

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

DOKTORA TEZİ

KISMİ TEMERRÜT VE SONUÇLARI

Işıl ERGÜL

2502110507

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Mehmet Serkan ERGÜNE

İSTANBUL – 2022

ÖZ

KİSMİ TEMERRÜT VE SONUÇLARI

İŞİL ERGÜL

Tezin başlığı kısmi temerrüt ve sonuçları olmasına rağmen, çalışma konusu tezin kapsamı, esas olarak borçlunun kısmi temerrüdü ve sonuçlarının incelenmesidir. Bunun sebebi, kısmi temerrüt kavramının teoride ve uygulamada borçlunun kısmi temerrüdü ile özdeşleşmiş olmasıdır. İncelememizde alacaklının da teorik olarak kısmi temerrüdünün meydana gelebileceği, ama alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulamasında herhangi bir farklılık göstermediği tespit edildiğinden konu dışı bırakılmış ve uygulama ile teorideki anlayışla uyumlu olarak çalışma gerçekleştirilmiştir.

Borçlunun borcunun sadece bir kısmını gereği gibi zamanında ifa ettiği ve alacaklının bu kısmi ifayı kabul ettiği durumda karşılaşılabilecek olan kısmi temerrüt ve sonuçları, uygulamada karşılaşılmakla beraber ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ne de başka herhangi bir kanunda tanımlanmış ya da düzenlenmiştir. TBK m. 117-126 hükümleri arasında düzenlenmiş olan borçlunun temerrüdü hükümleri, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kısmi temerrüde de uygulanacaktır. Kısmi temerrüdün en önemli özelliği, hukuki sonuçlarının kural olarak ifa edilmemiş kısım hakkında, istisnaen borcun veya sözleşme ilişkisinin tamamına ilişkin geçerli olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Borçlar hukuku, kısmi temerrüt, borçlunun kısmi temerrüdü, muaccel borç, kısmi ifa, ihtar, temerrüt faizi, tazminat, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler, kısmi dönme, sözleşmeden dönme.

ABSTRACT

PARTIAL DEFAULT AND ITS CONSEQUENCES

IŞIL ERGÜL

Although the title of the thesis is partial default and its consequences, the subject and scope of the thesis include the debtor's partial default and analysis of its result. The reason for that is, the concept of partial default is identified with the debtor's partial default in theory and execution. In our study, the creditor's partial default was left out of the context since it was found that the creditor's partial default could theoretically occur, yet there would be no difference in terms of application of the provisions regarding the creditor's default. The study was conducted in accordance with the practice and the theoretical understanding of partial default.

The conceivably encountered partial default and its consequences, in the event that the debtor fulfills only a part of his debt on time and the creditor accepts this partial fulfillment; are neither defined nor regulated within the Turkish Code of Obligations No. 6098 or any other law even though encountered in practice. The debtor's default provisions, which are regulated among the provisions of the TCO section 117-126, shall be applied to partial defaults to the extent that they fit within its structure. The most crucial part of partial default is that, its legal consequences take effect for the non-executed parts as a rule including the entire debt or contractual relationship as an exception.

Keywords: Law of obligations, partial default, the debtor's partial default, due debt, part performance, warning, default interest, compensation, indemnity, synallagmatic contracts, avoidance of the contract, partial avoidance of the contract.

ÖNSÖZ

Türk hukuk uygulamasında sıklıkla karşılaşılan, borcun bir kısmının yerine getirilmemesi ve alacağın bir kısmının ifasının reddedilmesi hususlarında, teorik olarak doğrudan bir çalışma olmadığının tarafımızca tespit edilmesi üzerine, işbu çalışmayı yapmak amacı doğmuştur. Kısmi temerrüt kavramı, genellikle borçlar hukuku kapsamında ve sadece borçlu açısından akla gelen ve böyle değerlendirilen bir kavram olmuştur. Araştırmalarımız kapsamında, incelenen Türk, İsviçre ve Fransız doktrinlerinde doğrudan kısmi temerrüt ile ilgili çok az bilgiye rastlanmıştır. Bu eserlerde de kısmi temerrüt, borçlunun kısmi temerrüdü olarak ele alınmıştır. Kısmi temerrüdün, borçlunun kısmi temerrüdü olarak algılanması güncel bir mevzu olmayıp, çok eski tarihli eserlerden beri anlayış bu yöndedir. Genel algı bu olmakla birlikte, alacaklının kısmi temerrüdünün söz konusu olup olamayacağı değerlendirilmiş ve alacaklının kısmi temerrüdünün olmaması için hukuki bir engel olmamakla birlikte; alacaklı temerrüdünün sonuçlarının getiriliş amacı gözetildiğinde, alacaklının kısmi temerrüdü halinde olaya farklı olarak uygulanması gereken bir hükmün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, alacaklının kısmi ya da tam temerrüdünün ayırımı gereksiz olduğundan, çalışılan konu kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bunun yanı sıra, borçlunun kısmi temerrüdü özel hukukun farklı alanlarında da karşılaşılan bir olgu olsa da, temel teşkil eden borçlar hukukunun genel temerrüt hükümleri kapsamında incelenmiş ve tüm özel hükümlere değinmek konu dışı olacağından, ancak gerekli görüldüğü yerlerde özel hükümlere de değinilmiştir.

Zorlu ve değişken tez sürecim boyunca desteklerini esirgemeyen Hocalarım; başta tezin danışmanlığını üstlenen sayın Prof. Dr. M. Serkan Ergüne, Prof. Dr. Haluk N. Nomer ve Dr. Öğretim Üyesi Cüneyt Bellican'a en içten teşekkürlerimi sunarım. Bu sürecin en zorlu zamanlarında dahi bir an bile olsa ilgilerini esirgemeyen aileme, maddi ve manevi tüm destekleri için müteşekkirim.

İŞİL ERGÜL

İSTANBUL, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLUNUN KISMİ TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE ŞARTLARI

1. Genel Bilgiler.....	2
2. Borçlu Temerrüdü Kavramı ve Kısmi Temerrüt	4
2.1. Borçlu Temerrüdünün Tanımı.....	10
2.2. Borç Türleri Açısından Kısmi Temerrüt	16
2.2.1. Kısmi Temerrüde Konu Olabilmesi Bakımından Edim Yükümlülüğü ile Yan Yüküm Farkı.....	16
2.2.2. Ani Edim veya Sürekli Edimin Varlığı Halinde Kısmi Temerrüt.....	19
2.2.3. Verme, Yapma, Yapmama Edimlerinde Kısmi Temerrüdün Gerçekleşme Olasılığı	22
2.3. Temerrüt Kavramının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi	27
2.3.1. İmkânsızlıktan Ayırt Edilmesi	27
2.3.2. Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Ayırt Edilmesi.....	33
2.3.3. Alacaklı Temerrüdünden Ayırt Edilmesi	37
2.4. Borçlu Temerrüdünün Fransız Hukukundaki Farklılıkları.....	43
3. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Şartları	50
3.1. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Olumlu Şartları.....	50
3.1.1. Bir Borcun Bulunması	50
3.1.2. Borçlanılan Edimin Bölünebilen Bir Edim Olması veya Sözleşmede Birden Fazla Edimin Kararlaştırılmış Olması.....	51
3.1.3. Borcun Muaccel Olması.....	52
3.1.3.1. Kavram Olarak Muacceliyet.....	52
3.1.3.2. Vade	59
3.1.4. İfanın Mümkün Olması	67
3.1.5. Alacaklının Edimin İfasını Kabule Hazır Olması	74

3.1.6. Borçlunun Kısmi İfada Bulunması.....	75
3.1.6.1. Genel Olarak	75
3.1.6.1.1. Bölünebilir Edimlerin Kısmi İfaya Konu Olması	77
3.1.6.1.2. Kısmi İmkânsızlığın Kısmi İfaya Etkisi	80
3.1.6.1.3. Ayıptan Farklı Olmasına Rağmen Kısmi İfanın Bazı Durumlarda Ayıplı İfa Olarak Kabul Edilmesi	81
3.1.6.2. Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etmesi.....	83
3.1.6.2.1. Genel Olarak.....	83
3.1.6.2.2. Alacaklının Kısmi İfayı Kabule Zorunlu Olduğu Haller.....	84
3.1.6.2.2.1. Sözleşme ile Borçluya Kısmi İfa İmkânının Tanınması ...	84
3.1.6.2.2.2. Kanunların Öngördüğü Haller.....	85
3.1.6.2.2.2.1. Borcun Miktarının Belli Olmaması Hali (TBK m. 84)	85
3.1.6.2.2.2.2. Takasın Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu Oluşturması (TBK m. 139)	88
3.1.6.2.2.2.3. Kefilin Gerçekleştirdiği Kısmi Ödemeyi Alacaklının Kabul Zorunluluğu (TBK m. 581).....	90
3.1.6.2.2.2.4. Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Kısmi İfayı Kabul Etme Yükümlülüğü (TBK m. 486).....	91
3.1.6.2.2.2.5. Mirasçılardan Müteselsil Sorumluluğunun Ortadan Kalkmasından Sonra Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etme Zorunluluğu	92
3.1.6.2.2.2.6. Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Haller	94
3.1.6.2.2.2.7. İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Haller	96
3.1.6.2.2.3. Dürüstlük Kuralı Gereğince	97
3.1.6.2.2.4. Ticari Örf, Âdet ve Teamüller Gereğince	99
3.1.6.2.2.5. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı ile İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Olarak Öngörülen Kısmi İfayı Kabul Etme Yükümlülüğü	100
3.1.6.3. Kısmi İfanın Sonuçları.....	101
3.1.6.4. Kısmi İfanın İspatı	106
3.1.7. Alacaklının İhtarını	107
3.1.7.1. Alacaklının İhtarda Bulunmasına Gerek Olmayan Durumlar	110
3.1.7.1.1. Sözleşmede İhtar Koşulundan Vazgeçilmesi veya Özel Bir Kanun Hükmünün Varlığı	111

3.1.7.1.1.1. İhtar Koşulunun Sözleşme veya Bir Kanun Hükmü ile Ortadan Kaldırılmış Olması	111
3.1.7.1.1.2. İfa Gününün Taraflarca Açık Şekilde Belirlenmesi.....	112
3.1.7.1.1.3. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Verilmesi	116
3.1.7.1.2. İhtarın Gereksiz veya Yararsız Olması	118
3.1.7.1.2.1. Dürüstlük Kuralının İhtarı Gereksiz Kılması.....	118
3.1.7.1.2.2. Borçlunun Bakiye Borcunu İfa Etmeyeceğini Kesin Bir Şekilde Beyan Etmesi	120
3.1.7.1.3. Borçlunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışları ile İhtarın Yapılmasını Engellemesi.....	121
3.1.7.2. İhtarın Hukuki Niteliği, İçeriği ve Şekli	122
3.1.7.2.1. İhtarın Hukuki Niteliği	122
3.1.7.2.2. İhtarın Keşidecisi ve Muhatabı.....	124
3.1.7.2.3. İhtarın İçeriği, Yapılacağı Zaman ve İspat Yükü	127
3.1.7.2.3.1 İhtar Yerine Geçen İşlemler	127
3.1.7.2.3.2. İhtar Beyanının İçeriği	133
3.1.7.2.3.3. Ek Süre Verilmesine Gerek Olup Olmaması	139
3.1.7.2.3.4. İhtarın Şarta Bağlanması Olasılığı	139
3.1.7.2.3.5. İhtarın Şekli.....	140
3.1.7.2.3.6. İhtarın Yapılacağı Zaman.....	142
3.1.7.2.3.7. İspatı.....	144
3.2. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Olumsuz Şartı.....	145
3.2.1. Borçlunun Kalan Edimi İfadan Kaçınma Hakkı Bulunmaması veya Böyle Bir İmkânı Bulunmasına Rağmen Bundan Gereğince Yararlanmaması	145
3.2.1.1. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Ortaya Çıkmış Olması	146
3.2.1.2. Borcun Ertelenmesi (Tecil Anlaşması).....	147
3.2.1.3. Borçlunun Def'i Hakkı	149
4. Borçlunun Kısmi Temerrüdünde Kusurun Rolü.....	155

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLUNUN BASİT KISMİ TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

1. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Genel Sonuçları	157
1.1. Borçlunun Bakiye Kısmı Aynen İfa ile Yükümlü Olması	158

1.2. Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumluluk (Gecikme Tazminatı)	163
1.2.1. Alacaklının Zararının Doğmuş Olması	164
1.2.1.1. Fiili Zarar	165
1.2.1.1.1. Alacaklının edimin ifasını elde etmek için yapmış olduğu masraflar	166
1.2.1.1.2. Zamanında tam olarak elde edilemeyen edimin yerine geçici olarak temin edilen edim için yapılan masraflar	168
1.2.1.1.3. Başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi nedeniyle uğranılan zararlar	168
1.2.1.1.4. Edimin değerinin azalması	169
1.2.1.1.5. Doktrinde kabul edilen diğer haller	169
1.2.1.2. Yoksun Kalınan Kâr	170
1.2.1.3. Gecikme Tazminatının Ceza Koşulu ile İlişkisi	171
1.2.2. Alacaklının Uğramış Olduğu Zarar ile Borçlunun Kısmi Temerrüdü Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması	172
1.2.3. Borçlunun Kusuru	173
1.2.4. Talep Edilebileceği Zaman	175
1.3. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk	177
2. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Özel Sonuçları	186
2.1. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümlülüğü	186
2.1.1. Genel Olarak	186
2.1.2. Para Borçlarının Genel Nitelikleri	187
2.1.3. Temerrüt Faizinin Özellikleri	187
2.1.4. Temerrüt Faizinin İşlemeye Başlayacağı Zaman	196
2.1.5. Temerrüt Faizi Oranı	197
2.1.5.1. Adi İşlemlerde Temerrüt Faizi Oranı	198
2.1.5.2. Ticari İşlemlerde Faiz Oranı	199
2.1.5.3. Yabancı Para Borçlarında Faiz Oranı	205
2.1.5.3.1. Gerçek Yabancı Para Borçlarının İfasında Kısmi Temerrüt ...	208
2.1.5.3.2. Gerçek Olmayan Yabancı Para Borçlarının İfasında Kısmi Temerrüt	210
2.1.5.3.2.1. Alacaklının Aynen İfayı Talep Etmesi	217
2.1.5.3.2.2. Alacaklının Fiili Ödeme Günündeki Rayiç Üzerinden TL Karşılığı Olarak İfasını Talep Etmesi	218

2.1.5.3.2.3. Alacaklının Vade Günündeki Rayiç Üzerinden TL Karşılığı Olarak İfa Edilmesini Talep Etmesi	220
2.1.6. Zamanaşımı	222
2.2. Para Borçlarında Aşkın Zarardan Sorumluluk	224
2.2.1. Aşkın Zarar Kavramı	224
2.2.1.1. Aşkın Zarar Talep Edilebilmesinin Şartları	228
2.2.1.2. Borçlunun Kusursuz Olduğuna İlişkin Kanıt Getirmemiş Olması	236
2.2.1.3. Hüküm Anında Belirlenebilir Olan Müstakbel Aşkın Zararın İstenebilmesi	237
2.2.1.4. Yabancı Para Borçlarında Aşkın Zarar	239
2.2.2. Aşkın Zararın Ceza Koşulu ile İlişkisi	240
2.2.3. Zamanaşımı	240

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLUNUN NİTELİKLİ KISMİ TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI (BORÇLUNUN KISMİ TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFDA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ ÖZEL SONUÇLARI)

1. Genel Olarak	242
2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Alacaklının Seçimlik Hakları Kullanması Bakımından Aranan Şartlar	246
2.1. Borçluya Ek Süre Verilmesi	247
2.1.1. Şekle Bağlı Olup Olmadığı	251
2.1.2. Sürenin Uygun ve Belirgin Olması	252
2.2. Borçluya Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	247
3. Ek Süre İçinde Bakiye Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları.....	266
3.1. Ek Süre İçinde Bakiye Borcun İfa Edilmemesi.....	266
3.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etme Hakkı	268
3.3. Aynen İfadan Vazgeçme Beyanı	270
3.3.1. Genel Olarak	270
3.3.2. Vazgeçme Beyanına İhtiyaç Olmayan Durumlar	277
3.4. Alacaklının Seçimlik Haklardan Hangisini Tercih Ettiğine İlişkin Beyan	279
3.4.1. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı	290
3.4.1.1. Olumlu Zarar Kavramı.....	290
3.4.1.2. Olumlu Zararın Unsurları	292

3.4.1.2.1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri.....	293
3.4.1.2.2. Gecikmeden Doğan Diğer Zararlar	293
3.4.1.2.2.1. Fiili Zarar	294
3.4.1.2.2.2. Yoksun Kalınan Kâr.....	295
3.4.1.3. Olumlu Zararın Tazmini Talebinin Borçlunun Kusuru ile İlişkisi	306
3.4.1.3.1. Kusur Şartı.....	306
3.4.1.3.2. Borçlunun Temerrüde Düşmekte Kusursuz Olduğunu İspatlaması.....	308
3.4.1.3.3. Borçlunun Kusur Derecesine Göre Tazminat Miktarında İndirim Yapılması.....	313
3.4.1.4. Olumlu Zarar Tazminatının Hesaplanması.....	315
3.4.1.4.1. İfa Edilmeyen Edimin Değerinin Hesaplanması	323
3.4.1.4.1.1. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması.....	327
3.4.1.4.1.2. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması.....	330
3.4.1.4.1.3. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Somut veya Soyut Yöntemle Hesaplanamadığı Durumlar	334
3.4.1.4.2. Gecikmeden Doğan Zararların Hesaplanması.....	335
3.4.1.4.3. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Hesaplanması	336
3.4.1.4.3.1. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması	337
3.4.1.4.3.2. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması	338
3.4.1.5. Alacaklının Borçlandığı Edimin Akıbeti	339
3.4.1.5.1. Alacaklının Karşı Edimini Aynen Yerine Getirmek Zorunda Olup Olmadığı Meselesi.....	339
3.4.1.5.2. Alacaklının Karşı Edimini Yerine Getirmiş Olması Hali	349
3.4.1.5.2.1. Olumlu Zararın Mübadele Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukuki Durumu.....	350
3.4.1.5.2.2. Olumlu Zararın Fark Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukuki Durumu.....	351
3.4.1.6. Borçlunun Ediminin Tamamına İlişkin Olarak Olumlu Zararın Tazmini Talebinde Bulunma İmkânı	352
3.4.1.7. Olumlu Zararın Ceza Koşulu ile İlişkisi	354
3.4.1.8. Tazminat Davasında İspat Yükü ve Zamanaşımı	354

3.5. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı .	356
3.5.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı	356
3.5.1.1. Sözleşmenin Bir Kısımından Dönme – Kısmi Dönme	360
3.5.1.1.1. Kavram, Kısmi Dönmenin Hukuki Sonuçları, İfa Edilmiş Edimlerin İadesi	360
3.5.1.1.2. Alacaklının Ediminin Bölünemez Nitelikte Olmasının Sözleşmeden Kısmi Dönmeye Etkisi	363
3.5.1.1.3. Kısmi Dönmenin Kavramsal Olarak Sözleşmeden Dönme Kapsamında Yer Alıp Almadığı Sorunsalı.....	368
3.5.1.1.4. Fransız Hukuku Açısından Kısmi Dönme Kavramı.....	370
3.5.1.2. Sözleşmenin Tamamından Dönme	374
3.5.1.2.1. Kavram	374
3.5.1.2.2. Sözleşmenin Tamamından Dönmenin Hukuki Sonuçlarına İlişkin İleri Sürülen Teoriler.....	377
3.5.1.2.2.1. Klasik Dönme Teorisi	377
3.5.1.2.2.2. Aynı Etkili Dönme Teorisi.....	379
3.5.1.2.2.3. Kanuni (Yasal) Borç İlişkisi Teorisi	379
3.5.1.2.2.4. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi.....	381
3.5.1.2.2.5. Katıldığımız Görüş.....	383
3.5.1.3. İadenin Nasıl Gerçekleştirileceği.....	385
3.5.1.3.1. İade Alacaklısı Kavramı	385
3.5.1.3.2. İade Sorumluluğunun Başlayacağı An	387
3.5.1.3.3. İade Borcunun Kapsamı	387
3.5.1.3.3.1. İade Borçlusunun İyiniyetli Olmasının İade Borcuna Etkisi	390
3.5.1.3.3.1.1. İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşen Kavramı ve İade Borcunun Kapsamı	390
3.5.1.3.3.1.2. İspat Yükü ve Kusurun İade Borcunun İçeriğine Etkisi	392
3.5.1.3.3.2. İade Borçlusunun Kötüniyetli Olmasının İade Borcuna Etkisi	393
3.5.1.3.3.2.1. Kötüniyetli Sebepsiz Zenginleşen Kavramı ve İade Borcunun Kapsamı	393
3.5.1.3.3.2.2. İade Konusunun Değer Kaybına Uğraması.....	394

