüt kavramı ile imkansızlık arasındaki ayrımın açıklığa kavuşturulması gerekir. Bir borcun ifa edilmemesinden dolayı temerrüde düşülebilmesi için, temerrüt anında borcun mümkün olması gerekir²⁰⁵. Başka deyişle borç imkansızlaşmakla temerrüt artık söz konusu olamaz. İmkansızlık, ister borçlunun sorumlu olduğu; ister sorumlu olmadığı imkansızlık şeklinde olsun, temerrüt ihtimalini ortadan kaldırıcı etkiye sahiptir.

Bir diğer mesele de mutlak kesin vadeye bağlanmış borçlar açısından gündeme gelebilecektir. Bu tür borçların vade anından sonra (düğün günü, doğum günü gibi) ifasında alacaklının menfaatinin olmadığı kabul edildiklerinden imkansızlaşmaları

²⁰³ Hatemi/Gökyayla, § 11, N. 27.

²⁰⁴ Eren, Genel, s. 1062.

²⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 912; Oğuzman/Öz, I, s. 471; Eren, Genel, s. 1119; Antalya, III, s. 411; Serozan, İfa, § 17, N. 1.

söz konusu olacaktır. Ancak mutlak kesin vade dışındaki borçlar açısından böyle bir ayrıma gidilmemekte ve bunların temerrüde konu edilebilecekleri savunulmaktadır.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler arasında da imkansızlığa ve temerrüde ilişkin ayırım önem taşır. Yan yükümlülüklerin imkansızlığa ve dolayısıyla buna dayalı taleplere konu edilemeyeceğini yukarıda belirtmiştir. Bu tür yükümlülükler nitelikleri gereği edim yükümlülüğünü tamamlamaktadırlar ve bu sebeple de edim yükümlülüğünün ifası sırasında yerine getirilmeleri gerekir. Bu yükümlülükler ilk bakışta vadeye bağlanmış yükümlülüklermiş ve bu sebeple de ancak o anda ifa edilebilirlermiş gibi gözükseler de böyle olmadıkları kabul edilmektedir. Zira bunların ifa edilmemeleri sebebiyle aynen ifalarının talep edilmesi mümkün değildir. Benzeri yaklaşım temerrüt çerçevesinde de ele alınmalı ve bunların ifasının temerrüt sonucunda da talep edilebilecek olan aynen ifaya konu edilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla yan yükümlülüklerin imkansızlaşması ya da ifa edilmemesi sebebiyle borçluyu temerrüde düşürmesi mümkün değildir.

Temerrüt niteliği itibarıyla ifa zamanı belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmış borçlar için söz konusu olabilecektir. Başka deyişle, herhangi bir ifa zamanı tespit edilmemiş borçlar bakımından (örneğin “ne zaman istersen o zaman verirsin” denilerek birisine bir şeyi emanet etmek) temerrüdün ne zaman gerçekleşeceği önemli bir husustur. Burada kanımca sınır, MK m.2 olmalı ve dürüstlük kuralına göre karşı tarafın bu borcun ifasını bekleyeceği an o borç açısından ifa zamanı olmalıdır. Bu anın tespiti ise son derece güçtür.

Öte yandan temerrüt ancak muaccel borçlar bakımından söz konusu olabilecektir. Borcun muaccel olması alacaklının ifa talebinde bulunabilmesini ifade eder. Ancak o andan sonradır ki alacaklı borcun ifasını talep edebilecek ve borçlu da ifa etmemesi halinde çeşitli yaptırımlarla karşılaşacaktır.

Muacceliyetin tespiti ise çeşitli bakımlardan önem taşır. Bu sebeple üzerinde durulması gereken bir husustur. Öncelikle borcun ne borcu olduğu burada kural olarak bir önem taşımamaktadır. Başka deyişle borç ister verme, ister yapma, isterse de yapmama borcu olsun burada kural olarak bir farklılık yoktur. TBK m. 90 uyarınca aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olmaktadır. Buna göre kural olarak borç doğmakla muaccel olmaktadır. Ancak elbette bunun çeşitli istisnaları vardır. Öncelikle borcun doğumundan sonra muaccel

olacağı konusunda tarafların bir anlaşması söz konusu olabilir. Bu hallerde tarafların üzerinde anlaştıkları anda borç muaccel olacaktır. Öte yandan taraflar belirli bir tarihte değil de, taraflardan birinin bildirim üzerine borcun muaccel olacağı konusunda da anlaşmış olabilirler. Böyle bir halde yetkili tarafın yapacağı bildirimde belirtilen tarihte borcu muaccel olacaktır. Bu muacceliyet bildiriminin, taraflar arasında eğer birden çok borç mevcutsa hangisi için yapıldığının tespitine güven teorisi ve dürüstlük kuralından faydalanılması gerekir.

Borç muaccel olduktan sonra alacaklı tarafından ifası talep edilebilecektir. Burada önem taşıyan husus, alacaklının ifa talebinin kapsamının ne olabileceğidir. Başka deyişle, pek çok borcun alacaklısı, borçlusundan hangi borcun ifasını talep ettiğini belirtmelidir. Bu ifa talebi borç ilişkisinden doğan yükümlülükler çerçevesinde ele alınmalıdır. Bilindiği üzere edim yükümlülüklerinin aynen ifası talep edilebilmektedir. Bu ifa talebi sırasında hangi yükümlülüğün ya da yükümlülüklerin ifasının talep edildiğinin açıkça anlaşılması gerekir. Yan yükümlülüklerin ifaları tek başlarına talep edilemediklerinden bunlar açısından böyle bir şart yoktur. Ancak, yan yükümlülükler nitelikleri gereği edim yükümlülüklerinin ifası sırasında yardımcı görevi gördüklerinden, kanımca onların ifasının talep edilmesi halinde edim yükümlülüklerinin de ifalarının talep edildiği sonucuna varılmalıdır. Örneğin evine kartonpiyer için gelecek ustalara “hadi artık işe başlayın” denilmesi edim yükümlülüklerinin ifalarının talep edilmesidir. Ancak “iş yaparken parkelere dikkat edin” denilmesi halinde kanımca irade beyanı yan yükümlülüklerle (koruma yükümlülüğüne) ilişkin olsa bile, bunun edim yükümlülüklerine ilişkin ifa talebi olarak da değerlendirilmesi gerekir.

Temerrüdün para borçlarında ve karşılık borç yükleyen sözleşmelerdeki farklı sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bu hususlar çalışmamızın doğrudan konusuna girmediği için burada ele alınmayacak; ancak onlardan doğan çeşitli seçimlik haklar ileride yeri geldikçe ele alınacaktır.

D. Culpa İn Contrahendo

Tarafların sözleşme yapmak üzere ikili ilişkiye girmeleriyle aralarında bir bağın oluştuğu ve bu bağ sebebiyle de güvenin kurulması gerektiği kabul edilir²⁰⁶. Bu güvenin boşa çıkarılması ya da bu ilişki sırasında bir tarafın diğer tarafı zarara

²⁰⁶ Aral, s. 52.

uğratması halinde sorumluluk doğacaktır. İşte bu sorumluluğa *Culpa in Contrahendo* (sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk) denilir.

Culpa in Contrahendo sorumluluk aslında tarafların, sözleşme yapmak üzere bir araya gelerek doğurdukları edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin ihlal edilmesidir. Başka deyişle taraflar, aralarında kurulmuş olan güvene dayalı koruma yükümlülüğü, davranış yükümlülüğü gibi yükümlülükleri kusurlu olarak ihlal ederler ve sorumlulukları doğar²⁰⁷.

Bu sorumluluk öncelikle edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine ve dolayısıyla da dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır²⁰⁸. Zira tarafların arasında herhangi bir koruma taahhüdü olmamasına karşın, sözleşme yapmak üzere ilişkiye girmeleri onların dürüstlük kuralı gereğince çeşitli karşılıklı davranış yükümlülüğü altına girmelerine sebep olmaktadır. Bu davranış yükümlülükleri, tarafların bir alışveriş (iş) ilişkisine girmek üzere sosyal temasta bulunmaları ile doğmaktadır²⁰⁹.

Sosyal temasla doğan davranış yükümlülüklerinin ihlalinin yarattığı sorumluluğun sözleşmesel olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sorumluluk, bir haksız fiil sorumluluğudur. Bu görüş yanlılarına göre²¹⁰ taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi, taraflar sosyal temasta bulunmuş olsalar dahi yoktur. Sözleşmeye taraf olmak yönünde iradelerini bildirmemiş kimselerin sanki aralarında sözleşme varmış gibi sorumlu tutulmaları yerinde değildir. Buna karşın bu sorumluluğun bir sözleşmesel sorumluluk olduğunu savunan görüşe göre²¹¹, burada dürüstlük kuralından kaynaklanan bir sorumluluk vardır. Tarafların girdiği sosyal temas ve karşılıklı olarak yarattıkları güven ilişkisi, klasik haksız fiil sorumluluğunun sözleşme öncesinde varabileceği son noktadır ve sözleşmesel sorumluluğa haksız fiile nazaran daha yakındır. Bunun yanında da tarafların sosyal temasa girmeleri ile dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kanuni borç ilişkisinin doğduğu ve bu yüzden de burada sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olması gerektiği savunulmaktadır²¹².

²⁰⁷ İnal, s. 73.

²⁰⁸ Oğuzman/Barlas, s. 307, Kılıçoğlu, Medeni, s. 109; Altaş, s. 276; Serozan, MHAD-1990, s. 38 vd; Demircioğlu, s. 119 vd.

²⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 12; Oğuzman/Barlas, s. 295.

²¹⁰ Bkz. Demircioğlu, s. 90 vd.

²¹¹ bkz. Demircioğlu, s. 77 vd.

²¹² Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 12; Hatemi/Gökyayla, § 2, N. 5.

Culpa in contrahendo, sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesinin çeşitlerinden birisi değildir. Bu sorumluluk türünde tarafların sözleşmenin kuruluşundan önceki süreçteki ilişkileri sırasındaki zarar doğrucu fiillerinden kaynaklanan sorumluluk söz konusudur.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun çerçevesinin çizilmesi güçtür. Bir tarafın diğer tarafa yanlış bilgi vermesi, sözleşmenin kuruluşu sırasında onu yanıltması, onun bilseydi sözleşme ilişkisine girmemeyi düşüneceği bir konuda bilgilendirilmemesi gibi hâllerde culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu demektir. Culpa in contrahendo Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Buna karşın Alman hukukunda pozitif düzenlemeye sahiptir (BGB § 311 II). Her ne kadar Türk hukukunda pozitif düzenleme bulunmamakta ise de, bu sorumluluğun kaynağı olarak TMK m.2 (dürüstlük kuralı) gösterilmektedir.

Culpa in contrahendo sorumluluk ile akdin müsbet ihlali arasında önemli bir ilişki mevcuttur. Buna göre tarafların sosyal temasları ile doğan, başta koruma yükümlülükleri olmak üzere edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri her iki sorumluluk türünün de temelini teşkil etmektedir. O halde taraflar arasında sözleşme kurulmadan önceki sorumluluk aşaması culpa in contrahendo olarak değerlendirilecektir. Hatta taraflar arasında sözleşme geçerli olarak kurulmasa dahi sorumluluk yine culpa in contrahendo temeline dayanacaktır²¹³. Sözleşmenin kurulmasından sonra bu sorumluluk yerini, yükümlülük ihlali olarak değerlendirilebilecek olan akdin müsbet ihlaline bırakacaktır²¹⁴. Sözleşme ilişkisinin bir sebeple sona ermesinden sonra ise, culpa post perfectum (Sözleşmenin art etkisi sebebiyle sorumluluk) temelinde taraflar sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi bu üç yükümlülük türü, sözleşme ilişkisi ile yer yer kesişse de kendine özgü ve ayrı bir düzende işlemektedir.

E. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı, İsviçre hukukunda ve daha sonra da Türk hukukunda gelişmiş bir kavramdır. Geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı kapsamda ele alınmaktadır.

²¹³ Canaris, s. 475.

²¹⁴ Serozan, İfa, § 20 Bkz. oradaki özet-şema.

1. Geniş Anlamda

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi geniş anlamıyla bütün ifa engellerini tanımlar²¹⁵. Borcun ifasının taraflar, yer, zaman, miktar, nitelik vb. unsurlarındaki çeşitli eksiklikler, o ifanın gereği gibi olmadığını işaret eder²¹⁶. Borç her ne sebeple olursa olsun tam olarak ifa edilmemişse bu geniş yelpazeye dahil edilir. Örneğin zaman açısından gereği gibi ifa etmeme temerrüt, hiç ifa etmeme kusurlu imkânsızlık, niteliksiz olarak ifa etme kötü ifa şeklinde ele alınabilir²¹⁷. Bunların yanında da çeşitli tipik sözleşmeler açısından ele alınabilecek olan ayıp ve zapt gibi kavramlar da geniş anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi olarak düşünülebilir.

2. Dar Anlamda

Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ise genellikle kötü ifa ya da ayıplı ifa anlamında kullanılmaktadır²¹⁸. Burada nitelik olarak eksik ya da kötü bir ifadan söz edilmektedir. O halde dar anlamda gereği gibi ifa etmeme temerrüt ve imkansızlık dışında kalan nitelik bozukluklarını işaret etmektedir.

F. Akdin Müsbet İhlali

Çalışmamızın ana konusu olan akdin müsbet ihlali ise burada öncelikle, ifa engellerinin sistematigi içerisinde ve kavramsal gelişimi çerçevesinde ele alınacak, daha sonra ise Türk hukukundaki konumu incelenecektir.

1. Kavram ve Kavramın Ortaya Çıkışı

Akdin müsbet ihlali kavramı ilk defa Alman hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu sebeple bu başlıkta öncelikle kavramın Alman Hukukunda ortaya çıkışı, ona yöneltilen eleştiriler üzerinde durulacak, sonra da Türk Hukukundaki durum incelenecektir.

a. Kavramın Alman Hukukunda Ortaya Çıkışından Önceki Alman İfa Engelleri Sistemi

²¹⁵ Aral, s. 74; Oğuzman/Öz, I, s. 484; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 851.

²¹⁶ Eren, Genel, s. 1045.

²¹⁷ Uygur, s. 3126.

²¹⁸ Aral, s. 75; Eren, Genel, s. 1046.

BGB'nin 2002 öncesindeki sistematğinde esas alınan yaklaşım imkansızlık idi²¹⁹,²²⁰. Objektif imkansızlığı temel alan bu yaklaşım *Mommsen* tarafından 19. Yüzyılda geliştirilen ve kanuna ana paradigma olarak eklenen düşüncenin ürünüydü²²¹. Kanunun sistematğini imkansızlık üzerine kurması, bazı somut olaylar açısından uygulanacak adil bir çözümün bulunmasında güçlükler çıkarmaktaydı. Bu sebeple de kanunda düzenlenmiş olan ifa engellerinin yanında, doktrin ve mahkeme kararları eliyle kabul edilmiş olan çeşitli ifa engelleri de mevcuttu²²².

b. Staub'un Önerisi ile Kavramın Ortaya Çıkışı

Berlinli bir Avukat olan *Hermann Staub*, uygulamada karşılaştığı ve imkansızlık paradigmasının karşılamadığını düşündüğü çeşitli ihtimalleri karşılayacak bir kanun hükmünün bulunmadığını ileri sürerek, kanunda bir boşluk olduğunu saptadı²²³. Yazara göre imkansızlık ve temerrüt hallerinde borçlu yapması gereken bir şeyi yapmamakta iken, bazı hallerde borçlu yapmaması gerekeni yapmaktaydı²²⁴. Yazar bu gibi durumlara örnek olarak ise, Fransa'ya lambaları satmamayı taahhüt etmiş olmasına rağmen bunun aksini yapan borçlunun durumu²²⁵; patlayıcı nitelikteki bir malzemeyi, bunu belirtmeksizin bir başkasına satan tüccarın, alıcının büyük zarara uğraması karşısında satıcının durumu²²⁶ gibi çeşitli durumları göstermekteydi. Yazar, bu gibi durumlarda birer yükümlülük ihlali olduğunu ifade etmekteydi²²⁷. Yazar BGB § 276 I hükmünü bir sorumluluk hükmü olarak ele almamakta, onu sadece bir tanımlayıcı hüküm olarak değerlendirmektedir²²⁸.

²¹⁹ **HKK/Schermaier**, vor §§ 275, N. 81 vd. **Aral**, s. 76 vd.; Borçlunun temerrüdü de bu imkansızlık paradigması içine yedirilmişti. O dönem Alman Hukukundaki hakim yaklaşıma göre temerrüt, özünde borcun ifasının zaman olarak imkansızlaşması idi. Bkz. **Klausch**, s. 22; **Staub/Müller**, s. 12.

²²⁰ Benzeri bir durum hala Türk hukukunda büyük ölçüde mevcuttur. Bkz. **Serozan**, MHAD-1990, s. 30.

²²¹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 400; **Canaris**, SMG, s. 332; *Mommsen*'in imkansızlık yaklaşımına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Gündoğdu**, s. 35 vd.

²²² **Klausch**, s. 20.

²²³ **Emmerich**, §20 N. 1; *Staub* bunu ilk olarak 1904'te ileri sürmüş daha sonra eserin 1913'te kısmi yenilemelerde *Müller* tarafından 2.baskısı yapılmış. Biz burada bu baskıya atıf yapacağız.

²²⁴ **Staub/Müller**, s. 5.

²²⁵ **Staub/Müller**, s. 5; **Aral**, s. 77.

²²⁶ **Staub/Müller**, s. 5; **Aral**, s. 77.

²²⁷ **Staub/Müller**, s. 6; **HKK/Schermaier**, vor §§ 275, N. 84.

²²⁸ **Himmelschein**, 1959, s. 276; BGB § 276 I şu şekilde tercüme edilebilir: "Borçlu, aksi kararlaştırılmadıkça, kast ve ihmalden sorumludur."

Staub'a göre bu gibi hallerde temerrüt söz konusu değildir. Zira burada borcun ifa edilmesinin gerektiği durumda borç ifa edilmemiş değildir²²⁹. Yazara göre böyle durumlarda imkansızlık da söz konusu olmamaktadır²³⁰. Ona göre burada bir yükümlülük ihlali söz konusudur ve yükümlülük ihlali sonucunda bir zarar ortaya çıkıyorsa, bunun tazmin edilmesi gerekmektedir²³¹. Bu tazminata da, borçlu temerrüdüne ilişkin BGB § 286 hükmüne kıyasen hükmedilecektir. Yine yazara göre, BGB § 326'da yer alan sözleşmeden dönme hakkı da bu hükme kıyasen tanınmalıdır²³². İşte yazar, yükümlülük ihlali çerçevesinde ele aldığı bu durumları “akdin müsbet ihlali” olarak adlandırmıştır²³³.

Görüldüğü gibi *Staub*, kanunda bir boşluk olduğunu saptadıktan sonra, bu boşluğun diğer ifa engelleri hükümlerinden kıyasen faydalanılarak doldurulması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, bu yaklaşımı ile o dönemki BGB'nin keskin noktalarını kıyas yoluyla yumuşatmaya çalışmış, kendi yaklaşımı çerçevesinde kanuna uygun çözümler önermiştir.

c. Genel Eleştiriler

Staub'un ortaya koyduğu akdin müsbet ihlali kavramı, doktrinde iki yönden eleştirilmiştir. İlk eleştiri kavramın kendisine ilişkindir. Kavramdaki sözleşmenin sadece olumlu bir fiille ihlal edilebileceği fikri, doktrindeki yazarlarca eleştirilmiş, olumlu davranış ile imkansızlığa da sebep olunabileceği kabul edilmiştir²³⁴. Yapılan bir diğer eleştiri de, sözleşmenin olumlu ihlali yerine alacağın olumlu ihlali tabirinin kullanılması gerektiğidir. Zira bu ihlal türü sadece sözleşmeden doğan borçlarda değil, diğer kaynaklardan doğan borçlarda da söz konusu olabilmektedir.

d. Alman Doktrinindeki Eleştiriler

Staub'un kavramı ortaya çıkarması sonucunda Alman doktrininde böyle bir kavrama gerek olup olmadığı noktasında da çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür.

Goldmann-Lilenthal'e göre kanunda bir boşluk söz konusu değildir. Kanunda mevcut olan imkansızlık düzenlemesi borcun ifasının yer ve zaman bakımından da incelenmesine imkan tanımaktadır. O halde burada kısmi imkansızlıktan söz

²²⁹ *Staub/Müller*, s. 6.

²³⁰ *Staub/Müller*, s. 9.

²³¹ *Staub/Müller*, s. 27.

²³² *Staub/Müller*, s. 16; *Lehmann*, s. 91.

²³³ *Staub/Müller*, s. 5 vd.

²³⁴ bkz. *Aral*, s. 79; *Stoeckle*, s. 143.

edilmelidir²³⁵. Savunulan görüşe göre, yan yükümlülüklerin ihlaline rağmen asli yükümlülüğün yerine getirilmesi durumunda, artık düzenli olarak yan yükümlülüklerin tekrardan ifası mümkün olmadığından, tam değil de kısmi imkansızlık söz konusu olmaktadır.

Schöller ise, özellikle yapmama şeklindeki yükümlülüklerin ihlalinin imkansızlık teşkil edeceğini, bunlar için ayrıca bir ifa engeli yaratmaya yer olmadığını ileri sürmektedir²³⁶.

Doktrinde *Staub*’un görüşlerini en çok eleştiren yazar *Himmelschein* olmuştur. Yazar eleştirilerini BGB § 276 hükmü ekseninde şekillendirmiştir. Bu hüküm yazara göre bir sorumluluk normudur²³⁷. Yazara göre bu hükümde kullanılan “*vertreten*” fiili ile Almanca zararı tazmin etmek anlamındaki “*Schadenersatz leisten*” ifadesi eş anlamlı değildir²³⁸. O halde bu hükmün, kanun sistematüğinde imkansızlık hükümleri (BGB §§ 275-280) arasında yer aldığı göz önüne alındığında, Alman kanun koyucusunun öncelikli niyetinin, genel imkansızlık paradigmasını da destekler şekilde, aynen ifa olduğu anlaşılmaktadır. O halde öncelikle talep edilecek husus tazminat değil, aynen ifa olmalıydı. O nedenle aynen ifası mümkünse aynen ifa talep edilecek, mümkün değilse tazminat talep edilecektir. Bu halde de kanunun imkansızlığı önceleyen yaklaşımı ile sorun aşılmış olmaktadır. Yazara göre, edimin belirlenmesinde konu, zaman ve yer unsurlarının bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁹. Edimin ifasının geniş olarak ele alındığı bu yaklaşımla da, yukarıdaki görüşlere benzer bir şekilde akdin müsbet ihlali teşkil eden haller imkansızlık içerisinde değerlendirilmektedir²⁴⁰. Yazar son olarak da, aslında olumlu olarak ihlal edilen her yükümlülüğün en nihayetinde yerine getirilmediğini, bu sebeple de özünde olumsuz bir ihlalden söz edilebileceğini savunmaktadır²⁴¹. O halde burada olumlu ihlal olarak ayrı bir kategori ihdas etmektense, mevcut olumsuz ihlal kategorileri ile sorunun çözülmesi mümkün olmalıdır.