3.5.1.3.3.2.3. İade Konusunun Geri Verilmesinin İmkânsızlaşması	395
3.5.1.3.3.2.4. İade Konusunun Değerini Koruma Yükümlülüğü ...	397
3.5.1.3.4. İade Borçlusunun Yapmış Olduğu Giderleri Talep Edebilmesi İmkânı.....	398
3.5.1.3.5. İade Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı.....	399
3.5.2. Olumsuz Zararın Tazmini Talebi	400
3.5.2.1. Olumsuz Zararın Sözleşmeden Dönme Açısından Taşındığı Anlam ve Şartları.....	402
3.5.2.2. Sözleşmeden Dönme Üzerine Olumlu Zararın Da İstenebilmesi İmkânı	405
3.5.2.3. Olumsuz Zararın Hesaplanması.....	414
3.5.2.3.1. Hesaplamanın İçeriği.....	415
3.5.2.3.1.1. Fiili Zarar	418
3.5.2.3.1.1.1. Sözleşme Kurma Masrafları	420
3.5.2.3.1.1.2. Sözleşmenin İfası İçin Yapılan Masraflar ve Uğranılan Diğer Zararlar	421
3.5.2.3.1.1.3. Yerine Getirilen Edim ve Ondan Elde Edilecek Yararlar.....	422
3.5.2.3.1.1.4. Hükümsüz Sözleşmenin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zararlar	425
3.5.2.3.1.1.5. Usuli İşlemlere İlişkin Masraflar.....	425
3.5.2.3.1.1.6. Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat ve Cezai Şartlar	425
3.5.2.3.1.2. Yoksun Kalınan Kâr.....	426
3.5.2.3.2. Denkleştirme	432
3.5.2.3.3. Hesaplama Anı	433
3.5.2.4. Olumsuz Zararın İspatı	437
3.5.2.5. Zamanaşımı.....	440
SONUÇ	442
KAYNAKÇA	449
ÖZGEÇMİŞ	480

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
Art.	: Artikel
aş.	: Aşağıda
A.Ş.	: Anonim Şirket
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BKKKK	: 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CC.	: Code Civil
COS	: Code des Obligations Suisse
CR	: Commentaire Romand
çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
E.	: Esas

eBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
ed.	: Editör
EİTİAD	: Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız.
k.g.	: Karşı görüş
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar numarası
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

v.d. : ve diğçerleri

vs. : ve saire

Y. : Yıl

YD. : Yargıtay Dergisi

YHD : Yasa Hukuk Dergisi

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

yuk. : Yukarıda

GİRİŞ

Çalışma kapsamında, borçlunun kısmi temerrüdü, esasen Türk borçlar hukuku kapsamında incelenmiş, İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinden doktrinel anlamda yararlanılmıştır. Türk, İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinde, kısmi temerrüt ile ilgili doğrudan yazılı bir eser olmadığı gibi, çok az eserde kısmi temerrüt ile ilgili bilgiye yer verilmiştir. Bu nedenle, çalışma genellikle, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin borçlunun kısmi temerrüdüne uygun olduğu ölçüde uygulanmasına ve farklılık arz eden yerlerde uygulanacak hususların tespitine yöneliktir.

Çalışmanın incelenmesine öncelikle, borçlunun temerrüdü kavramı ile başlanacak ve borçlunun kısmi temerrüdünün şartları ele alınacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda borçlunun kısmi temerrüdü düzenlenmemiştir. Borçlunun temerrüdüne ilişkin sonuçlar bakımından da kanun koyucu bilinçli bir ayırım yaparak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin olarak farklı düzenlemeler getirmiştir. Borçlunun basit ve nitelikli kısmi temerrüdü kavramsal olarak Türk hukuk sisteminde yer almamakla birlikte, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinin kanun koyucu tarafından özellik atfedilerek düzenlenmiş olması karşısında, İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi, çalışmada bu başlıklar altında ele alınması uygun görülmüştür.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLUNUN KISMİ TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE ŞARTLARI

1. Genel Bilgiler

Borçlunun kısmi temerrüdü bir ifada gecikme halidir, genel olarak kısmen ifa edilmiş muaccel bir borcun, ifa edilmemiş kısmındaki gecikmeyi ifade eder ve borçlunun kısmi temerrüdü halinde uygulanacak hükümler, kısmi ifa edilmemeden kaynaklı bozulan menfaatler dengesinin düzeltilmesi amacını taşır. Bölünebilir bir edim borcunun bir kısmının ifa edildiği ya da sözleşmede birden fazla edimin tek bir borcun konusu olarak kararlaştırılmış olduğu halde, sadece edimlerden bir ya da tamamını kapsamayacak oranda birkaçının ifa edildiği durumlarda; muaccel olan borcun kısmi ifasının alacaklı tarafından kabulü halinde, ifa edilmeyen kısım için şartları gerçekleşmiş ise, borçlunun kısmi temerrüdü söz konusu olur. Borçlunun her ifada gecikme hali temerrüt oluşturmadiğundan, birtakım şartların gerçekleşmesi kısmi temerrüdün gerçekleşmesi için de arandığından bu durumda ifada nitelikli bir gecikme hali olduğunun kabulü burada da geçerlidir¹.

Borçlunun zamanında ifa etmediği borcunu daha sonra ifa etmesiyle borç sona ermekle birlikte, borç sona ermiş olsa dahi ifada gecikme durumu kalkmış

¹ Pierre Tercier, **Précis de Droit Des Obligations**, 3ème éd., Zurich, Schulthess, 2004, §1165, §1217; Albert Comment, **De la Demeure du Débiteur Dans Les Contrats Bilatéraux**, Courtelay, 1924, s. 50; Pierre Engel, **Traité Des Obligations En Droit Suisse: Dispositions Générales Du CO**, Neuchâtel, Editions et Calendes, 1973, s. 463; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**, Güncellenip Genişletilmiş 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 1498; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, yayına hazırlayan: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, 8. bs., İstanbul, On İki Levha, 2022, §17 N. 3; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No: 15, 1992, s. 15; Halil Akkanat, “İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 7, 8; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2020, N. 1396; Işık Nazikioğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **AÜHFD**, C. VIII, S. 1, 1951, s. 663.

olmayacağından, borçlunun kısmi temerrüdünde borcun bir kısmı zaman açısından gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır².

Alacaklı, TBK m. 84 hükmü uyarınca kural olarak kısmi ifayı kabul zorunda olmadığından, borçlunun kısmi ifa teklifini reddederek onu borcun tümü için temerrüde düşürebilir. Borçlunun kısmi temerrüdü, taraflar arasındaki sözleşme veya dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklının kısmi ifayı kabul zorunda olduğu durumlar ile böyle bir zorunluluk bulunmadığı halde alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği durumlarda söz konusu olur. Borçlunun kısmi temerrüdü, niteliği gereği, bölünebilir edimlere sahip ani edimli borçlarda söz konusu olur. Gerçek anlamda kısmi ifa ve kısmi temerrüt, ani edimli borç ilişkilerinde veya dönemli edimli borç ilişkilerinde, her bir edim bakımından edimin maddi varlığındaki bir eksikliği ifade ettiğinden, sürekli borç ilişkilerinde ifanın vaktinden önce kesilmesi kısmi temerrüdün varlığını gerektirmemekte, sadece ileriye etkili fesih ve tazminat haklarının doğumuna yol açmaktadır³. İfasına başlanmış sürekli borç ilişkisinde kısmi ifanın anlamı zaman bakımından söz konusu olduğu için, ifanın belirli bir süre devam etmesi gerekirken erken kesilmesi demek olup, gerçek anlamda kısmi temerrüde yol açmaz⁴.

Bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi sayılabilmesi için, asli borçlardan en az birinin sürekli edimi gerektirmesi lazımdır. Sürekli edim ise; borçlunun borcunu zaman içinde ve aralıksız, yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde söz konusu olur. Alacaklının edime olan yararının gerçekleşmesi, zaman içinde sürekli olmalıdır. Alacaklının menfaati doğrultusunda yorum yapılması gerekir; zira, korunması gereken esas öncelikli menfaat onunkidir. Bu doğrultuda, kısmi temerrüdün sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olamayacağı aşîkârdır; çünkü alacaklının menfaati zaman içinde sürekli olarak sağlanmaktadır; bu hususta kısmi temerrüde yol açabilecek bir noksanlık olması ya da bir anlığına bile bir kesinti yapılması mümkün değildir; aksi

² Ambroise Colin, Henri Capitant, **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**, Tome Deuxième, Dixième Édition, Paris, Librairie Dalloz, 1948, s. 111 §150; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 903; Barlas, **a.g.e.**, s. 15; Akkanat, **a.g.m.**, s. 7; Haydar Elgin, “Borçlunun Temerrüdü ve Şartları”, **AD**, S.3, 1986, s. 10.

³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1737.

⁴ Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 43.

durum zaten borçlunun temerrüdüne yol açacaktır. Alacaklının menfaatinin, sürekli bir borcun gerçekleşmesine yönelik olmadığı, bilakis kendi ediminin süreklilik arz ettiği durumda da sonuç değişmeyecektir; çünkü asli edimlerden birisinin sürekli nitelik taşıması borç ilişkisinin sürekli nitelikte kabul edilebilmesi için yeterlidir. Sonuç olarak, doğası itibarıyla, ifasına başlanmış sürekli edimde kısmi temerrüt söz konusu olamaz⁵.

Kural olarak, kısmi temerrüdün sonuçları ifa edilmemiş kısım hakkında geçerli olacak ise de, kısmi ifa etmeme ile sözleşmenin amacı tehdit ediliyorsa, alacaklı sözleşmenin tamamına etkili olacak şekilde hareket edebilir⁶.

2. Borçlu Temerrüdü Kavramı ve Kısmi Temerrüt

Borçlunun kısmi temerrüdünü incelemeye geçmeden önce borçlu temerrüdü kavramını ele almak gerekir. Borçlu temerrüdü, borç ilişkisine has bir kavramdır. Borç ilişkisi, bilindiği üzere dar anlamda, taraflardan en az birinin diğerine karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün kaynağını, geniş anlamda ise taraflar arasındaki çeşitli borçların kaynağını oluşturan, taraflar arasında kurulan hukuki bağı ifade etmektedir⁷. Borç ilişkisi sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Bu hukuki bağın en doğal ve en temel amacı “ifa”dır. İfa, kanunen veya bir hukuki işlem gereği borçlanılan ve borcun konusu olan edimin, borçlu veya üçüncü kişi tarafından, tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmek suretiyle alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir⁸. Edim, alacaklının borçludan isteyebileceği, borçlunun da alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu davranıştır. Esasında edim, belirli bir alacaklıya ve ifa amacına (**causa solvendi**) yönelik bilinçli, amaçlı bir kazandırma değildir. İfa veya ifa yerini tutan olguların gerçekleşmesiyle borç ilişkisi sona

⁵ Bkz.: a.g. s. 20.

⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 57.

⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 10; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 3; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. bs., Ankara, Yetkin, 2021, N. 1; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 5; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 5; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**: İkinci Kitap, Ankara, 1973, s. 3.

⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 785; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 758; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 7.

erer⁹. İfa sayesinde ki, alacaklı hak ettiği edim alacağına kavuşur ve borçlu da yüklenmiş olduğu edim yükümlülüğünden kurtulur ve borç sona erer¹⁰.

Bir edimin ifa sayılabilmesi, ifanın borcu sona erdirmeye fonksiyonunu yerine getirebilmesi anlamına da gelmektedir, zira ifa borç ilişkisinin normal, taraflarca beklenen ve umulan sona erme sebebidir¹¹. Yerine getirilen edimin konu, yer, miktar, zaman ve kişi öğeleri olan ifa unsurları bakımından borca uygun olması ve borçlanılmış edimle örtüşmesi yani borcun gereği gibi ifa edilmesi gerekmektedir¹².

Pacta sunt servanda yani ahde vefa ilkesi borcunun sözleşmeyle üstlenilmiş olduğu borcu yerine getirme gerekliliğini sağlar. Ancak, taraflar her ne kadar bu ilke ile bağlı olsalar dahi, yüklenmiş oldukları edimleri yerine getirmekten kaçınabilir ve böylelikle borç ilişkisinin amacına ulaşmasını engellemiş olurlar.

Türk Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesi üst kavramında ele alınan tüm bu haller, borcun ifa edilmemesi, borca aykırılık veya sözleşmenin ihlâli olarak ifade edilmektedir. İster kanundan ister hukuki işlemde kaynaklansın borcun yerine getirilmediği her durumda ifa etmeme söz konusu olur¹³.

Borcun ifa edilmemesinin tanımlanması doktrinde farklı görüşlere konu olmaktadır. Bir görüşe göre, ifanın yerine getirilmesi mümkün ve gerekli iken; borcunun, üstlendiği edimi anlaşılmaya uygun şekilde, öngörülen zamanda ve yerde yerine getirmemesi borcun ifa edilmemesi anlamına gelmektedir¹⁴.

⁹ Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **MÜHFAD**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. bs., İstanbul, 2012, s. 313.

¹⁰ Henri Bovay, “Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, **İÜHF**, C. XII, S. 2-3, 1946, s. 786; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 785; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 8.

¹¹ İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1977, s. 263.

¹² Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 9; Eren, **a.g.e.**, N. 2793.

¹³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 851.

¹⁴ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 268.

Diğer bir görüş borcun ifa edilmemesinin üç durumda ortaya çıkabileceğini kabul eder¹⁵. İlk olasılık, önceden doğmuş bir borçta, borçlunun borçlanmış olduğu edimi kendi kusuruyla imkânsız hale getirmesi nedeniyle ifayı hiç yerine getirmemiş olmasıdır. İkinci olasılık; borcun ifası mümkün ve zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlunun borcunu ifa etmemiş olmasıdır. Son olasılık ise, borçlunun borcunu kötü ifa etmiş olmasıdır. Bu üç durumu borcun tüm olarak ifa edilmemesi, eksik olarak ifa edilmesi ve gecikmiş olarak ifa edilmesi olarak da ifade eden yazarlar da vardır¹⁶.

Borcun ifa edilmemesi ile hiç ifa edilmeme ve gereği gibi ifa edilmemiş yani kötü ifa edilmiş olmak üzere iki durumda karşılaşılabileceğini ileri süren başka bir görüş de bulunmaktadır¹⁷.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ayırımı yapılmasına gerek olmadığını ileri süren diğer görüşe göre; borcun ifa edilmemesi iki durumda ortaya çıkabilir. Bu durumlardan ilki; borçlunun serbest iradesi ile borcu yerine getirmemesi halidir, ikincisi ise borçlunun tamamen iradesi dışında gerçekleşen ve borcunu ihlâl etmesine kaçınılmaz olarak sebep olan mücbir sebeplerin varlığı nedeniyle borcunu yerine getirmemesi halidir. Bu görüşe göre; ifa unsurları olan konu, yer, zaman ve kişi unsurları arasında hiçbir fark bulunmadığı gibi, bunlarda ihlâllerin derecesi eşittir. Borçlunun bu ifa unsurlarından herhangi birine aykırı davranmış olması tek başına borcun ifa edilmemesi anlamına gelir¹⁸.

Bu görüş doğrultusunda; borçlunun serbest iradesi sonucunda borcun ifa edilmemesi ile edimin objektif olarak imkânsız olması nedeniyle borcun ifa edilmemesi kavramlarının, borcun ifa edilmemesi üst kavramını tamamen kapsadığından bahisle temerrüt kavramına ihtiyaç olmadığı ve hatta kanunlardan çıkartılması önerisi dahi ileri sürülmüştür¹⁹.

¹⁵ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 851; Eren, **a.g.e.**, N. 3223; Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku, C. I**, Güncellenmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2013, s. 59.

¹⁶ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1194.

¹⁸ Théo Guhl, **Le Droit Fédéral des Obligations**, Traduit de l'allemand par René Des Gouttes, Zurich, 1947; s. 169; Tercier, **a.g.e.**, §1165; Bovay, **a.g.m.**, s. 787.

¹⁹ Bovay, **a.g.m.**, s. 803.

Borçlu temerrüdü de ifanın zaman unsuruna aykırılık sebebiyle bir ifa etmeme hali olup, zamanında tamamen veya kısmen ifa edilmeyen edim hakkında temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Görülmektedir ki, kanun koyucu tarafından zaman unsurunun diğer unsurlara nazaran daha fazla ağırlığı olduğu kabul edilmiş ve borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hüküm olan TBK m. 112 düzenlemesinin yanı sıra temerrüt hali için özel hüküm ve sonuçlar öngörülmüştür²⁰. Her ne kadar borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluk kurallarının ayrıntısından başka bir şey olmadığı da ileri sürülmekte²¹ ise bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira temerrüt zaman unsurunun esas olduğu ve kendine has nitelikli bir ifa edilmeme hali olduğundan hali hazırda kanun koyucu tarafından da özel olarak düzenlenme gerekliliği ihtiyacı gözetilen bir kavramdır. Zaman unsurunun böylesi ağırlığı bulunmakta iken, uygulamada da sıklıkla karşılaşılan kısmi temerrüt haline ilişkin de açık bir hükmün düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Her ifada gecikme, temerrüt haline yol açmamaktadır. İfa için öngörülen süreç, borcun gerçekleştirilebileceği yegâne zaman dilimi ise bu sürecin sona ermesi halinde borcun ifası imkânsız hale gelir. Bu durumda borçlu temerrüdü hükümleri değil imkânsızlık hükümleri uygulanır. Eğer ifa gecikmiş olmasına karşın, hâlâ mümkün ise, bu durumda diğer şartların olması halinde borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır. İfanın tamamının gerçekleşmesinde meydana gelen bu gecikme, meşrulaştırılmamış bir gecikme olmalıdır²². Başka bir ifadeyle, ifanın gecikmesi ya da reddi borçlunun def' isiyle ya da itirazı ile gerekçelendirilmiş ise kısmi temerrüt gerçekleşmeyecektir²³. Borçlunun bir ertelemeden yararlanması veya alacaklının kendi üzerine düşen hazırlık hareketlerini yapmaması buna örnek olarak gösterilebilir.

²⁰ Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 14. basıdan tıpkı 15. bs., İstanbul, Filiz, 2020, s. 145.

²¹ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011, s. 69.

²² CR-Luc, Thévenoz, **Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Ar. 1-529 CO**, Edité par Luc Thévenoz et Franz Werro, 2ème éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, (CR-Thévenoz), Art. 102, N. 13; Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 112 §151; Sylvie Chavanne, **Le Retard Dans L'exécution Des Travaux de Construction: Selon Le Code des Obligations et La Norme SIA 118**, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 47 §76, 54 §108, 56.

²³ Bkz.: aş. s. 145 vd.

Borçlunun temerrüdü ve borçlunun kısmi temerrüdü kavramları, borcun ifa edilmemesi üst başlığında ele alınırken, alt başlığın ne olacağı hususunda doktrinde bir fikir birliği yoktur. Fikir ayrılığı temelde, alt başlığın “borcun hiç ifa edilmemesi” ya da “gereği gibi ifa edilmemesi” olması gerektiği noktasında bulunur. Borcun hiç ifa edilmemesi, hem borcun ifasının mümkün olduğu halde ifa edilmemesi durumunda, hem de borcun ifasının imkânsız hale geldiği durumlarda söz konusu olabilecektir²⁴. “Borcun hiç ifa edilmemesi” alt başlığının kullanılması gerektiğini savunan yazarlar da farklı gerekçelere dayandıkları için kendi aralarında iki farklı görüş uyarınca yorum yapmaktadır. Bu doğrultuda savunulan ilk görüş uyarınca; borçlu sözleşme ile kendisine en ince ayrıntısına kadar belirlenmiş olan yolu, alacaklının menfaatine uygun olarak takip etmediği ve bu nedenle ifa zamanına aykırı davrandığı bu durumda borç ifa edilmemiştir²⁵. Bu doğrultuda savunulan diğer görüşe göre ise; ifa zamanı geçmesine rağmen borçlunun borcunu ifa etmemekte ısrarcı olması üzerine, TBK m.125/f.2 hükmü gereğince alacaklının aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanması halinde, borçlunun borcunu aynen ifasından artık söz etmek mümkün olmayacağından, borçlu temerrüdü “borcun hiç ifa edilmemesi” kapsamında değerlendirilmelidir²⁶.