²³⁵ Aktaran **Lehmann**, s. 64.

²³⁶ Aktaran **Lehmann**, s. 64

²³⁷ **Himmelschein**, 1932, s. 271; **Himmelschein**, 1959, s. 278.

²³⁸ **Himmelschein**, 1932, s. 272.

²³⁹ **Himmelschein**, 1932, s. 282.

²⁴⁰ **Himmelschein**, 1932, s. 308; **Himmelschein**, 1959, s. 278.

²⁴¹ **Himmelschein**, 1959, s.278.

Staub'a eleştiri getiren bir diğer yazar da *Stoll*'dür. *Stoll*'a göre de kanunda boşluk bulunmamaktadır²⁴². Yazara göre, ifa yükümlülüklerine aykırılık edim menfaatinin ihlali olarak değerlendirilmeli ve bu sebeple de kanunda her ne kadar genel kural olarak bulunmasa da, zararın tazminine ilişkin ilkedен yararlanılarak sorun çözülmelidir²⁴³.

e. 2002 Sonrasındaki Sistem

1992 senesinde BGB'nin değiştirilmesi için kurulmuş olan komisyon tasarısında, yükümlülük ihlali şeklinde temelde tek bir ifa engeli ve bu engele bağlanacak olan çeşitli sonuçlar öngörülmüştü. Bu yaklaşım özünde ihlal değil, sonuç odaklı bir ayrımı esas alıyordu²⁴⁴.

2002'de BGB'nin modernleştirilmesi sonrasında ise ifa engelleri sistematüğinde temelden değişikliklere gidildi²⁴⁵. Bu değişikliklerden en önemlisi BGB sisteminin paradigmasının imkansızlık olmaktan çıkarılması olmuştur. Buna göre, çağa ayak uydurması yer yer güç olan imkansızlık temelli ifa engelleri yaklaşımı yerini, modern borç ilişkilerini daha rahat ve genişçe kapsayacak olan yükümlülük ihlaline bırakmıştır²⁴⁶. Başka deyişle, eski kanun döneminde var olan imkansızlık ve temerrüt temelindeki sistemden kaynaklı boşluklar, bu kanun değişikliği ile doldurulmuştur²⁴⁷.

Türk doktrininde ifa engellerinin edim yükümlülüklerine ya da yan yükümlülüklerle aykırılık olarak ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir²⁴⁸. O halde bütün ifa engelleri sistemi özünde bir yükümlülük ihlalinden ibarettir ve ihlal edilen yükümlülüğün kendi niteliklerine göre çeşitli ayrışmalar ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşım göz önüne alındığında, Alman Hukukunda yapılan değişikliğin, aslında Türk Hukuku açısından da çeşitli yardımcı kaynak etkilerinin olabileceği aşıkardır.

Değişikliklerin en önemli ayağını ifa engellerinin temelini oluşturan imkansızlığın yerini yüküm ihlalinin (Pflichtverletzung) alması olmuştur (BGB § 280 I). Böylelikle geç, kötü ifa ile hiç ifa edilmeme tek bir potada birleştirilmiştir²⁴⁹. Öyle ki,

²⁴² **Stoll**, s. 268.

²⁴³ **Stoll**, s. 282.

²⁴⁴ **Klausch**, s. 22.

²⁴⁵ Reformun nedenleri ve reforma götüren süreç hakkında bkz. **Serozan**, Yeni Alman İfa Engelleri, s. 231-233.

²⁴⁶ **Serozan**, İfa, § 11 N. 15; **Aral**, s.98; **Klausch**, s. 23; **Ahrens**, s. 419.

²⁴⁷ **Klausch**, s. 25.

²⁴⁸ **Eren**, Genel, s. 1062.

²⁴⁹ **Serozan**, Yeni Alman İfa Engelleri, s. 234; **Serozan**, İfa, § 11 N. 15.

imkansızlık ve borçlu temerrüdü dışındaki bütün yükümlülük ihlalleri bu başlık altına dahil edilmiştir²⁵⁰. Dolayısıyla akdin müsbet ihlali halleri de buraya dahildir²⁵¹.

Bu durum aslında akdin müsbet ihlalinin kanun tarafından ana yaklaşım noktası olarak kabul edildiği anlamına gelebilir²⁵². Alman hukukunda savunulan fikre göre *Staub* tarafından tespit edilen boşluk bu değişiklikler ile doldurulmuştur²⁵³. Zira her türlü yükümlülüğün tek bir ifa engeli şeklinde anlaşılması ile temerrüt ve imkansızlık ayrımı kalkmıştır.

Alacaklının yüküm ihlali karışışında sahip olduğu imkanlar ise, öncelikle aynen ifa daha sonra ise tazminat ve sözleşmeden dönme (sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin feshi)dir.

Ana kavram olarak yükümlülük ihlalinin seçilmesi ise, bilinçli bir tercih olmuştur. “Sözleşme ihlali” ya da “alacağın ihlali” deyimlerinin davranış yükümlülükleri başta olmak üzere yan yükümlülükleri kapsamayacaklarından yola çıkılmıştır²⁵⁴.

BGB § 280 hükmünün Alman hukukunda uygulanması ve taşıdığı kapsamın, Türk hukukunda akdin müsbet ihlalinin ele alınışına ışık tutması mümkündür. Bu sebeple biz burada hükmü biraz daha detaylı incelemeyi tercih ediyoruz. BGB § 280 hükmünde düzenlenmiş olan yükümlülük ihlali bütün sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Sözleşmenin sürekli edimli ya da ani edimli oluşu önem taşımayacağı gibi tek tarafa ya da iki tarafa borç yüklüyor oluşu da önem taşımaz²⁵⁵. Ancak bu hükmün asıl önem taşıdığı nokta alacaklı ya da borçlu fark etmeksizin tarafların üstlendikleri bütün yükümlülüklerle aykırılık hallerini kapsamasıdır. Yine tarafların sözleşme sırasındaki ve sözleşmeden sonraki yükümlülükleri de hükmün kapsamına girmektedir²⁵⁶. Öte yandan bu hüküm doğrudan kanundan kaynaklanan borç ilişkilerinde de uygulanmaktadır.

²⁵⁰ **Emmerich**, §20 N. 7.

²⁵¹ **Ahrens**, s. 419.

²⁵² **Serozan**, Yeni Alman İfa Engelleri, s. 234. Aksi görüşte olan *Canaris*’e göre akdin müsbet ihlali teşkil eden durumlar çok çeşitlilik göstermekte, bu sebeple de tek bir hükümle düzenlenmemektedir (BGB §§ 280, 281). Yazar dolaylı olarak kanunun ana kavramının akdin müsbet ihlali teşkil eden haller değil, sadece bir yükümlülüğün ihlali olduğunu ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Canaris**, SMG, s. 332.

²⁵³ **Palandt/Grüneberg**, § 280 N. 5.

²⁵⁴ **Palandt/Grüneberg**, § 280 N. 3.

²⁵⁵ **Palandt/Grüneberg**, § 280 N. 6.

²⁵⁶ **Palandt/Grüneberg**, § 280 N. 7. Culpa in Contrahendo sorumluluk Alman kanun koyucusu tarafından ayrı bir maddede düzenlendiğinden hükmün dışında tutulmuştur.

Yükümlülük ihlali tabiriyle kapsanan yükümlülükler asli ve yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülükleridir²⁵⁷.

Konunun akdin müsbet ihlali özelinde de önem arz ettiği noktalar da vardır. Bu değişikliklerin yapılmasında culpa in contrahendo, üçünü kişiyi koruyucu sözleşme ve akdin müsbet ihlali gibi çeşitli teorilerin önemi olmuştur²⁵⁸. Akdin müsbet ihlali teşkil eden, yan edim yükümlülüklerinin ihlali ile asli edimler bağlantısız yan yükümlülüklerin ihlali kanunda düzenlenmiştir (BGB § 280 I ve III, § 281, §282).

Yeni düzenlemeler çerçevesinde yan edim yükümlülüklerine aykırılıkta, edimin yerine ya da aynen ifa talebinin yanında, tazminat talep edilmesi mümkündür. Buna karşın davranış yükümlülüklerine aykırılık halinde edimin yanı sıra tazminat istenebilmektedir. Bunların yanında alacaklının sözleşmeden dönme hakkı da saklıdır (BGB §323-324).

Bu değişiklikler ile Alman hukukunda yapılan bir diğer değişiklik de, ayıplı ifanın yüküm ihlalinin kapsamına sokulmasıdır²⁵⁹. Bu durumda Türk hukukunda hala mevcut olan genel hükümler ile ayıptan dolayı sorumluluğun yarışmasına ilişkin tartışma ortadan kalkmıştır.

Doktrinde akdin müsbet ihlali teşkil ettiği savunulan öncelenmiş borca aykırılık için de, Alman Hukukunda yeni bir düzenleme getirilmiştir. BGB §323 IV hükmüne göre öncelenmiş borca aykırılık çerçevesinde sözleşmeden dönebilmek için muacceliyet günü geldiğinde alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için gereken şartların oluşacağının anlaşılıyor olması gerekmektedir.

2. Türk Hukukunda Akdin Müsbet İhlali

a. Genel Türk İfa Engelleri Sistemi İçerisinde Akdin Müsbet İhlali

TBK'da İsviçre'deki sisteme benzer bir sistem takip edilmiş, temerrüt ve imkânsızlık ayrımı kanunda yer almıştır. Bu iki ifa engelinin dışında da 112. maddede borcun gereği gibi ifa edilmemesi düzenlenmiştir. Bu çerçevede temelde üçlü bir ayrıma gidildiği düşünülebilir. İmkansızlık da, tıpkı eski BGB'de olduğu gibi, ifa

²⁵⁷ Palandt/Grüneberg, § 280 N. 12.

²⁵⁸ Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri, s. 233.

²⁵⁹ Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri, s. 244; Serozan, İfa, § 11 N. 15.

engellerinin temel paradigmasını teşkil etmektedir. Zira borçlu temerrüdü de borcun gereği gibi ifa edilmemesi de imkansızlık söz konusu olduğunda ortadan kalkmaktadır. Başka bir deyişle imkansızlık gerçekleşince her iki ifa engeli de kesin olarak dışlanmaktadır. İmkansızlık gerçekleşmediği durumda ancak ortada temerrüt mü borcun gereği gibi ifa edilmemesi mi olduğu tespit edilebilecektir.

Akdin müsbet ihlalini doktrinde bir görüş, TBK'nın ifa engelleri paradigması olan imkansızlık çerçevesinde değerlendirmekte ve bölümsel imkansızlık olarak saymaktadır²⁶⁰. Buna karşın bu kavramı imkansızlık ve temerrüdü kapsam dışında bırakan bütün ifa engellerini kapsayacak biçimde ele alan yazarlar da vardır. *Kılıçoğlu* akdin müsbet ihlalini, özellikle borçlunun borcunu gerektiği ifa etmesine rağmen ortaya çıkan zararların tazminine özgülemektedir²⁶¹. *Tandoğan*'a göre ise akdin müsbet ihlali, ayıplı ifa ile birlikte borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden birisidir²⁶². Bu tartışma aşağıda detaylı olarak yapılacaktır²⁶³.

Bize göre bu kavram; biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki farklı kapsama sahiptir.

b. Kavramın Dar ve Geniş Anlamları

Kanımızca akdin müsbet ihlali hem dar hem de geniş anlamda kullanılabilir. Zira kapsam olarak her iki anlam da farklı durumları içerecek, farklı durumlar da farklı sonuçlar doğacaktır. Sistematığın kolaylaştırılması açısından da böyle bir ayrıma ihtiyaç duyulabileceği görüşündeyiz.

Akdin müsbet ihlali kavramı, en dar anlamıyla borçlunun yapmaması gereken bir şeyi yapması olarak tanımlanmaktadır²⁶⁴. Diğer borca aykırılık türlerinde genel olarak borçlu, yapması gereken davranışı bir sebeple yapamamaktadır. Gerçekten borçlu temerrüdünde borçlunun borcunu ifa etmekten imtina etmesi; borcun imkansızlaşmasında ise, borçlunun borcunu ifa edememesi söz konusu olmaktadır. Ancak akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerin çoğunda borçlu, yapmaması gereken bir davranışı sergilemek suretiyle alacaklıya zarar vermektedir. Başka deyişle borçlunun olumlu bir davranışı ile sözleşmeyi ihlal etmesi söz konusudur²⁶⁵. Bu anlamıyla akdin müsbet ihlali dar anlamda değerlendirilmekte ve aslında borcun

²⁶⁰ Karş. **Serozan**, İfa, § 11 N. 7.

²⁶¹ **Kılıçoğlu**, s. 804.

²⁶² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 400.

²⁶³ Bkz. II, F, 2. , c.

²⁶⁴ **Wessner**, s. 6; **Eren**, Genel, s. 1043.

²⁶⁵ **İnan/Yücel**, s. 605.

gereği gibi ifa edilmemesi kavramına yaklaşmaktadır²⁶⁶. Hatta dar anlamda akdin müsbet ihlalinin, kötü ifa ve koruma yükümlülüklerinin ihlalinin ifade ettiği de söylenebilir.

Ancak akdin müsbet ihlalinin, özellikle BGB’de yapılan değişiklikler ve Avrupa’daki modern borçlar hukuku yaklaşımının etkisiyle daha kapsamlı bir anlamı da olabilir. Bu geniş yaklaşım ile akdin müsbet ihlali, borçlu temerrüdü ve borcun imkansızlaşması dışındaki bütün ifa engellerini ihtiva eden bir şemsiye kavram haline gelir. O halde geniş anlamda akdin müsbet ihlali de yüküm ihlali olarak ifade edilebilir. Bu kapsamlı yaklaşımda, sadece borçlu yüzünden borcun ifa edilememesi değil, alacaklının da özen ve edime sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlar ele alınmış olacaktır.

c. Akdin Müsbet İhlali Kavramının Gerekip Gerekmediği

Doktrinde, tıpkı *Staub* sonrası Alman Hukukunda olduğu gibi, akdin müsbet ihlali kavramının gerekli olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Türk hukukunda baskın görüşe göre bu kavrama gerek yoktur²⁶⁷; zira borcun gereği gibi ifa edilememesi kavramıyla akdin müsbet ihlali teşkil eden bütün haller çerçeve içerisine alınmaktadır. Başka deyişle, Eski Borçlar Kanununu (EBK) zamanında 96. maddenin lafzında yer alan bozuk ifade sebebiyle böyle bir tartışma yapılmakta iken, yeni TBK’nın 112. maddesinin “hiç ya da gereği gibi ifa edilmezse” şeklindeki ifadesi ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı kanunda düzenlenmiştir. Bu kavram da bütün yan yükümlülükler aykırılık hallerini ve kötü ifayı ihtiva ettiğinden, Türk hukukunda akdin müsbet ihlali kavramına gerek bulunmamaktadır²⁶⁸. O halde baskın görüşe göre imkansızlık-borçlu temerrüdü ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi şeklindeki üçlü ayrım kavramsal olarak da yerindedir.

Serozan ise, doktrinde zamanla görüş değiştiren yazarlardandır. Yazar 1968 senesinde kaleme aldığı makalesinde, EBK m. 96 (TBK m. 112) hükmünde düzenlenmiş olan borcun gereği gibi ifa edilmemesi kurumunun yeterli olduğunu,

²⁶⁶ KUKO OR-Thier, Art. 97 N. 4.

²⁶⁷ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24 N. 1222; Aral, s. 99; Yıldırım, s. 43; Oğuzman/Öz, I, s. 485; Tandoğan, Mes’uliyet, s.402; Schwarz, s. 770.

²⁶⁸ Eren, Genel, s. 1072.

akdin müsbet ihlali kavramına Türk hukukunda yer olmadığını savunmuştur²⁶⁹. Ancak yazar zaman içerisinde görüşünü değiştirmişt ve akdin müsbet ihlali kurumuna Türk hukukunda ihtiya olduğunu ve bu kurumun daeştirli hükümlerin potasından süzülecek bir kıyas ile uygulanabileceğini savunmuştur²⁷⁰.

Türk hukukuna Alman doktrininin etkisiyle girmişt olan ve azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre ise, akdin müsbet ihlali kavramına Türk hukukunda ihtiya vardır. Bu görüşü savunan yazarlardan birisi *Demircioğlu*'dur²⁷¹. Yazara göre koruma yükümlülüklerine aykırılık, TBK m. 112erevesinde gereği gibi ifa etmeme teştikil etmemektedir. Koruma yükümlülüklerine aykırılık halinde borcun gereği gibi ifa edilmediğinden bahsedilmesi mümkün değildir. Bu durumun sözleşmesel sorumlulukerevesinde ele alınabilmesi iin akdin müsbet ihlali kavramı kullanılmalıdır. Doktrinde *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*²⁷² ve *Antalya*²⁷³ da temerrüt ve imkansızlık dışındaki halleri karşılamak üzere akdin müsbet ihlali tabirini kullanmaktadır. *Aral* da eleştirecek noktalarına işaret ederek de olsa, gereği gibi ifa etmeme tabirinin yerine akdin müsbet ihlali tabirinin kullanılmasını yerinde bulmaktadır²⁷⁴.

Kanımızca azınlık görüşü yerindedir. Zira akdin müsbet ihlali, culpa in contrahendo ve nc kişiye etkili sözleşme teorileri ile birlikte edim ykmllğnden bağımsız bor ilişkilerinin temelini teştikil etmektedir²⁷⁵. Sözleşme kurulmadan önceki yükümlülüklerin ihlali culpa in contrahendo; sözleşme kurulduktan sonra ortayaıkan yükümlülüklerin ihlali halleri ise, akdin müsbet ihlali olarak ifade edilmektedir²⁷⁶.

Öte yandan ne temerrüt ne imkansızlık ne de gereği gibi ifa etmeme teştikil edeneştirli durumlarla karşılaşılması mümkündür. Böyle bir durumda sorumluluğun hangi temelde doğacağının tespiti önemli bir sorundur. Kanımızca bu gibi haller iin akdin müsbet ihlaline başvurulması yerinde olacaktır. Zira bu kavramın iine sonraki

²⁶⁹ Serozan, MHAD-1968, s. 112 dn. 13.

²⁷⁰ Serozan, MHAD-1990, s. 36.

²⁷¹ Demircioğlu, s. 154.

²⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 972; yazarlar akdin müsbet ihlali yerine borcun müsbet ihlali tabirini kullanmaktadır.

²⁷³ Antalya, III, s. 388.

²⁷⁴ Aral, s. 105.

²⁷⁵ Serozan, MHAD-1990, s. 34.

²⁷⁶ Serozan, İfa, § 20 Bkz. oradaki zet-şema.

imkansızlık ve borçlunun temerrüdü dışındaki pek çok diğer ihtimal dahil edilmektedir²⁷⁷.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin de sözleşmenin kuruluşunun sonrasında da etkisini sürdürecekleri düşünüldüğünde, bunları sadece borcun gereği gibi ifa edilmemesi çerçevesinde ele almak yerinde olmayacaktır.

d. Akdin Müsbet İhlali Terminolojisi Üzerine

Akdin müsbet ihlali kavramı, yukarıda da bahsedildiği üzere, Alman hukukunda doğmuştur. Kavram olumlu bir fiil ile sözleşmeye aykırılık sonucunun doğması üzerine temellendirilmiştir²⁷⁸. Bu sebeple, çıkış noktası açısından, kavramın akdin müsbet ihlali olarak isimlendirilmesi yerindedir. Ancak akdin müsbet ihlalinin temerrüt ve imkansızlık hariç bütün ifa engellerini kucaklayan bir bütün olduğundan hareket edilirse bu kavramın ifade itibarıyla yetersiz olduğu sonucuna varılabilir.

Doktrinde bu durum eleştirilmiş ve borca sadece olumlu bir fiille değil, olumsuz bir fiil (ihmal gibi) sonucunda da aykırılık olabileceği kabul edilmiştir²⁷⁹. Örnek olarak da bilgi verme, koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi verilmektedir. Somut olarak makineyi veren kişinin kullanımı hakkında bilgi vermemesi sonucunda uğranılan zararların giderimi gösterilmektedir²⁸⁰.

Keza bir başka eleştiri de, imkansızlık ya da kısmi temerrüt hallerinde de bir nevi olumlu davranış ile ifa engeli ortaya çıkabileceğidir²⁸¹. Örneğin borçlunun olumlu bir fiili ile ifayı imkansızlaştırması durumunda da (teknik anlamda olmasa da) “sözleşmeye olumlu aykırılık” vardır.

Eleştiri noktası olan bir diğer husus da, akdin müsbet ihlali olarak ele alınan ihlallerin bir kısmının ancak olumsuz bir davranışla gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlunun durumu böyledir. Doktrinde bu husus eleştirilmekte ve isminde “müsbet” tabiri geçen bir kavramın “menfi” davranışlar ile de gerçekleştirilebilmesi uyumlu bulunmamaktadır²⁸².

²⁷⁷ Serozan, MHAD-1990, s. 34 ve bkz. aşağıda III, A’da yer alan haller.

²⁷⁸ İnal, s. 277.

²⁷⁹ Serozan, İfa, § 18 N. 1; Serozan, MHAD-1990, s. 34; Eren, Genel, s. 1044; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 402.

²⁸⁰ Eren, Genel, s. 1071.

²⁸¹ Aral, s. 79, s.99; Eren, Genel, s. 1071.

²⁸² Aral, s. 100.

Doktrindeki bir görüşe göre ise, akdin müsbet ihlali tabiri sadece sözleşmeden doğan borçları çağrıştırdığı için eksiktir²⁸³. Oysa bu kavramın içerdiği durumlar sadece sözleşmeden doğan borçlarda değil, sözleşme dışındaki kaynaklardan doğan borçlarda da ortaya çıkabilir²⁸⁴. Bu görüş yanlılarınca bu kavramın “alacağın müsbet ihlali” olarak isimlendirilmesi uygun görülmüştür.