Diğer görüşe göre ise borçlu zamanında ifa etmediği, ifası mümkün olan borcunu daha sonra ifa ederse, borç ifa edilmiş olmasına rağmen “gereği gibi ifa edilmemiş” olacaktır. Diğer ifa unsurları olan miktar, nitelik, yer unsurlarından herhangi birine aykırı olarak gerçekleştirilen ifa da borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucuna yol açar²⁷. Fark, alacaklının, borca uygun olmayarak arz edilen bu ifayı kabule mecbur değil iken; ancak gecikmiş bir ifayı kabule kural olarak mecbur

²⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1195.

²⁵ Bovay, **a.g.m.**, s. 786; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, N. 4464.

²⁶ Eren, **a.g.e.**, N. 3398. Bununla birlikte Eren Borçlar Hukuku Şerhinde, borçlu temerrüdünün zaman yönünden ifa etmeme anlamını taşıdığı ve niteliği gereği burada geçici bir duruma işaret ettiği ifade edilmektedir. Zira temerrüt gerçekleştikten sonra ya ifa gerçekleşecektir (temerrüt faizi veya gecikme tazminatı ödenmesi ile birlikte) ya da kesin olarak ifa gerçekleşmeyecektir. Fikret Eren, Ünal Dönmez, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III**, m. 83 – 206, Ankara, Yetkin, 2022, Madde 117 N. 3

²⁷ Eren, **a.g.e.**, N. 3273.

olmasındadır²⁸. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa unsurlarından herhangi birine aykırılık halinde söz konusu olacak iken, dar anlamda gereği gibi ifa etmeme daha teknik bir ifade olup, kötü ifa anlamı taşımakta ve ifası gerçekleşen edimin borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmamasını ve borçlanılan yan yükümlülüklerinden birini ihlâl etmesini kapsamaktadır²⁹. Nitelik olarak borçlu temerrüdü geçici bir haldir; ifasında gecikilen edimin ifası mümkün olduğu durumda, borçlu borcunu ifa zamanından sonra dahi ifa ettiğinde, borç ifa edilmiş olmasına rağmen gecikme olgusu varlığını yitirmeyecektir; bu nedenle “zaman unsuruna aykırılık” sebebiyle borç gereği gibi ifa edilmemiş olacağı için³⁰, borçlu temerrüdü geniş anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamındadır³¹.

TBK “borçların ifa edilmemesi” başlığı altında, borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmemesini özellikle ayırım yaparak ele almıştır. İfa edilmemenin bir alt başlığı olarak ise borçlu temerrüdünü ayrıca düzenlemiştir. Esasında kanun koyucunun tercihi tartışmaları bertaraf edecek niteliktedir; borçlu temerrüdü de aslında tarafların sözleşmeyi akdetme amaçlarına ve gözettikleri menfaat dengelerine aykırı davranışları, verdikleri sözlerin tutulmaması ile ahde vefaya uyulmaması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiillerden borca aykırılığın³² bir türü olarak kabul görmektedir.

Borçlar Kanunu’nun sistematığına bakıldığında; borçlu temerrüdü kavramı nitelikli borca aykırılık olarak kabul edildiği için³³, borcun hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi ayırımına tâbi tutulmadan özel olarak düzenlendiği görülmektedir. “İfa Etmeme” başlığı, çatısı altında “borcun hiç ifa edilmemesi” ve

²⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1196.

²⁹ Eren, **a.g.e.**, N. 3274, 3275.

³⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1196; Mütemerrit borçlunun borçlandığı edimi daha sonra yapacağı tercih doğrultusunda ya ifa edeceği ya da kesin olarak ifa etmeyeceği için bunun geçici bir durumu ifade etmesi hususunda bkz.: Eren, **a.g.e.**, N. 3398; Barlas, **a.g.e.**, s. 15.

³¹ Halûk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat, 2010, s. 398; Temerrüdün salt bir ifa etmeme durumu olduğu yönünde bkz.: Bovay, **a.g.m.**, s. 790.

³² Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, Beta, 2014, s. 158.

³³ Belen, **a.g.e.**, s. 256.

“edime uygun ifa edilmemesi” arasındaki her durumu kapsamına almaktadır³⁴. Her iki kavramı bünyesinde bulundurma potansiyeline sahip olan ve borcun nitelikli ihlâlini oluşturan temerrüdün özellik arz ettiği nokta; borçlunun ifa zamanında borcunu yerine getirmemesi sebebiyle borcun hiç ifa edilmemesi sayılması ile birlikte borçlunun temerrüde düştükten sonraki bir zamanda ifanın yerine getirilmesi halinde de borcun gereği gibi ifa edilmemesi olarak kabul edilebilmesidir.

2.1. Borçlu Temerrüdünün Tanımı

Temerrüt kelimesi; Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğü’ ne göre; Arapça kökenli bir kelime olup dik kafalılık, kafa tutma, direnme, ek faiz ödememe durumu, herhangi bir sebebe dayanmaksızın borcu ödememekte direnme, direnime anlamlarına gelmektedir³⁵. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgata göre dikbaşlılık, inat, direnme, bir borcun geç ödenmesi anlamlarına gelmektedir³⁶. Bir başka sözlük karşı durma, dik gelme, inat anlamına geldiğini yazmaktadır³⁷. Her ne kadar Arapça kökenli bir sözcük olsa da temerrüt kurumunun temeli Roma hukukuna dayanmaktadır³⁸. Roma hukukunda **mora** olarak ifade edilen temerrüt kurumu³⁹, hem alacaklı hem borçlu için sorumluluk doğuran bir kavramdır⁴⁰. Genellikle temerrüt kavramının tanımının ve açıklamasının yapılmasının imkânsız olduğu ileri

³⁴ Belen, **a.g.e.**, s. 254.

³⁵ **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi), <https://sozluk.gov.tr/>

³⁶ Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 21. bs., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2004, s.1073.

³⁷ Mustafa Nihat Özön, **Büyük- Osmanlıca Türkçe Sözlük**, 6. bs., İstanbul, 1979.

³⁸ Mahmut Kizir, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 23.

³⁹ “Mora” kelimesinin gecikme anlamını taşımakla birlikte, gecikmenin resmen tespit edilmesini ifade ettiği hususunda bkz.: Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, **Les Obligations**, 2ème éd., Paris, Defrénois, 2005, N. 973; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, **Droit Civil, Les Obligations**, 9ème éd., Paris, Dalloz, 2005, N. 1079; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour, Éric Savaux, **Les Obligations, 3. Le Rapport d’Obligation**, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 2004, N. 154.

⁴⁰ Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi Yayın No: 95, 1975, s. 12. Colin, Capitant her ne kadar mora kelimesi ile ifade edilse bile, temerrüdün aynı anlama gelmediğini, her ifade gecikenin temerrüde düşmüş olmayacağını, temerrüdün gecikmenin resmen tespit edilmes olduğunu ifade etmektedir. Bu tespit alacaklının ihtarından, sözleşmeden ya da kanun tarafından kaynaklanması bir fark yaratmamaktadır. Bkz.: Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 112, §151.

sürülmektedir⁴¹. Roma hukukunda, temerrüdün hukuki bir olay olmasından ziyade fiili bir durum olduğu dahi ileri sürülmüştür⁴². Bazı yazarlar bu kavramı tanımlamaya çalışmış ve bu doğrultuda borcun alacaklı veya borçlu taraflardan birinden kaynaklanan bir sebeple borcun yerine getirilmemesi, sorumluluk doğurucu bir gecikme, alacaklının ihtarına rağmen borçlunun geçerli ve muaccel borcunu ifa etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan kusur hali olarak ifade etmişlerdir⁴³. Borçlu borcunu zamanında ifa etmediği için sorumlu iken, alacaklı da haklı bir sebep olmaksızın kendisine sunulan edimi reddettiği için sorumlu olmaktadır. Bu nedenle de her iki temerrüt hali birbirinin ikizi olarak değerlendirilmiştir⁴⁴.

Hukuki olarak temerrüt, alacaklının alacağını almamakta veya borçlunun borcunu yerine getirmemekte direnmesi olarak ifade edilmektedir.

Borçlu temerrüdü için doktrinde yapılan en yalın tanım, sadece kanun metninin lafzının benimsenmesi doğrultusunda yapılan tanım olup; muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarına rağmen borcunu ifa etmemesi halinde temerrüt haline girmiş olacağıdır⁴⁵.

Hukuki olarak temerrüt, borçlunun borcunu ödememekte veya alacaklının alacağını almakta direnmesi olarak da ifade edilmektedir⁴⁶. Esasen, borç ilişkisinin

⁴¹ İnan, **a.g.e.**, s. 484; Ferit H.Saymen Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku: I, Umumi Hükümler, C. 2**, İstanbul, Filiz, 1958, s. 733; Talih Uyar, “Temerrüt Faizinin İcra Hukukunda Yarattığı İhtilâflar”, **ABD**, S. 2, 1971, s. 222; Bovay, **a.g.e.**, s. 767, Kadir Arıcı, “İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü Halinde Alacaklının İhtar ve Munzam Mehil Mükellefiyeti”, **AD**, Y. 73, S. 5, s. 911.

⁴² Bovay, **a.g.e.**, s. 768.

⁴³ Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 12. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2021, s. 158; Önen, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁴ Mehmet Üçer, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 1.

⁴⁵ Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 262; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Pierre Tercier, **La Partie Générale du Droit Des Obligations (Sans La Responsabilité Civile)**, Tome II, 2ème éd., Zurich, Schulthess, 1982, N. 1690; Marcel Laborde-Lacoste, **Précis Élémentaire de Droit Civil**, Tome Second, Deuxième Année de Capacité, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1948; s. 194 §638; René Demogue, **Traité des Obligations En Générale, II Effets des Obligations**, Tome VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, s. 250 §231; Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 111.

⁴⁶ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 4. bs., Ankara, Yetkin, 1992, s. 899.

amacına ulaşmasını engelleyen hangi taraf ise, ona göre borçlu temerrüdü veya alacaklı temerrüdü söz konusu olmaktadır.

Mevzuat incelendiğinde kanun koyucu tarafından temerrüdün açık bir tanımının yapılmadığı, temerrüt kavramının tanımlanmasını, içtihat ve doktrine bıraktığı görülmektedir. Çalışma kapsamı doğrultusunda bakıldığında; borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenlemeler içeren TBK m. 117-126 hükümlerinin ne borçlu temerrüdüne ne de kısmi temerrüde ilişkin bir tarif içerdiği, yalnızca temerrüdün oluşum koşulları ile temerrüde bağlanan hüküm ve sonuçları düzenlediği tespit edilmektedir.

Bu kapsamda Yargıtay borçlu temerrüdünün kanuni tanımı olmadığından yola çıkarak, borçlu temerrüdünü, ifası mümkün bir borcun borçlu tarafından yasal bir engel bulunmamasına rağmen zamanında ifa edilmemesi olarak tanımlamaktadır. Yargıtay içtihatlarına göre; açık ve net bir tanım yapılmamasına rağmen temerrüdün gerçekleşebilmesi için gereken şartlar belirtilmektedir; buna göre, borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, edimin ifasının mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve alacaklının borçluya uygun bir ihtarına ek olarak alacaklının temerrüt halinde olmaması ve borçlunun kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürmemiş olması gerekmektedir⁴⁷.

Doktrinde yer alan tanımlar, mevzuatta yer alan ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş olan temerrüdün oluşma şartlarından yola çıkılarak yapılmaktadır.

Borçlu temerrüdü en temel olarak, kanundaki metnin lafzı benimsenmek yoluyla, muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarına rağmen borcunu ifa etmemesi halinde temerrüde düşeceği belirtilerek ifade edilmektedir⁴⁸.

Kanunun lafzında yer alan muacceliyet ve ihtardan başka, ifanın mümkün olması şartının da eklendiği farklı bir tanım daha yapılmıştır. Buna göre; borçlu temerrüdü, objektif bakımdan ifası mümkün bir borcu, ifa etmesi gereken zamanda

⁴⁷ Yargıtay HGK., 23.06.2010 tarihli, E. 2010/19-255, K. 2010/347 sayılı kararı, (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**); Yargıtay HGK., 28.09.2011 tarihli, E. 2011/19-498, K. 2011/572 sayılı kararı, (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

⁴⁸ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 252; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 4467.

borçlunun kendiliğinden yerine getirmemesi ve akabinde alacaklının ihtarına rağmen edimi ifa etmemekte direnmesini ifade etmektedir⁴⁹.

Bovay tarafından yapılmış olan tanım ve ona yöneltilen eleştiriler borçlu temerrüdü kavramının ifadesinde önemli rol oynamaktadır. Bovay temerrüdü “herhangi bir edim nedeniyle, kanunun emrettiği davranışı, kararlaştırılan anda göstermeyen borçlunun, özel bir sorumluluk hali” olarak tanımlamıştır⁵⁰. Bovay, aynı zamanda borçlu temerrüdünün, borcun ifa edilmemesi ile aynı olduğu sonucuna varmıştır⁵¹. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar olmakla birlikte⁵², çoğunluk bu görüşü, kavramın çok geniş tutulduğu ve ifa etmeme ile aynı olarak kabul edildiği için haklı olarak eleştirmiştir. Zira borcun her ifa edilmeme hali, borçlu temerrüdü halini oluşturmamaktadır. Borçlunun kusuru nedeniyle ifanın imkânsız hale gelmesi ve kötü ifa halleri temerrüt olarak kabul edilemez⁵³.

Borcun ifa edilmemesi hallerinden biri olduğundan yola çıkılarak yapılan bazı tanımlarda, borçlu temerrüdüne neden olan “ihlâlin”, borçlunun yüklenilen edimi taahhüt ettiği zamanında yerine getirmediğinde, ifada gecikmek suretiyle ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁵⁴. Ancak “*ifa zamanının sonradan ifada bulunmayı imkânsız kılacak kadar önemli bir unsur olmaması halinde*” ifanın gecikmesinin borçluyu mütemerrit kılacağını kabul eden bir görüş de mevcuttur⁵⁵. Katıldığımız görüş uyarınca, ifa zamanında gecikme, borçlu temerrüdünün ilk aşaması olup, temerrüdün

⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 398; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 237; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N.3, Aybay, **a.g.e.**, s. 135, 145; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 271; Çiğdem Mine Yılmaz, **Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 140.

⁵⁰ Bovay, **a.g.e.**, s. 804.

⁵¹ Bovay, **a.g.e.**, s. 790.

⁵² Halil Arslanlı, **Ticari Bey: I. Cild, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa**, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s.329 ; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 735.

⁵³ Hugo Oser, Wilhelm Schöenberger, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım**, çev. Recai Seçkin, Şerhin 2. Basısının Tercümesi, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1950, Art. 74 N.1; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 469, 470; Necmeddin Feyzi Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 192; Akkanat, **a.g.m.**, s. 3, 4.

⁵⁴ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1691; Demogue, **a.g.e.**, s. 250 §231; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 903; Kemalettin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1290, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 497; Eren, **a.g.e.**, N. 3397, 3430; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 662.

⁵⁵ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 749.

gerçekleşmesi için yeterli değildir. Kanun metninde de yer aldığı üzere muacceliyet ve ihtar şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysa doktrin bu şartlara ek olarak borcun ifasının mümkün olması ve alacaklının ifayı kabule hazır olmasını da şart olarak kabul etmektedir⁵⁶. Bu nedenledir ki borçlu temerrüdü, borçlunun ifada nitelikli bir gecikmesi ya da borçlunun borcu ifa etmemede nitelikli bir direnimini ifade eder⁵⁷. Borcun ifasının geciktirilmesinden kaynaklanan sözleşmenin özel ve önemli bir ihlâli söz konusu olup⁵⁸, borcun ifasının normal ve beklenen amacının gerçekleşmesi imkânsız olmamakla birlikte; bu amaç borçlu tarafından tehlikeye düşürülmektedir. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, her ne kadar ifa zamanı geçtikten sonra borcun içeriğine uygun bir ifa gerçekleştirilse bile, artık bu sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir⁵⁹.

Başka bir açıdan ifa zamanının önemine bakılacak olursa, salt zamanında ifanın gerçekleştirilmemiş olması unsurunun, borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesini tanımlamaya yeterli olmadığı tespit edilir. Şöyle ki, borçlu taahhüt ettiği zamanda ifa etmediğinde, ifanın diğer unsurlarına da aykırı davranmış olabilir⁶⁰; başka bir olasılık da borçlunun ifanın diğer unsurlarına aykırı davranışının ifa zamanını kaçırmasına sebep olabilmesidir. Daha somutlaştırılacak olursa, edimin alacaklı yerine başka birine ifa edilmiş olması, edimin ifa yerinden başka yerde yerine getirilmek istenmiş olması ve alacaklının bunu kabul etmemiş olması, miktar veya nitelik olarak kararlaştırılana uygun olmayan ifayı alacaklının reddetmiş olması, borçlunun kararlaştırılan edimden başkasını ifa etmesi halinde aliud ifayı alacaklının kabul etmemesi, borçlunun bizzat ifa ile yükümlü olduğu durumlarda alacaklının üçüncü kişi tarafından yapılan ifayı

⁵⁶ Andreas von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, Traduit de l'Allemand par Maurice de Taurerenté, Emile Thilo, Second Volume, Lausanne, Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1931, s. 532, 553; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 479; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 903-904; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 912; Barlas, **a.g.e.**, s. 15; Akkanat, **a.g.m.**, s. 2, 6.

⁵⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1498; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 3.

⁵⁸ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. I-II**, çev. Cevat Edege, 2. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, 1983, s. 605.

⁵⁹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 911.

⁶⁰ Bovay, **a.g.m.**, s. 788.

kabul etmemesi hallerinde, borçlu edimi zamanında ifa etmiş olmayacağı için alacaklı borçluyu temerrüde düşürebilecektir⁶¹.

Bovay'ın temerrüdü bir sorumluluk hali olarak kabul etmesi de doktrinde eleştirilere yol açmıştır. Bovay'ı haklı bulan görüşe göre, temerrüt, borcun kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi sebebiyle gerçekleşen sorumluluk halidir⁶². Katıldığımız diğer görüşe göre; sorumluluk hali, borçluluğu ifade etmektedir, borçlu temerrüdünde bu sonucun ortaya çıkabilmesi için temerrütten başka şartların (örneğin zarar ve kusur) varlığı gerektiğinden burada bir sorumluluk hali değil, sorumluluk sebebinden söz etmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, mütemerrit borçlunun tazminatla yükümlü olabilmesi için temerrüt nedeniyle ortaya çıkmış bir zararın varlığı gerekmektedir. Ancak bu zararın doğması ile sorumluluk hali olarak nitelendirilecek durum ortaya çıkacaktır⁶³. Bu nedenle de temerrüt, borçlunun ifa etmekten kaçınma imkânı olmadığı, muaccel ve mümkün olan edimini taahhüt ettiği zamanında yerine getirmemesi durumunda, belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen bir sorumluluk nedenidir⁶⁴. TBK m. 117 vd. düzenlemeleri incelendiğinde bu görüşün esas alındığı görülmektedir.

Sonuç olarak, yasal veya doktrinel bir kavramsal tarifi bulunmayan borçlunun kısmi temerrüdü tanımının, ifa zamanında tamamının ifası mümkün olmakla birlikte, hukuken geçerli olarak kısmen ifa edilmiş, muaccel bir borcun ifa edilmemiş kısmının ifasında yaşanan gecikme durumu olarak yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Kısmi temerrüdün hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekliliğinin varlığı, borcun ifasında nitelikli bir gecikme hali niteliğini haiz olması sonucuna yol açmaktadır.

⁶¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 399, 400; Eren, **a.g.e.**, N. 3274; Aral, **a.g.e.**, s. 75.

⁶² Bovay, **a.g.m.**, s. 804; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 904; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 735; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 60; Aral, **a.g.e.**, s. 72.

⁶³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 911, dn. 2.

⁶⁴ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 911; Barlas, **a.g.e.**, s. 15. “...borçlu temerrüdü; borçlunun ifa etmekten kaçınmayacağı muaccel edimi zamanında yerine getirmeyerek ifada gecikmesi ve borcun ifasının hala mümkün bulunması durumunda belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen bir sorumluluk nedenidir.”, Yargıtay HGK., 18.02.2004 tarihli, E. 2004/10-104, K. 2004/94 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2.2. Borç Türleri Açısından Kısmi Temerrüt

Temerrüt kavramının temelinde ifa olduğu için ve ifa, borçlanılan her türlü edimin yerine getirilmesi⁶⁵ anlamına geldiğinden, hangi edimlerin ifasında gecikme halinde temerrüt hükümlerinin uygulanacağını tespiti önem taşımaktadır. Bu hususta açıklamalar üç belirli ayırım altında yapılacaktır. Bu ayırımların bu sırada açıklanmasının amacı, işin doğası gereği sahip olduğu önem sırasına göre incelemeye konu edilmek istenmesidir. Temerrüt kavramının varlığı için bir sözleşme temelinden incelenmeye başlandığında, öncelikli olarak ihlâl konusunun asli edim yükümlülüğü mü, yan yüküm mü olduğuna bakılır; eğer yan yüküm ihlâli söz konusu ise diğer ayırımlara göre inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır.

2.2.1. Kısmi Temerrüde Konu Olabilmesi Bakımından Edim Yükümlülüğü ile Yan Yüküm Farkı

Bir borcun kısmi temerrüde konu olabilmesi bakımından yapılacak ilk tespit, bunun bir edim yükümlülüğü mü yoksa bir yan yüküm mü olduğudur. Eğer bir edim yükümlülüğü söz konusu ise kısmi temerrüde konu olabilecek, bir yan yüküm ise kısmi temerrüde konu olamayacaktır. Bu fark, yerine getirilmesi istenen davranışın bağımsız karaktere sahip olup olmamasından kaynaklanmaktadır. Kaynağını dürüstlük kuralından alan yan yükümler bağımsız bir varlığı bulunmadığı için temerrüde konu olamayacakları kabul edilmektedir⁶⁶. Bu kabulün sonucunda, alacaklı yan yükümü ihlâl etmiş olsa bile alacaklı temerrüdü gerçekleşmeyeceği için asli edim yükümlülüğünü ihlâl eden borçluya karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir⁶⁷.

⁶⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 783; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N.3.

⁶⁶ **CR-Thévenoz**, Art. 107, N. 6; Eren, **a.g.e.**, N. 3400; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 6; Hamdi Tamer İnal, **Borç Aykırılık Dönme ve Fesih**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 378. “... temerrüt edim yükümlerinin (asli ve yan edim) ifasındaki gecikmede söz konusu olur. Buna karşılık yan (özen) yükümlerinde temerrüt söz konusu olmaz. Zira yan yükümlerinin bağımsız varlığı bulunmadığı gibi dava yoluyla ifalarının talep edilmesi de mümkün değildir. Bunların ifalarında gecikme temerrüde değil koşulları varsa tazminat talebine olanak verir.”, Yargıtay HGK., 28.11.1990 tarihli, E. 1990/11-88, K. 1990/591 K. sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁶⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 35.

Hem asli edim yükümlülüğünün hem yan edim yükümlülüğünün ihlâli halinde temerrüt gerçekleşebilecektir.

Bir borç ilişkisinde borçlunun, alacaklının yararına gerçekleştirmekle sorumlu olduğu menfaat, edim olarak tanımlanmaktadır⁶⁸. Asli edim, borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan, sözleşmenin esaslı unsuru olan yükümlülük olup, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu edimdir⁶⁹. Asli edimler, borç ilişkisinin esaslı noktalarını oluşturduğundan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde synallagma ilişkisi kapsamında olan yükümlülüklerdir⁷⁰. Bu nedenle asli edim yükümlülüğünde anlaşmak sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir. Yan edim ise asli edimi tamamlayıcı ve işlevsel olarak ona bağlı olan ikincil nitelikte bir edimdir. Yan edim sözleşmede esaslı unsur teşkil etmediğinden sözleşmenin kurulmasını etkilememektedir⁷¹. Her ne kadar aralarında işlevsel bir bağlılık söz konusu olsa da yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak dava ve takip konusu olabilirler⁷². Bu özellikleri yan edimlerin de kısmi temerrüt konusu olabildiğini açıkça göstermektedir. Ancak yan edim yükümlülüğü ikinci dereceden edim yükümlülüğü olduğu için, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede yer alsa dahi borçlunun temerrüdü halinde, aynen ifadan vazgeçip tazminat veya sözleşmeden dönme talebine konu olamayacağı hususu⁷³ kısmi temerrüdün varlığı halinde de kabul edilmelidir. Bu durumda, aynen ifa mümkün ise

⁶⁸ İnal, **a.g.e.**, s. 59.

⁶⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 15; İnan, **a.g.e.**, s. 299; Aral, **a.g.e.**, s. 34.

⁷⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 221; Aral, **a.g.e.**, s. 34.

⁷¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 223; İnal, **a.g.e.**, s. 310. “*Taraflar arasındaki sözleşmede ağırlıklı olan konu bilgisayar satımıdır. Bilgisayarda Tüketici Kanununun 4. maddesinde belirtilen açık veya gizli ayıp olduğu iddia ve ispat edilmediğine göre, yan edim olan internet hizmetinin verilmemesi akdin esaslı unsurlarından olmadığı için davacı sözleşmenin feshini değil, internet hizmetinin verilmediği tarihten itibaren, sözleşmede taahhüt edilen üç yıllık sürenin sonuna kadar böyle bir hizmetin temini için yapılması gerekli olan masrafların bedelini tazminat olarak isteyebilir.*”, Yargıtay 13. HD., 25.11.2002 tarihli, E. 2002/9489, K. 2002/12654 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁷² Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha, 2021, N. 61; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 6; Aral, **a.g.e.**, s. 36; İnal, **a.g.e.**, s. 363, 364.

⁷³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1742; k.g., Derya Ateş, **Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa**, İstanbul, Beta, 2021, s. 196. Ateş, yan edimlerin sözleşmede synallagma ilişkisine dâhil olduğu ölçüde bu seçimlik haklara başvurulmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı; eğer aynen ifa mümkün değil ise genel hüküm olan TBK m. 112 hükmü gereğince tazminat talep edebilecektir.

Bir borç ilişkisinde sadece asli edim ve yan edim yükümlülükleri bulunmamaktadır; kaynağını TMK m. 2, dürüstlük kuralından alan borç ilişkisinin amacına ulaşmasına yardımcı olan yan yükümler de doğar⁷⁴. Yan yükümler, ya alacaklının ifaya olan menfaatini koruma amacıyla var olmaktadır (koruma yükümleri), bu doğrultuda alacaklının şahıs ve malvarlığını korumaya yöneliktir ya da asli edimin tam ve doğru olarak ifa edilmesine hizmet etmektedir (ifaya yardımcı yan yükümler)⁷⁵. İfaya yardımcı yan yüküm gereğince borçlu yerine getirmeyi taahhüt etmiş olduğu edimi, tam ve doğru bir şekilde yerine getirmek için gerekli olan her şeyi yapmakla yükümlüdür⁷⁶. Bunun aksine davranışı kendi sorumluluğuna yol açacaktır. Yan yükümler asli edimlere bağımlıdır. Bu bağımlılığın sonucu yan yükümün tek başına ifanın sağlanmasını amaçlayan takip veya dava konusu olamamasıdır. Yan

⁷⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 228. “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir... Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.”, Yargıtay 9. HD., 16.10.2018 tarihli, E. 2015/24486, K. 2018/18464 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 61; İnal, **a.g.e.**, s. 374; Ernst A. Kramer, “Leistungsbezogene Nebenpflichten”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241**, München, 2007, s. 60-61, N. 19; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, Bern, 2006, s. 23, N. 82; Günther H. Roth, “Leistungssichernden Nebenpflichten”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241**, München 2007, s. 72-73, N.67; Gregor Bachmann, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241**, München 2019, N. 56; Wolfgang Wiegand, “Leistungsbegleitende” ve “Leistungsorientierte Nebenpflichten”, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Basel, 2011, Art. 97, s. 605, N. 33; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000, s. 243, N. 15; Bernhard Berger, **Allgemeines Schuldrecht**, Bern, 2008, s. 81, N. 224 (Özge Erbek Odabaşı, “Borç İlişkisinde Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül, 2020, s. 77 dn. 59’dan naklen).

⁷⁶ Aral, **a.g.e.**, s. 40; Ateş, **a.g.e.**, s. 198. “... asli edime yardımcı olan ve asli edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümler”, Yargıtay HGK., 06.05.1992 tarihli, E. 1992/13-213, K. 1992/315 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yükümün ihlâlinden zarar gören alacaklı, borçluya karşı sadece TBK m. 112 hükmü gereğince tazminat davası açabilecektir, aynen ifayı istemesi mümkün değildir⁷⁷.

2.2.2. Ani Edim veya Sürekli Edimin Varlığı Halinde Kısmi Temerrüt

Alacaklının edime olan çıkarının bir anda gerçekleşmesi veya bir süreye yayılması⁷⁸ ayırımı borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasında da farklılıklar gösterdiği için incelemeye değer görülmüştür. Kanun koyucu, borçlu temerrüdü hükümlerini düzenlerken, hem ani edimlerin hem sürekli edimlerin borçlu temerrüdü konusu olabileceğini kabul etmiş ve sürekli edimli borç ilişkilerinin yapısı gereği farklı hükümlerin uygulanması gerektiğinden ona ilişkin ayrı bir düzenleme getirmiştir. TBK m. 126 hükmü uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, mütemerrit borçluya karşı alacaklının sahip olduğu haklar; ifa ve gecikme tazminatı ile sözleşmeyi fesih ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini talep hakkıdır.

Zaman unsurunun belirleyici nitelik taşıyıp taşıyamaması, bir edimin ani veya sürekli edim olarak kabulünü belirler. Sürekli edimlerde zaman, sözleşmenin belirleyici unsurdur, borç ilişkisi devam ettiği sürece edim, her an kesintisiz olarak

⁷⁷ Eren, **a.g.e.**, N. 101, 3400; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 6; İnal, **a.g.e.**, s. 378, 379; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku**, 16. bs., İzmir, Dora, 2021, s. 169. Yan yükümlülüklerin ifaya bağımlı ve ifadan bağımsız olarak ikili ayırımı ve ifadan bağımsız yan yükümlülüklerin ayrı bir eda davasına konu olabileceği yönünde bkz.: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 61; Aral, **a.g.e.**, s. 42-43; Yargıtay yan yükümlerin bağımsız ifa davasına konu edilememesini edim yükümlülüklerine bağımlı olmasına değil, ortaya çıkan borcun başlangıçta belirli olmamasında dayandırmıştır. “*Yan yükümler (özen gösterme yükümleri diğer davranış yükümleri) ise asli edim yükümlerine bağlı yükümlerdir; Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yolcuları can ve mallarına zarar vermeden varacağı yere ulaştırmak gibi, Bu yükümlerin ihlali halinde ortaya çıkan borç belirli değildir: Bu nedenle alacaklı edim yükümlerinde olduğu gibi bunu bir eda davası açarak yerine getirilmesini isteyemez; ancak bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Çünkü tazminat alacağı belirli nitelikte değildir; ancak açılacak tazminat davası sonunda verilecek kararın kesinleşmesiyle halli olacaktır.*”, Yargıtay HGK., 28.11.1990 tarihli, E. 1990/11-88, K. 1990/591 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁷⁸ Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 7 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 38. Borçlunun faaliyetleri dikkate alınarak edimin sürekli olup olmadığının belirlenmesi gerektiği yönünde bkz.: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 171, dn. 24.

yerine getirilmektedir⁷⁹. Ani edimlerde ise zaman birimiyle ölçülemeyecek anda, alacaklının ifaya olan menfaati gerçekleştiğinden, zaman kavramı sözleşmenin sürekliliğini değil, anlık gerçekleştirilmesini belirler; borcun ifa edilmekle sona ereceği ve böylelikle borç ilişkisinin de sona ereceği taraflarca amaçlanmaktadır⁸⁰. Taraflarca sözleşme akdedilirken, edimin miktarının belirli ve zaman içinde bölümleri birbirine bağlı olarak ifa edileceği kararlaştırılmışsa aralıklı edim; eğer aralıklar düzenli olarak kararlaştırılmışsa dönemli edim söz konusu olur⁸¹. Her somut olayda tarafların taşıdıkları amaç, sürekli edim mi, ani edim mi olduğunun tespitini sağlayacaktır. Eğer amaç, alacaklının toplam edim miktarını elde etmesi ise ve sadece ifayı kolaylaştırmak için belirli dönemlerde ifa kararlaştırılmış ise, ani edimli borç ilişkisi sayılacak iken; amaç, bir zaman dilimi içinde alacaklının ihtiyacının sürekli karşılanması ise sürekli edimli borç ilişkisi olarak kabul edilecektir⁸².

Kısmi temerrüdün oluşabilmesi için en önemli unsur, ortada bir kısmi ifanın bulunmasıdır. Anlaşmazlık konusu borç ilişkisinde kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için, ilgili borcun kısmi ifaya uygun olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, ani edim ve sürekli edim niteliklerini kısmi ifaya uygunluk açısından değerlendirmek gerekir. Doğası gereği, sürekli edimli borç ilişkisinde ifaya başlanmış olmalıdır ki kısmen ifa edebilme tartışma konusu olabilsin. Ayırt edici husus, kısmi ifa olgusunun her iki kavram açısından taşıdığı anlamlarda bulunmaktadır. Kısmi ifa, ani edimli borç ilişkilerinde veya dönemli edimli borç ilişkilerinde, her bir edim bakımından edimin maddi varlığındaki bir eksikliği ifade etmektedir, bu anlayış sonucunda kısmi ifa kısmi temerrüde yol açabilmektedir. İfasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkisinde ise sürekli edime ilişkin kısmi ifanın anlamı zaman bakımından söz konusudur, ifanın belirli bir süre devam etmesi gerekirken erken kesilmesi anlamına gelir ve bu nedenle kısmi temerrüde yol açamaz. İfasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkilerinde, alacaklının menfaatini sağlamak için borçlu borcunu zaman içinde ve aralıksız, yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği için, kısmi ifanın

⁷⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 8; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 18.

⁸⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 38; Seliçi, **a.g.e.**, s. 8.

⁸¹ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 18; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 40.

⁸² Öz, **a.g.e.**, s. 16; k.g. Seliçi, **a.g.e.**, s. 18, 19.

gerçekleşmesi mümkün değildir; çünkü alacaklının menfaati zaman içinde sürekli olarak sağlanmaktadır; bu hususta kısmi temerrüde yol açabilecek bir noksanlık olması ya da bir anlığına bile bir kesinti yapılması mümkün değildir; aksi durum zaten borçlunun temerrüdüne yol açacaktır ve TBK m. 126 hükmünün uygulanması gerekecektir⁸³.

Kanımızca, ifasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkisinde alacaklı ifa menfaatini kısmen elde etmesine rağmen bu, kısmi temerrüde yol açmayıp, alacaklı sadece sözleşmeyi ileriye etkili sona erdirmeye (fesih) ve tazminat haklarına sahip olacaktır. Bunun temel gerekçesi kısmen ifa edilmemiş edimin bakiye kısmı oluşturmaya engel olmasıdır. Sürekli edimli borç ilişkisinde alacaklının menfaatinin sürekli olarak sağlanması esas olduğu için, borçlunun ediminin ifasındaki niceliksel eksiklik her ne kadar kısmen bir ifa olsa da, süregelen bir ifa söz konusu olduğu için ifadaki bu eksiklik kısmi ifa olarak nitelendirilemez. İfanın kararlaştırılan süreç boyunca, aralıksız ve sürekli olarak ifa edilmesi gerekmektedir, kısmen ifa etmeme ilgili her an için gerçekleştiğinden bakiye kısmı oluşmasına engeldir. O an için eksik ifa vardır, gereği gibi ifa edilmemiştir, ama bakiye kısmının ifası ya da bu ifadan vazgeçilmesi söz konusu olamaz, zira bir sonraki an için süreç boyunca, tamamı ifa edilene dek, eksik ifa gerçekleşecektir. Zamanda geriye giderek kısmen ifaya müdahale etmek mümkün değildir. Sürekli edimli borç ilişkisinde ifa sürecine girildiği andan itibaren, sürekli edimin ifa dönemi içinde ifa edilmemesi durumunda kaçırılan süre içinde ifa edilerek sonradan telafi edilme olanağının bulunmaması⁸⁴ hiç ifa etmeme halinde olduğu gibi kısmen ifa etmeme durumunda da geçerlidir. Borçlunun kısmen ifası her ne kadar maddi olarak eksiklikten kaynaklansa da ifasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkisinde etkisi zamansal olduğu için kısmi temerrüde yol açamayacaktır. Bir örnekle açıklanacak olursa, (A) ile (B) 1 yıl boyunca 200.000 TL karşılığında 2 deponun kullanılması hususunda anlaşmışlardır. (B) yalnızca 1 depoyu kullanırmaya hazır hale getirmiş ve teslim etmiştir, (A)'nın ifaya olan menfaati 1 yıllık süre boyunca 2 depoyu da kullanmaya yöneliktir ve sadece 1 depoyu kullanması sebebiyle menfaatini kısmen elde etmektedir. Burada miktar olarak kısmen

⁸³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1737; Öz, **a.g.e.**, s. 43.

⁸⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 163.

ifa bulunmaktadır. (A)'nın her iki depoyu kullanmadığı her an kısmi olarak ifa etmeme mevcuttur. Ancak diğer depoyu kullandırma borcu bakiye borç olarak değerlendirilemez. Zira, bu 1 yıl boyunca (B)'nin her iki depoyu da kullandırma borcu bulundurmaktadır, bu borcunu aralıksız ve kesintisiz ifa etmelidir. Diğer depoyu kullandırmadığı her an yeniden eksik ifa söz konusu olmaktadır, alacaklının her an yeni zararı doğmaktadır. Dolayısıyla bu durumda eksik ifa bakiyeye yol açamaz. Bu nedenle kısmen ifa kısmi temerrüde sebep olmamakta ve alacaklının menfaatini tam olarak elde edememesine zamansal olarak etki etmektedir. (A) geriye yönelik olarak diğer deponun da kullandırılmasını talep edemez, çünkü zaman geçmiştir ve artık 2 deponun geçmiş olan süreçte kullandırılmasının sağlanması mümkün değildir, yalnızca bu depoyu kullanamamasından dolayı uğramış olduğu zararların tazminini borçludan talep edebilecektir. Eğer sözleşmesel ilişkiye son vermek istiyorsa, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesini ve olumlu zararının tazminini talep edebilecektir (TBK m. 126).

2.2.3.Verme, Yapma, Yapmama Edimlerinde Kısmi Temerrüdün Gerçekleşme Olasılığı

Bir başka ayırım da edimin türünü esas alarak, borçlunun kısmi temerrüdünün söz konusu olup olamayacağını tartışma konusu yapar. Kural olarak, borçlu temerrüdünün konusu, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimleri içeren borç ilişkileri de dâhil her tür borç olabilir. Bir borç ilişkisinde borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış olan edim verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkar.

Kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için geçerli bir kısmi ifanın gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁸⁵. Kısmi ifa, genel bir ifadeyle, borçlunun alacaklıya taahhüt etmiş olduğu edimi miktar yani nicelik olarak eksik ifa etmesi durumunda söz konusu olur. Yapma borçları da kısmi ifa konusu olabilir. Örneğin, evin tüm odalarını boyamayı taahhüt etmiş borçlu evin sadece birkaç odasını boyamış olabilir, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhit sözleşmede kararlaştırılmış olan havuzu yapmamış olabilir. Kısmen ifa edilmiş olan yapma borcunun eksik işe mi yoksa ayıba

⁸⁵ Bkz.: aş. s. 75 vd.

mı yol açacağına her somut olayın özellikleri değerlendirilerek karar verilmelidir. Varılacak sonuca göre uygulanacak hükümler değişiklik gösterecektir. Bir borcun kısmen ifa edilmesinin her zaman kısmi temerrüde yol açmayacağına, bunun ayıp da teşkil edebileceğine dair bir husus, taşınır satışında ayıptan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 219 hükmünde bulunmaktadır. Kanun koyucu, borcun ifasında gerçekleşen niceliksel eksikliğin ağırlığını esas alarak bir kriter belirlemiştir. Buna göre; borcun niceliğine aykırılık niteliğini etkiliyor ise ayıp olarak kabul edilmeli ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirmelidir. Bu doğrultuda madde metninde yer alan *“kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldırması veya önemli ölçüde azaltması”* hususu bir ölçüt olarak kullanılacaktır. Yargıtay da yapma borçlarının kısmen ifa edilmesinde ortaya çıkan eksik iş ve ayıp kavramlarının birbirinden farklı olduğunu, eksik iş halinde genel hükümlerin, ayıbın varlığında ise ayıba ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir⁸⁶.

Temerrüt hükümlerince (TBK m. 125) alacaklıya tanınmış olan seçimlik haklar ile çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olan ayıba karşı tekeffül hükümleri (TBK m. 227, TBK m. 475, TTK m. 23, TKHK m. 11, TKHK m. 15) karşılaştırıldığında, alacaklıya kısmen ifa edilmiş yapma borcu nedeniyle zedelenmiş menfaatini telafi etmek için benzer doğrultuda haklar tanınmış olduğu açıkça görülmektedir. Bu amaca yönelik olarak, alacaklıya sözleşmenin tamamından dönme hakkı (TBK m. 125, m. 227/b.1, m. 475/b.1, TKHK m. 11/f.1 b.a, TKHK m. 15/f.1), kısmen dönme hakkı (TBK m. 125, m. 227/b.2 ve 227/f.3, m. 475/b.2, TKHK m. 11/f.1 b.b, TKHK m. 15/f.1), genel hükümlere göre tazminat hakkı (TBK m. 125, m. 227/f.2, m. 475/f.2, TKHK m. 11/f.6, TKHK m. 15/f.1) tanınmıştır. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yer alan diğer haklara yer verilmemesinin sebebi, kısmi temerrüt halinde uygulanacak olan temerrüt hükümleri ve ayıba karşı tekeffül hükümleri ile tanınmış benzer hakların vurgusunu yapmaktır. Bu haklar birbirleri ile bazen lafzen bazen de anlam olarak örtüşmektedir. Kanunen her ne kadar kısmi dönme kavramı zikredilmemiş olsa da, anılan tüm bu hükümlerde ifa edilmiş edimin korunarak bakiyeye ilişkin kısımdan vazgeçilerek,

⁸⁶ Yargıtay HGK, 02.05.2019 tarihli, E. 2018/929, K. 2019/515 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

alacaklının kendi karşılık ediminde ifa edilmemiş kısım oranında azaltma yapılmasına ilişkin bedel indirimini talep edebilme hakkı içerik olarak sözleşmeden kısmen dönme anlamına gelmektedir⁸⁷.

Temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi yeterli olacaktır (TBK m.117). Ayıbın varlığı halinde ise alacaklının ihbar külfeti söz konusu olmaktadır, süresi içinde inceleme yapıp ayıbı bildirmez ise ayıbı kabul etmiş sayılacak ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamayacaktır (TBK m. 223, m. 474, TTK m. 23). Bu nedenle alacaklının durumunun, temerrüt haline kıyasen daha ağır olduğu söylenebilecektir.

Kısmen ifa yüzünden menfaati zedelenen alacaklının durumunu daha da güçleştirmemek için kanımızca her somut olayda yapılacak değerlendirmede kanun koyucunun TBK m. 219 hükmünde öngördüğü kriter esas alınmalıdır; eğer yapma borcunun kısmen ifa edilmesi niteliğini etkiliyorsa bunun ayıp teşkil ettiği kabul edilmelidir, sadece niceliksel bir eksiklik ise bu durumda kısmi ifa ve buna bağlı olarak şartları gerçekleşmişse kısmi temerrüt söz konusu olabilecektir⁸⁸.

Yapma borçlarına ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus, yapma borçlarının ifa edilmemesi durumunda giderimi düzenleyen TBK m. 113 hükmünün kısmi temerrüde uyarlanması mümkün olmasıdır. Bu kapsamda borçlunun yapma borcunu kısmen ifa etmiş olması halinde alacaklıya, masrafı borçluya ait olmak üzere işin kalan kısmını kendisi veya bir başkası tarafından yapılmasına izin verilmesine imkânının tanındığı kabul edilmelidir⁸⁹.

Yapmama borçlarında imkânsızlık mı temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yapmama borçlarında temerrüt olmayacağını kabul eden görüş, zaman unsuruna dayanmaktadır. Bir defa yapmama borcunda gecikmede, o zaman bir daha geri gelmeyeceğinden borçlu temerrüdü değil

⁸⁷ Bkz.: aş. s. 361 vd.

⁸⁸ Kanunen bazı durumlarda eksik işin ayıplı ifa olarak kabul edildiği haller ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: aş. s. 80 vd.

⁸⁹ Bkz.: aş. s. 160.

imkânsızlık söz konusu olacaktır⁹⁰. İfada gecikme, borcun ifasının artık imkânsız hale gelmesi anlamına geleceği için temerrüt değil imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır.

Diğer görüş, alacaklının yapmama borcunun ifasına olan menfaatini esas alır. Buna göre; yapmama borcunun kararlaştırılan zamandan sonra ifasının alacaklı için bir değer taşıması durumunda, diğer şartların varlığı halinde borçlu temerrüdünün söz konusu olabileceğini kabul eder⁹¹.

Kanımızca, yapmama borçlarında da edimin ifasının mümkün olup olmadığına ve alacaklının bunda menfaati bulunup bulunmamasına göre bir sonuca varılmalıdır. Yapmama borçlarının temerrüt konusu olamayacağına ilişkin bir kural, somut olay adaletini sağlamaktan uzak sonuçlara sebebiyet verecektir. Ancak, kısmi temerrüt açısından durum tamamen farklıdır. Yapmama borçlarının doğası gereği, kısmi ifası mümkün olmadığından kısmi temerrüde konu olamayacaktır.

Edim, hem edim fiilini hem de edim sonucunu içeren çift anlam taşıyabilmektedir. Borçlu temerrüdü açısından hangi anlamı taşıdığı önemlidir. Eğer edim fiili ifa için aranmakta ise borçlunun özenli bir edim fiilinde bulunması yeterli olacaktır, şayet edim sonucu ifa için gerekli ise alacaklının beklentisi doğrultusunda edim sonucu gerçekleştiği takdirde ifa tamamlanmış olacaktır⁹². Edim sonucuna yönelik borçlarda, edimin sonucu alacaklı menfaatine gerçekleştirilmediği durumda, borç ifa edilmemiş sayılacak ve diğer şartların da olması halinde borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kısmi temerrüt açısından değerlendirilecek olursa, ifa için edim fiilinin mi edim sonucunun mu arandığının tespiti, geçerli bir kısmi ifanın varlığının belirlenmesinde rol oynar. Edim fiili aranıyorsa borçlunun özenli ama kısmi edim fiilinde bulunması kısmi ifa için yeterli ve geçerli olacaktır.

⁹⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 59; Demogue, **a.g.e.**, s. 274 §246; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 113 §153; Charles Demolombe, **Traité des Contrats ou Des Obligations Conventionnelles En Générale**, Tome Premier, Paris, Imprimerie A. Lahure, 1943, s. 539 §541; 543 §543; Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Philippe Jestaz, **Droit Civil, Les Obligations**, Tome 2, Le régime, 2ème édition, Paris, Sirey, 1989; s. 247; Ali Naim İnan, Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 618; Barlas, **a.g.e.**, s. 15.

⁹¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 470; Bovay, **a.g.m.**, s. 785; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 618; Barlas, **a.g.e.**, s. 15, dn. 30; Ateş, **a.g.e.**, s. 181.

⁹² Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 15; Kizir, **a.g.e.**, s. 10.

Eğer edim sonucu aranıyorsa, alacaklının menfaatinin kısmen gerçekleşmiş olması halinde kısmi ifa söz konusu olacaktır. Borçlunun edim fiilinin tamamını ya da bir kısmını yerine getirmesi bir farklılık yaratmayacaktır. Bu durumda dikkat edilecek nokta, alacaklının ifaya olan menfaatinin tamamının değil, bir kısmının gerçekleşmiş olmasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nda alacaklıya edim sonucunun sağlanması halinde borcun sona ereceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından edim türlerine göre bir ayırım yapılmaktadır⁹³.

Edim sonucuna yönelik borçların özelliği, borçlunun borcunu tam olarak ifa etmesine rağmen edim sonucunun alacaklının beklentisine uygun olmasını sağlaması gerektirir. Bunun temelinde, edim sonucunun alacaklının sözleşmesel ilişkiye girmekle amaçladığı menfaate fiilen kavuşmasını ifade etmesi bulunmaktadır⁹⁴. Bu kapsamda, verme borçları, para borçları ve bazı yapma borçları örnek olarak gösterilebilir.

Edim fiiline yönelik borçlar; kural olarak yapma ve yapmama borçlarıdır⁹⁵. Edim fiiline yönelik borçların özelliği, borçlunun borcun ifası için gereken dikkat ve özeni göstermesinin, sonuç alacaklının menfaati doğrultusunda olmasa bile borcun yerine getirilmiş sayılacağıdır⁹⁶. Hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden doğan borçlar bu kapsamda yer alır.

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar genel nitelikte olup, her somut olayın kendi özellikleri veya tarafların iradesi yorumlanmalı ve edim sonucuna mı edim fiiline mi yönelik olduğu tespit edilmelidir.

⁹³ Alman Medeni Kanunu §362/I 'e göre, borçlanılan edim alacaklıya sağlanmış olduğu takdirde, borç ilişkisi sona erer. Bu hükümden hareketle borçların ifasının edim sonucuna bağlı olduğu kabul edilir. Bkz.: Aral, **a.g.e.**, s. 62.

⁹⁴ Kizir, **a.g.e.**, s. 11.

⁹⁵ Aral, **a.g.e.**, s. 62-63; Yapmama borçlarında edim fiili – edim sonucu ayırımı yapılamayacağı yönünde, bkz.: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 15; Yapmama borçları bakımından, edim fiili ve edim sonucu ayırımı mevcut değildir; çünkü bu borçlarda borçlunun taahhüt ettiği yapmama veya kaçınma edimini yerine getirmesiyle borç ifa edilmiş sayılır.

⁹⁶ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §1 N. 15; Aral, **a.g.e.**, s. 62; Kizir, **a.g.e.**, s. 11.

2.3. Temerrüt Kavramının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

2.3.1. İmkânsızlıktan Ayırt Edilmesi

İfa zamanının geçmiş olması bazı hallerde temerrüde, bazı hallerde ise imkânsızlığa yol açabilmektedir. İfa için taraflarca kararlaştırılmış zamanın, borcun ifasının gerçekleştirilebileceği tek süreci ifade etmesi halinde, bu zamanın geçirilmesi o borcun daha sonra ifasının imkânsız olacağı sonucunu doğurur; çünkü edim konusu itibariyle değişmiş olacağından, sonradan gerçekleştirilen ifa artık borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesi niteliğini haiz değildir⁹⁷. Kararlaştırılan zamanın geçmesi ile, sözleşme ile ulaşılmak istenilen amacın gerçekleşmesi imkânının yok olduğu hallerde, ifanın imkânsızlığı söz konusu olacaktır⁹⁸. Kısmi ifanın gerçekleştiği zaman dilimi bu nitelikte ise geçerli olmayacaktır; çünkü zaten tarafların iradesi ve menfaati ifanın tamamının gerçekleşmesindedir. Böylesi bir zaman diliminde geçerli bir kısmi ifa gerçekleştirilemeyeceğinden, kısmi temerrüdün de var olması mümkün değildir. Bu durumda imkânsızlık tek gerçektir.

TBK m. 124/b.3 hükmünde sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olmasının borçlu temerrüdüne etkisi düzenlenmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, tarafların hem vadeyi belirlemiş olmaları, hem de borcun mutlaka ve sadece belirlenmiş olan tarihte veya sürede ifası gerektiği hususunda anlaşmış olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, açıkça borcun mutlaka ve sadece belirlenmiş olan tarihte veya sürede ifası gerektiğine yönelik ifadeler kullanmış olabilecekleri gibi, gecikmiş ifanın kabul edilmeyeceği hususunda anlaşmaları da aynı sonuca yöneliktir. Böylelikle, taraflar gecikmiş ifayı, ifa olarak kabul etmeyeceklerini ve alacaklının edimi kabul etmeyeceğini bu sözleşme kapsamında kararlaştırmışlardır⁹⁹. Böylelikle

⁹⁷ Oscar Daepfen, **Le Code Fédéral des Obligations**, Edition Française par Charles Reymon, Editions Polygraphiques, Zurich, 1983; s. 203; Özer Seliçi, “Kesin Vadeli İşlemler”, **İÜMHAD**, C. II, S. 3, 1968, s. 93; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 992.

⁹⁸ Seliçi, **a.g.m.**, s. 93.

⁹⁹ Daepfen, **a.g.e.**, s. 203; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 499; Seliçi, **a.g.m.**, s. 98; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 103.

taraflar kesin olan ifa zamanından sonra edimin ifasını engellemektedir¹⁰⁰. Sözleşmede gecikme süresince işleyecek ceza koşulu kararlaştırmış olmaları, sonraki ifanın kabul edileceğine yönelik bir işaret olup tarafların kesin vade öngörmediği anlamına gelmektedir¹⁰¹. Bu madde hükmünün kısmi temerrüt açısından dikkate alınması, ancak tarafların borcun ifasının belirlenmiş bir sürede ifasının kararlaştırılmış olması halinde mümkün olur. Zira, ancak bir süreç içinde ifanın kısmen gerçekleştirilmesi ve akabinde bu sürenin bitimine kadar ifanın tamamlanması olasılığı var olabilir. Diğer durumda, yani imkânsızlığa yol açabilecek bir olasılıkta zaten ifanın kısmen gerçekleştirilmesi mümkün değildir, o tarihte ifanın tamamı ya gerçekleşir ya da imkânsızlık ortaya çıkar.

Her somut olayın kendi özellikleri veya tarafların iradesi yorumlanmalı ve edim sonucuna mı, edim fiiline mi yönelik olduğu tespit edilmelidir. Herhangi bir net sonuca varılamadığı durumda, kesin vadenin edim fiiline yönelik olduğu kabul edilmelidir¹⁰². Bunun belirlenmesi kısmi temerrüdün gerçekleşme anının tespitinde önem taşımaktadır.

Tarafların gecikmiş ifayı ifa olarak kabul etmeyeceklerini ve alacaklının edimi kabul etmeyeceğini, bu sözleşme kapsamında kesin vade kurumu ile kararlaştırmış olmaları, belirlenmiş bu süreçten sonra ifa imkânsızlığının söz konusu olacağı anlamına gelmemektedir; çünkü bu hususta anlaşmaları sadece aralarında zaman unsuruna ne kadar ağırlık ve önem gösterdiklerini ifade eder¹⁰³. Tarafların, ifanın gerçekleştirilmesi için bir süre belirlemiş olmaları durumunda, bu sürenin geçmesinden sonra ifanın gerçekleştirilme imkânı varsa, kesin vadeye ve dolayısıyla temerrüde ilişkin hükümler; eğer ifanın gerçekleştirilme imkânı bulunmaması halinde imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Daepfen, **a.g.e.**, s. 203; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 499; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 939; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 952; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 53.

¹⁰¹ Öz, **a.g.e.**, s. 178 Not 23.

¹⁰² Seliçi, **a.g.m.**, s. 97.

¹⁰³ Seliçi, **a.g.m.**, s. 98.

¹⁰⁴ Seliçi, **a.g.m.**, s. 99.

Sonuç olarak, ifa için öngörölmüş sürenin geçirilmesi halinde, tarafların zaman unsuruna verdikleri önemin tespiti ile imkânsızlık ya da kısmi temerrüt hükümlerinin uygulanma alanının belirlenmesi birbirinden bağımsız iki farklı konudur.

Taraflarca kesin vadenin kararlaştırılmış olmasının özelliğı, tarafların aksini kararlaştırma imkânları olmasına rağmen, alacaklının ek süre vermesine gerek olmadan TBK m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklarını kullanma imkânı olmasıdır; bununla birlikte aynen ifayı talep etme hakkı her daim bulunduğu gibi, seçimlik hakları kullanmak için gereken şartlara uymakla yükümlüdür¹⁰⁵. Bu doğrultuda, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı dışındaki seçimlik haklarını kullanabilmesi için aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya hemen bildirmesi gerekmektedir. Kesin vadeli işlemlerin doğası gereğı, aynen ifanın sonradan talep edilebilmesi mümkün olmadığından, vazgeçme beyanına gerek olmadığı görüşüne katılmak daha uygundur¹⁰⁶. Zira vazgeçme beyanının amacı, borçluya aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesidir, kesin vadeli işlemlerde ise bu husus zaten sözleşmede taraflarca kararlaştırılmıştır. Bunun akabinde ne zaman, hangi seçimlik hakkın tercih edildiğinin bildirilmesi gerektiğı sorusunun cevaplanması gerekecektir. Alacaklının, borçlunun spekülasyonlarından korunması amacını taşıyan bir görüşe göre, alacaklı bu seçimini hemen borçluya bildirmelidir¹⁰⁷. Diğer görüş ise, alacaklının bu durumdan korunabilmesi için TMK m. 2 hükmünün uygulanmasının yeterli olacağını ve bu nedenle alacaklının seçimlik hakkının kullanması için ona uygun bir zaman tanınmasının daha yerinde olacağını savunur¹⁰⁸. Şüphesiz alacaklı da bu hakkını kullanırken TMK m. 2 hükmüne uygun davranmakla yükümlüdür.

Kesin vadeli işlemlerde, ifa zamanı kavramı, borcun ifa edileceğı tek zaman parçasını değil ama tarafların ifa için kesin olarak kararlaştırdıkları zamanı ifade

¹⁰⁵ Seliçi, **a.g.m.**, s. 94, 106; Öz, **a.g.e.**, s. 177, 178.

¹⁰⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 84; Seliçi, **a.g.m.**, s. 106.

¹⁰⁷ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 673; Comment, **a.g.e.**, s. 71; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1668.

¹⁰⁸ Theo Guhl, **Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz beim Schuldnerverzug**, Festgabe für Karl Wieland, Basel 1934, s. 142; Richard Göschke, “über Art. 107 bis 109 OR”, **ZBVJ**, Biel, 1924, s. 78 (Seliçi, **a.g.m.**, s. 107 dn. 58’den naklen).

ettiğinden, bu zamanın geçmesine rağmen ifa hala mümkün olmakla birlikte taraflar mutlaka kararlaştırılan zamanda ifa edilmesi hususunda anlaşmışlardır¹⁰⁹.

Doktrinde katıldığımız görüşe göre; kesin vadenin kararlaştırılmış olduğu tüm durumlarda, ifa zamanının geçmesi ile birlikte sözleşmede ulaşılması istenilen amacın gerçekleştirilemeyecek olması nedeniyle, sadece alacaklının süre verilmesine gerek olmaksızın seçimlik haklarını kullanabileceği ve ifanın halen mümkün olduğu gerekçesi ile temerrüt hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹⁰. Kesin vade kararlaştırılmış ise, ifa objektif olarak mümkün olduğu için imkânsızlık hükümleri uygulanmaz. Bu durumda sadece alacaklıya bir kolaylık tanınmış ve ek süre verip bekleme zorunluluğundan kurtarılmış, doğrudan kısmi temerrüt kaynaklı seçimlik haklarını kullanma imkânı tanınmıştır. İfa başka zamanda da gerçekleştirilebilir; ama taraflar sadece bu zamanda yerine getirilmesini istedikleri için, objektif bir imkânsızlık bulunmamasına rağmen, sübjektif bir imkânsızlık yaratmaktadır. Bunun sonucunda da imkânsızlık hükümleri uygulanamayacaktır.

Diğer bir görüş ise, tarafların tek tip kesin vade kararlaştırmış olmayacaklarını, her somut olayın özelliklerine bakılarak, mutlak kesin vadeli ya da nispi kesin vadeli işlem mi söz konusu olduğunun tespitinin, temerrüt hükümlerinin mi, imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanacağının belirlenmesi için önem taşıdığını ifade etmektedir¹¹¹.