Biz hukuk dünyasında kabul görmüş olması ve yaygın olarak kullanılması karşısında “akdin müsbet ihlali” tabirinin kullanılmasının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

e. Ö iAkdin Müsbet İhlalinin Diğer Borca Aykırılık Türleri Karşısındaki Durumu

Akdin müsbet ihlali diğer borca aykırılık halleri karşısında tali bir durumdadır²⁸⁵. Başka deyişle, akdin müsbet ihlali, temerrüt ve sonraki imkansızlık dışındaki diğer ifa engellerini kucaklar yapıdadır²⁸⁶. Sözleşmeye aykırılığın öncelikle temerrüt veya imkansızlık teşkil edip etmediği araştırılmalı, ancak bu araştırma sonucunda olumsuz yanıt alındığı takdirde akdin müsbet ihlaline gidilmesi gerekmektedir²⁸⁷. Bu niteliği sebebiyle akdin müsbet ihlali karışık bir yapı arz eder²⁸⁸. Zira temerrüt ve imkansızlık dışındaki bütün sözleşmesel talepleri içeren bu büyük toplamı, tek bir kalemde belirlenmiş bir veya birden çok kriter ile ifade etmek mümkün değildir. Her bir aykırılık hali açısından farklı şartlar aranmalı ve farklı hükümler tatbik edilmelidir.

Böyle bir “torba”ya ihtiyaç duyulmasının sebebi ise, üzere imkansızlık temelli ifa engelleri sisteminin yetersizliğidir. Bazı öyle haller gerçekleşebilir ki ifa engeli ne temerrüt ne imkansızlık ne de borcun gereği gibi ifa edilmemesi olarak nitelendirilir. Bu gibi hallerde sözleşmesel sorumluluğa gidilebilmesi için akdin müsbet ihlali kavramına ihtiyaç duyulmaktadır²⁸⁹.

Bu iç içe geçmiş karma yapısı ile akdin müsbet ihlali, borçlar hukukundan ticaret hukukuna, hatta banka hukukuna kadar pek çok alanda karşılaşılabilecek bir özellik

²⁸³ Aral, s. 79.

²⁸⁴ Örneğin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden de pekala akdin müsbet ihlali olarak nitelendirilebilecek durumlar doğabilir. Bkz. Serozan, MHAD-1990, s. 34; Larenz, AT, s. 367 .

²⁸⁵ Aral, s. 91; Uygur, s. 3125; Klausch, s. 20.

²⁸⁶ İnal, s. 278; Kılıçoğlu, s. 805; Serozan, İfa, § 18 N. 1; Serozan, MHAD-1990, s. 34; Seiler, s. 9.

²⁸⁷ Serozan, İfa, § 11 N. 4.

²⁸⁸ Seiler, s. 9.

²⁸⁹ Serozan, MHAD-1990, s. 34.

taşımaktadır. Bu niteliğiyle de bu aykırılık türünü, sadece belirli borç türlerine ya da sözleşme türlerine hapsedmek mümkün değildir.

f. Temerrüt ile Farkı

Temerrüt ile akdin müsbet ihlalinin ayrıldığı noktalara değinmek, kavramın ilk sınırının çizilmesi açısından önem taşır. Temerrüt, açıklandığı üzere, mümkün ve muaccel bir borcun borçlusunun borcunu zamanında ifa etmemesi anlamına gelmektedir. Bu tanım; mümkün olmayan, muaccel olmayan ya da mümkün ve muaccel olmayan borcun ifa edilmemesinin temerrüt teşkil etmeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Borcun ifasının mümkün olmaması, zaten imkansızlık şeklinde sorumluluk sebebi olarak belirlemektedir. Muaccel olmayan borcun ifa edilmemesi ise bir ifa engeli teşkil etmeyecektir. Ancak mümkün ve muaccel olmayan borcun ifa edilmeyeceğinin alacaklıya (ciddi bir şekilde) belirtilmesi aşağıda da görüleceği üzere bir ifa engeli teşkil edebilir²⁹⁰.

Borcun ifasının mümkün olması da imkansızlıktan doğan sorumluluğun dışlanması sonucunu doğuracaktır. Borcun ifası mümkün olmasına karşın bazı hallerde zarar doğurucu bir durum ile karşılaşılabilir. Bunlar yan yükümlülükler aykırılık ya da kötü ifa şeklinde olabilir. Her iki halde de mümkün ve muaccel borcun zamanında yapılan ifasına rağmen çeşitli zararlar doğmaktadır. İşte bu zararların tazmini için de akdin müsbet ihlali kavramına ihtiyaç vardır.

III.Akdin Müspet İhlalinden Sorumluluğun Şartları

Akdin müsbet ihlalinden doğan sorumluluğun şartları, klasik sorumluluk şartlarının yansımasıdır. Buna göre borca aykırı davranış, kusur, zarar ve illiyet bağının incelenmesi gerekir. Aşağıda sırasıyla bu kavramlar incelenecektir.

A. Borca Aykırı Davranış (Akdin Müsbet İhlali Teşkil Eden Durumlar)

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta hukuka aykırı fiil unsuru borca aykırılık şeklinde görülmektedir²⁹¹.

Yukarıda ifa engelleri çerçevesinde ele alınan akdin müsbet ihlalinin hangi fiiller sonucunda ortaya çıktığının tespit edilmesi ilk adımda önem taşımaktadır. Ancak

²⁹⁰ Bkz. Aşağıda öncelenmiş borca aykırılık ile ilgili açıklamalarımız.

²⁹¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24 N. 1218.

kavramın geniş ve kapsayıcı olması sebebiyle, bu sınıflandırmanın yapılması güçlük arz etmektedir. Zira aşağıda her bir hal teker teker incelenirken de anlaşılaçağı üzere, akdin müsbet ihlali şemsiyesi altına giren borca aykırılık halleri pek çok noktada yeknesaklık arz etmekten uzaktır²⁹².

Aral, bu dağınıklığı gidermek üzere yapılan tasniflerdeki hareket noktasını genel olarak iki başlık altında toplamış ve ihlal edilen edimin türünü esas alan görüş ile ihlal edimlerinin menfaatin türüne göre ayrımını savunan görüşe yer vermiştir²⁹³. Biz burada sonuç odaklı yaklaşarak temerrüt ve imkansızlık dışındaki bütün halleri akdin müsbet ihlali saymayı, bazılarına farklı hükümler bağlanabilmesi şerhini de düşerek, uygun buluyoruz.

Bu noktada ele alınmasının gerektiğini düşündüğümüz bir diğer husus ise, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden ve doktrin ya da yargı kararlarında sözleşmesel sorumluluk teşkil ettiğı düşünölen çeşitli durumların nasıl sınıflandırılacağıdır. Bize göre bu haller de sözleşmesel sorumluluğa dahil olduklarından, akdin müsbet ihlali içerisinde değerlendirilmeleri gerekir. Bu durumların akdin müsbet ihlali içerisinde incelenmesi her şeyden önce sınıflandırma açısından kolaylık sağlayacak ve mahkeme kararlarının daha kavramsal bütünlük içinde olmasına hizmet edecektir. Bunun yanında, aşağıda da göröleceğı üzere, bu tür hallerin pek çoğunda taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişki zaten mevcut olduğundan, buradaki sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olması ve bunun da akdin müsbet ihlali dolayısıyla sorumluluk olması gerekmektedir.

1. Kötü İfa (Borcun Gereğı Gibi İfa Edilmemesi-Dar Anlamda Akdin Müsbet İhlali)

Kötü ifa borçlunun borcunu ifa ettiğı; ancak ifanın bir yönüyle tam ve beklenildiğı gibi olmadığı halleri karşılamaktadır²⁹⁴. Buna doktrinde borcun gereğı gibi ifa edilmemesi de denilmektedir. Biz kötü ifa halini dar anlamda akdin müsbet ihlali olarak tanımlamaktayız. Zira burada olumlu bir davranış (ifa) yapılmakta; buna karşın sözleşmeye aykırılık da ortaya çıkmaktadır. Kötü ifa genellikle ifaya yardımcı yan yükümlölüklerin ihlali halinde görölmektedir²⁹⁵.

²⁹² Benzeri yöndeki tespitler için bkz. *Aral*, s. 90 vd.

²⁹³ *Aral*, s. 92.

²⁹⁴ *Koller*, pVV, s. 1485.

²⁹⁵ *Koller*, pVV, s. 1485.

TBK m. 112'nin lafzından da anlaşılacağı üzere borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu zararı gidermekle yükümlü olur. Bu hükümde düzenlenen ifa engeli kötü ifadır. Kötü ifa halinde borcun ifasından alacaklının beklediği menfaat tam anlamıyla gerçekleşmemektedir. Başka deyişle borcun ifasından tarafların beklediği unsurlar ya da nitelik tam olarak mevcut değildir²⁹⁶.

Kötü ifa aslında bir özensiz ifadır²⁹⁷. Burada özen yükümlülüğüne aykırılığın özel bir görünümü söz konusudur.

Doktrinde kötü ifa bir akdin müsbet ihlali türü olarak ele alınmaktadır²⁹⁸. Zira kötü ifa halinde borç ifa edilmekte; ancak çeşitli yönlerden tam olarak ifa edilmemektedir. O halde borçlunun olumlu bir fiili mevcuttur; ancak bu yine de sözleşmenin ihlaline sebep olmaktadır²⁹⁹.

Kötü ifaya ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmış; ancak Türk ve Alman doktrininde herhangi bir uzlaşıya varılamamıştır³⁰⁰. Biz burada bu tartışmalara girmeksizin kötü ifayı sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık şeklinde bir ifa engeli olarak ele alacağız.

Kötü ifa, yapma borçları açısından söz konusu olabilir. Genellikle borçlunun ifa sırasında kendisinden beklenecek özenden sapması şeklinde ortaya çıkar³⁰¹. Örneğin hizmet sözleşmesinde bir edimi gerektiği gibi ifa etmeyen kişinin ifası kötü ifa teşkil edecektir. Kötü ifa, özellikle verme borçları açısından da söz konusu olabilir. Örneğin eseri sözleşmede kararlaştırılan modele tam anlamıyla uygun meydana getirmeyen kişinin bu ifası kötü bir ifadır. Yapmama borçlarının nitelikleri gereği kötü ifa edilmeleri mümkün değildir³⁰². O halde yapmama borçlarının ihlali akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilemeyecektir. Bu gibi durumlarda TBK m. 113 hükmü uygulama alanı bulacaktır³⁰³.

Kötü ifa, ayıplı ifaya nazaran daha geniş bir kavramdır. Ayıplı ifada malda bulunması beklenen ya da bulunduğu vaat edilmiş özellikler eksik iken, kötü ifa

²⁹⁶ Kılıçoğlu, s. 844; Kurt, İmkansızlık, s. 50.

²⁹⁷ Larenz, AT, s. 364.

²⁹⁸ KUKO OR-Thier, Art. 97 N. 13; Shwenzer, N. 67.01.

²⁹⁹ Uygur, s. 3130.

³⁰⁰ Ayıplı ifayı kötü ifa ile eş tutan bir görüş yanında, karşı koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesini ileri süren bir diğer görüş de mevcuttur. Tartışmalar için bkz Aral, s. 92 vd.

³⁰¹ Kurt, İmkansızlık, s.51.

³⁰² Kurt, İmkansızlık, s.51; Aral, s. 100; Antalya, III, s. 389.

³⁰³ Aral, s. 100.

bunun yanında başka çeşitli ifaları da içerir. Doktrinde kötü ifayı ayıplı ifa ile birlikte yan yükümlülüklerle aykırılık olarak ele alan yazarlar da vardır³⁰⁴.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi teşkil eden ve ayıp sınırlarını aşan çeşitli ihtimaller de söz konusu olabilir. Böyle durumlarda da akdin müsbet ihlali söz konusu olacaktır. Özellikle satım sözleşmelerinde karşılaşılabilecek bu ihtimallere örnek olarak satılan malın kullanma talimatnamesini vermeme, satılanı paketlememe, yedek parça stokunu hazır tutmama verilebilir³⁰⁵.

Kötü ifada önem taşıyan husus, borçlunun borcunu ifa etmesidir³⁰⁶. Ancak bu ifade çeşitli eksiklikler, olumsuzluklar, istenmeyen durumlar bulunmaktadır. Bu sebeple kötü ifada borcun hiç ifa edilmemesi değil, gerektiği gibi ifa edilmemesi söz konusu olmaktadır.

Alacaklının gereği gibi olmayan ifayı kabul etmesi, onun zararın tazmini talebinden vazgeçtiği anlamına gelmez. Alacaklı böyle bir ifayı kabul etmiş olsa bile, zararın tazminini talep edebilecektir³⁰⁷. Tabi böyle bir durumda alacaklının ifayı kabulü, güven teorisi çerçevesinde yorumlanacaktır. Bunun sonucunda alacaklının tazminat talebinden vazgeçtiği şeklinde bir anlam çıkabileceğinden, ifanın tazminat talebi saklı kalmak şartıyla kabul edilmesinde fayda vardır³⁰⁸.

Yapılan ifanın sadece tarafların anlaştığı edimdeki eksiklikler şeklinde gerçekleşmesi mümkün değildir. İfa, tarafların anlaşmasına çok yakın olmasına karşın dürüstlük kuralı gereğince yetersiz olabilir. Bu gibi hallerde de kötü ifadan söz etmek gerekir.

Alacaklı gereği gibi olmayan ifayı reddetme imkanına sahiptir. Alacaklının böyle bir ifayı kabul etmemesi halinde, alacaklının temerrüdü söz konusu olmayacak, borçlunun sorumluluğu doğacaktır.

Bu noktada önem arz eden husus, alacaklının ifanın gereği gibi yapılmış olup olmadığını ne şekilde tespit edeceğidir. Gerçekten alacaklının ifanın gereği gibi yapıp yapılmadığı konusunda belirli bir süreye ihtiyacı olabileceği gibi, bunu ifa anında hemen anlaması da mümkündür. Kanımızca bu konuya ilişkin genel bir kural vermek mümkün değildir, somut olayın gerekleri ve dürüstlük kuralına göre

³⁰⁴ Aral, s. 109.

³⁰⁵ Serozan, § 18 N. 4.

³⁰⁶ Kılıçoğlu, s. 844.

³⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 845.

³⁰⁸ Nomer, n. 185.

alacaklının uygun sürede bunu bildirmesi gerekir. O halde alacaklının mutlaka dürüstlük kuralına uygun sürede ifanın niteliğine ilişkin bir araştırma yapması gerekmektedir. Burada ayıplı ifa olsun ya da olmasın, dürüstlük kuralına göre edimden beklenen menfaatin tam olarak karşılanıp karşılanmadığı hususunun yeterince araştırılması gerekir.

Bunun yanında alacaklının böyle bir ifayı kabul ederek uğradığı zararın tazminini talep etmesi de mümkündür.

2. Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Koruma yükümlülükleri, yukarıda da açıklandığı üzere, tarafların sosyal temasa girmeleri ile dürüstlük kuralına dayanılarak doğan yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerin sadece asli edim yükümlüsü tarafından değil, aynı zamanda asli edim alacaklısı tarafından da yerine getirilmesi gerekmektedir. İşte bu türden yükümlülüklerin ihlalleri de akdin müsbet ihlali çerçevesinde değerlendirilmektedir³⁰⁹.

Koruma yükümlülüklerinin ihlalini kötü ifa başlığı altında ele alan doktrinde çeşitli yazarlar mevcuttur³¹⁰. Ancak bu yaklaşım da bizim görüşümüze göre dar anlamda akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Yukarıda koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde değerlendirildiğini açıklamıştık. İşte bunun sonucunda, sözleşme ilişkisi sırasında devam eden koruma yükümlülüklerinin ihlali de akdin müsbet ihlali çerçevesinde zararın tazmininden söz edilecektir³¹¹. Bu tür yükümlülüklerin ihlali halinde aynen ifalarının talep edilmesi mümkün değildir.

Koruma yükümlülüklerinin ihlali, sadece geçerli ve devam etmekte olan sözleşme ilişkilerinde değil; ayıplı malın tamir edilmesi halinde de söz konusu olabilir³¹². Örneğin bozuk klimayı tamir etmek üzere gelen servis görevlilerinin, evin duvarlarını zedelemesi halinde koruma yükümlülüklerinin ihlali gerçekleşmiş olmaktadır. Satıcı, alıcıya teslim etmek üzere getirdiği malı henüz teslim etmemişse,

³⁰⁹ Seiler, s. 13; Karabağ Bulut, s. 68; Serozan, MHAD-1968, s. 120.

³¹⁰ Koller, pVV, s. 1485.

³¹¹ Demircioğlu, s. 147.

³¹² Arbek, s. 219.

bunların zarar görmemesi için gereken önlemleri almak zorundadır³¹³. Bir spor müsabakası düzenleyen kuruluşun seyircilerin zarara uğramasını önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğü de bir koruma yükümlülüğüdür³¹⁴. Tedavi için gelinen eve bulaşıcı hastalık taşıma, evi onarıırken ev eşyasına zarar verme, benzin doldururken arabayı çizme gibi davranışlar da koruma yükümlülüğünün ihlali şeklinde akdin müsbet ihlali teşkil eder³¹⁵.

Koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teşkil etmeleri karşısında, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine aykırılık teşkil eden fiilin işlenmesi halinde, ortaya çıkan zararı giderme yükümlülüğü doğar³¹⁶.

Bu aykırılık halini dürüstlük kuralı temeline dayandıran görüşe göre bunların kötü ifa adı altında değerlendirilmesine gerek olmayıp, dürüstlük kuralı ihlali şeklinde ele alınması gerekmektedir³¹⁷. Buna karşın genel olarak savunulan görüşe göre ise, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu yükümlülükler aykırı fiiller, aslında taraflar arasındaki sözleşmeye de aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple, bunların sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ele alınması yerinde olacaktır³¹⁸.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine örnek olarak arkadaşının arabasında işe giden kişinin uğradığı trafik kazası sonucunda yaralanması, yağmurdan kaçmak için sığındığı mağazanın yerlerinin kaygan olması sebebiyle kayıp yaralanan kişinin uğradığı zararlar gösterilebilir³¹⁹.

Akdin müsbet ihlali teşkil eden çoğu durumun yan yükümlülük ihlali de teşkil ettiği göz önüne alındığında, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri teorisinin ne denli önem taşıdığı bir kez daha anlaşılacaktır³²⁰. Gerçekten de, bu teori sayesinde ki yan yükümlülükler ile akdin müsbet ihlali ilişkisi derinleşmektedir. O halde kanımızca edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri ve koruma yükümlülüklerinin ihlali, sözleşme ilişkisi süresinde gerçekleşmiş ise, TBK m. 112 uyarınca akdin müsbet ihlali sebebiyle sorumluluğun doğması gerekmektedir³²¹.

³¹³ Kılıçoğlu, s. 43.

³¹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 290.

³¹⁵ Serozan, § 18 N. 5.

³¹⁶ Oğuzman/Öz, I, s. 14; İnal, s. 102.

³¹⁷ Oğuzman/Öz, I, s. 40.

³¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BG, § 2, N. 8.

³¹⁹ Oğuzman/Öz, I, s. 40.

³²⁰ Wiegand, s. 551.

³²¹ Serozan, İfa, § 20 Bkz. oradaki özet-şema.

3. Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Özen yükümlülüğü, sözleşme ilişkisine sadakat gösterme, edimin ifasında gereken özeni gösterme gibi çeşitli boyutları olan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlali de bazı belirli durumlarda akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilecektir.

Aslında her türlü sözleşmeye aykırılığın bir özensizliği içerdiği, bu sebeple de özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği düşünülebilir. Sorumluluğun doğmasına sebep olan bütün ihlaller, özen ve sadakat yükümlülüğünü ifade eden *pacta sunt servanda* ilkesinin ihlali olarak ele alınabilecektir. Burada bizim ele aldığımız sadece özen yükümlülüğünün ihlalidir.

Doktrinde savunulan görüşe göre, bu hükümde düzenlenen sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırılık da akdin müsbet ihlali teşkil etmektedir³²². Talep edilen tazminat sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan da kaynaklanabilir³²³. Böyle bir durumda yan yükümlülüklerin ihlali söz konusudur.

4. Yan Edim Yükümlülüklerine Aykırılık

Akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerden birisi de, yan edim yükümlülüklerine aykırılıktır³²⁴. Gerçekten böyle bir durumda ne edimin imkansızlaşması ne de edimin ifasında bir gecikme söz konusu olmaktadır.

Böylesi bir aykırılık, ancak sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu durumlarda ortaya çıkacaktır³²⁵. Zira sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığı durumlarda yan edim yükümlülükleri de doğmamış olacağından, akdin müsbet ihlali söz konusu olmayacaktır.

Yan edim yükümlülüklerinin ihlali ile yan yükümlülüklerin ihlali arasındaki sınırın çizilmesi zordur³²⁶. Ancak kanımızca yan edim yükümlülüklerin ihlal edildiğine, aynen ifaları da talep edilebilen yükümlülükler olarak, aynen ifanın yerine tazminat talep edilmesi söz konusu olmaktadır.

³²² KUKO OR-Lehmann, § 364 N. 9.

³²³ Furrer/Müller-Chen, s.520.

³²⁴ Serozan, MHAD-1968, s. 120.

³²⁵ Serozan, MHAD-1968, s. 120.

³²⁶ Bkz. yukarıda I, E, 1.

5. Diğer Yükümlülüklerin İhlali

Sözleşmeden sadece edim yükümlülüklerinin değil, çeşitli yan yükümlülüklerin de doğduğu düşünüldüğünde, bunların ihlalleri halinde de zararın doğabileceği kabul edilecektir. İşte bu gibi hallerde doğan zararın tazmini, akdin müsbet ihlaline göre sorumluluk sayesinde olacaktır³²⁷. Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise, yan yükümlülüklerin ihlalinin akdin müsbet ihlali olarak nitelendirilmesine gerek yoktur; bunlar borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı ile karşılanmaktadır³²⁸. Ancak bize göre burada akdin müsbet ihlali sebebiyle sorumluluk söz konusu olmalıdır.

Yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde genellikle edim yükümlülükleri de ihlal edilmektedir. Böyle bir durumda yukarıda açıkladığımız kötü ifa öncelikle söz konusu olacaktır. Ancak öyle bazı haller söz konusu olabilir ki sadece yan yükümlülük ihlal edilir. Bu gibi hallerde edim yükümlülükleri bakımından herhangi bir ihlal söz konusu olmamakta, bu yükümlülükler gerçekleştirilmektedir. Ancak bunların yanında uyulması gereken yan yükümlülüklere uyulmamakta ve bu sebeple de bir zarar ortaya çıkmaktadır. İşte bu ince nokta yan yükümlülüklerin ihlali ile kötü ifayı birbirinden ayırmaktadır.

Yan yükümlülüklerin kaynağının ne olduğu önem taşımaz. Başka deyişle; ister kanundan, ister tarafların iradelerinden, isterse de dürüstlük kuralından doğsunlar, bu yükümlülükler ihlal edilebilir ve ortaya çıkan zararın tazmini gerekir.

Borcun konusunun verme borcu olduğu hallerde, malı teslim edecek olan borçlunun, malın zilyedliği henüz kendisindeyken onu özenle koruması ve muhafaza etmesi yükümlülüğüne aykırılık halinde de sorumluluğu doğacaktır³²⁹. Örneğin hayvan satışında hayvanı teslim edene kadar çok fazla yormama yükümlülüğü bu türden bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğe malın taşınarak teslim edilmesinin gerektiği hallerde, onu gerekli şekilde koruyacak ambalajı yapma veya taşıma sırasında ona uygun ortamın hazırlanması da örnek olarak gösterilebilir³³⁰.

Açıklama yapma ve ihbar yükümlülükleri de borçlu tarafından yerinde getirilmesi gereken yan yükümlülükler olabilir. Bunların yerine getirilmemesi de borçlunun

³²⁷ **Hatemi/Gökyayla**, § 26, N. 37; **İnal**, s. 227; **Reisoğlu**, s. 349; **Bucher**, OR/AT, s. 336.

³²⁸ Bkz. **İnal**, s. 278 dn.702'deki yazarlar.

³²⁹ **Aral**, s. 118.

³³⁰ Ancak taşıma sözleşmesinde taşıyıcının eşyayı koruma yükümlülüğü yan yükümlülük değil, bir yan edim yükümlülüğüdür. bkz. **Aral**, s. 119.

sorumluluğuna yol açacaktır. Örneğin kullanımı sırasında dikkat edilecek hususların özellikle belirtilmesinin gerektiği bir kombinin satıldığı durumlarda, satıcının alıcıya bu bilgileri vermesi gerekmektedir. Açıklanması gereken hususların çok ender hallerde görülecek olması borçluyu bu yükümlülükten kurtarmayacaktır³³¹.

Sır saklama yükümlülüklerinin ihlali de akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilmektedir. Örneğin bir kredi ilişkisi içine girmiş olan müşterinin bankaya vermiş olduğu ticari önemi haiz bilgilerin banka tarafından ifşa edilmesi sonucunda müşterinin uğradığı zararın tazmini akdin müsbet ihlali hükümlerine göre yapılacaktır³³².

Çeşitli yan yükümlülük ihlallerine örnek olarak doktrinde başka örnekler de verilmektedir: Verilen sulu benzinin aracın çalışamaz hale gelmesine sebep olması, bozuk yemeklerin ya da yanlış hazırlanmış ilaçların zehirlenmeye yol açması; ameliyat yapılırken kullanılan araçların temiz olmaması, mikroplardan arındırılmamış olması ve bu nedenle alacaklının zarara uğraması³³³; sevkedilen malları iyi ambalaja konmaması, vekilin müvekkiline yanlış bilgi vermesi ya da onun talimatlarına uymayarak onu zarara uğratması, satılan kömürü teslim eden kamyonun bahçe kapısını kırması, satın alınan malları ihraç etmeme yükümlülüğüne aykırı davranılması, doktorun ameliyat ettiği hastanın karnında tampon unutması.³³⁴

6. Öncelenmiş Borca Aykırılık (Borçlunun Borcunu İfa Etmeyeceğini Önceden Bildirmesi)

Borcun muaccel olmasından önce, borçlunun alacaklıya borcu ifa edemeyeceğini bildirmesi ya da bunun bir şekilde ciddi olarak anlaşılması halinde ne gibi sonuçların doğacağına ilişkin olarak hukukumuzda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle alacaklının da karşı edimini bu sürede ifa edip etmeyeceği ya da borçluya karşı ne gibi haklarının olduğu konusu belirsizdir. O halde kanunda bu yönde bir

³³¹ Aral, s. 120.

³³² İzveren, s. 697.

³³³ Reisoğlu, s. 350.

³³⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 401.

boşluk olduğunun ortaya konulup bu boşluğun ne şekilde doldurulacağının saptanması gerekmektedir³³⁵.

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğine ilişkin açıklaması açık ya da zımni bir irade beyanı ile yapılabilir. Ancak her ne şekilde yapılırsa yapılsın, bu irade açıklamasının ciddi olması gerekir. Bu ciddiyet kanımca açıklamadan ziyade alacaklının bu açıklamaya yükleyeceği anlama göre tespit edilmelidir. Burada borcun ifasının imkansızlaşmamasına karşın, borcun ifa edilmeyeceği bildirilmektedir. Eğer imkansızlık söz konusu olursa, imkansızlıktan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesinin dışında, borçlu borcunu gereği gibi ifa edemeyeceğini de bildirebilir. Bu durumda alacaklı borçlunun sorumluluğuna gidebilecektir. Ancak burada önemli olan nokta alacaklının kötü ifayı kabul edeceğini bildirmemiş olmasıdır. Alacaklının böyle bir cevabı, onun borçlunun sorumluluğuna gitmesine engel olur.

Doktrinde, borcun ifa edilmeyeceğinin muacceliyetten önce bildirilmesi halinde ne tür bir ifa engeli olduğu tartışmalıdır. Çeşitli görüşler şu şekilde sınıflandırılabilir:

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi borçlu temerrüdü teşkil etmektedir³³⁶. Buna göre borçlu, bu irade açıklaması ile ihtar gerek olmaksızın temerrüde düşecektir. Alacaklı ise, TBK m. 125'te düzenlenmiş olan seçimlik haklarını doğrudan kullanabilecektir.

Doktrinde imkansızlığı borcun cebri icrasının mümkün olmaması olarak ele alan bir görüşe göre, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi halinde yapma ve verme borçları açısından ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu görüşte olan *Oğuzman/Öz*'e göre, yapma borcunun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi halinde borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık söz konusudur ve bu sebeple de TBK m. 112'ye göre zararın tazmini gerekmektedir³³⁷. Yazarlara göre, verme borçlarında da borcun ifası bu bildirimle imkansızlaşmışsa, yine aynı çözüm takip edilmeli; imkansızlaşmamışsa da vadeye kadar beklenmelidir³³⁸. Yazarlara göre,

³³⁵ **Baçoğlu**, Öncelenmiş, s. 287.

³³⁶ **Aday**, s. 142; **Eren**, Genel, s. 1051.

³³⁷ **Oğuzman/Öz**, I, 494-495. **Öz**, s. 158; *Gündoğdu* da bu yazarlara katılmakta ve öncelenmiş borca aykılığı bir imkansızlık hali olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Gündoğdu**, s. 77-78.

³³⁸ **Oğuzman/Öz**, I, s. 495.

borcun ifa edilmeyeceği değil de, vadeye yetiştirilemeyeceği ifade edilmişse, imkansızlıktan söz edilemeyecektir.

Doktrinde bir diğer görüşe göre, borcun ifa edilmeyeceğinin muacceliyetten önce bildirilmesi borçlular arasındaki güven ve sadakat ilişkisine aykırılık teşkil etmektedir ve bu sebeple de akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilmelidir³³⁹. Böyle bir bildirim edime sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple de konu güven sorumluluğu çerçevesinde ele alınmalı ve sözleşme ilişkisinin doğasından kaynaklanan güvenin zedelenmesi olarak nitelendirilmelidir. O halde bu görüş yanlılarına göre böyle bir durum “sadakatsizlik sonucu güven temelini çökertme” veya “sözleşmenin amacının ihlali” örneği teşkil etmektedir³⁴⁰. Buradaki sadakat yükümlülüğüne aykırılık, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek ya da onu sonlandıracak şekildeki davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün ihhalidir³⁴¹.

Öncelenmiş borca aykırılığın akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilmesi, doktrinde eleştirilmiştir. *Gümüşsoy Karakurt*’a göre, henüz borç muaccel değilken borca olumlu aykırılıktan söz edilmesi mümkün değildir³⁴².

Dural’a göre ise, MK m. 2’deki kural, sadece borcun ifasını imkansızlaştırmamayı değil, akit ile elde edilmek istenilen her türlü gayeyi olumsuz şekilde etkileyecek her hususu yapmamayı da gerektirir. Yani borçlunun borcu da, dürüstlük kurallarına aykırı olarak edimi tehlikeye sokmamaktır. O halde ikinci derecedeki yapmama borçları da akdin müsbet ihlali kapsamına girerler³⁴³.

Serozan’a göre borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini, borcun muaccel olmasından önce alacaklısına ciddi bir şekilde bildirmesinde yan yükümlülükler aykırılık şeklinde bir akdin müsbet ihlali bulunmamakta; edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden kaynaklanan davranış yükümlülüklerinin ihlali şeklindeki bir akdin müsbet ihlali bulunmaktadır³⁴⁴. Yazar bu sebeple de alacaklının sözleşmeden, dönebileceğini düşünmektedir³⁴⁵.

³³⁹ *Serozan*, MHAD-1990, s. 37; *Serozan*, İfa, § 18 N. 8; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 975.

³⁴⁰ *Serozan*, İfa, § 18 N. 8; *Aral*, s.97.

³⁴¹ *Başoğlu*, Öncelenmiş, s. 296 dn. 30.

³⁴² *Gümüşsoy Karakurt*, s. 88.

³⁴³ *Dural*, Yapmama, s. 10.

³⁴⁴ *Serozan*, İfa, § 18 N. 1; *Serozan*, Dönme, s. 318.

³⁴⁵ *Serozan*, Dönme, s. 318. Yazara göre sözleşmeden dönme ancak karşı tarafın sözleşme ile bağlılığının beklenmesi artık mümkün değilse söz konusu olabilecektir. Yine yazara göre burada süre verilmesi de gerekmemektedir.

Tandoğan'a göre de borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini vadeden önce kat'i surette bildirmesi akdin müsbet ihlalidir³⁴⁶.

Doktrinde *Atamer* tarafından savunulan bir görüşe göre TBK m. 473 hükmü, öncelenmiş borca aykırılık halleri için kıyasen uygulanabilir³⁴⁷. Yazara göre TBK'da özel hükümler arasında düzenlenen bu hal de bir öncelenmiş borca aykırılık halidir ve bu sebeple tek kanuni dayanak olarak bütün öncelenmiş borca aykırılık hallerine kıyasen uygulanmalıdır. Anlaşılabildiği kadarıyla yazar bu kıyası sözleşmeden dönmeye imkan tanıyabilmek adına önermektedir. Bu yaklaşım doktrinde eleştirilmiştir. *Gümüşsoy Karakurt*'a göre, böyle bir kıyasa gidilmesi anlamda çok fazla genişleme yaratacağından, bütün öncelenmiş borca aykırılık hallerinde uygulanmamalıdır³⁴⁸.

Kanımızca öncelenmiş borca aykırılığın hukuki niteliği araştırılırken, ilk anda bunun akdin müsbet ihlali olarak nitelendirilmesi gerekmemektedir.

Öncelenmiş borca aykırılık kanımızca borçlu temerrüdü değildir. Zira borçlu temerrüdü olabilmesi için borcun muaccel olmuş olması gerekmektedir. Bu durumda da bu kuralı esnetmeyi gerektirecek bir alternatiflilik söz konusu değildir.

Buna karşın öncelenmiş borca aykırılık bazı durumlarda imkansızlık olarak ortaya çıkabilir. Borçlunun borcunu ifa edememesinin sebebi borcun ifasının imkansızlaşmış olması olabilir. Bu durumda akdin müsbet ihlali hükümlerine gidilmeyecek, borçlunun sorumlu olduğu, borçlunun sorumlu olmadığı veya alacaklının sorumlu olduğu imkansızlık hükümleri çerçevesinde sorun çözülecektir.

Borcun ifası mümkün iken, borcun ifa edilmeyeceğinin belirtildiği durumlarda ise, akdin müsbet ihlalinden başka bir niteleme yapılması mümkün değildir. Biz de bu durumda edime sadakat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde, sözleşmenin amacını zedelememe yükümlülüğüne aykırılık olduğu sebebiyle akdin müsbet ihlali gerçekleştiğini düşünüyoruz.

³⁴⁶ *Tandoğan*, Mes'uliyet, s. 401.

³⁴⁷ *Atamer*, s. 409 dn. 687.

³⁴⁸ *Gümüşsoy Karakurt*, s. 88

7. İfa Yardımcısı Kullanımının Borca Aykırılık Teşkil Ettiği Haller

Bir borcun ifasında borçlunun şahsen ifa zorunluluğu yoksa, o borç ifa yardımcısı kullanılmak suretiyle de ifa edilebilir. İşte böyle bir durumda alacaklının uğradığı zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğu doğacaktır. TBK m. 116'ya göre borçlunun, yardımcı kişilerin işin yürütülmesi (borcun ifası) sırasında verdiklerin zararların tazmininden dolayı sorumluluğu doğacaktır.

Bu hüküm, borçlunun seçtiği yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir. Ancak bazı hallerde borçlunun yardımcı kullanması başlı başına borca aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda doğan bir zararın tazmininin nasıl yapılacağı işte burada incelenmelidir.

Buna göre, alacaklının borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden dolayı uğradığı zararının tazmini TBK m. 116'ya göre yapılacak iken, ifa yardımcısı kullanamayacağı durumlarda ifa yardımcısı kullanmak suretiyle bir zararın doğmasına sebep olan borçlu ile ifa yardımcısını seçmede ya da ona talimat vermede yeterli özeni göstermeyen borçlu TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır³⁴⁹. Bu borca aykırılık da ne bir temerrüt ne de bir imkansızlık teşkil etmekte olup, akdın müsbet ihlali olarak değerlendirilmektedir. Zira burada özünde yine bir tür sadakat yükümlülüğüne ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olmaktadır.

Benzeri bir durum borçluya ait hakların kullanılmasına katılanlar için de söz konusu olur. Başkalarının o hakkı kullanmalarının hukuka aykırı olduğu durumlarda borçlu o hakkı başkalarına kullandırmakla borca aykırı davranmış olur ve TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır. Örneğin kiracının aile efradı dışında birilerini sürekli evde tutması sonucunda oluşan zararlar, TBK m. 112'ye göre tazmin edilecektir.

Borçlu, ifa yardımcısı kullanmasaydı ya da ifa yardımcısının yerinde kendisi olsaydı da aynı zararın doğacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir³⁵⁰. Bu, aslında TBK m. 112'deki kusur karinesinin aksinin ispatlanmasıdır.

8. İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması

İmkansızlık yukarıda da bahsedildiği üzere, Borçlar hukukunda çok çeşitli durumları karşılamaktadır. Önceki objektif imkansızlık hukuki işlemin (sözleşmenin)

³⁴⁹ Oğuzman/Öz, I, s. 433.

³⁵⁰ Nomer, n. 180.

geçersizliği sonucunu doğuracağı gibi, sonraki imkansızlık halinde duruma göre borçlunun sorumluluğu doğacaktır. Bu hallerde ya TBK m. 112 hükmü ya da TBK m. 136 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu, ifa engelleri genel yapısında düzenlenmiş olan sistemdir.

İfanın imkansızlaşmasına sebep olacak hususlardan kaçınma yükümlülüğü, sadece borçluya değil, aynı zamanda alacaklıya da yükletilmiş bir yükümlülüktür³⁵¹. Bu yükümlülük de dürüstlük kuralından doğmaktadır³⁵². O halde bu yükümlülüğün ihlalinde de sorumluluğun doğması gerekmektedir.

Borcun borçlu tarafından değil de; alacaklı tarafından imkansızlaştırılması halinde ise, uygulanacak herhangi bir hüküm kanunda mevcut değildir^{353,354}. Alman hukukunda ise, konuya ilişkin BGB § 326 / b. II hükmü bulunmaktadır. Bu hükmeye göre, alacaklı yüzünden ifanın imkansızlaşması halinde borçlunun borcu sona ermekte, ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin ifasını talep edebilmektedir. Başka deyişle borçlu borcundan kurtulacak; alacaklı da borcunu ifa etmekle yükümlü olmaya devam edecektir.

Türk hukukundaki baskın görüş yanlılarına göre, borcun ifa edilmemesinin alacaklının borcu imkansızlaştırması sebebiyle gerçekleştiği takdirde, kanunda bir gerçek olmayan boşluk bulunmaktadır³⁵⁵. Bu gerçek olmayan boşluğun doldurulması da Alman hukukunda benimsenen görüşün Türk hukukuna aktarılması yoluyla yapılabilecektir³⁵⁶. Benimsenen görüş zaten borçlunun karşı edimi elde ettiği göz önünde tutulduğunda, alacaklıya bir de zararı tazmin yükümlülüğü yüklemenin

³⁵¹ Karş. **Dural**, Yapmama, s. 10. Burada alacaklının kendisine bir menfaat sağladığından hareketle bir yükümlülüğün değil de, külfetin söz konusu olduğu düşünülebilir. Ancak burada alacaklı sadece kendisine değil, borçluya da bir çeşit menfaat sağlamaktadır. Zira imkansızlık halinde sözleşmesel ilişkinin zedelenmesi borçlu açısından da istenmeyecek, onu da çeşitli kazançlardan alıkoyacak bir durumdur. Bu sebeple biz burada bir yükümlülük olduğunu düşünüyoruz.

³⁵² Her ne kadar MK m. 2’de yer alan “borçlarını yerine getirirken” ifadesi ile sadece borçlu bu kapsama alınmış gibi bir görünüş yaratılmış ise de, aslında burada borçlunun ifasında alacaklının da herhangi bir engelleyici davranıştan kaçınması gerekliliği de düzenlenmiştir.

³⁵³ Hizmet sözleşmelerine ilişkin TBK m. 408, kira sözleşmelerine ilişkin TBK m. 325 ve eser sözleşmelerine ilişkin TBK m. 485/II hükümleri mevcut olsa da, kanunda genel hükümler çerçevesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. **İnceoğlu**, İmkansızlık, s. 238.

³⁵⁴ Böyle bir durumda alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler ile TBK m. 138’deki borçlunun kusursuz sebep olduğu sonraki imkansızlık hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğine ilişkin doktrindeki tartışmalar ve bu görüşlerin eleştirileri için bkz. **İnceoğlu**, İmkansızlık, s. 239-242.

³⁵⁵ **Kurt**, İmkansızlık, s. 200-201; **Akkanat**, s. 153. Gerçek olmayan boşluk, kanunda bir hukuki duruma ilişkin tatmin edici cevabın bulunmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 103-104; Doktrinde bir görüşe göre ise, burada bir gerçek boşluk söz konusudur. Bkz. **Antalya**, III, s. 216; Bir diğer görüşe göre ise, burada bir örtülü boşluk bulunmaktadır Bkz. **Dural**, İmkansızlık, s. 175.

³⁵⁶ **Antalya**, III, s. 216; **Erzurumluoğlu**, s. 47; **Akkanat**, s. 157; **Antalya**, III, s. 216; **Dural**, İmkansızlık, s. 173; **Gündoğdu**, s. 363.

menfaatler dengesi açısından uygun olmayacağı düşünülmektedir. Zira bu görüş yanlılarına göre, alacaklı yüzünden borcun ifasının imkansızlaşması bir sözleşme ihlali teşkil etmemektedir. Bu sebeple de alacaklının tazminat ödeme yükümlüğü altına girmesi söz konusu olmamalıdır³⁵⁷.

Serozan'a göre, kira sözleşmelerinde TBK m. 325, hizmet sözleşmelerinde TBK m. 408 hükümleri ile TMK m. 2'deki yer alan çelişkili davranış yasağına aykırılık kuralları birlikte kıyasen alacaklı yüzünden borcun ifasının imkansızlaştırılması hallerinde uygulanmalıdır³⁵⁸. Bu durumda da alacaklı kendi borcundan kurtulamayacak; borçlu ise kendi borcundan kurtulacaktır. Ancak yazar, alacaklının ifayı imkansızlaştırmasını bir külfete aykırılık olarak görmekte, bu sebeple de zararın tazmini imkanını tanımamaktadır. Ancak bu külfete aykırılığın sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık noktasına varması halinde, zararın tazmini de alacaklının ediminin yanında doğacak bir kalem olacaktır. Zararın tazmini ise, akdin müsbet ihlali hükümlerine göre yapılacaktır³⁵⁹. Yazarın burada aradığı kıstas, alacaklının ifayı imkansızlaştırmasının “borçluya zarar veren bir yüküme aykırılık” oluşturmasıdır.

İnan ise doktrindeki baskın görüşe katılmamaktadır³⁶⁰. Yazara göre, Alman hukukundaki çözüm tarzı Türk hukuku açısından kabul edilebilir değildir. Alacaklı yüzünden borcun ifasının imkansızlaşması halinde haksız fiil hükümlerine göre tazminat istenebilmesi gerekmektedir.

Erzurumluğlu'na göre de borçlu kendisine isnat edilmeyen sebeplerle borç imkansızlaşırsa, borcundan kurtulur ve karşı edimi talep hakkını da kaybeder³⁶¹.

İnceoğlu'na göre ise Türk hukukundaki kanun boşluğunun Alman hukukundaki düzenlemeye uygun olarak doldurulması kanunun sistematığına uygun değildir³⁶². Yazara göre, TBK m. 136 hükmünde yer alan borçlunun sorumlu olmadığı

³⁵⁷ **Akkanat**, s. 157; **Dural**, s. 173. Ancak yazarlar borcun ifasını imkansızlaştırmanın haksız fiil teşkil ettiği durumlarda borçlunun tazminat talep edebileceği görüşündedir.

³⁵⁸ **Serozan**, İfa, § 13 N. 5.