Borçlunun temerrüdü için ihtar kural olarak gerekli iken, tarafların kesin vade kararlaştırmaları halinde ihtar gerek bulunmaksızın bu sürenin sona ermesi ile birlikte borçlu temerrüde düşmüş olacaktır. Bununla birlikte karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olması halinde, alacaklının TBK m. 125 hükmünde düzenlenmiş olan seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya yine de bir ek süre vermesi gerekmektedir. Ancak tarafların sözleşmede belirlemiş oldukları kesin vade ve içeriği, bu sürenin sona ermesinden sonra gerçekleşecek ifanın,

¹⁰⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 993.

¹¹⁰ Seliçi, **a.g.m.**, s. 106; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Konya, Yetkin, 2005, s. 62.

¹¹¹ Kesin vadenin dar ve geniş anlamda ele alınması hususunda bkz.: Dural, **a.g.e.**, s. 105.

alacaklının menfaati açısından faydasız ve anlamsız olacağını ve hatta sözleşmede ulaşılmak istenilen amacın gerçekleştirilmemesi sonucuna yol açacağına yönelik ise, bu durumda artık nispi kesin vade söz konusu olacaktır ve TBK m. 124/b.2 gereği alacaklıya, ek süre vermesine gerek olmaksızın seçimlik haklarına başvurma imkânı verilecektir¹¹². Burada esas olan, kararlaştırılmış ifa zamanından sonra gerçekleştirilecek edimin ifası mümkün olmasına rağmen, tarafların ortak iradeleri doğrultusunda borç konusu edimin mutlaka belirli bir zaman dilimi içinde veya belirli bir ana kadar yerine getirilmesinin kararlaştırılmış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, ifası mümkün olan edimin, ifa zamanı geçtikten sonra ifasının yerine getirilmesi taraflarca engellenmektedir. Bu nedenle imkânsızlık hükümleri değil, temerrüt hükümleri uygulanacaktır.

Borcun konusu edimin niteliği gereği, kararlaştırılan tarihin geçmesinden sonra edimin ifası artık alacaklının menfaati açısından sadece faydasız ve anlamsız olmayıp aynı zamanda olanaksız ise, mutlak kesin vadeli işlemde söz etmek gerekir¹¹³. Taraflarca belirlenmiş olan ifa zamanının geçmesi ile birlikte edim, konusu itibarı ile değişecektir. Bunun sonucunda taraflarca kararlaştırılan tarihten sonra gerçekleştirilecek ifa, artık sözleşme ile borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesi niteliğinde olamayacağından, ifa niteliğini taşımayacaktır¹¹⁴. Bu nedenle alacaklının sözleşmeye olan menfaati, borçlunun kararlaştırılan zamanda edimi yerine getirmesine bağlı olduğundan¹¹⁵, kararlaştırılmış olan ifa zamanının geçmesinin hem alacaklının ifayı talep etme hakkını hem de borcun ifa edilebilirliğini ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir¹¹⁶. İfa zamanının sözleşmenin esaslı unsuru olduğu, bu sözleşmede açıkça ifa imkânsızlığı söz konusu olduğundan, temerrüt hükümleri değil imkânsızlık

¹¹² Demogue, **a.g.e.**, s. 275 §247; Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 113 §153; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 247; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 2.

¹¹³ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 2.

¹¹⁴ Dural, **a.g.e.**, s. 103; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 123; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 122.

¹¹⁵ A. Dilşad Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 2007, C. XI, S. 1-2, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, 2009, s. 216.

¹¹⁶ Seliçi, **a.g.m.**, s. 94.

hükümleri uygulanacak ve ancak kusurlu imkânsızlık nedeni ile tazminat talep edebilecektir¹¹⁷.

Kesin vadeli işlemlerde ikili bir ayırımın kabulünde, ortaya çıkacak imkânsızlık hükümlerinin mi yoksa temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı çelişkisinin giderilmesi için her somut olayda, sözleşme kurulurken alacaklının kendisini sözleşme yapmaya iten sebebi, yani saiki karşı tarafa bildirip bildirmediğinin tespit edilmesi gerekecek, karşı tarafa bildirilmesinin tespiti halinde, ifa zamanında edimi yerine getirmeyen borçluya karşı imkânsızlık hükümlerinin uygulanması; aksi halde temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır¹¹⁸. Bu da uygulamada pratik açıdan zorluklara yol açacağı gibi, korunmak istenen alacaklının menfaatini zedeleyici sonuçlar doğurabilmesi bile olasıdır. Halbuki kesin vadeli işlemlerde edimin zamanında yerine getirilmesi taraflarca özellikle arzu edildiğinden, kanun koyucu tarafından, menfaati sarsılan alacaklıya seçimlik haklarını kullanabilmesi için kolaylıklar sağlanmaktadır. Tüm bunlar değerlendirildiğinde mutlak kesin vadeli ve nispi kesin vadeli işlem ayırımının yapılmak suretiyle, imkânsızlık hükümlerinin de uygulanabilmesi imkânının olduğunu savunan görüşe katılma mümkün olmamaktadır. Bu doğrultuda; kesin vadeli işlemlerin özelliğinin, edimin zamanında ifasının sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil etmesi sebebiyle, kanun koyucu tarafından bu tür vadeyi içeren sözleşmelerde alacaklıya fazladan bir korunma sağlanması amacıyla, ihtarsız ve süresiz olarak temerrüt hükümlerinden yararlanma imkânı verilmiş olduğunun kabulü gerekir.

Doktrinde temerrüt ve imkânsızlık kavramlarına ilişkin başka bir tartışma ise, temerrüdün kısmi imkânsızlık olup olmamasına ilişkindir. Bir görüşe göre, kanun her ne kadar farklı yerlerde bu iki kavramı ayrı ayrı düzenlemiş olsa da, borçlunun temerrüdü kısmi imkânsızlıktır¹¹⁹. Her iki kavram açısından esas farklılık teşkil eden hususun, imkânsızlığın sürekli, temerrüdün ise geçici bir ifa engeli olmasından hareket eden diğer görüşe göre ise, bu iki kavram hukuki nitelik ve sonuçları bakımından

¹¹⁷ Seliçi, **a.g.m.**, s. 94.

¹¹⁸ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 188.

¹¹⁹ Comment, **a.g.e.**, s. 50; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 84.

birbirlerinden farklı olduğu için, temerrüdün kısmi imkânsızlık olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹²⁰. Kısmi imkânsızlığın söz konusu olması için edimin kısmen ancak sürekli olarak ifa edilememesi gerekir. Oysa, temerrüt halinde edimin sonradan ifası mümkündür. Aynen ifanın talebi açısından da bu iki kavram farklılık arz etmektedir; borçlu temerrüdünde alacaklı aynen ifayı talep edebilecekken, kısmi imkânsızlıkta, borçlunun kusuru bulunmuyorsa, alacaklının aynen ifa talebi ortadan kalkmaktadır. Borçlu temerrüdünün kanun koyucu tarafından kısmi imkânsızlık olarak kabul edilse idi Türk Borçlar Kanunu'nda ayrı bir yerde düzenlenmeyecek olması da bu görüşü kuvvetlendirmektedir. Kanımızca, daha temel noktadan hareketle, temerrüt ile imkânsızlık kavramının bir arada bulunamayacağından bahisle, borçlunun temerrüdünün kısmi imkânsızlık olamayacağı açıkça görülecektir. Temerrüt, ifanın zaman unsuruna aykırılığı sonucu ortaya çıkar; ifanın mümkün olması esastır. İfa mümkün olduğu sürece, diğer şartların varlığı halinde temerrüt söz konusu olacaktır. İmkansızlık unsuru devreye girdiğinde temerrüt olgusu sona erer ve borçlunun borcunun içeriği değişir. Bu nedenle temerrüt ile imkânsızlık kavramları bir arada bulunamaz.

2.3.2. Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Ayırt Edilmesi

Borçlu temerrüdü, borcun ifada nitelikte gecikmesidir, borç zamanında ifa edilmemiştir; bu nedenle borçlu temerrüdü bir ifanın ifa edilmemesi kapsamında olmakla birlikte borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden farklıdır¹²¹. Buna karşılık, kısmi temerrüt de borcun ifasının nitelikli bir gecikme hali olmakla birlikte; borç zamanında ve tam olarak ifa edilmemiştir. Borcun hiç ifa edilmemesinden farklı olması açık olarak belli iken, gereği gibi ifa edilmemesi halinden farklı olup olmadığı ilk başta net olarak anlaşılamayabilir; çünkü ifanın

¹²⁰ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §14 N. 2; Akkanat, **a.g.m.**, s. 4; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 85.

¹²¹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1511; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 851; Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1992, s. 6; Süleyman Yalman, **Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 32.

kararlaştırılmış olan zamanda kısmen gerçekleşmiş olması, onun gereği gibi ifa edilmemiş olarak kabulüne yol açabilir.

Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemiş olmasını ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerini, kısaca tüm borca aykırılık hallerini kapsamına alan bir st kavramdır¹²². “Alacak hakkının ihlali”, “ifa etmeme” ve “borca aykırılık” terimleri bu hukuki durumu ifade etmek için kullanılan terimlerdir¹²³. Borçlu temerrüdü, borca (sözleşmeden doğan ykmllklere) aykırılığın türlerinden biri olması sebebiyle geniş anlamıyla borcun ifa edilmemesi hallerinden biri olmakla birlikte; dar anlamıyla borcun ifa edilmemesi hallerinden olan, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden farklıdır¹²⁴. Borcun hiç ifa edilmemiş olması, borcun ifasının mümkün olmasına rağmen ifanın gerçekleşmemesini veya borcun ifasının imkânsızlaşması nedeniyle ifanın gerçekleşmemesini kapsar¹²⁵. Her ne kadar bu duruma borçlunun olumsuz davranışının yol açtığı kabul edilse de¹²⁶, borçlu olumsuz davranışıyla edimi imknsızlaştırmaksızın ve temerrüde düşmeksizin, sözleşmesel kusuru nedeniyle alacaklının zararına sebebiyet verebilir¹²⁷. Konser organizasyonu için elektrik sistemini kuran borçlunun sahnenin ses ve görüntü sistemini bozması, alacaklının tarlasını sürerken borçlunun traktörü çarparak alacaklının meyve ağacını devirmesi örneklerinde olduğu gibi borçlunun borcunu ifa etmesine rağmen dürüstlük kurallarına veya yan yükümlere aykırı davranması halinde de alacaklının zararı ortaya çıktığı için ifa imkânsızlığı ve temerrütten söz edilemez¹²⁸.

¹²² Oğuzman, z, **a.g.e.**, N. 1194; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 4464; Aral, **a.g.e.**, s. 44 vd.; Yalman, **a.g.e.**, s. 32.

¹²³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 851; Koç, **a.g.e.**, s. 6; Yalman, **a.g.e.**, s. 32;

¹²⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 229.

¹²⁵ Oğuzman, z, **a.g.e.**, N. 1196.

¹²⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 402.

¹²⁷ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 572; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 401, Akkanat, **a.g.m.**, s. 5.

¹²⁸ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 572; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 401, 402; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, 1.7. 2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 24. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 349; Akkanat, **a.g.m.**, s. 5.

Borcun ifa edilmemiş olması kavramının, temerrüt kavramı ile genel olarak içerik açısından karşılaştırma yapıldığı görülmekle birlikte, doktrinde farkın şekli olduğuna ilişkin bir görüş de bulunmaktadır.

Değerlendirmeye son karşılaştırmadan başlanılacak olursa; doktrinde yer alan bir görüş, temerrüt ile borcun ifa edilmemesi arasındaki farkın sadece şekli bir niteliğe sahip olduğunu savunur. Bu görüşe göre, her iki kurum arasındaki temel fark aslında bir usul sorunudur; temerrüdün varlığı için, kural olarak, alacaklının ihtar şart iken, alacaklının borcun ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin hükümlere başvurabilmesi için ihtar bir şart değildir¹²⁹. Hem alacaklı temerrüdü hem de borçlu temerrüdü Türk hukuk sisteminde var olan iki kurum olduğundan temerrüdün hem alacaklı, hem borçlu aleyhine sonuçlara yol açması mümkündür. Yalnızca borçlu aleyhine hükümlerin öngörüldüğü, borcun ifa edilmemesi halinde böyle bir sonucun kabulü mümkün olmamaktadır¹³⁰.

Her iki kavram açısından da borcun, tarafların anlaşmasına uygun nitelikte ifa edilmemesi ortak nokta iken, ifanın zamanının gelmiş olmasına rağmen, geçici olarak yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne; borcun kalıcı olarak yerine getirilmemesi ise borcun ifa edilmemesine sebep olur¹³¹. Kısaca, bu görüşe göre, borçlu temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, öngörülmüş zamanda yerine getirilmeyen edimin sonradan ifasının mümkün olması esas olduğundan, borcun ifa edilmemesi kavramından farklılık göstermektedir¹³². Kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için bakiye kısmın ifasının mümkün olması gerekliliği, yukarıda söz edilen anlayışın kısmi temerrüt açısından da geçerli olması sonucuna yol açar.

Her iki kavramın sonuçları açısından bir karşılaştırma yapıldığında; borçlu temerrüdü, borcun ifa edilmemesinin nitelikli bir halini oluşturduğu için, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından daha farklı düzenlemeler kanun koyucu tarafından

¹²⁹ Koç, **a.g.e.**, s. 9.

¹³⁰ Şakir Berki, **Roma Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 313.

¹³¹ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 271; Berki, **a.g.e.**, s. 312; Akkanat, **a.g.m.**, s. 4; Arıcı, **a.g.m.**, s. 911.

¹³² H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 130, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 264.

öngörölmüştür. Kanun sistematığıne bakıldığında da bu açıkça görölmektedir. Borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun giderim borcu esas iken, borçlu temerrüdünde ve borçlunun kısmi temerrüdünde gecikme tazminatı ve beklenmedik hâlden sorumluluk esas olup, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya ek seçimlik haklar da tanınmıştır.

Borcun gereğı gibi ifa edilmemesi halinde ise borçlu, borçlu temerrüdünün aksine, pasif davranmamakta ve yapmaması gereken bir şeyi yaparak, hatta tarafların anlaşmış olduğı niteliğe uygun olmayacak şekilde ifa ederek borca aykırı davranmaktadır¹³³. Borcun gereğı gibi ifa edilmemesi temerrüt ve imkânsızlık halleri dışında kalan tüm sözleşmeye aykırılıkları kapsayan bir kavramdır. Bu kapsamda asli edimi tarafların ulaşmak istediğı amaca ve kararlaştırmış oldukları niteliğe uygun olarak yerine getirmeye yardımcı olan yan yüküme aykırılık da borcun gereğı gibi ifa edilmemesi halidir. Bu tür bir ihlâlin kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğunda olması, bazı sözleşmelere ilişkin olarak kanunda özel olarak düzenlenmiştir¹³⁴. Satım sözleşmesinde ayıba ilişkin TBK m. 219, kira sözleşmesinde ayıba ilişkin TBK m. 304 ve eser sözleşmesinde ayıptan dolayı iş sahibinin haklarına ilişkin TBK m. 475 hükümleri buna örnek gösterilebilir. Bunların dışında da asli edimin amacına ve niteliğine uygun yerine getirilmesine yarayan yan yükümler ve davranış yükümleri de gereğı gibi ifa etmemenin konusu olabilir¹³⁵. Borçlu temerrüdünün konusunu ise asli edim yükümlölükleri ve yan edim yükümlölükleri oluşturup, davranış yükümleri ve yan yükümler bu kapsamda yer alamaz.

Alacaklının gerçekleştirilen ifayı kabule zorunlu olup olmadığı açısından var olan farklılıklar da bu iki kurumu birbirinden ayırmaktadır. Alacaklı, kural olarak, geç ifayı kabule zorunlu iken, kararlaştırılan niteliklere uygun olmayan borcun ifasını reddedebilecektir¹³⁶.

¹³³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 402; Yalman, **a.g.e.**, s. 29.

¹³⁴ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §18 N. 2.

¹³⁵ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §18 N. 4.

¹³⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1196.

Gereği gibi ifa etmeme hallerinde, edimin kararlaştırılmış hangi niteliğine aykırı ifa edilmesi bazen imkânsızlık hükümleri, bazen borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacağını belirler. Borçlu edimini ifa yerinden başka bir yerde ifa etmiş ise alacaklı bunu reddedip borçluyu temerrüde düşürebilir¹³⁷. Borçlunun başka bir kişiye ifayı gerçekleştirmiş olması durumunda, yine alacaklı temerrüt hükümlerine başvuracaktır¹³⁸. Borçlunun kısmi ifada bulunması halinde, kural olarak alacaklının bunu kabul etme zorunluluğu olmadığından, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi halinde somut olayın özelliklerine göre kısmi temerrüt ya da kısmi imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır.

Kanımızca, borçlunun kısmi temerrüdünün, borçlu temerrüdünden farklı olması, gereği gibi ifa edilmeme ile karşılaştırılması bağlamında da ortaya çıkarak, kendine has bir karaktere sahip olduğuna işaret etmektedir. Kısmi temerrütte de borcun gereği gibi ifa edilmemesinde olduğu gibi borçlu aktif davranmakta ve tarafların anlaşmış oldukları miktardan az ifa etmektedir. Borçlu temerrüdündeki gibi asli edim ve yan edim yükümlülükleri kısmi temerrüt konusu olabilirken, yan yükümler kısmi temerrüt konusu olamamaktadır. Borçlunun kısmi ifada bulunması halinde, kural olarak alacaklının bunu kabul etme zorunluluğunun olmaması gereği gibi ifa etmeme ile benzerliğine bir diğer örneği oluşturmaktadır. Sonuç olarak, borçlu temerrüdü ve gereği gibi ifa etmeme karşılaştırmasında olduğu gibi kısmi temerrüdün keskin bir şekilde ayrımının yapılması mümkün değildir. İfa zamanına ve ifanın niceliğine uyulmaması anlamına gelmesi ve alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olmaması açısından değerlendirildiğinde gereği gibi ifa etmemenin bir türü olmakla birlikte kanunen öngörülmüş özel hükümler olan borçlu temerrüdü hükümlerine tâbidir.

2.3.3. Alacaklı Temerrüdünden Ayırt Edilmesi

Bu karşılaştırma kapsamı, borcun ifasındaki gecikmenin kimden kaynaklandığını, uygulama alanlarını, kusur ve kusurun sonuçları açısından değerlendirilmesi ile ifa teklifi ve ihtar şartlarının kıyaslanmasını içerir. Bu inceleme

¹³⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 399.

¹³⁸ Kizir, **a.g.e.**, s. 33.

kapsamında, kısmi temerrüt doğası gereği borçlu temerrüdünden farklı olmadığından; borçlu temerrüdüne ilişkin açıklamalar aynen kısmi temerrüt hakkında da geçerli olarak değerlendirilmelidir.

Borcun ifasındaki gecikme hem alacaklı hem borçlu temerrüdü açısından söz konusu iken, bu gecikmeye hangi tarafın sebep olduğu temerrüdün türünü değiştirir. İfanın zamanında gerçekleşmemesine borçlunun sebep olması borçlu temerrüdüne, alacaklının sebep olması ise alacaklı temerrüdüne yol açar.