³⁵⁹ **Serozan**, İfa, § 13 N. 6. Yazar benzeri bir yaklaşımı alacaklının temerrüdü açısından da savunmakta, alacaklı temerrüdünde de külfet ihlali noktasını aşan yükümlülük ihlali noktasındaki zararların tazmininin akdin müsbet ihlali temelinde tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Bize göre yazarın alacaklı temerrüdüne ilişkin yaklaşımı yerinde olmamakla beraber, alacaklı yüzünden borcun imkansızlaşmasının külfet ihlali temelinde ele alınması mümkün gözükmemektedir.

³⁶⁰ **İnan**, Ali Naim, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Freiburg 1959, s. 122 (**Dural**, İmkansızlık, s. 175 dn. 48 ve **Akkanat**, s. 28 dn. 72'den naklen)

³⁶¹ **Erzurumluoğlu**, s. 46.

³⁶² **İnceoğlu**, İmkansızlık, s. 243.

imkansızlık halinde tarafların karşılıklı borçlarının sona ereceği hükmü ile sorun çözümlenebilir. Tarafların karşılıklı borçları sona erdikten sonra, yazara göre, borçlunun alacaklıdan uğradığı zararın tazminini talep etme imkanı vardır. Bu talebin dayanağı da tarafların üstlendikleri ifadan beklenen menfaati zedelememe yükümlülükleri olduğu/olacağı için, bu husus akdin müsbet ihlalidir³⁶³. Bu yükümlülük alacaklı açısından borçlunun ifasını engelleyecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü olarak tezahür etmektedir. Böylesi bir yükümlülüğe aykırılık da akdin müsbet ihlali olarak değerlendirilmeli ve alacaklı borçlunun uğradığı zararı TBK m. 112 hükmüne kıyasen tazmin etmelidir³⁶⁴.

9. Geçersiz Sözleşmelerde Akdin Müsbet İhlali

Akdin müsbet ihlalinden sorumluluğu edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri temelinde ele alan görüş, haklı olarak, akdin müsbet ihlalinden sorumluluğun doğabilmesi için geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmasının şart olmadığını ileri sürmektedir³⁶⁵.

Serozan'ın verdiği örnek bu noktada çok çarpıcıdır³⁶⁶. Dokuma tezgahı satımına ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğu, ama her nasılsa satıcının alıcıya bir dokuma tezgahı gönderdiği ihtimalde, bu tezgahın ayıplı olması sebebiyle alıcı zarara uğrayacaktır. Burada alıcının ayıp hükümlerine giderek zararının tazminini talep etmesi mümkün olmayacaktır; zira geçersiz bir sözleşmede ayıp hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Satıcının *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmesi de mümkün değildir; çünkü burada sözleşme kurulmadan önce, görüşmeler sırasında ortaya çıkmış bir zarar söz konusu değildir. Ancak alıcının bu dokuma tezgahında kullanarak boşa gitmiş malzemelerinin masraflarını ve yaptığı diğer masrafları talep edebilmesi mümkündür. Bunun yolu da alıcıyı zarardan uzak tutma şeklindeki davranış yükümlülüğünün aykırılığına dayanarak zararın tazmininin talep edilmesidir.

³⁶³ İncoğlu, İmkansızlık, s. 244.

³⁶⁴ İncoğlu, İmkansızlık, s. 244.

³⁶⁵ Serozan, MHAD-1968, s. 113; Serozan, Dönme, s. 282; Stoll, s. 134, 136; Canaris, JZ 1965, s. 477; Thiele, s. 653-654; Schwarz, s. 770.

³⁶⁶ Serozan, MHAD-1968, s. 120.

Koller'e göre sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda akdin müsbet ihlalden bahsedilmesi mümkün değildir³⁶⁷. Yazara göre böyle durumlarda haksız fiilden dolayı sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Kanımızca akdin müsbet ihlalini edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde ele alan bu yaklaşım yerindedir. Gerçekten de öyle durumlar olabilir ki sözleşme geçersiz olmasına rağmen, diğer sorumluluk çeşitlerinden hiçbirisinin kalıbına girmeyen bir durumla karşılaşılır. İşte bu gibi durumlarda akdin müsbet ihlali olduğu kabul edilmeli ve sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde tazminat yükümlülüğü söz konusu olmalıdır.

10. Yapmama Yükümlülüğüne Aykırılık

Yapmama yükümlülüğüne aykırılık TBK m. 113'te düzenlemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre yapmama borçlarının ifa edilmemesi kötü ifa içinde değerlendirilemez. Bu sebeple bu tür ihlaller akdin müsbet ihlali içinde yer alacaktır³⁶⁸. Tandoğan'a göre de yapmama yükümlülüklerine aykırılık akdin müsbet ihlali teşkil etmektedir³⁶⁹.

11. Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık Halinde Durumun Alacaklıya Borçlu Tarafından Bildirilmesi Yükümlülüğüne Aykırılık (TBK m. 136/3)

Borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık halinde, durumun alacaklıya borçlu tarafından bildirilmesi yükümlülüğü TBK m. 136/3'te şöyle düzenlenmiştir: " *Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.* "

Bu yükümlülük doktrinde savunulduğu üzere sadece bu durumlar için değil, bütün hükümsüz ya da ifa engelleri için geçerlidir³⁷⁰. Hükümde özellikle borçlunun kendisinin sebep olmadığı imkansızlık sonrasında alacaklının malvarlığını koruma ve özellikle maddi kaybın artmasını önleme yükümlülüğü düzenlenmiştir³⁷¹.

³⁶⁷ Koller, pVV, s. 1499.

³⁶⁸ Antalya, III, s. 402.

³⁶⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, s.402.

³⁷⁰ Serozan, İfa, § 15, N. 17; Dural, İmkansızlık, s. 131.

³⁷¹ Serozan, Malumu İlam, s. 1043.

Burada, aslında bütün ifa engelli açısından geçerli olan bir yükümlülüğün borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık ekseninde düzenlenişi söz konusudur³⁷². Gerçekten de tarafların koruma yükümlülüğünün ifa engelleri durumunda da devam edeceği şüphesizdir. Hatta özellikle böyle durumda zararın artmasını önleme ve alacaklının malvarlığını koruma yükümlülüğünden söz edilebilir.

Bu durumda *Serozan*'a göre koruma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan bir tazminat söz konusu olup;³⁷³ bu, sözleşmesel bir sorumluluktur. Bu hükümde “edimin imkansızlaştığını alacaklıya bildirme” yükümlülüğünün ihlal edilmesinden dolayı tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Başka deyişle burada “yapması gerekeni yapmamasından” dolayı bir edim yükümlülüğünün ihlali söz konusudur³⁷⁴. O halde koruma yükümlülüklerinin ihlalinin özel bir türü olarak burada bir akdin müsbet ihlali çeşidinin bulunduğundan söz edilebilir.

B. Kusur

Akdin müsbet ihlalinden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için, yukarıda detaylı olarak açıklanmış olan fiillerin borçlunun kusuru ile işlenmiş olması gerekir³⁷⁵. Bu kusur kast ya da ihmal şeklinde gerçekleşebilir.

Kast, kişinin bilerek ve isteyerek bir fiili işlemesidir. Kişi bu fiili işlerken sonuçlarını öngörmekte ve bunları istemektedir. Kişinin kastının derecesi farklılaşabileceği gibi, olası kast şeklinde de gerçekleştirilmiş olabilir. İhmal ise, kişinin göstermesi gereken yeterli özeni göstermemesini ifade eder. TBK m. 114 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen sözleşmesel sorumluluğa da uygulanacaktır.

Kusurun türünün tespitinde önem taşıdığını düşündüğümüz bir diğer husus da, kusurun derecesinin tespiti anıdır. Kişinin ihlale kasten başlayıp daha sonra bundan vazgeçip zararın doğmasını istememesine karşın bu zarar ihmalen ortaya çıkmış olabilir. Ya da tersi bir örnekle, kişi ihmalen bir zarar doğurucu fiile başlamış, daha sonra bunu fark etmesine rağmen bu fiilinde devam etmiş olabilir. Böyle bir durumda da kişinin kusurunun kast mı yoksa ihmal olarak mı değerlendirileceğinin tespiti önem taşır. Burada üç şekilde düşünülebilir. Bir yaklaşıma göre, kişinin fiile

³⁷² **Serozan**, Malumu İlam, s. 1044; **Dural**, İmkansızlık, s. 113. Dural, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşüne, bu ihbar borcunun dürüstlük kuralından kaynaklandığından hareketle varmaktadır.

³⁷³ **Serozan**, Malumu İlam, s. 1043.

³⁷⁴ **Kılıçoğlu**, s. 7.

³⁷⁵ **İnal**, s. 256.

başladığı andaki kusuru önem taşır. Bir diğer görüşe göre, kişinin netice gerçekleştiği andaki kusuru önem arz eder. Bir diğer görüşe göre ise, kişinin kusurlarının nispeti oranında ortaya çıkan zarar ayrı ayrı takdir edilir. Bu tercih, borçlunun sorumluluğu çerçevesinde doğacak olan tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşıyacaktır.

TBK m. 112'ye göre borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Başka deyişle, borçlunun kusursuzluğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu ispat, borçlunun ayırt etme gücünün bulunmamasını ispat, borcun varlığını bilmediğinin ve bilemeyebileceğinin doğal olduğunu ispat, ifanın mücbir sebep ya da fevkalade hal veya alacaklı yüzünden gerçekleşemediğini ispat, borçlunun gereken bütün özeni gösterdiğini ispat şeklinde yapılabilir.

C. Zarar

Zarar, borçlunun malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan azalmadır³⁷⁶. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranıştan sorumlu tutulabilmesi için bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Bu zarar; fiilin işlenmesi anında ortaya çıkabileceği gibi, fiil işlendikten belirli bir süre sonra da ortaya çıkabilir. Zararın ortaya çıktığı anın tespiti önem taşır. Bu andan itibaren ki zararın hesaplanmasına başlanılacaktır. Zararın ortaya çıktığının anlaşılamadığı anlar da söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde zarar doğmuş olsa da mağdur bunu geç fark etmektedir. Böyle bir durumda zararın anlaşıldığı andan itibaren mi, yoksa doğduğu andan itibaren mi hesaplanacağı tartışılabilir. Kanımca burada zararın doğduğu anın esas alınması gerekir. Bir başka ihtimalde de zarar doğuran fiil gerçekleşmiş olmasına karşın zararın ortaya çıkması zaman alabilir. Bu gibi hallerde de zararı doğuran fiilin gerçekleştiği andan değil, zararın doğduğu andan itibaren hesap yapılması yerinde olacaktır.

Zarar doktrinde çeşitli sınıflara ayrılmıştır. Biz burada bunlara kısaca değinmek istiyoruz.

1. Maddi-Manevi Zarar

Maddi zarar, mağdurun malvarlığında kişinin iradesi dışındaki eksilmedir³⁷⁷. Bu eksilme gerçek zarar şeklinde olabileceği gibi, yoksun kalınan kâr olarak da olabilir. Gerçek zarar, malvarlığında gerçekleşen azalmadır. Bu azalmanın gerçekleşmesi

³⁷⁶ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24 N. 1209.

³⁷⁷ Oğuzman/Öz, I, s. 395.

anından itibaren zarar ortaya çıkmıştır. Bunun yanında maddi zarar yoksun kalınan kâr şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu ise, malvarlığında beklenen bir artışın gerçekleşemeyeceğinin kesinleşmesidir.

Akdin müsbet ihlali halinde, yoksun kalınan kârın ortaya çıkması kanımızca çok güçtür. Zira yan yükümlülük ihlallerinde kârdan yoksunluktan önce fiili zarar ile karşılaşılacaktır. Buna karşın öncelenmiş borca aykırılık olarak ifa edilen fiillerde yoksun kalınan kârın ortaya çıkması mümkündür.

Manevi zarar; kişinin uğradığı zararın malvarlığında değil de, iç dünyasında ya da manevi duygularında gerçekleşmesidir³⁷⁸. Doktrinde kabul edilen tanıma göre manevi zarar, kişinin uğradığı elem, keder ve üzüntüdür. Manevi tazminat da bu zararın giderilmesi amacını güder.

Sözleşmesel sorumluluğun manevi zararın tazmini şeklinde gerçekleşmesi son derece istisnai hallerde mümkündür. Bazen öyle haller olabilir ki, kişinin sözleşmeden kaynaklanan borcuna aykırı davranışı sonucunda alacaklı ruhsal bir üzüntü içine düşebilir. Bu ruhsal çöküntünün basit bir can sıkıntısını aşması gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁹. Bu gibi hallerde manevi zararın tazmini söz konusu olabilecektir.

Manevi zararın tazmininin akdin müsbet ihlali çerçevesinde gerçekleşmesi mümkündür. Yan yükümlülüklerin ihlali sonucunda kişinin uğradığı maddi zararın manevi bir boyutu da içermesi halinde, bu gibi bir durumla karşılaşılabilir. Örneğin kişinin aile yadigarı biblolarının, başka bir işin yapılması sırasında, koruma yükümlülüklerine aykırılık teşkil edecek şekilde kırılması halinde akdin müsbet ihlaline göre sorumluluk söz konusu olacaktır.

Kötü ifa halinde de manevi zarar doğabilir. Kişinin uzun süredir beklediği bir eşyanın gerektiği gibi teslim edilmemesi halinde ortaya çıkan maddi zarar, manevi zararı da bir yönüyle içerebilir. Öncelenmiş borca aykırılık halinde ise, manevi zararın doğması çok istisnaen söz konusu olabilir.

Akdin müsbet ihlali teşkil eden fiillerin nitelikleri gereği, manevi zararın maddi zarar doğmaksızın ortaya çıkması çok zordur. Zira genellikle sözleşmesel sorumluluk içerisinde manevi zararın maddi zarar olmaksızın gerçekleşmesi zayıf ihtimaldir.

³⁷⁸ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24 N. 1215.

³⁷⁹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24 N. 1216.

Manevi zararın borçlu tarafından değil de, alacaklı tarafından gerçekleştirilen bir fiil neticesinde ortaya çıkması halinde de akdin müsbet ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışılabilir. Kanımızca böyle bir durumda güven ilişkisinin zedelenmesi nedeniyle sözleşmesel sorumluluğa gidilebilmelidir. Ancak tabii burada, TBK m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerinin ve özellikle de TBK m. 49/2 hükmü çerçevesinde ahlaka aykırı olarak bir başkasına zarar verilmesi yoluyla gerçekleştirilen haksız fiil sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi gerekir.

2. Olumlu Zarar-Olumsuz Zarar

Zararın sınıflandırılmasında esas alınan bir diğer ayrım da, olumlu zarar-olumsuz zarardır. Bu tür zararlar sadece sözleşmesel sorumlulukta söz konusu olabilmektedir.

Olumlu zarar, kişinin gerektiği gibi bir ifaya güvenmesi sonucunda uğradığı zarardır³⁸⁰. Başka deyişle, kişinin borç gerektiği gibi ifa edilseydi mal varlığının bulunacağı durum ile böyle bir ifa olmaması sonucunda malvarlığının durumu arasındaki farktır³⁸¹.

Akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerde her şeyden evvel olumlu zararın tazmini söz konusu olacaktır. Zira burada sözleşmeden kaynaklanan borcun gerektiği gibi ifa edileceğine ilişkin güven boşa çıkarılmaktadır.

Olumsuz zarar ise, kişinin sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sebebiyle uğradığı zarardır³⁸². Başka deyişle, bu tür zararlar, sözleşme geçerli olsaydı kişinin malvarlığının olacağı durum ile sözleşmenin geçersizliği sonucunda olduğu durum arasındaki farktır.

Olumsuz zarar, sözleşmenin geçersizliğine sebep olan her türlü durumda talep edilebilir ise de, sıklıkla sözleşmeden dönülmesi halinde talep edilen bir zarar çeşididir. Akdin müsbet ihlali halinde sözleşmeden dönülüp dönülemeyeceğine ilişkin aşağıda yapacağımız değerlendirmeler çerçevesinde, olumsuz zararın tazmininin ele alınması gerekmektedir.

³⁸⁰ Oğuzman/Öz, I, s. 396.

³⁸¹ Nomer, n. 185.

³⁸² Oğuzman/Öz, I, s. 396.

D. İlliyet Bağı

Zarar doğurucu fiil ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Bu illiyet bağının doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, olağan illiyet şeklinde olması gerekir. Olağan illiyet bağı, hayatın olağan akışı çerçevesinde öyle bir fiilden böyle bir zararın ortaya çıkacağının genel olarak akla yatmasını ifade eder. Zarar doğuran fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı alacaklının ispat etmesi gerekmektedir³⁸³.

IV. Akdin Müsbet İhlalinin Hükümleri

Yukarıdaki bölümde (III) akdin müsbet ihlali teşkil eden haller incelenmişti. Burada böyle fiiller sonucunda borçlunun sorumluluğu çerçevesinde ne gibi sonuçların doğacağı ele alınacaktır. Ancak borca aykırılık teşkil eden fiillerinin çok çeşitli olması sebebiyle, akdin müsbet ihlalinin hükümlerinin tek başlık altında sunulması mümkün değildir. Bu sebeple biz yaptırımları esas alan bir yaklaşımı tercih ederek, ilgili hukuki yaptırıma sebep olacak davranışlar çerçevesinde hüküm ve sonuçlarının açıklanmasını yerinde buluyoruz.

Akdin müsbet ihlali sonucunu doğuran durumlar söz konusu olduğunda öncelikle zararın tazmini borcu doğar³⁸⁴. Bu sorumluluğun yanında bazı hallerde sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin feshi mümkün olabilir. Bu gibi hallerde zamanaşımının, müteselsil sorumluluğun, sorumsuzluk anlaşmasının incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca akdin müsbet ihlali ile haksız fiilden sorumluluğun arasındaki ince ayrıntının da saptanması önem taşımaktadır.

A. Akdin Müsbet İhlalinde TBK m. 112'nin Uygulanabilirliği Sorunu

Türk Borçlar Hukukunda sözleşmesel sorumluluğun temel hükmü olan TBK m. 112'nin, akdin müsbet ihlali hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. *Serozan*'a göre bu durumda TBK m.112 uygulanmamalıdır³⁸⁵. Zira yazara göre, TBK m. 112 hükmü ancak ve ancak geçerli sözleşmelerin ifa edilmemesinde uygulama alanı bulabileceğinden ve bu düzenleme geçersiz sözleşmelerde de akdin müsbet ihlali olabilme durumunu kucaklamadığı için, hükmün akdin müsbet ihlali hallerinin tamamını her şekilde kapsayan bir hüküm olduğunu savunmak güçtür³⁸⁶. Yazar TMK

³⁸³ *Oğuzman/Öz*, I, s. 393.

³⁸⁴ *Oğuzman/Öz*, I, s. 386.

³⁸⁵ *Serozan*, İfa, § 18 N. 6; *Serozan*, MHAD-1990, s. 36; *Serozan*, Haksız Fiil, s. 721.

³⁸⁶ *Serozan*, Dönme, s. 283 dn. 112.

m. 2, TBK m. 112 ve TBK m. 117'nin, kötü ifa ve ayıplı ifaya ilişkin bütün özel hükümlerle birlikte kıyasen uygulanmasını savunmaktadır.

Eren'e göre, akdin müsbet ihlali halinde doğan zararın tazmini, borçlunun kusurlu imkansızlığı hükümlerine kıyasen yapılacaktır³⁸⁷.

Buna karşın doktrindeki baskın görüş, TBK m. 112'nin imkansızlık hallerinin yanında akdin müsbet ihlaline de uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁸⁸. *Antalya* ise, borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) hallerinde TBK m. 112'nin doğrudan, diğer yükümlülük ihlallerinde ise kıyasen uygulanacağını savunmaktadır³⁸⁹. Kanımızca da TBK m. 112'nin akdin müsbet ihlaliinde uygulanması gerekir. Ancak *Serozan*'ın görüşü burada kısmen desteklenmeli, özellikle MK m.2'nin uygulanması noktasında bu görüşten istifade edilmelidir.

İsviçre hukukunda *Koller* de, OR art. 97/1'in değil de sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen akdin müsbet ihlali hallerine uygulanacağını savunmaktadır³⁹⁰. Yazara göre OR 97/1 hükmü imkansızlık için öngörölmüş bir hükümdür; akdin müsbet ihlali hallerine ancak kıyasen uygulanabilir³⁹¹. Zira yazara göre OR 97/1 hükmü sadece ifa menfaatini kapsamaktadır. Başka deyişle, korunma menfaatinin ihlali şeklinde ortaya çıkacak akdin müsbet ihlali hallerini bu hüküm çerçevesinde doğrudan ele almak mümkün değildir³⁹². Yazara göre, kanunda doğrudan uygulanacak hüküm bulunmadığından bir boşluk vardır, bu boşluk da OR 97, 101 ve 127 hükümleriyle yapılacak toplu kıyasla doldurulmalıdır³⁹³. Yine İsviçre hukukunda OR m. 97 hükmünün davranış yükümlölüklerinin ihlaliinde uygulanacağı da savunulmaktadır³⁹⁴.

B. Aynen İfanın Talep Edilebilmesine İlişkin Tartışmalar

1. Aynen İfa Talebinin Tanımı

Aynen ifa talebi, borcun imkansızlaşmadığı durumlarda alacaklının borçludan bir talebidir. Kural olarak yapma, verme ve yapmama borçlarında alacaklının bu talepte

³⁸⁷ *Eren*, Genel, s. 1071.

³⁸⁸ *Aral*, s. 99; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 975; *Antalya*, III, s. 217.

³⁸⁹ *Antalya*, III, s. 389.

³⁹⁰ *Koller*, pVV, s. 1483.

³⁹¹ *Koller*, pVV, s. 1486.

³⁹² *Koller*, pVV, s. 1487.

³⁹³ *Koller*, pVV, s. 1491.

³⁹⁴ *KUKO OR-Thier*, Art. 97 N. 1; *CR CO I/Thévenoz*, N. 19; *Berger*, §26 N. 1751. İsviçre Federal Mahkemesi de benzeri görüşte olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır: BGE 53 II 233.

bulunma imkanı vardır³⁹⁵. Aynen ifa talebi, alacaklının sahip olduğu alacak hakkının doğal bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir³⁹⁶.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerden asli ve yan edim yükümlülüklerinin aynen ifasının talep edilmesi mümkündür. Asli edim yükümlülüğü sözleşmeden doğan asıl borcu işaret ettiğinden, bu borç imkansızlaşmadıkça aynen ifası talep edilebilecektir³⁹⁷. Doktrinde yan edim yükümlülüklerinin de asli edim yükümlülüklerinden ayrı olarak ifalarının talep edilebileceği kabul edilmektedir³⁹⁸.

2. Akdin Müsbet İhlali ve Aynen İfa Talebi

Yan yükümlülüklerin ihlali şeklinde gerçekleşen ihlallerde aynen ifanın talep edilmesi mümkün olmayacaktır³⁹⁹. Zira bu tür yükümlülüklerin tek başlarına ifalarının talep edilmesi mümkün değildir⁴⁰⁰. Başka deyişle, yan yükümlülüklerin ihlali halinde aynen ifa ancak edim yükümlülüğü ile birlikte talep edilebilmektedir⁴⁰¹. Akdin müsbet ihlalinden sorumluluğun en önemli kısmını oluşturan yan yükümlülükler aykırılık halinde, o yan yükümlülüğün aynen ifası yerine, alacaklının uğradığı zararın tazminini talep etmesi söz konusu olacaktır⁴⁰². Yan yükümlülükler yan edim yükümlülüğü katına çıkarılmadıkça aynen ifalarının talep edilemeyeceği savunulmaktadır⁴⁰³.

Doktrinde *İnal* tarafından savunulan bir görüşe göre ise, yan borçların ifa edilmemesi sonucunda aynen ifanın talep edilmesi mümkün olabilir. Şayet ifa edilmemiş olan yan borç, daha sonra ifa edilebilir nitelikte ise, bunların aynen ifasının talep edilmesi mümkün olacaktır⁴⁰⁴. Yazar *Serozan*'a da atıf yaparak⁴⁰⁵ şu örneği vermektedir: Soyağacının belirli bir niteliği haiz olması şartıyla yapılan bir hayvan satışında, soyağacını gösterir belgeler teslim edilmediyse, bunların sonradan teslim edilmesi mümkün olmalıdır.

³⁹⁵ **Hatemi/Gökyayla**, § 26, N. 52; **Baçoğlu**, Aynen İfa, s. 73 vd.

³⁹⁶ **Arsebük**, s. 788.

³⁹⁷ **Eren**, Genel, s. 32.

³⁹⁸ **Eren**, Genel, s. 33.

³⁹⁹ **Oğuzman/Öz**, I, s. 386; **Kocayusufpaşaoğlu**, BG, § 2, N. 15; **İnal**, s. 312; **Kılıçoğlu**, s. 43; **Aydınlı**, s. 23; **Antalya**, III, s. 394; **Baçoğlu**, Aynen İfa, s. 152; **MünchenerKO-Kramer**, § 241, N. 17.

⁴⁰⁰ **Karabağ Bulut**, s. 65; **Schwenzer**, N. 68.05.

⁴⁰¹ **İnan/Yücel**, s. 83; **Baçoğlu**, Aynen İfa, s. 153.

⁴⁰² **İnal**, s. 279.

⁴⁰³ **Serozan**, MHAD-1968, s. 117.

⁴⁰⁴ **İnal**, s. 253.

⁴⁰⁵ **Serozan**, Dönme, s. 302.

Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de aynen ifa talep edilemeyecektir⁴⁰⁶. Nitekim koruma yükümlülükleri de koruma menfaatini gerçekleştirme amacını güttüklerinden, tehlikenin mevcut olabileceği durumlarda gerçekleştirilmedikçe ihlal edilecek yükümlülüklerdir ve bu sebeple de sonradan aynen ifalarının talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin aynen ifalarının talep edilmesi mümkün olabilir⁴⁰⁷. Bunlar, yan edim yükümlülükleri olarak da görülebilirler⁴⁰⁸. Örneğin satılan çamaşır makinesinin kullanım kılavuzunun verilmediği durumlarda, bunun verilmesinin talep edilmesi mümkündür.

Kötü ifa halinde satım, eser ve kira sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde aynen ifanın talep edilmesi mümkündür. Bu durum, elbette yapılan kötü ifanın aynen ifayı engellemediği durumlarda söz konusu olacaktır⁴⁰⁹.

C. Zararın Tazmini (Tazminat Talebi)

Akdin müsbet ihlali teşkil eden bütün durumlarda, zarar gören tarafın zararının tazminini talep etme imkanı vardır⁴¹⁰. Yukarıda da ele alındığı gibi, TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edilmesi mümkündür. Tazmin edilecek zarar olumlu zarardır⁴¹¹.

Akdin müsbet ihlalinden doğan zararlar, temerrüt ve imkansızlıktan farklı olarak, asli edim yükümlülüğünün yerini almazlar. Onlar, sadece ortaya çıkan zararın giderilmesi rolünü üstlenirler.

1. Maddi Tazminat Talebi

Maddi tazminat talebi, fiil sonucunda ortaya çıkan zararın miktarını aşamaz. Bu üst sınırın tespiti zararın tespiti meselesidir. Zararın tespit edilmesinden sonra ise hâkim tazminat miktarına hükmedecektir. Bu miktarı hâkim kusurun derecesini göz önüne alarak belirleyecektir. Uğradığı zararı ispatlayacak olan alacaklıdır. Ancak unutulmamalıdır ki, alacaklı yüzünden borcun imkansızlaşması gibi çeşitli

⁴⁰⁶ Eren, Genel, s. 41.

⁴⁰⁷ Schwenger, N. 68.05.

⁴⁰⁸ Serozan, Dönme, s. 283.

⁴⁰⁹ Schwenger, N. 68.01 vd.

⁴¹⁰ Wiegand s. 552; Seiler, s. 16; Berger §26 N. 1751; Başoğlu, Aynen İfa, s. 153; MünchenerKO-Kramer, § 241, N. 17.

⁴¹¹ Schwenger, N. 68.06.

durumlarda zarar gören taraf borçlu olabileceği için, bu gibi hallerde zararın miktarını borçlunun isptalaması gerekecektir.

2. Manevi Tazminat Talebi

Akdin müsbet ihlali sonucunu oluşturan fiilin manevi zarar ortaya çıkarması halinde, manevi tazminat talebi gündeme gelecektir. Bu türden bir zararın istisnai hallerde ortaya çıkacak olması karşısında, manevi tazminat talebi de istisnai durumlarda söz konusu olabilir.

Bu tazminat talebinde zarar ve tazminat miktarının tespiti son derece güçtür. Bu nedenle somut olay çerçevesinde hakimin vicdanî kanaatiyle uygun bir tazminata hükmetmesi gerekir.

Manevi zararın maddi zarar ile birlikte ortaya çıkması halinde ise, bu iki tazminat talebi birlikte ileri sürülebilecektir. Böyle bir durumda hâkimin maddi ve manevi tazminata ayrı ayrı hükmetmesi gerekmektedir.

D. Sözleşmeden Dönme ve Buna İlişkin Tartışmalar

Sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran hakların bir çeşididir⁴¹². Bozucu yenilik doğuran haklar, etkilerini doğurdukları hukuki ilişkiyi sona erdiren haklardır⁴¹³. Bunlara örnek olarak irade sakatlıkları halinde sözleşmeyi iptal hakkı gösterilebilir. Ne var ki bu hak ile sözleşmeden dönme hakkı arasında önemli bir fark vardır. İptal hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin bünyesinde bir geçersizlik sebebi yer almakta iken, sözleşmeden dönme hakkında bir geçersizlik sebebi bulunmamaktadır⁴¹⁴. Bu tür haklar, tıpkı diğer yenilik doğuran haklar gibi, kullanılmakla sona ererler ve sonuçları doğduktan sonra geri alınması mümkün değildir.

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kullanılmakla henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirmektedir⁴¹⁵. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilenip etkilenmeyeceği ise tartışmalıdır.

⁴¹² Sözleşmeden dönmenin niteliğine ilişkin diğer görüşler ve tartışmalar için bkz. **Buz**, Dönme, s.71 vd.

⁴¹³ **Buz**, YDH, s. 193.

⁴¹⁴ **Hatemi/Gökyayla**, § 26, N. 88.

⁴¹⁵ **Buz**, YDH, s. 302; **Buz**, Dönme, s. 65.

Sözleşmeden dönme hakkı kanundan kaynaklanabileceği gibi, iradi olarak taraflarca da kararlaştırılabilir⁴¹⁶. Nitekim bu hak TBK’da genel hükümler arasında çeşitli ihtimaller için düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak TBK m. 98’de düzenlenmiş olan ifa güçsüzlüğü halinde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı ile TBK m. 110 ve 111’de düzenlenen alacaklının temerrüdü halinde borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkı gösterilebilir. Ancak şüphesiz en önemlisi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınmış bir seçimlik hak olan TBK m. 125’te düzenlenmiş sözleşmeden dönmedir.

Bu durumda taraflar hak sahibi olan tarafın hangi hallerde sözleşmeden dönebileceğini ve bunun hükümlerini kararlaştırabilirler. Taraflar sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için bir hak düşürücü süre de öngörebilirler.

Akdin müsbet ihlali teşkil eden bir durumda, alacaklının sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı tartışmalı bir husustur.

Serozan sözleşmeden dönülebileceğini savunmaktadır⁴¹⁷. Yazar, TBK m. 112’nin mutlak uygulanacak hüküm olmadığı düşüncesindedir. Ona göre kanun koyucunun kusursuz da olsa ayıplı ifa halinde alacaklıya dönme imkanı tanımış olması karşısında, kıyas yoluyla aynı imkanın kusurlu olarak yan (edim) yükümlülükleri ihlali halinde alacaklıya da tanınması gerekmektedir⁴¹⁸. Yazarın bir başka gerekçesi de, TBK m. 112’nin imkansızlık ile gereği gibi ifa edilmemeyi yan yana getirmesi sebebiyle, imkansızlık hallerinde alacaklıya tanınmış olan dönme hakkının akdin müsbet ihlali hallerinde de tanınabilmesinin mümkün olmasıdır⁴¹⁹. Yazarın bir diğer ve kanımızca en dikkat çekici gerekçesi de, dar anlamda ifa engellerinin temellerinin güven ihlali olmasından hareketle; böyle bir ihlalin sözleşmeyle bağlı kalmayı taraflar için çekilmez hale getirmesi durumunda, alacaklının sözleşmeden dönme hakkının olduğudur⁴²⁰. Yazar, özünde akdin müsbet ihlali halinde sözleşmeden dönülebilmesi için bu ihlalin kusura dayalı olması gerektiğini; hatta bu kusurun da derecesinin, karşı tarafın sözleşme ile bağlı kalmayı çekilemez bulması noktasında olması gerektiğini savunmaktadır⁴²¹. Başka deyişle, yan (edim) yükümlülüğüne aykırılığın sözleşmeden beklenen amaca hanel getirir boyutta olduğu durumlarda

⁴¹⁶ **Buz**, Dönme, s. 77

⁴¹⁷ **Serozan**, İfa, § 18 N. 7; **Serozan**, Geri Verme, s. 198.

⁴¹⁸ **Serozan**, Dönme, s. 285.

⁴¹⁹ **Serozan**, Dönme, s. 285.

⁴²⁰ **Serozan**, Dönme, s. 286.

⁴²¹ **Serozan**, Dönme, s. 286.

alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunmalıdır⁴²². Yazara göre burada, borçlunun alacaklısına karşı “karşılıklı çıkarları ve güven bağlarını gözetme” yükümlülüğü borçlu temerrüdü hükümlerine kıyasen, aykırılığı düzeltmesi için bir süre vermesi gerekmektedir⁴²³. Yazara göre öncelenmiş borca aykırılık halinde de, sözleşmeden dönme mümkündür⁴²⁴.

Hatemi/Gökyayla’ya göre, kötü ifa hallerinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması yerinde olacaktır⁴²⁵. Ancak yazarlara göre bu hak, ancak alacaklının akde bağlı kalmasının beklenemez olduğu kötü ifa hallerinde kullanılabilir. Yazarlar borçlunun temerrüdündeki sözleşmeden dönme hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını savunmaktadırlar⁴²⁶.

Antalya’ya göre sözleşmenin nitelikli ihlali halinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır⁴²⁷. Yazara göre nitelikli ihlal, alacaklıdan artık sözleşme ilişkisine devam etmesinin beklenemeyeceği ve özellikle de taraflar arasındaki güvenin iyice zedelendiği durumlarda söz konusu olmaktadır.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop’a göre ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının TBK m. 123-126’den doğan haklarını akdin müsbet ihlali halinde de kıyasen kullanabilmesi gerekmektedir⁴²⁸.

Schwenzer, İsviçre hukuku çerçevesinde konuyu tartışmıştır. Yazara göre borca aykırı davranışın aynı zamanda dönme hakkı da veren bir özel borca aykırılık da teşkil etmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı doğrudan o hükümden doğacaktır⁴²⁹. Örnek olarak yazar, satım sözleşmesinde ayıp ve eser sözleşmesinde ayıbı göstermektedir. Bunun yanında yazara göre herhangi bir özel borca aykırılık teşkil etmeyen hallerde ise, OR m. 97/1 (TBK m. 112)’in yanında, OR m. 107/2 (TBK m. 125)’e kıyasen sözleşmeden dönme hakkının alacaklıya tanınması gerekmektedir⁴³⁰. Ancak yazar, bu hakkın tanınmasını sadece esaslı sözleşme

⁴²² **Serozan**, Dönme, s. 287.

⁴²³ Yazar, süre verilmesinin gerekmediği hallerle ilişkin TBK m. 124 hükmünün de bu duruma kıyasen uygulanabileceği kanısındadır. Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 287.

⁴²⁴ **Serozan**, Dönme, s. 339.

⁴²⁵ **Hatemi/Gökyayla**, § 26, N. 51.

⁴²⁶ **Hatemi/Gökyayla**, § 26, N. 38.

⁴²⁷ **Antalya**, III, s. 404.

⁴²⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 975. Ancak yazarlar, zapt gibi kanunda özel hüküm bulunan çeşitli ihtimallerde genel hükümlerin kıyasen değil, münhasıran özel hükümlerin uygulanmasını savunmaktadırlar.

⁴²⁹ **Schwenzer**, N. 68.09.

⁴³⁰ **Schwenzer**, N. 68.10.

ihlalleri açısından savunmaktadır. Yine yazara göre böyle bir durumda olumsuz zararın tazmini de talep edilebilecektir.

Berger ise; gereği gibi yapılmayan ifa hallerinde, OR 97/1 hükmünce tazminat talep edilmesi yerine borçlu temerrüdüne ilişkin OR 107/2 ve 109 hükümlerine kıyasen sözleşmeden dönmenin mümkün olacağını savunmaktadır⁴³¹.

Furrer/Müller-Chen'e göre de, gereği gibi ifa etmeme halinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının, OR 107/2'ye kıyasen tanınması gerekmektedir⁴³². Yazarlar böylece alacaklının, OR 97/1'de olmayan olumsuz zararının tazmini imkanına da kavuşacağını savunmaktadırlar.

Buna karşı çıkan görüş ise, TBK m. 112 hükmü karşısında sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağını savunmaktadır⁴³³. Bu görüş taraftarlarına göre başta kötü ifa olmak üzere, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri için pozitif bir sözleşmeden dönme düzenlenmesi olmadığı için tarafların kanuni sözleşmeden dönme haklarından söz edilemeyecektir. İlk görüşün borçlu temerrüdü ya da ayıba karşı tekeffüldeki sözleşmeden dönme hakkını, bu hallere de teşmil eden yaklaşımı karşısında bu görüş yanlıları kanunun bu hakkı sadece ilgili haller için öngördüğünden yola çıkarak eleştirmektedir. *Buz*'a göre de yan yükümlülüklerin ihlali ile yan edim yükümlülüklerinin ihlali sözleşmeden dönülmesi mümkün değildir⁴³⁴.

Gerçekten akdin müsbet ihlali hallerinin tamamı için sözleşmeden dönme hakkının olduğuna ilişkin bir kanun hükmü yoktur. Bu pozitif dayanak yoksunluğu karşısında sözleşmeden dönmeyi doğrudan tanıma imkânı söz konusu olmamalıdır.

E. Zamanaşımı

Akdin müsbet ihlalinden doğan sorumlulukta zamanaşımının hangi hükümlere göre belirleneceği ve en önemlisi de ne zamandan itibaren başlayacağı önem taşımaktadır. Bu başlıkta genel olarak bu iki sorun üzerinde durulacaktır.

TBK m. 130'daki genel düzenlemeye göre, sözleşmeden kaynaklanan alacaklarda zamanaşımı 10 yıldır. Bu genel hüküm, akdin müsbet ihlalinden kaynaklanan

⁴³¹ *Berger*, §26 N. 756.

⁴³² *Furrer/Müller-Chen*, s. 523.

⁴³³ *Oğuzman/Öz*, I, s.453.

⁴³⁴ *Buz*, Dönme, s. 115.

sorumlulukta da uygulanacak ve zamanaşımı, hukuka aykırı fiilden itibaren 10 yıl olarak hesaplanacaktır.

Akdin müsbet ihlaline hangi hüküm uygulanıyor ise, o hükmün tabi olduğu zamanaşımına göre belirlenmesi gerekir. TBK 112'ye ilişkin çözümün burada önem taşıyacaktır.

Koller'e göre, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmesel zamanaşımının uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple burada haksız fiil zamanaşımı kuralı olan OR 60'ın uygulanması gerekmektedir⁴³⁵. Yazara göre koruma yükümlülüklerinin ihlali haksız fiil de teşkil ettiğinden, OR 60 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Eğer sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olursa, hüküm doğrudan; eğer sözleşmesel sorumluluk olursa hüküm kıyasen uygulanmalıdır.

Buradaki temel sorun, aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilecek olan ihlal hallerinde nasıl bir sonuca gidileceğidir. Bize göre; hangi sorumluluk hükmüne dayanarak karşı tarafın sorumluluğuna gidiliyorsa, o sorumluluk çeşidine ilişkin zamanaşımının esas alınması yerinde olacaktır.

Akdin müsbet ihlali halinde doğan tazminat borcunun zamanaşımının başlangıcı; hem uygulama, hem de teori açısından önem taşıyan bir sorundur⁴³⁶. Bu sorunun çözümünde esas alınacak iki anın, tazminat borcunun doğum anı ile onun talep edilebilir olduğu ilk an olduğu savunulmaktadır⁴³⁷.

Zamanaşımının başlangıç anı, TBK m. 141/1'de alacağın muaccel olacağı an olarak düzenlenmiştir. Benzeri bir hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nun 130.maddesinde de mevcuttur. O halde bir alacağın muacceliyet tarihi, o alacağın zamanaşımının başlangıç tarihidir. Ancak, burada kast edilen edim yükümlülükleri açısından söz konusu olmaktadır. Başka deyişle, doğumu ve muacceliyet anını belirtmenin zor olduğu koruma yükümlülükleri gibi çeşitli yan yükümlülüklerde zamanaşımının ne zamandan itibaren başlayacağı sorununa ilişkin çeşitli yaklaşımlar tespit edilmiştir.

⁴³⁵ **Koller**, pVV, s. 1496.

⁴³⁶ Akdin müsbet ihlali dışındaki sebeplerle doğan, edim yükümlülüklerine aykırılıktan kaynaklanan diğer tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımının ne olacağı ise, Doktrinde tartışmalıdır. Tazminatın asıl borcun yerini alan yeni bir borç olduğunu savunan yazarlara göre, asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi tazminat borcu için de, imkansızlık ya da borçlu temerrüdü fark etmeksizin, asıl borcun muacceliyet anında başlar. Bkz. **Eren**, s. 1285; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 854 dn. 1. Buna karşın, imkansızlığın borcu sona erdirdiğini savunan azınlık görüşüne göre, zamanaşımı borcun imkansızlaştığı, genel olarak da borca aykırılığın gerçekleştiği andan itibaren başlayacaktır. **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 445 ve özellikle dn. 281.

⁴³⁷ **Seiler**, s. 29.

İsviçre doktrinde savunulan bir yaklaşıma göre, başta yan yükümlülük ihlalleri olmak üzere akdin müsbet ihlali teşkil eden durumlarda zamanaşımı, sözleşmenin ihlali anından itibaren başlayacaktır⁴³⁸. Doktrindeki bir diğer yaklaşıma göre ise, zamanaşımının ihlal eden fiil anından başlaması kanundaki boşluğun doldurulmasının sonucudur⁴³⁹. Bu yaklaşım, özellikle kötü ifa hallerinde zamanaşımını, TBK m. 72/1, c.1'deki haksız fiil zamanaşımına yaklaştırmaktadır. Burada kast edilen ihlal anı, sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran fiilin gerçekleşme anıdır. Bu andan itibaren on yıllık süre başlayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesinin, özellikle yan yükümlülüklerin ihlali halinde zamanaşımının ihlal fiili anından başlayacağına hükmettiği çeşitli içtihatları da mevcuttur⁴⁴⁰.

Doktrinde fiilin gerçekleştirilme anını değil de, zararın doğum anının esas alınması gerektiği de savunulmuştur⁴⁴¹. Burada zarar anı ile anlaşılması gereken zaman, malvarlığında azalmanın meydana gelmesi anıdır⁴⁴². İsviçre Federal Mahkemesi'nin zararın doğum anından itibaren zamanaşımının başlayacağına hükmettiği kararı da mevcuttur⁴⁴³.

Zamanaşımının kanunda belirtildiği üzere, alacağın muacceliyet anından itibaren başlayacağı düşünüldüğünde, zararın tazminine ilişkin alacağın ne zaman muaccel olacağı sorunu ile karşılaşılır⁴⁴⁴. Soruna muacceliyet anı açısından yaklaşımadan önce, tazminat alacağının doğum anının tespit edilmesi gerekmektedir. Tazminat borcunun doğum anının hangi an olduğuna ilişkin olarak biz zararın doğduğu ilk anın esas alınması gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin maddi zarar ise, malvarlığındaki ilk eksilenin, yoksun kalınan kârda ise gelire ulaşamayacağının kesinleştiği ilk anın tazminat borcunun doğum anı olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

⁴³⁸ **Berti**, s. 20 dn. 10'daki yazarlar; **Seiler**, s. 37 dn. 166'daki yazarlar; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 445, dn. 281; **Schwenzer**, N. 84.14.

⁴³⁹ **Seiler**, s. 37 dn. 167'deki yazarlar.

⁴⁴⁰ BGE 87 II 155, BGE 100 II 339, BGE 106 II 134, BGE 130 II 16.

⁴⁴¹ **CR CO I, Pichonnaz**, N. 5c. **Seiler**, s. 38 dn. 168'deki yazarlar; **Eren**, Genel, s. 1286; Aral, s. 200.