Her iki temerrüt türünün uygulama alanının borç veya borç ilişkileri olmasından dolayı, temerrüde konu borcun veya borç ilişkisinin sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden meydana gelmiş olması bir farklılık yaratmamaktadır¹³⁹. Bunun yanı sıra farklılık yaratmayan bir başka durum ise herhangi bir borç doğmayacağından, talep edilebilecek ve dolayısıyla temerrüde konu olabilecek bir edimin var olmadığı hallerdir¹⁴⁰. İlgili hukuki işlemin yokluk veya irade beyanında bulunanın ehliyetsizliği, kanunun emredici kurallarına, ahlâka (adaba) aykırılık veya şekil şartına uyulmamış olması ya da muvazaa nedeniyle hükümsüz olması halleri bu duruma örnek oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, ortada hukuken geçerli bir sözleşmeden kaynaklanan bir borç olmalı ki temerrüt doğsun, bunu bir adım öteye taşıyıp talep edilmesi hukuken geçerli bir borcun varlığı gereklidir diye ifade etmek mümkündür. Bu doğrultuda eksik borçlar (ahlâki ödevden kaynaklanan borçlar, evlenme simsarlığından kaynaklanan borçlar, kumar ve bahis borçları, zamanaşımına uğramış borçlar) dava ve takip konusu olamayacağı için, doğası gereği temerrüde konu olamayacaktır. Eksik borçlarda borçlunun ifadan kaçınma imkânı bulunmakta ve neden ifada geciktin, neden ifa teklifini reddettin gibi soruların hukuki karşılığı bulunmamaktadır; ancak borçlu dilerse ifayı gerçekleştirecektir. Başka bir ifadeyle borçlunun, borcu olmakla birlikte sorumluluğunun bulunmaması sebebiyle, alacaklı dava açamayacağı veya cebri icraya başvuramayacağı için temerrüt hükümleri uygulama alanı bulamamaktadır. TBK m. 289 hükmü gereği, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan elden bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın bir taşınırını

¹³⁹ Koç, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁴⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 23.

bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olacağından, temerrüde konu olabilecek bir borç da olmamaktadır. Bu nedenle doğası gereği, elden bağışlama sözleşmelerinde temerrüt hükümleri uygulanmaz.

Her ne kadar alacaklı ve borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olmasının şart olmaması¹⁴¹ her iki temerrüt türü için ortak nokta ise de kusurun bulunması borçlunun sorumluluğunu artırmakta iken, alacaklı temerrüdünde ise, borçlunun yaptığı masraflar bakımından söz konusu olabilecek, nispeten küçük bir etkisi bulunmaktadır. TBK m. 118, 122/f.1, 125/f.3 hükümlerinde de görüleceği üzere, borçlu temerrüdünde alacaklının bazı haklardan yararlanabilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Bu durumlarda borçlu kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, aynen ifanın yanında gecikme tazminatı, sözleşmeden dönme halinde olumsuz tazminat veya ifa yerine olumlu tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, kusur tüm bu hallerde mütemerrit borçlunun sorumluluğunu artıran unsurdur¹⁴². Kusur, sadece tazminatın varlığı ve miktarının belirlenmesinde dikkate alınır¹⁴³. Mütemerrit borçlunun beklenmedik hâlden sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 119/f.1 hükmünde ise bir farklılık mevcuttur; borçluya, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlaması suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır.

Alacaklı temerrüdündeki ifa teklifi ile borçlu temerrüdündeki ihtar kavramları doktrinde karşılaştırmaya konu olmaktadır. İhtar, borçlunun temerrüde düşürülmesi için gerekli şartlardan biri iken, ifa teklifi alacaklının temerrüde düşmesi için borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Doktrinde azınlıkta yer alan görüşe göre, ifa teklifi ile ihtar aynı işleve sahiptir¹⁴⁴. Her ne kadar her iki kavram açısından amaç bakımından benzerlik bulunabilirse de nitelik yönünden farklılıkları

¹⁴¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1149, N. 1533; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 919; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 3; Barlas, **a.g.e.**, s. 17; Koç, **a.g.e.**, s. 28; Üçer, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁴² Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 919; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 3; Barlas, **a.g.e.**, s. 17; Üçer, **a.g.e.**, s. 17; Hasan Ayrancı, “Para Borçlarında Temerrüt Faizi”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S. 5, 2006, s. 63.

¹⁴³ Comment, **a.g.e.**, s. 58

¹⁴⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 534; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 334, 509.

haiz oldukları yadsınamaz ve bu nedenle de aynı işleve sahip oldukları söylenemez¹⁴⁵. İhtarın işlevini yerine getirmesi için borçlunun bunu kabul ya da reddetmesine gerek bulunmamaktadır; oysa ancak ifa teklifinin alacaklı tarafından haklı bir sebep olmaksızın reddedilmesi halinde alacaklı temerrüde düşmüş olacaktır. Bu nedenle ihtar ve ifa teklifinin aynı rolü oynadığı söylenemez¹⁴⁶. İhtarın varlığı için ifa edilmeme unsuru, ifa teklifinin varlığı için ise hangi sebeple ifa etmemenin gerçekleştiği önemlidir¹⁴⁷.

Alacaklının temerrüdünde alacaklı, borçlu ile iş birliği görevini yerine getirmekten¹⁴⁸ ve kural olarak kendisine ait olan bir hakkı kullanmaktan kaçınmakta olduğundan borca aykırılık oluşturmaz, bu nedenle tazminat borcu doğmaz; yalnızca borçluya yapmış olduğu fazla masrafları talep hakkı tanınmıştır¹⁴⁹. TBK m. 110 hükmü uyarınca alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, borçlunun tazminat isteyip isteyemeyeceği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, alacaklının kusurlu davranışı nedeniyle temerrüde düşmüş olmasından dolayı borçlu bir zarara uğramış ise, alacaklının bu zararı tazminle yükümlü olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁰. TBK m. 110 hükmüne ilişkin madde metninde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere yollama yapılmış olması ve TBK m. 485/f.2 hükmünün örnekseme yoluyla değerlendirilerek, borçluya kusuruyla temerrüde düşen alacaklıdan, uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini isteme hakkının tanınması gerekir. Alacaklının tazminatla yükümlü tutulmaması, dürüstlük kuralına aykırı bu davranışını olumlu kabul etme ve hatta temerrüde özendirme anlamına gelecek ve bunun sonucunda borçlunun, alacaklının kusuru nedeniyle uğradığı zararlara katlanmak zorunda bırakılması hem sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güvenin

¹⁴⁵ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 838; Koç, **a.g.e.**, s. 99, 100; Üçer, **a.g.e.**, s. 18, 19.

¹⁴⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 838; Koç, **a.g.e.**, s. 99, 100; Üçer, **a.g.e.**, s. 18, 19.

¹⁴⁷ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 838.

¹⁴⁸ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1504; Üçer, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁴⁹ Robert Liron, **Essai sur La Nature de la Demeure du Créancier d'Après Le Droit Suisse**, Lausanne, Imprimerie H. Jaunin S.A., 1953, s. 82; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1504; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1422; Koç, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁵⁰ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 541; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 691 dn.14; Eren, **a.g.e.**, N. 3175; Önen, **a.g.e.**, s.193; Tunçomağ, **a.g.e.**, 775; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 158; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 325; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 250; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 184.

boşa çıkmasına sebep olacak, hem de adalet ve hakkaniyet duygularını zedeleyecektir¹⁵¹. Bunun sonucunda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin telafi edilmez biçimde bozulması ve adalet duygusunun sarsılması, hukuk düzeni açısından kabul edilebilir bir sonuç değildir. Bir diğer görüş ise alacaklının borcun ifasını kabul etmesinin borç sayılabileceği haller dışında, alacaklı temerrüdünün sorumluluğa yol açmayacağı gerekçesiyle, alacaklının tazminat ödeme zorunluluğu olmayacağını kabul etmektedir¹⁵². Ancak borcun ifasını kabul, alacaklı için aynı zamanda bir borç sayılması durumunda, borçlu borçlu temerrüdü hükümlerine göre uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilecektir.

Bir görüşe göre, alacaklının temerrüdünde hakkını kullanmaktan kaçındığı için bundan dolayı sorumlu tutulması mümkün olmadığından, TBK m. 125/f.3 uyarınca dönme halinde sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazmininin istenemeyeceği, haklı olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Borçlunun TBK m. 125/f.3 uyarınca dönme halinde, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini alacaklıdan istenemeyeceği sonucuna, alacaklı temerrüdünün sadece bir hukuki ödeve aykırılık oluşturup, bir yüküme aykırılık oluşturmaması nedeniyle bir tazminat talebinin var olabilmesi için borçlu temerrüdü ya da sözleşmenin ihlâli koşullarının ayrıca gerçekleşmiş olması gerektiği ifade edilerek de varılmaktadır¹⁵⁴.

Alacaklı ve borçlu temerrüdü hükümleri her ne kadar birbirinden farklı düzenlenmiş olsa dahi, hüküm içi boşluk bulunduğu hallerde birine ilişkin hükümler diğeri hakkında kıyasen uygulanır. Bunun ilk örneğini TBK m. 110 oluşturmaktadır; bu hükme göre, borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmediği durumda, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilecektir. Bu hüküm alacaklı temerrüdü halinde borçlu temerrüdünün uygulanmasına örnek oluşturmaktadır. TBK m. 111 hükmü ise borçlu temerrüdü durumunda alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulabilmesi imkânını vermektedir.

¹⁵¹ Koç, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁵² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1153.

¹⁵³ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. bs., İstanbul, Beta, 2021, N. 176.4.

¹⁵⁴ Liron, **a.g.e.**, s. 82; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 151.

Bu hüküm uyarınca, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, borçlunun kusuru olmaksızın, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Aynı borç ilişkisinde ve aynı anda hem alacaklı hem borçlu temerrüdünün bir arada bulunması kural olarak mümkün değildir, bu iki kavram adeta iki zıt temerrüdü işaret etmekte ve birbirini bertaraf etmektedir¹⁵⁵. Alacaklı temerrüdünün varlığı halinde borçlunun temerrüde düşmesinin imkânsız olmasının iki farklı nedeni vardır. Bunlardan ilki, borçlunun ifaya hazır olmaksızın alacaklının temerrüde düşmesinin mümkün olmamasıdır¹⁵⁶. TBK m. 106 hükmü gereğince, yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın, onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için, kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. Görülmektedir ki, alacaklı, usulüne uygun edimde bulunmaya ciddi biçimde hazır ve istekli olan borçlunun eylemli veya sözlü edim önerisini haksız yere geri çevirmekte veya böyle bir edimin gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gerekli hazırlayıcı işlemleri yapmamaktadır¹⁵⁷. Borçlu tarafından önerilen edimin eksiksiz veya ayıpsız olarak, ifa yerinde ve dürüstlük kuralına uygun biçimde yani gereği gibi önerilmiş olması şarttır. Diğer bir neden ise, temerrüt halindeki borçlunun borca uygun ifa teklifini, alacaklının kabulden kaçınması halinde, borçlunun temerrüt halinin sona erecek ve ifa teklifini kabule zorunlu olan alacaklının temerrüde düşecek olmasıdır¹⁵⁸.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu sıfatını haiz oldukları için bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmedeki hem kendi edimini ifa etmekten hem de karşı

¹⁵⁵ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1504; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1542; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 230; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 2.

¹⁵⁶ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 749; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 2.

¹⁵⁷ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §12 N. 2. Alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini açık bir şekilde ifa etmesi durumunda artık borçlunun sözlü olarak dahi ifa teklifinde bulunmasına gerek olmadığı görüşü için bkz.: Liron, **a.g.e.**, s. 54-56.

¹⁵⁸ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 749; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 274.

tarafın ifasını kabulden kaçınan taraf, mütemerrit alacaklı ve mütemerrit borçlu sıfatını üzerinde toplamış olur¹⁵⁹.

Sonuç olarak alacaklı temerrüdü ödeve aykırılık iken, borçlu temerrüdü yüküme aykırılık olup, birbirinden farklı iki hukuki kurumdur. Kanun koyucu da bu kabulü benimsemiş ve her iki temerrüt türüne farklı hukuki sonuçlar öngörmüştür.

2.4. Borçlu Temerrüdünün Fransız Hukukundaki Farklılıkları

Fransız hukukunda borçlu temerrüdü kavramı **demeure du débiteur** olarak ifade edilmektedir. Alacaklının mütemerrit borçluya karşı sahip olduğu haklar borçlu temerrüdüne özgü olmayıp ifa edilmemenin genel sonuçlarındandır. Fransız Medeni Kanunu (CC) 1344 ve 1344-2. maddeleri arasında düzenlenmiş olan borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler incelendiğinde; ihtar (m. 1344), temerrüt faizi (m. 1344-1) ile risk ve hasarın borçluya geçmesi (m. 1344-2) kavramlarının Türk ve İsviçre hukuk sistemlerindeki benzer olarak yer aldığı görülmektedir¹⁶⁰. 17 Şubat 1804 yılında yürürlüğe girmiş olan Code Civil des Français (Code Napoléon) (Code Napoléonien) metninde¹⁶¹, 10 Şubat 2016¹⁶² ve 20 Nisan 2018¹⁶³ tarihlerinde yapılan reformlarla sözleşmeler hukuku alanında değişiklikler meydana gelmiştir¹⁶⁴¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 750; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁶⁰ Hukuk muhakemesinin farklılığının Türk doktrinine yansıtılması amaçlandığı için yalnızca farklılık taşıyan hususlar üzerinde durulması tercih edilmiştir.

¹⁶¹ (Çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>

¹⁶² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

(Çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939>

¹⁶³ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

(Çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036825602/>

¹⁶⁴ 20 Nisan 2018 tarihli Yasa ile gerçekleştirilen Reformda yer alan bazı maddeler, doğrudan 10 Şubat 2016 tarihli Reformda yer alan maddeleri değiştirdiği için 1 Ekim 2018 tarihinden sonra akdedilecek sözleşmeler açısından geçerli olacakken, bazı maddeler yoruma ilişkin olarak getirildiği için 1 Ekim 2016'dan sonra akdedilmiş olan sözleşmelere de uygulanacaktır.

¹⁶⁵ Çalışılan konu açısından ele alındığında, borçlu temerrüdü kapsamında sadece sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak alacaklıya seçimlik hakların tanınması dışında esaslı bir değişiklik olmadığı için, reformlar öncesinde yayınlanmış olan yararlanılan kaynaklarda yer alan bilgilerin içeriğinde bir farklılık ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle, bu bilgilere yer verilmesi tarafımızca uygun görülmüştür.

Borçlu temerrüdünde uygulanacak olan hükümler, CC m. 1217 ve 1231-7 hükümleri arasında yer alan ifa edilmemenin sonuçlarına ilişkin olanlardır. CC m. 1217, borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde uygulanmak üzere öngörülmüş olan hakları genel olarak saymaktadır. Bu hükümde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi üzerine karşı tarafın kendi edimini ifa etmekten kaçınabileceği, askıya alabileceği; bu edimin aynen ifasını, indirim yapılmasını, sözleşmeden dönme, ifa edilmemeden kaynaklanan zararlarının tazminini talep edileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir¹⁶⁶. Diğer maddeler bu hakların içeriği ve nasıl talep edileceğinin detaylı olarak düzenlenmesine ilişkindir.

Borçlu temerrüdünün sonuçlarında yer alan farklılıklara değinmeden önce, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için gereken başlıca şartlardan biri olan ihtarın özellikli durumu ele alınmalıdır. Fransız Medeni Kanunu'nun borçlu temerrüdünün ne zaman gerçekleşeceğini düzenleyen m. 1344 hükmüne göre (benzer içerikteki, Reform öncesi m. 1139) ifa etmemenin sonuçlarından yararlanabilmek için alacaklının mutlaka hukuki bir bildirimde (ihtar) bulunması gerekmektedir. Bu zorunluluğun istisnası sözleşmede sadece borcun muacceliyetinin gerçekleşmesiyle borçlunun temerrüde düşürülmüş olacağının kararlaştırılmış olmasıdır. Sözleşmede kesin vadenin bulunması halinde bile, borçluyu temerrüde düşürmek için, Türk hukuk sisteminde kullanılan ifade ile, alacaklının mutlaka ihtar beyanında bulunması gerekmektedir. Fransız hukuk sistemine göre, hukuki sonuç elde etmek isteyen alacaklının bir eylemde bulunması gerekir, sessiz kalması temerrütten örtülü olarak vazgeçtiği anlamına gelmektedir¹⁶⁷. Alacaklının sessiz kalması, gecikmeden dolayı

¹⁶⁶ Her borç için aynen ifanın talep edilebilmesi, ödemezlik def'i, indirim hakkının tanınması Reform ile getirilen en önemli yeniliklerdendir. Reform öncesi CC m. 1142 hükmünde yapma ve yapmama borçlarının ifa edilmemesinde yalnızca tazminat hakkı tanınmıştır. Diğer hususlar ise kanunen öngörülmemiş olup doktrin ve yargı tarafından kabul edilmekteydi. İndirim, sadece ticaret hukukunda izin verilen bir yaptırım idi, artık tüm sözleşmelere ilişkin olarak talep edilebilecektir. Birbirleri ile uyumlu olduğu sürece bu yaptırımların birlikte istenebileceği kabul edilmektedir. Örneğin; aynen ifa ile sözleşmeden dönme birlikte talep edilemeyecektir. Tazminatın diğer yaptırımlarla uyumlu olduğu madde metninden anlaşılmaktadır. Clément François, « Présentation des articles 1217 à 1218 de la nouvelle section 5 "L'inexécution du contrat" », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi), <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stite1/chap4/sect5/>.

¹⁶⁷ Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §232, Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 112 §151; Demolombe, **a.g.e.**, s. 516 §513, 517 §514, 518, 519, 539, 540. 541; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §277; Laborde-Lacoste,

zarara uğramadığına karine oluşturmaktadır. Bu karineyi sona erdirmek için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. Alacaklı, borçluyu temerrüde düşürdükten sonra, ancak zararını ispatlayarak tazminat isteyebilecektir. Alacaklı, ifa için bir süre bekledikten sonra borçluyu temerrüde düşürmüş olması durumunda, ifa zamanı ile temerrüde düşürdüğü tarih arasındaki süreçte uğramış olduğu zararın tazminini isteyemeyecektir, bu zararın ciddi olmadığı yönünde karine bulunmaktadır¹⁶⁸.

İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde ek süre verilmesine gerek olmayan haller, Fransız hukukunda temerrüde düşürülmesine gerek olmayan hallere denk gelmektedir, bu durumda doğrudan tazminat talep edilmektedir¹⁶⁹.

Alacaklı başlatmış olduğu hukuki işlemin devamını getirmiyorsa, hukuki sonuç doğurması gereken takibi yapmıyorsa, borçluyu temerrüde düşürme niyetinden vazgeçtiği kabul edilmektedir. Talep hiç yokmuş gibi varsayılammakta, şekil noksanlığı vb. nedenden dolayı etkisiz hale gelmiş gibi kabul edilmektedir¹⁷⁰.

CC m. 1217 ve 1231 ile 1231-7 arası hükümlerinde açıkça düzenlenmiş olan, gecikme zararı ve telafi edici zarar tazminatı ayırımı bulunmaktadır. Gecikme tazminatı aynen ifa ve telafi edici tazminatı da kendinde toplayabilmektedir. Gecikme tazminatının talep edilebilmesi her zaman mümkün iken, telafi edici tazminatın sadece ifanın artık gerçekleştirilemeyeceği zaman ifa yerine istenmesi söz konusudur. Telafi edici tazminat kapsamına borcun ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararlar girmektedir. Alacaklının gecikme nedeniyle uğramış olduğu, Türk hukukundaki ifadesiyle aşkın zararı telafi edici tazminat kapsamında talep etmesi mümkündür¹⁷¹.

a.g.e., s. 194 §639; Ed. Fuzier-Herman, (Édouard), **Code Civil Annoté**, Tome Troisième (Art. 1048 à 1314), Nouvelle Edition Refondue et Mise à Jour par René Demogue, Paris, 1936, s. 424 §102, 430 §29; Eugène Gaudemet, **Théorie Générale des Obligations**, Paris, Librairie de Recueil de Siret, 1937, s. 387.

¹⁶⁸ Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §232, 266 §239; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 112 §151; Demolombe, **a.g.e.**, s. 519 §516, 521; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §277.

¹⁶⁹ Demogue, **a.g.e.**, s. 274 §246 vd.; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 113 §153; Demolombe, **a.g.e.**, s. 541; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 247; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 195 §641, §642; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 424 §96, 430 §30; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 388; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 973; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1081, 1082, 1083, 1085, 1086; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 156.

¹⁷⁰ Demogue, **a.g.e.**, s. 273; Demolombe, **a.g.e.**, s. 537.