⁴⁴² Zararın malvarlığındaki azalma şeklinde olması mümkün olduğu gibi, kârdan yoksun kalınması şeklinde olması da mümkündür.

⁴⁴³ BGE 130 III 591; BGE II 597. "Kötü ifadan kaynaklanan sözleşmesel tazminat talebi, borcun kötü ifası anından itibaren değil, zararın gerçekleştiği andan itibaren doğar. Alacağın muacceliyet anı da bu andır." Bkz. **Berti**, s. 20; Aral, s. 198.

⁴⁴⁴ Borçlu temerrüdü ya da sonraki imkansızlık hallerinde doğan tazminat talebinin zamanaşımı buradakinden farklıdır. O hallerde tazminat borcu asıl borcun yerini aldığından, zamanaşımı da asıl borcun muacceliyet anından itibaren başlayacaktır. Bkz. **Schwenzer**, N. 84.14.

Zararın ilk ortaya çıkması ile doğan tazminat borcunun ne zaman muaccel olacağına ilişkin olarak öncelikle kanundaki düzenlenmenin incelenmesi gerekmektedir. Borçların ifa zamanı, TBK m. 90'da " taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da aksi anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun bu hükmünden anlaşıldığı üzere borç, zararın doğumu anında muaccel olmaktadır ve bu durumda da zararın ortaya çıkış anının zamanaşımının başlangıç anı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zararın tazmininin ilk olarak ileri sürülebileceği anın esas alınması gerekmektedir⁴⁴⁵.

Biz bu kanuni düzenlemenin bazı olumsuz sonuçları olabileceğini düşünüyoruz. Özellikle zararın doğumunun zamana yayıldığı durumlarda, zararın ilk doğum anını muacceliyet tarihi ve dolayısıyla zamanaşımının başlangıcı olarak kabul edersek, bu süre alacaklı lehine gereksiz yere kısalmış olacaktır. Bu sebeple fikrimizce zararın ilk doğduğu anın değil, zararın doğumunun tamamlandığı anın tazminat alacağının muaccel oluş anı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

F. Akdin Müsbet İhlalinde İspat Yükü

TBK m. 112 hükmünde açıkça borçlunun kusursuzluğunu ispatlamadığı sürece sorumlu olacağı düzenlenmiştir. O halde zarara uğrayan alacaklı taraf, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamayacak, o sadece zararı, hukuka aykırı fiili ve illiyet bağıını ispatlayacaktır. Borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması halinde borçtan kurtulması mümkün olacaktır.

G. Akdin Müsbet İhlalinden Sorumsuzluk Anlaşması

Borçlunun sorumluluğunun daraltılması amacıyla yapılan sorumsuzluk anlaşması, TBK m. 115'te şu şekilde düzenlenmiştir: "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür(f.1)."

Buna göre bu anlaşmalar, tarafların sorumluluklarının belirlenmesinde kusurun derecesine göre yapılan anlaşmalardır. Taraflar, karşı tarafın sorumluluğunu daraltmak için ağır kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma yapabilirler. İlgili fiilin sorumsuzluk anlaşmasının kapsamına bu yönüyle girip girmediğinin tespiti ise, hakim tarafından kusurun nitelendirilmesi ile yapılacaktır.

⁴⁴⁵ Seiler, s. 28 vd.

Taraflar, çeşitli hallerde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapabilirler. Bu anlaşma taraflar arasında borcun ifa edilmemesinden önce yapılmalıdır⁴⁴⁶. Aksi takdirde taraflar arasında yapılacak böyle bir anlaşma, borcun bir kısmı ya da tamamı için bir ibra anlamına gelebilir.

Sorumsuzluk anlaşmalarının akdin müsbet ihlali teşkil eden özellikle yan yükümlülük ihlalleri bakımından yapılıp yapılamayacağı incelenmelidir. Bu tür yükümlülüklerin ihlalleri de hafif kusur ya da ağır kusur yoluyla yapılabileceğinden, kanımızca bu gibi haller için de sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.

Doktrinde *Serozan*'a göre; edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülükleri de, edim yükümlülüklerini kapsayacak şekilde yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını kapsamaktadır⁴⁴⁷.

Buna karşın, öncelenmiş borca aykırılık sebebiyle ortaya çıkan sorumluluğun hafif kusurla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de bu halleri içerecek bir sorumsuzluk anlaşması, kanun hükmü sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmalarının önem taşıdığı bir diğer nokta da ayıptan sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının, genel hükümlerden kaynaklanan sorumluluğa etkisidir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre böylesi bir sorumsuzluk kaydı, alıcının bu hükme dayanarak tazminat talep etmesini engellemektedir⁴⁴⁸. *Yıldırım*'a göre böyle bir sorumsuzluk anlaşması, tazminat talebini de içeriyorsa genel hükümlere göre tazminat talebi bundan etkilenecektir⁴⁴⁹. Ancak ayıptan doğan çeşitli seçimlik haklara ilişkin sorumsuzluk anlaşması genel tazminat talebini etkilemeyecektir.

Kanımızca akdin müsbet ihlali teşkil eden yükümlülük ihlallerinden sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasında herhangi bir engel yoktur. Bunun yanında edim yükümlülüğüne ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşması, kanımızca yan yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerini kapsayacaktır.

H. Akdin Müsbet İhlalinin Haksız Fiil ile İlişkisi

Akdin müsbet ihlali teşkil eden bazı fiiller, nitelikleri gereği sözleşme ilişkisinin temel noktasına ilişkin değildir. Örneğin koruma yükümlülüklerinin ihlali şeklinde

⁴⁴⁶ *Oğuzman/Öz*, I, s. 421.

⁴⁴⁷ *Serozan*, MHAD-1968, s. 120 dn. 34.

⁴⁴⁸ BGE 107 II 161.

⁴⁴⁹ *Yıldırım*, s. 86.

gerçekleştirilen ihlallerde bu fiil, sözleşme ilişkisinin kısmen haricinde kısmen de içinde olan bir başka unsurda zarar meydana getirmektedir. Böyle bir durumda bu fiilin haksız fiil teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekir.

Ayrımın en zor olduğu nokta, hiç şüphesiz koruma yükümlülüklerinin ihlalidir⁴⁵⁰. Zira koruma yükümlülükleri, sözleşmenin asli edimlerinin ifası sırasında alacaklının mal ya da şahıs varlığının korunmasını hedef almakta ise de, haksız fiil kavramı da özünde başkasının malına/kişiliğine zarar vermeme yükümlülüğünün ihlalidir⁴⁵¹. Bu kesişim sebebiyle koruma yükümlülüklerinin ihlalinin haksız fiil teşkil edeceği durumların saptanması gerekir. Koruma yükümlülüklerine aykırılığın sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiilden sorumluluk teşkil edebildiği noktalarda, bu ikisinin ayrılmasında dikkat edilecek husus, taraflardan birisinin, diğerinin kişi ya da malvarlığını, dürüstlük kuralı ve güven ilişkisi çerçevesinde korumayı özellikle üstlenip üstlenmediğidir⁴⁵². Koruma yükümlülüklerinin ihlalinde genellikle sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu da ortaya çıkmaktadır⁴⁵³.

Koruma yükümlülüklerinin sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği tek hal, asli edim yükümlülüğü çerçevesindeki koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesidir. Asli edim yükümlülüğünün alacaklının kişisel ya da aynı alanında gerçekleştirilecek bir yükümlülük olduğu durumlarda, koruma yükümlülüklerinin ihlali sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Başka deyişle, alacaklının sözleşmenin doğrudan konusu olmayan malvarlığı değerlerine zarar verilmesinin borcun ifası sırasında gerçekleştirilmesi, koruma yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Örneğin borçlunun borcunu ifa ederken alacaklının bir malına zarar vermesi, bu ifa alacaklısının malvarlığı unsurlarının bulunduğu yerde yapıyor ise sorumluluğa yol açacaktır. Aksine bir örnek olarak da, borçlunun borcunu kendi alanında ifa edeceği (terzinin kendi terzihanesinde elbise dikmesi) durumlarda, borçlu alacaklının bir malına zarar verirse, bu sözleşmeden bağımsız bir zarar teşkil edecek ve haksız fiil hükümlerine tabi olacaktır.

⁴⁵⁰ Seiler, s. 14 vd.

⁴⁵¹ Haksız fiil sorumluluğu adeta bütün insanların kendi aralarında akdettikleri, kişi ve malvarlıklarını koruma yükümlülüğü temelli bir sözleşmenin ihlali gibidir.

⁴⁵² Serozan, MHAD-1968, s. 122.

⁴⁵³ Koller, pVV, s. 1485. Yazar örnek olarak, doktorun hastada bulunan tümörü incelerken yeterli özeni göstermemesi sonucunda hastanın göğsünün alınmasını vermektedir. Benzeri bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 64 II 254.

Kanımızca burada önemli olan bir diğer nokta da, ihlal edilen koruma yükümlülüğünün kimler tarafından yerine getirilmesinin öncelikle beklenebileceğidir. Gerçekten eğer bu koruma yükümlülüğünün ifası, öncelikle sözleşmenin diğer tarafından beklenebilecek ise bu yükümlülüğün ihlalinin bir haksız fiil değil, sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır⁴⁵⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre, akdin müsbet ihlali teşkil eden kimi durumlar birer haksız fiil olarak değerlendirilmelidir⁴⁵⁵. Zira ihlal edilen norm burada sözleşmesel norm olmanın da ötesinde bir genel davranış kuralıdır. Özellikle koruma yükümlülüklerine aykırılık hallerinde, zararın tazmini haksız fiile göre yapılmalıdır.

İsviçre hukukunda Koller'e göre; özellikle koruma yükümlülüklerinin ihlali şeklindeki akdin müsbet ihlali hallerinde, haksız fiil hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir⁴⁵⁶. Yazara göre koruma yükümlülüğünün ihlalinde korunan menfaat de ihlal edildiğinden, fiil sözleşmeye aykırılıktan daha çok haksız fiile yaklaşmaktadır⁴⁵⁷.

Doktrinde de savunulduğu üzere, akdin müsbet ihlalinin kabul edilmesi, haksız fiilden doğan sorumluluğu daraltmaktadır⁴⁵⁸. Yan yükümlülüklerin ihlalinde, bu yükümlülüğün ihlalinin başlı başına borcun ifası ile ilgili bir ihlal teşkil edip etmediğine bakılması gerekir⁴⁵⁹. Başka deyişle zarar veren fiilin sözleşmesel bir yükümlülüğe aykırılık teşkil ettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁶⁰. Bu nokta, yükümlülük ihlalinin haksız fiilden ayıracaktır.

Kanımızca bu nokta yeterli değildir. Zira öyle bazı durumlar olabilir ki, yan yükümlülük ihlali ifa ile ilgili olmasına karşın ifa, sözleşme ve bunların müdahil olması gereken alanı çok aşacak düzeyde olabilir. Böyle bir durumda sözleşmesel sorumluluğun devam edeceğinin savunulması, haksız fiilden sorumluluğun sınırlarının sözleşmesel ilişki söz konusu olduğunda ne olursa olsun yok olması anlamına gelecektir. O halde yükümlülük ihlalinin haksız fiil mi, sözleşme aykırılık mı olduğunun tespiti sırasında yapılması gereken sadece ihlalin ifa ile olan ilişkisini

⁴⁵⁴ Seiler, s. 15.

⁴⁵⁵ Wessner, s. 8.

⁴⁵⁶ Koller, pVV, s. 1483.

⁴⁵⁷ Koller, pVV, s. 1492.

⁴⁵⁸ İnal, s. 282.

⁴⁵⁹ İnal, s. 279.

⁴⁶⁰ Uygur, s. 3131.

ortaya koymak olmamalı; bunun yanında bu ihlalin menfaatler dengesi çerçevesinde ne derece yoğun ve etkili olduğunun tespiti de olmalıdır.

İ. Akdin Müsbet İhlali ve Satım Sözleşmesinde Ayıplı İfa

Satım sözleşmesinden tarafların beklediği ifa menfaati, satım konusu malın mülkiyetinin ya da hakkın tam olarak elde edilmesidir⁴⁶¹. Bu menfaatin gerçekleştirilmesinde mülkiyetinin devrinin yanında, satımı hususunda anlaşılmış olan malın eksiksiz ve gereken/beklenen nitelikleri haiz şekilde devredilmesi de önem taşır. İşte böyle yapılmamış devirlerde ayıplı mal teslim edildiği, dolayısıyla ayıplı bir ifanın söz konusu olduğu için satıcının sorumluluğu doğacaktır. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, TBK m. 219 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

Ayıptan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır⁴⁶². Doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür: garanti görüşü ve ifa görüşü. Birinci görüşe göre satılanı ayıplı teslim etmeme yükümlülüğü, satıcının ifa yükümlülüğüne dahil değildir; bu sebeple burada bir nevi garanti sorumluluğu mevcuttur. Bu görüş temellerini Roma hukukundan alan ve ayıplı ifa halinde satıcının sözleşmeye aykırı davranmadığını savunan görüştür⁴⁶³. İkinci görüşe göre ise ayıpsız teslim, ifa yükümlülüğüne dahildir; bu sebeple de ayıptan sorumluluk bir ifa engeli (sözleşmeye kusursuz aykırılık) teşkil etmektedir⁴⁶⁴. Bu görüşe göre alıcının ödemezlik def'i ve aynen ifa talebinde bulunması mümkün olmaktadır. Türk hukukunda genel olarak kabul edilen görüş, bizim de katıldığımız ikinci görüştür. Borcun ayıplı ifası, kanımızca yan edim yükümlülüğünün ihlali teşkil etmektedir.

Doktrinde yapılan tanıma göre ayıp, satılanın daha önceden bildirilmiş nitelikleri ile dürüstlük kuralına göre o şeyde bulunması beklenebilecek niteliklerin bulunmamasıdır⁴⁶⁵. Ayıp objektif olabileceği gibi, sübjektif de olabilir. Ayıp kavramı kural olarak ilgili malın niteliklerine ilişkindir. Ancak bazı durumlarda nicelik niteliği de etkiliyor olabilir. Örneğin bazı halılardaki ilmek sayısı, o halının niteliğini

⁴⁶¹ **Bilge**, s. 73.

⁴⁶² Bkz. **Eren**, Özel, s. 101.

⁴⁶³ Detaylı bilgi için bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 191.

⁴⁶⁴ **Gümü**, C.I, s. 63; **Yücer Aktürk**, s. 263; **Yıldırım**, s. 44; **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 192.

⁴⁶⁵ **Eren**, Özel, s. 102; **Bilge**, s. 73; **Aral/Ayrancı**, s. 104; **Serozan/Baysal/Sanlı**, s.195.

etkilemektedir. Bu gibi durumlarda da ayıplı ifadan söz edilebileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁶.

Satıcının ayıptan sorumluluğundan söz edebilmek için, alıcının bu ayıpları bilmiyor olması gerekir. TBK m. 222'ye göre alıcının sözleşmenin kuruluşu sırasında bildiği ya da bilebileceği ayıplardan satıcı sorumlu olmayacaktır. Yine şeyin teslimi sırasında alıcının malı seçerken göstermesinin bekleneceği olağan özen çerçevesinde fark etmesinin beklenebileceği ayıplarda da satıcı sorumlu olmayacaktır⁴⁶⁷.

Ayıbın satış konusunda, hasarın alıcıya geçişi anından önce bulunması gerekmektedir. Hasarın geçişi sözleşmenin kurulması ile, borcun ifası arasındaki süreçte ortaya çıkan (kusursuz ve sonraki) imkansızlığa katlanma riskinin sözleşmenin bir tarafından çıkıp diğerine ait olacağını gösteren zamandır⁴⁶⁸.

Ayıptan ayırt edilmesi gereken bir diğer kavram da aliuddur. Bu durumda ifa, sözleşme konusu maldan başka bir mal ile yapılmıştır⁴⁶⁹. Örneğin meyve suyu fabrikasına vişne yerine kiraz teslim edilmiştir⁴⁷⁰. Eksik ifa hallerinde de, yukarıda açıklandığı gibi, nitelik etkilenmiyorsa, ayıplı ifadan söz edilemeyecektir. Doktrinde savunulan görüşe göre, bu durumlarda ya borçlunun temerrüdünden ya da borcun gereği gibi ifa edilmemesinden söz edilmektedir⁴⁷¹. Doktrinde savunulan bir görüşe göre de aliud halinde ayıba ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁴⁷².

Aşağıda detaylı olarak ele alacağımız ayıplı ifa ile akdin müsbet ihlalinin yarışmasına ilişkin tartışmaların aliud ile ilişkisi önem taşımaktadır. Baskın görüş kabul edilir ve borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanacağından hareket edilirse, alıcının temerrüt yerine doğrudan akdin müsbet ihlali hükümlerine giderek tazminat talep etmesi mümkün olmalıdır. Ancak *Serozan/Baysal/Sanlı* tarafından savunulan ve ayıba ilişkin hükümlerin aliud ifade kıyasen uygulanacağına ilişkin görüş kabul edilirse, yazarlara göre böyle bir durumda ayıp hükümleri ile akdin

⁴⁶⁶ Eren, Özel, s. 103; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 199.

⁴⁶⁷ Eren, Özel, s. 112.

⁴⁶⁸ Altay, s. 7.

⁴⁶⁹ Aral/Ayrancı, s. 104; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 200; Acemoğlu, s.19.

⁴⁷⁰ Aliud'un tür borcu - parça borcu ayrımı çerçevesinde taşıdığı çeşitli noktalar olsa da, konumuzu dağıtmamak için biz bu tartışmaları girmeyi uygun bulmuyoruz. Detaylı bilgi için bkz. Acemoğlu, s.19 vd.

⁴⁷¹ Eren, Özel, s. 103; Antalya, III, s. 390.

⁴⁷² Serozan/Baysal/Sanlı, s. 203.

müsbet ihlali hükümlerinin yarışmasından söz edilemeyecektir. Zira burada kıyasen uygulama söz konusudur⁴⁷³.

Ayıplı ifa halinde alıcının çeşitli seçimlik hakları doğmaktadır. Ancak alıcının bu haklarını kullanabilmesi için alıcının yapması gereken muayene ve ihbar külfeti söz konusu olmaktadır. Alıcının malı aldıktan sonra onu gözden geçirmesi ve herhangi bir ayıp tesbit etmesi halinde de bunu satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Nitekim bu husus TBK m. 223'te şu şekilde düzenlenmiştir: *“Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.*

Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.”

Alıcının hükümde belirtilen muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesinden sonra TBK m. 227'de düzenlenen seçimlik hakları doğacaktır. Hükümde bu haklar şu şekilde düzenlenmiştir: *“Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

- 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*
- 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.*
- 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*
- 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.”*

Çalışmamızın ana konusunu akdin müsbet ihlali, bu bölümdeki konusunu da akdin müsbet ihlali ile ayıplı ifadan sorumluluk hükümlerinin yarışması oluşturduğundan, burada seçimlik hakların detaylı incelemesi yapılmayacak, doğrudan yarışma problemine geçilecektir.

Hangi tür yükümlülüğün ihlali olarak kabul edilmelidir?

⁴⁷³ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 202.

Ayıplı ifanın sözleşmeden kaynaklanan hangi yükümlülüğü ihlal ettiği sorunu akla gelebilir. Ayıplı ifa halinde nitelikçe uygun olmayan bir ifa söz konusu olmaktadır. Ayıplı ifade bulunmamanın ifa menfaatine dahil olduğu düşünüldüğünde, bu türden ifade bulunmama yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır⁴⁷⁴. Buna karşın, ayıplı ifanın özen yükümlülüğü ve edime sadakat yükümlülüğünü de ihlal ettiği aşıkardır.

Akdin müsbet ihlalinin bir çeşidi olan kötü ifanın, satım sözleşmesinde düzenlenmiş hali olan ayıplı ifa ile, genel tazminat hükmü olan TBK m. 112'den kaynaklanan taleplerin yarışıp yarışamayacaklarının incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple öncelikle talep kavramı üzerinde durulmalıdır.

Yukarıda da açıklandığı gibi ayıplı ifa halinde alacaklı sözleşme ilişkisine girmekle beklediği edime tam olarak kavuşamamıştır. Alacaklının böyle bir durumla karşı karşıya kaldığı durumlarda genel hükümlere göre de aslında ifa engellerinin şartları oluşmuş olmaktadır⁴⁷⁵. Biz bu meseleyi kendi konumuz etrafında ele alacak ve ayıba karşı tekeffül hükümleri ile akdin müsbet ihlali arasındaki ilişkiyi, yarışma olasılıkları çerçevesinde inceleyeceğiz⁴⁷⁶.

Akdin müsbet ihlali ile, ayıba karşı tekeffül arasındaki ilişkinin düğümlendiği temel nokta, bu ikisinin yarışan talepler olup olmadıklarıdır. Bu husus gerek Türk, gerekse de İsviçre hukuklarında tartışmalıdır⁴⁷⁷. Alman hukukunda ise, tartışmalar yapılmış olmakla beraber, BGB'de yapılan modernleştirmeden öncesinde baskın görüş, ayıbın özel hüküm olması sebebiyle yarışma olmadığı şeklindeydi⁴⁷⁸. Ancak Alman hukukunda da ayıplı mal teslimi sonrasında doğan zararlar ile, çeşili sözleşmesel yan yükümlülüklerle aykırılığın akdin müsbet ihlali çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmekteydi⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 168; Lorenz, s. 742.

⁴⁷⁵ Ayıplı ifa ile yarışabilecek genel ifa engelleri akdin müsbet ihlali dışında yanılma (hata), aldatma (hile), aşırı yararlanma (gabin), haksız fiil, culpa in contrahendodur. Detaylı açıklamalar için bkz. Yıldırım, s. 24 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 79 vd; Örneğin Serozan/Baysal/Sanlı konuyla ilgili olarak “ayıba karşı tekeffül kanunda düzenlenmeseydi, akdin müsbet ihlali hükümleri doğrudan uygulanacaktı” demektedir. Bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s. 190.

⁴⁷⁶ Hemen ekleyelim ki, akdin müsbet ihlali hallerinin dışladığı borçlu temerrüdü ve kusurlu imkansızlık ile ayıba karşı tekeffülün yarışması mümkün değildir. Böyle hallerde genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yıldırım, s. 84.

⁴⁷⁷ İsviçre hukukundaki tartışmalar hakkında bkz. Ginter, s. 86 vd.

⁴⁷⁸ Ginter, s. 87 dn. 362.

⁴⁷⁹ Ginter, s. 87 dn. 362.

Doktrinde bazı yazarlara göre, ayıba karşı tekeffül ile akdin müsbet ihlali yarışmamaktadır⁴⁸⁰. Bu görüşe göre, ayıba karşı tekeffül borçlar hukukunun özel kısmında düzenlendiğinden bir özel hükümdür⁴⁸¹. Buna karşın akdin müsbet ihlaline uygulandığı savunulan TBK m. 112 bir genel hükümdür. O halde “özel hüküm genel hükme göre öncelikle uygulanır (*lex specialis derogat legi generali*)” kuralına göre ayıba karşı tekeffül hükümleri, genel hükümlere gidilmesini engellemektedir. Bu iki talep yarışamaz. Ancak İsviçre hukukunda bu görüşü savunanlarca ileri sürülen bir yaklaşıma göre ayıplı mal tesliminin, alıcının başka mallarında zarar meydana getirmesi halinde, artık TBK m. 112 (OR art. 97) hükümlerine göre kötü ifa sebebiyle tazminat talep edilmesi mümkün olacaktır⁴⁸².

Kocayusufpaşaoğlu’na göre ise, bu iki kurum yarışmamaktadır. Ancak bazı öyle haller olabilir ki bu iki kurumun birbirlerinin açıklarını kapatması söz konusu olabilir. Bu konu özellikle bir yıllık kısa ayıp zamanaşımından sonra ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından önem taşımaktadır⁴⁸³. Böyle bir halde yazara göre, TBK m. 112’de yer alan genel tazminat hükmüne alıcının gidebilmesi gerekmektedir.

Çetiner ise yarışma hususunda seçimlik haklar etrafında bir sınıflandırma yapmaktadır⁴⁸⁴. Ayıptan doğan sözleşmeden dönme ile genel hükümler arasındaki ilişkide yazar genel hükümlere göre tazminat talep edilmeden önce ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması şartını aramaktadır⁴⁸⁵. Ancak alıcının ayıplı malı elinde tutup, ayıplı ifa sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep etmesi halinde ise, külfetlerin yerine getirilmesi gerekmeyip, doğrudan genel hükümlere göre tazminat talep edilebileceğini savunmaktadır⁴⁸⁶. Alıcının bedel indirimi, onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme talep ettiği durumlarda ise alıcı, doğrudan genel hükümlere göre tazminat talep edebilecektir. Zira burada tazminat talebinin dayanağının etkisi sadece zamanaşımı

⁴⁸⁰ Doktrinde iki hükmün yarışmaması bertaraf ederek yarışma olarak da ifade edilmektedir. **Yıldırım**, s. 51. Kanımızca bu isimlendirme yerinde değildir; zira bertaraf ederek yarışma, özünde bertaraf etmek demektir. O halde bunun bir yarışma türü olarak ele alınması yerinde değildir.

⁴⁸¹ **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 486, dn. 468. Yazarlar satım sözleşmesinde yeni ihdas edilmiş TBK m. 227/2 hükmü sebebiyle de sadece TBK m. 112’ye göre tazminat talep edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp* ise bu görüşü, zapta karşı tekeffül üzerinden dolayılı olarak aynı gerekçelerle savunmaktadır: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 975.

⁴⁸² **Honsell**, OR BT, 111.

⁴⁸³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 81-82.

⁴⁸⁴ **Çetiner**, s. 111.

⁴⁸⁵ Yazar, bu talep için ayıba ilişkin iki yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Çetiner**, s. 111.

⁴⁸⁶ Bu durumda da yazar genel zamanaşımı olan on yıllık sürenin uygulanmasını uygun bulmaktadır. Bkz. **Çetiner**, s. 111.

yönünden olacaktır. Yazara göre bu seçimlik hak hiç kullanılmadan da doğrudan genel hükümlere göre tazminat talep edilmesi mümkündür.

Doktrinde bir görüşe göre de genel tazminat talebi ile ayıp yarışabilen taleplerdir. Ancak bu görüş de kendi içerisinde iki ayrı kola ayrılmaktadır.

Doktrinde baskın olan⁴⁸⁷ bir yaklaşıma göre, bu iki talep arasındaki yarışma özellikli bir yarışmadır. Yarışma olabilmesi için, alıcının ayıpla ilgili gözden geçirme ve ayıpları bildirme külfetlerini yerine getirmiş olması, zamanaşımı ve sorumsuzluk anlaşmalarının da sınırları dahilinde genel hükümlere göre tazminat talep ediyor olması gerekmektedir.

Tandoğan ise İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarından hareketle bu görüşü savunmaktadır⁴⁸⁸. Federal Mahkeme'ye göre gözden geçirme ve ihbar külfetleri yerine getirildikten sonra genel hükümlere göre tazminat talep edilebilir⁴⁸⁹ ve bu tazminat talebinin zamanaşımı da ayıba karşı tekeffülde düzenlenmiş olan zamanaşımı olmalıdır⁴⁹⁰.

Yargıtay'ın da bu yaklaşımı üstün tuttuğu kararları vardır⁴⁹¹. Örneğin 13. Hukuk Dairesi şu şekilde karar vermiştir: "... davacı Borçlar Kanunun 202.maddesinde düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümlerine dayanan semenin indirilmesi davası açabileceği gibi şartları varsa borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı Borçlar Kanunun 96.maddesi uyarınca uğradığı zararın tazminine ilişkin bir dava da açabilir"⁴⁹².

Bu görüşe yapılan en önemli eleştiri, böylesi şekli şartlara bağlı tutulmuş bir yarışmadan söz edilemeyeceği, burada özel hükümlerdeki şartların genel hükümlere monte edildiğidir⁴⁹³.

Bir diğer yaklaşım ise, tam yarışmadır. Bu görüş yanlılarına göre TBK m. 227/II'de yer alan ve "alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını saklı tutan" hüküm karşısında ne sınırlı yarışmadan ne de yarışmamadan söz edilmesi

⁴⁸⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 151, dn. 243'teki yazarlar.

⁴⁸⁸ **Tandoğan**, I/1, s. 198.

⁴⁸⁹ BGE 96 II 117, JdT 1971 261, BGE 114 II 131: Bu kararın tercümesi ve değerlendirilmesi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 89 vd.

⁴⁹⁰ BGE 90 II 86, JdT 1966, 561.

⁴⁹¹ Y. 19. HD, 6.3.2006, 5948/2198.

⁴⁹² Y. 13HD. 19.3.1992 384/2617

⁴⁹³ **Eren**, Özel, s. 156.

mümkündür⁴⁹⁴. Başka deyişle bu görüşü savunanlar, TBK m. 227/II hükmünü yarışmanın kanuni dayanağı olarak kabul etmektedirler. Zamanaşımı olarak da, genel hükümlerdeki zamanaşımı süreleri dikkate alınmalıdır.

Bilge'ye göre TBK m. 112 hükmündeysen ayıba karşı tekeffül hükümleri alıcının daha lehinedir. Zira TBK m. 112'de satıcının kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanı varken, ayıba karşı tekeffülde böyle bir ihtimal mevcut olmayacaktır⁴⁹⁵. *Yavuz/Acar/Özen* ise, eski BK zamanında genel hükümlerde temerrüt altında düzenlenen aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edilebilmesi imkanının, ayıp halindeki alıcıya da tanınması gerektiğini savunmaktaydılar. Yazarlara göre hüküm, alıcının tek başına tazminat isteyebilmesi için kanuni dayanak oluşturmaktaydı. TBK ile getirilen 227/2 hükmüyle yazarlar, kanuni dayanak olarak artık bu yeni ihdas edilmiş hüküm uygun bulmaktadırlar⁴⁹⁶. *Yücer Aktürk*'e göre ise, tam yarışma yaklaşımı yerindedir. Zira alıcının üzerine düşen külfetleri yerine getirdiği takdirde genel hükümlere gitme ihtiyacı ortadan kalkacaktır⁴⁹⁷. Yazarın yaklaşımı, genel hükümlere gidilmesinin bir bakıma alıcıyı külfetleri yerine getirme yükünden kurtardığı şeklindedir. *Serozan/Baysal/Sanlı* da tam yarışmanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazarlara göre birinin yerine diğerini tercih etmek yasanın dolandırılması anlamına gelmeyecektir⁴⁹⁸. *Kırca*'ya göre ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel hükümlere göre tazminat talebi, herhangi bir külfetin yerine getirilmesi gerekmeksizin yarışabilmektedir⁴⁹⁹. *Arbek* de tam yarışmanın mümkün olduğu görüşüne katılmaktadır⁵⁰⁰. Kanımızca da tam yarışma mümkündür.

⁴⁹⁴ **Eren**, Özel, s. 156; **Bilge**, s. 74; **Aral/Ayrancı**, s. 151; **Gümüş**, C.I, s. 65; **Yıldırım**, s. 85; **Antalya**, III, s. 390.

⁴⁹⁵ **Bilge**, s. 74.

⁴⁹⁶ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 104.

⁴⁹⁷ **Yücer Aktürk**, s. 265-266.

⁴⁹⁸ **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 193.

⁴⁹⁹ **Kırca**, Ürün, s. 20.

⁵⁰⁰ **Arbek**, s. 87.

SONUÇ

Çalışmada yapılan incelemeler ve analizler sonucunda şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Türk hukukunda akdin müsbet ihlali kavramına ihtiyaç vardır. Bu kavram gerek doktrin gerekse de mahkeme ihtiyaçları ile yerleşmiştir. Bu kavram, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı ile karşılanmamalıdır; zira gereği gibi ifa etmeme teşkil etmeyen çeşitli durumlar da akdin müsbet ihlali çerçevesinde değerlendirilmeye müsait olabilir. Borçlunun temerrüdü ve imkansızlığın Türk hukukundaki klasik ifa engelleri sistemi açısından günümüz ilişkilerine yanıt vermekte zorlandığı anlaşılmaktadır. Çünkü akdin müsbet ihlali kavramı, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi bu eksikliği giderebilecektir. Bu sebeple kanuni düzenlemelerin daha açık olmasında fayda görülmektedir.

Akdin müsbet ihlali kavramı yükümlülük ihlali ekseninde ele alındığında pek çok somut olay ihtiyacına da çare olmaktadır. Gerçekten imkansızlık ve temerrüt dışındaki durumları karşılamak üzere böylesi geniş bir kavramın kullanılması yerindedir. Bu noktada önemli olan husus, hangi yükümlülüğün ne şekilde ihlal edildiğidir. Bu sebeple öncelikle yükümlülükler tesbit edilmeli, sonra da bu yükümlülüğünün ihlalinin nasıl sonuçlar doğurduğu üzerinde durulmalıdır. Akdin müsbet ihlali teşkil eden hallerin çok büyük kısmı özen yükümlülüğüne ve edime sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

Akdin müsbet ihlali halinde, doktrinde ileri sürülen çerçevede TBK m. 112'nin uygulanması yerinde olup, sözleşmeden dönme hakkının alacaklıya tanınmaması gerekmektedir. Böyle bir tercihi yerinde gören kanun koyucunun, kanun gerekçesinde dahi bu tercihini açık etmesi yeterli olacaktır; lakin böyle bir durum söz konusu değildir.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde koruma yükümlülükleri ve akdin müsbet ihlalinin sıkı ilişki içinde oldukları, bu sebeple de akdin müsbet ihlalinin bu türünün haksız fiil ile sözleşme hukuku arasında bir sınır çizgisi görevini gördüğü anlaşılmıştır.

Son olarak da ayıba karşı tekeffül ve akdin müsbet ihlali ilişkisi çalışmada incelenmiş ve bu ikisinin yarışabileceği sonucuna varılmıştır. Ancak bu sorunun çok

daha açık bir kanun hükmü ile çözüme bağlanmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.



KAYNAKÇA

1. Acemoğlu, Kevork, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 6, 1972, Sa. 9, s.19-29.
2. Aday, Nejat, Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, 1. Bası, Nisan 2000.
3. Ahrens, Martin, Unmöglichkeit, Leistungsstörung, Pflichtverletzung: Eine Teilkritik am Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, ZfR, 28. Yıl (Kasım 1995), C. 11, s. 417-422.
4. Akıntürk, Turgut, Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27 Sa. 3, Ankara 1970, s. 219-247.
5. Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku 1. Cilt– Başlangıç Hükümleri / Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2011.
6. Akkanat, Halil, Alacaklı Temerüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.
7. Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 2006. (Anılış: Akyol, Dürüstlük)
8. Altaş, Hüseyin, Medeni Hukuk – Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014.
9. Altay, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, 1. Baskı, İstanbul 2008.

10. Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 1. Baskı, İstanbul 2015. (Anılış: Antalya, I)
11. Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III, 1. Baskı, İstanbul 2017. (Anılış: Antalya, III)
12. Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, 1. Baskı, Ankara 2011.
13. Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
14. Arbek, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
15. Arsebük, Esat, Borçlar Hukuku, İkinci Cilt, İkinci Basım, İstanbul 1943.
16. Ataay, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi - Birinci Yarım, Üçüncü Bası, İstanbul 1981.
17. Atamer, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
18. Aydınli, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Borç Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004.
19. Başalp, Nilgün, Sözleşmenin Nisbiliği İlkesi ile Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Beraberinde Getirdiği Sonuçlar Karşısında Sözleşmenin Üçüncü Kişiyi Etkisi: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kuramı ile Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı

Değerlendirmeler, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.441 - 472.

20. Başoğlu, Başak, Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2008, C. LXVI, S. 2, s. 287-310. (Anılış: Başoğlu, Öncelenmiş)

21. Başoğlu, Başak, Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012. (Anılış: Başoğlu, Aynen İfa)

22. Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

23. Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

24. Berti, Stephen V., Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche, Lesitungsstörungen (ed. : Alfred Koller), s.15-28, St. Gallen 2008.

25. Bilge, Necip, Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasabetleri, Ankara 1971.

26. Bucher, Eugen, OR / Allgemeiner Teil, 2. Auflage (elektronische Version), Zurich 1988 (Erişim Adresi: www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-allgemeiner-teil-2-auflage-1988/) (Anılış: Bucher, OR/AT)

27. Burcuoğlu, Haluk, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 15, 1990, Sa. 18, s.89-103.

28. Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Anılış: Buz, Dönme)
29. Buz, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Anılış: Buz, YDH)
30. Canaris, Claus Wilhelm, Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen: zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, Juristische Zeitung, 1965, s. 475 - 482.
31. Canaris, Claus-Wilhelm, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZfR, 34. Yıl, Ağustos 2001, C. 8, s. 329-336. (Canaris, SMG)
32. Çetiner, Bilgehan, Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2009, C. 67, Sa. 1-2, s. 97-114.
33. Demircioğlu, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
34. Dural, Mustafa, Akitten Doğan Yapmama Borçları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 4 Sa. 6 İstanbul 1970, s. 7-22. (Anılış: Dural, Yapmama)
35. Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK m. 117), İstanbul 1976. (Anılış: Dural, İmkansızlık)

36. Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Neu bearbeitete Auflage, Münih 2005
37. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017. (Anılış: Eren, Genel)
38. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015. (Anılış: Eren, Özel)
39. Erzurumluoğlu, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
40. Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Genf 2008.
41. Ginter, Petra, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR; Zürich 2005.
42. Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2013. (Anılış: Gümüş ,C.I)
43. Gümüşsoy Karakurt, Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017.
44. Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
45. Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

46. Himmelschein, Jury, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, Archiv für civilistische Praxis, C. 135, 1932, s.255-327. (Anılış: Himmelschein, 1932)
47. Himmelschein, Jury, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, Archiv für civilistische Praxis, C. 158, 1959, s. 273-297. (Anılış: Himmelschein, 1959)
48. Honsell, Heinrich, Kurzkommentar – Obligationenrecht, Basel 2008. (Atıf yöntemi: KUKO OR-ilgili bölümün yazarı)
49. Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Baskı, Bern 2003 (Atıf yöntemi: Honsell, OR BT)
50. İnal, H. Tamer, Borca Aykırılık – Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 6. Bası, Ankara 2017.
51. İnan, Ali Naim / Yücel, Özge, İnan Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
52. İnceoğlu, Murat, İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması, AÜHFD, Yıl 2008, C. 57, Sa. 4, s. 237-254. (Anılış: İnceoğlu, İmkansızlık)
53. İzveren, Adil, Bankalarda Mesleki Sır ve Bunun İfşasının Hukuki Neticeleri, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 1955 Sa. 2, s. 690-699.
54. Karabağ Bulut, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.

55. Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017. (Anılış: Kılıçoğlu)
56. Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Hukuk, Tıpkı Ek 3. Basım, Ankara 2016. (Anılış: Kılıçoğlu, Medeni)
57. Kırca, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007. (Anılış: Kırca, Ürün)
58. Klausch, Sebastian, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002, Dissertation an der Kiel Universität, Kiel 2004.
59. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2017. (Anılış: Kocayusufpaşaoğlu, BG)
60. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968. (Anılış: Kocayusufpaşaoğlu, Hata)
61. Koller, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Baskı, Bern 2009. (Atıf Yöntemi: Koller, OR AT)
62. Koller, Alfred, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzung, AJP 1992, s. 1483-1500. (Anılış: Koller, pVV)
63. Kurt, L. Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136), Ankara 2016. (Anılış: Kurt, İmkansızlık)

64. Kurt, L. Müjde, Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 64, Sa. 3, s. 775-814. (Anılış: Kurt, Külfet)
65. Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, C. 1, Allgemeiner Teil, 14. Baskı, Münih 1987. (Anılış: Larenz, AT I)
66. Lehmann, Heinrich, Die positiven Vertragsverletzungen, Archiv für Civilistische Praxis, C. 96, 1905, s. 60-113.
67. Lorenz, Stephan, Schadenersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ, 56. Yıl (20 Temmuz 2001), Sa. 14, s. 742-745.
68. Looschelders, Dirk, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Bası, Köln 2005.
69. Krüger, Wolfgang(ed.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Baskı, Münih 2001. (Atıf Yöntemi: MünchenerKO - ilgili bölümün yazarı)
70. Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.
71. Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 20. Bası, İstanbul 2014.
72. Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 15. Bası, İstanbul 2013. (Anılış: Oğuzman/Öz, I)
73. Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (Anılış: Öz, Dönme)

74. Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Neubearbeitete Auflage, München 2016. (Atıf yöntemi: Palandt/İlgili bölümün yazarı)
75. Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.
76. Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard (ed.), Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, C. II (§§ 241-432), 1. Kısım (§§ 241- 304), Tübingen 2007. (Atıf Yöntemi: HKK/ ilgili bölümün yazarı, § ilgili madde)
77. Schwarz, Andreas B., Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih (tercüme eden: Bülent Davran), Mardin’e Armağan, s. 759-794.
78. Schwenger, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Bern 2009.
79. Schur, Wolfgang, Leistung und Sorgfalt, Tübingen 2001.
80. Seiler, Philippe, Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Dissertation der Universität St. Gallen, St. Gallen 2011.
81. Serozan, Rona, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa – ifa Engelleri – Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014. (Anılış: Serozan, İfa)
82. Serozan, Rona, Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul 2011. (Anılış: Serozan, Medeni)

83. Serozan, Rona, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 15, 1990, Sa. 18, s.27-42. (Anılış: Serozan, MHAD-1990)
84. Serozan, Rona, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin müspet ihlali” ve “Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, Sa. 3, s. 108-129.(Anılış: Serozan, MHAD-1968)
85. Serozan, Rona, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM, C. LVIII, S. 1-2, s. 231-248, İstanbul 2000. (Anılış: Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri)
86. Serozan, Rona, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2003. (Anılış: Serozan, Geri Verme)
87. Serozan, Rona, Geçersiz Satım Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969, Sa. 4, s.187-213. (Anılış: Serozan, Geçersiz Satım)
88. Serozan, Rona, Parça Borcu – Çeşit Borcu: Aşılması Gerekli Bir Ayırım, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969, C. 3 Sa. 5, s. 211- 238. (Anılış: Serozan, MHAD – 1969)
89. Serozan, Rona, Yeni Borçlar Kanunu’nda İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1041-1047. (Anılış: Serozan, Malumu İlam)

90. Serozan, Rona, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 715-741. (Anılış: Serozan, Haksız Fiil)
91. Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007. (Anılış: Serozan, Dönme)
92. Serozan, Rona / Baysal, Başak / Sanlı, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2018.
93. Staub, Hermann / Müller, Ebenhard, Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Baskı, Berlin 1913. (Erişim Adresi: http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=PPN869663623&PHYSID=PHYS_0007&DMDID=)
94. Stoll, Heinrich, Abschied von der Lehre von der Positiven Vertragsverletzung, Archiv für Civilistische Praxis, Sa. 136, 1932, s. 257-320.
95. Stoeckle, Matthias, Die Arbeitsweise von Ulrich Huber und seine Konzeption des Leistungsstörungenrechts, Regensburg 2007.
96. Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 3. Bası, Ankara 1984. (Anılış: Tandoğan, I/1)
97. Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2010. (Anılış: Tandoğan, Mes'uliyet)
98. TDK Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Ankara 2005.

99. Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.
100. Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H.Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016.
101. Thévenoz, Luc / Werro, Franz (ed.), Commentaire Romand – Code des Obligations I, Basel 2003. (Atıf Yöntemi: CR CO I – İlgili bölümün yazarı)
102. Thiele, Wolfgang, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, Juristenzeitung, 22, s. 649-657.
103. Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 3. Cilt, Ankara 2003.
104. Vollkommer, Max, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, AcP, Yıl 1983, C. 183, Sa. 4-5, s. 525-567.
105. Wessner, Pierre, La Distinction de la Responsabilité Contractuelle et de la Responsabilité Délictuelle.
106. Wiegand, Wolfgang, Die Verhaltenspflichten – Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, Festschrift für Sten Gagnér, s.547-563, München 1991.
107. Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul 2013.

108. Yıldırım, Mustafa Fadıl, Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle (BK m. 194 vd.) Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin (BK m. 21-24-28-41-96) Yarışması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1992.

109. Yücer Aktürk, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ali ŞAHBAZ
Tez Başlığı : Aklın Müsbet İhlali
Savunma Tarihi : 19. / 06 / 2018.
Danışmanı : Prof.-Dr. Hüseyin Murat Develioglu

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. HASAN İSGÜZAR

M. Amini

Prof. Dr. H. Murat Develioglu

Prof. Dr. H. Murat Develioglu

İr. Dr. Dr. Melike Çelikkaleli M. Çelikkaleli

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

M. Yaman