¹⁷¹ Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 118, 126, 127; Demolombe, **a.g.e.**, s. 559 §567, 560 §570, §571, 561 §572 vd.; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §276; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 149; Clément François,

Borçlunun temerrüdüne ilişkin sonuçlardan, Fransız hukukunda en büyük farklılık barındıran kavramın sözleşmeden dönme hakkı olduğunu söylemek Reform öncesi mümkündür. Kanunen öngörölmüş olan sözleşmeden dönme hakkı, hâkimden talep edilecek bir hak olup, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönmek Fransız hukukunda mümkün değildi (CC m. 1184). Fransız Medeni Kanunu'nun 1224. ile 1230. maddeleri arasındaki hükümlerde düzenlenen sözleşmeden dönme kavramına esaslı yenilikler getirilmiştir¹⁷². Sözleşmeden dönmenin karşılıklı sözleşmelerde var olan zımni bir bozucu şartın sonucu olduğu anlayışı terk edilmiş ve doğrudan ifa etmemenin bir yaptırımını olarak kabul edilmiştir. Alacaklıya hâkimden sözleşmeyi talep edebilmesinin (**résolution judiciaire**) yanı sıra tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır (**résolution unilatérale**). CC m. 1224 hükmü düzenlenirken, yargı tarafından getirilmiş sözleşmeden dönmeyi gerektiren kriter olan **inexécution suffisamment grave** yani sözleşmenin esaslı ifa edilmemesi ayırt edici bir kıstas olarak açıkça yer bulup alacaklıya sözleşmeden dönme hakkına ilişkin seçim hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre, sözleşmeden dönmeyi gerektiren ifa edilmemenin ağırlığına bakılmaksızın, sözleşmede dönmeye ilişkin bir madde bulunması durumunda alacaklı doğrudan sözleşmeden dönebilecektir, bunun için mahkemeye başvurmasına gerek bulunmamaktadır. Fransız hukukunda ifa etmemenin genel bir sonucu olan sözleşmeden dönme hakkının bu şekilde kullanılabilmesi için taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun temerrüde düşürölmüş olması ve bunun sonuçsuz kalması gerekmektedir¹⁷³ (CC m. 1225/f.2). Sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturacak ağırlıkta bir ifa etmemenin varlığı halinde ise alacaklının tek taraflı olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanması veya hâkimden sözleşmeden dönmeyi talep etmesi mümkün olacaktır. Tek taraflı olarak sözleşmeden dönülebilmesi için ifa etmemenin esaslı olması yeterlidir, mahkemeye başvurulması için gerekli olandan

« Présentation des articles 1231 à 1231-7 de la nouvelle sous-section 5 “La réparation du préjudice résultant de l’inexécution du contrat” », **La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi), <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>.

¹⁷² Clément François, « Présentation des articles 1224 à 1230 de la nouvelle sous-section 4 “La résolution” », **La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect4-resolution/>.

¹⁷³ Borçluya tanınan ek süre içinde ifanın gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir.

daha ağır olması veya durumun aciliyet barındırması aranmamaktadır. CC m. 1225 hükmü sözleşmede dönmeye ilişkin bir maddenin yer almasının, m. 1226 hükmü alacaklının tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönebilmesinin detaylarını düzenlemektedir. Her ne kadar kanunen öngörülen sözleşmeden dönme hakkının farklı kullanım yollarından birine başvurulmuş olsa da, sözleşmeden dönmenin her zaman mahkeme yoluyla talep edilebileceği CC m. 1227 hükmünde düzenlenmektedir. Sözleşmeden dönmenin talep edilebilmesi için borçlunun kusuru şart olarak aranmamaktadır.

Reform ile getirilen en önemli yeniliklerden biri olan sözleşmeden dönme hakkının tek taraflı olarak kullanılabilmesi CC m. 1226 hükmü ile düzenlenmiştir. Madde metninde alacaklının bu durumun risk ve tehlikelerine katlanması gerektiğinin vurgusu yapılmıştır. Bu husus, aynı maddenin 4. fıkrasının doğruladığı üzere, tek taraflı kullanılan bu hakkın kontrolünü yapması için a posteriori hâkime başvurulabileceğini ifade etmektedir¹⁷⁴. Sözleşmeden tek taraflı irade beyanı ile dönmek isteyen alacaklı, aciliyet barındıran haller hariç olmak üzere, öncelikle borçluya ifa için makul ek bir süre vererek borçluyu temerrüde düşürmelidir (CC m. 1226/f.1). Alacaklı beyanında açıkça borçlunun ifa etmemesi halinde sözleşmeyi sona erdireceğini belirtmelidir (CC m. 1226/f.2). İfa etmeme devam ettiği takdirde, alacaklı sözleşmeyi sona erdirdiğini gerekçeleri ile birlikte borçluya bildirir (CC m. 1226/f.3). Borçlu, sözleşmeden dönmeye itiraz etmek için her zaman mahkemeye başvurabilir, alacaklı bu durumda ifa etmemenin esaslı olduğunu ispat etmekle yükümlü olacaktır (CC m. 1226/f.4). Alacaklının, davada sözleşmeden dönme beyanında ileri sürdüğü gerekçeler ile sınırlı olarak bağlı olup olmadığı, ifa etmemenin esaslı olduğunu kanıtlamak için başka gerekçelere dayanma imkânının bulunup bulunmadığı hususunda madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır¹⁷⁵.

Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmede açıkça öngörülebilir ya da hâkim taraf iradelerinin bu yönde olduğuna kanaat getirerek karar verir. Doktrinde kısmi ifa edilmeme halinde, sözleşmeden kısmi dönmenin mümkün olup olamayacağı

¹⁷⁴ François, **a.e.**

¹⁷⁵ François, **a.e.**

tartışmalıdır¹⁷⁶. Hâkim doğrudan sözleşmeden dönmeye hükmetmeyip borçluya ifa etmesi için süre verebilir. Tarafların anlaşarak kendiliğinden sözleşmeden dönüleceğini kararlaştırmış olmaları durumunda, hâkimin vereceği karar, sözleşmeden dönmeye değil sözleşmeden dönmeyi tespitiye yönelik olacaktır¹⁷⁷. CC m. 1228 hükmü hâkimin sözleşmeden dönmeye, borçluya süre vererek sözleşmenin ifa edilmesine ya da tazminata hükmedebileceğini düzenlemektedir.

Sözleşmeden dönme sözleşmeyi sona erdirir (CC m. 1229/f.1). Reform ile, sözleşmeden dönme üzerine doğacak iade borcunun kaynağı kanun koyucu tarafından değiştirilmiştir, artık sözleşmenin geriye etkili olmasının sonucu değil yasanın bir etkisidir¹⁷⁸. İfa edilmiş edimlerin iadesi CC m. 1352 ile m. 1352-9 hükümleri uyarınca gerçekleştirilecektir (CC m. 1229/f.4).

Çalışılan konu açısından değerlendirildiğinde, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinden farklı olarak kısmi ifa etmeme halinde kısmi temerrüdün bir kavram olarak var olmadığı, kısmi ifa etmemeden kaynaklanan hukuki sonuçları elde etmek için alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi için ihtarın bir şart olarak aranması gerektiği, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatını, telafi edici tazminatı ve sözleşmeden dönmeyi talep edebilmesi imkânının bulunduğu yorumu yapılabilir. Sözleşmeden dönme hakkını tek taraflı irade beyanıyla kullanan alacaklının buna dair gerekçelerini de ileri sürmek zorunda olması başka bir farklılıktır. Ancak kısmi temerrüt kavramı bulunmadığı için, Fransız doktrininde, gecikmiş kısmi ifaya ilişkin olarak yalnızca kısmi dönme kavramının tartışılmış olması nedeniyle, kısmi ifa sonucunda tarafların iradeleri doğrultusunda, hâkimin, borçlunun bakiye borcunu ifa etme iradesini dikkate alarak, sözleşmenin bir kısmını ya da tamamını ayakta tutmaya

¹⁷⁶ Bkz.: aş. s. 370 vd.

¹⁷⁷ Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 339 §329; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, **Leçons De Droit Civil**, Tome Deuxième, Premier Volume, Obligations Théorie Générale, Paris, Sixième Édition, Éditions Montchrestien, 1956, s. 1100 §1087, 1102 §1089; Thomas Genicon, **La Résolution du Contrat Pour Inexécution**, Paris, L.G.D.J., 2007, s. 568 vd.; Corinne Rigalle-Dumetz, **La Résolution Partielle du Contrat**, Paris, Dalloz, 2003, s. 226 vd.; Guy Stanislas, **Le Droit de Résolution Dans Le Contrat de Vente, Sanction de l'Inexécution des Obligations Contractuelles**, Étude de Droit Suisse, Genève, Librairie Georg & Cto. S.A., 1979, s. 126 vd.; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 416, 417.

¹⁷⁸ François, **a.e.**

karar vereceği söylenebilecektir¹⁷⁹. Taraf iradeleri kapsamında, alacaklının aynen ifayı ve buna bağlı olarak gecikme tazminatı talep etme hakkının bulunduğu şüphesizdir. Bu anlayış doğrultusunda, alacaklının bakiye edimin ifasını elde edemeyecek olması halinde de kısmi ifa etmeme yüzünden uğramış olduğu zararların tazminini, telafi edici tazminat kapsamında talep etmesi mümkün olacaktır.

Ticari satışlarda, teslim edilen malların nitelik veya nicelik olarak kararlaştırılana uymadığı durumda, alıcının ödenmesi gereken bedeli tek taraflı olarak, mahkemeye başvurmadan indirebilme hakkı ve borçlunun a posteriori mahkemeye başvurup bunun hâkim tarafından kontrol edilmesini talep etme hakkı bulunmaktaydı. **Réfaction** olarak ifade edilen, ticari işlerde kısmi ifa edilmeme durumunda, karşı edimi orantılı olarak azaltmaya ilişkin sözleşmenin gözden geçirilmesi olan yaptırım, CC m. 1223 hükmünde bedel (fiyat) indirimi (**la réduction du prix**) olarak ifade edilmektedir, artık tüm sözleşmeler açısından ve tek taraflı olarak, mahkemeye başvurmak zorunda olmaksızın uygulanabilecektir¹⁸⁰. Reform ile getirilmiş bir yenilik olan, CC m. 1223 hükmünde düzenlenen ifa edilmeme oranında bedelde indirim yapma hakkının alacaklıya tanınmış olması, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden kısmen dönüldüğünde ifa edilmemiş kısma ilişkin olarak edimlerde ifa edilmeme oranında indirim yapılmasını çağrıştırmaktadır. Ancak bu hüküm sözleşmeden dönme alt başlığında değil kendine özgü bir alt başlık altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, gereği gibi ifa edilmeme halinde, borçlu temerrüde düşürüldükten sonra, borçlu kendi edimini tamamen veya kısmen ödememiş ise, alacaklı uygun bir süre içinde borçluya ifa etmediği oranda ödemesi gereken bedelde indirim yapacağını bildirebilecektir. Alacaklının bu beyanını borçlu yazılı şekilde kabul etmelidir. Alacaklının kendi borcunu ödemiş olması durumunda ise taraflar anlaşamaz ise alacaklı hâkimden bu bedelin indirilmesini talep edebilecektir. Kanımızca, her ne kadar kısmi temerrüt kavram olarak yer almasa da kısmi temerrüt olgusunun gerçekleştiği durumda bu

¹⁷⁹ Gaudemet, **a.g.e.**, s. 416; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 877, 880; Philippe Malinvaud, **Droit Des Obligations**, 7ème éd., Paris, Litec, 2001, N. 302; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 252; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 421 §55, §56 vd.

¹⁸⁰ Clément François, « Présentation de l'article 1223 de la nouvelle sous-section 3 "La réduction du prix" », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi), <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect3-reduction-prix/>.

hüküm uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle, sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyen ağırlıkta ifa edilmeme söz konusu olduğunda alacaklının kendi ediminin ifa edilmeyen kısma denk gelen kısmını ifadan kaçınabilmesinin yasal dayanağı açıkça getirilmiştir.

3. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Şartları

Borçlunun kısmi temerrüdünden söz edilebilmesi için, borçlunun borcunun bir kısmını ifada gecikmesi yeterli olmayıp, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların bazıları niteliği gereği bazı özelliklerin varlığının bulunmasını gerektirdiğinden olumlu olarak adlandırılırken, bazı şartlar ise bazı özelliklerin var olmamasını gerektirdiğinden olumsuz olarak adlandırılmaktadır. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi halinde kısmi temerrüt söz konusu olacaktır. Olumlu şartlardan herhangi birinin yokluğu veya olumsuz şartlardan herhangi birinin varlığı halinde kısmi temerrüt söz konusu olamayacaktır.

3.1. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Olumlu Şartları

3.1.1. Bir Borcun Bulunması

Borçlunun ifa ile yükümlü olduğu borcun bir kısmında ifada gecikme nedeniyle kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için, öncelikle ortada bir borcun bulunması gerekmektedir. Bu husus, borçlu açısından itiraz türünden bir savunma oluşturduğundan, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından re'sen nazara alınacaktır¹⁸¹.

Borcun kaynağı ne olursa olsun kısmi temerrüde konu olabilir. Bu doğrultuda, bir borcun varlığından söz edebilmek için haksız fiilde, sebepsiz zenginleşmede, vekâletsiz iş görmede aranan koşullar tamamlanmış olmalıdır. Bir borcun doğması için sözleşmenin geçerli olması gerekmektedir. Bu sözleşmenin tarafları ehil, tarafların irade beyanları sağlıklı olmalı, ilgili sözleşmenin konusu imkânsız olmamalı, sözleşmede muvazaa bulunmamalı, gerekli ise şekil şartına uyulmuş olmalı, aşırı yararlanma bulunmamalı, genel işlem şartlarına getirilen sınırlara uyulmalıdır. TBK

¹⁸¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 23.

m. 26 hükmünde düzenlenmiş olan tarafların sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğünün sınırlarını çizen TBK m. 27 hükmü uyarınca geçerli bir sözleşmenin nasıl olacağı belirlenir. Buna göre; bir borcun var olabilmesi için kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Toplumun çıkarını koruyan kamu düzenine ilişkin hükümler, toplumun genel ahlâkî esaslarını koruma amacını taşıyan kurallar, bireylerin kişiliğini koruma amacı taşıyan kurallar da emredici hukuk kuralı niteliğini haizdir. Genel olarak bakıldığında, emredici hükümler ekonomik, sosyal veya fiziki açıdan zayıf kişileri korumak için öngörülmüştür ve bu nedenle genelde kamu düzeni ve genel ahlâk ile ilgilidir¹⁸². Düzen hükmü olarak adlandırılan ve borçlar hukukunun uygulama alanı dışında düzenleme getiren bazı cezaî ve idarî yaptırımlar öngören kamu hukuku normları sözleşmenin geçersizliğine yol açmayıp, sadece ilgili yaptırımların uygulanması sonucunu doğurur¹⁸³. Bu açıklamaların sonucunda, bir borcun geçerli olarak kararlaştırılmış olması için, tarafların borcun konusunu belirlerken yukarıda sayılan nitelikleri haiz kurallara uygun hareket etmeleri gerekmektedir; aksi takdirde sözleşme geçersiz olacağı için borçlunun kısmi temerrüdü de söz konusu olamayacaktır.

3.1.2. Borçlanılan Edimin Bölünebilen Bir Edim Olması veya Sözleşmede Birden Fazla Edimin Kararlaştırılmış Olması

Borçlunun ifa ile yükümlü olduğu borcun bir kısmında ifada gecikme nedeniyle kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için doğası gereği borcun bölünebilir bir edim içermesi ya da birden fazla edimden oluşması gerekmektedir¹⁸⁴. Borcun bölünebilir nitelikte olması miktar bakımından söz konusu olabilecektir (örneğin; 15

¹⁸² Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 27. bs., İstanbul, On İki Levha, 2021, N. 294; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 277.

¹⁸³ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 752; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 395, 396.

¹⁸⁴ Claude Ramoni, **Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse**, Lausanne, Schulthess, 2002, N. 1007; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1734; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 971; Eren, **a.g.e.**, N. 3525; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, N. 44; Havutçu, **a.g.e.**, s. 137. Fransız hukukunda kısmi temerrüt kavramı olmamakla birlikte, kanuni tanımda fiziki ya da fikrî bölünebilirliğin bir kriter olarak yer almasından bahisle, kısmi ifanın gerçekleşmiş olmasına karar verilmesi için tarafların iradelerinin esas alınması gerekliliği yönünde bkz.: Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 494, 498. Her ne kadar edim bölünebilir nitelikte olsa dahi bir bütün olarak, adeta bölünemez bir edim gibi ifa edilmesi gerektiği ve para borçlusunun dahi alacaklıyı kısmi ifayı kabule zorlayamayacağı hususunda bkz.: von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 501, 502.

adet bilgisayar yazılımının 3 tanesini teslim etmek). Sözleşmede birden fazla edim kararlaştırılmış olması edimlerin aynı olmasını gerektirmez, birbirinden farklı mallar olabileceği gibi (örneğin; balıkadam kıyafeti, dalış ekipmanı ve hatta ekipmanın içeriğinin tek tek belirlenmiş olması halinde her farklı kalem ürün), edimlerin içerikleri de farklı olabilir (örneğin; bir müzik dinletisi sunmak ve bir enstrümanı alacaklıya kullanması için teslim borcu), edimlerin birbirleri ile bağının olması da gerekmemektedir; bir vazonun teslimi ile tarlanın sürülmesi iki farklı edim olarak borçlunun borcunun konusunu oluşturabilir. Kısmi temerrüt açısından önemli olan, sözleşmede kararlaştırılmış bulunan borcun bir kısmının zamanında yerine getirilmemiş olmasıdır. Alacaklının kendi ediminin bölünebilir nitelikte olması onun iade yükümlülüğü ile ilgili olup çalışmanın ilerleyen kısımlarında detaylı olarak ele alınacaktır.

3.1.3. Borcun Muaccel Olması

3.1.3.1. Kavram Olarak Muacceliyet

Borcun muaccel olması, borçlunun kısmi temerrüdünün oluşabilmesi için gereken temel şartlardan olup, zaman unsuruna ilişkindir. Muacceliyetin gerçekleştiği anı yani ifa zamanını bir madalyon olarak düşünmek mümkündür; bir yüzünde alacaklının borcun ifasına ilişkin talep hakkını kullanabileceği ana ulaşması varken, diğer yüzünde borçlunun borcunu yerine getirmekten kaçınamayacağı ana ulaşması yer alır¹⁸⁵.

Muacceliyet ile borcun ifa edilebilirliği farklı kavramlardır. Konu açısından önem taşıyan muacceliyet, borç herhangi bir vadeye bağlanmamış ise ifa edilebilirliği de kapsamakta iken, vadeye bağlı borçlarda durum farklıdır. Vadeye bağlı borçlarda alacaklı, vadeden önce ifa talebinde bulunamaz. Oysa borçlu TBK m. 96 uyarınca, sözleşmenin hükümlerinden, özelliğinden ya da olayın şartlarından tarafların aksini kararlaştırdıkları anlaşılmadıkça, kural olarak, sürenin sona ermesinden önce ifa

¹⁸⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 52; Tercier, **a.g.e.**, §1169; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 11; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1701; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 994; Barlas, **a.g.e.**, s. 21, dn.180; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1139; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 11.

yetkisine sahiptir; bu durumda alacaklı kendisine fiilen sunulan edimi reddederse alacaklı temerrüdüne düşer. İşbu durumda borç henüz muaccel olmamasına rağmen ifa edilebilirlik özelliğine sahiptir. Muacceliyet şartı gerçekleşmediğinden burada borçlunun kısmi temerrüdünün doğması da mümkün değildir.

Muacceliyet, alacaklının ifa için daha fazla beklemek zorunda kalmamasını, borçlunun ise edimi yerine getirmeyi temerrüde düşmeden daha fazla geciktiremeyecek olmamasını sağlaması sebebiyle zaman unsuru bakımından değerlendirilen bir husus olmuştur¹⁸⁶. Muacceliyet kavramı sadece alacaklının alacağını talep edebilmesini ve borcun ifasını mümkün kılan bir an olmayıp, aynı zamanda başka bir hukuki işleme gerek olmaksızın, borçluya ifayı ve alacaklıya ifayı kabulü zorunlu kılmakta, bu hususlara ilişkin olarak taraflara yükümlülük getirmektedir¹⁸⁷. Borçlunun borcunu muaccel olduğu anda, derhâl ifa etmesi beklenmektedir; ancak bu husus lafzen değil dürüstlük kuralına göre yorumlanmalıdır. Dikkat edilecek başka bir husus ise, kısmi temerrüde konu olacak borcun likit (belirlenebilir) olmasının gerekmemesidir, borcun muaccel olması yeterlidir¹⁸⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, muacceliyet kavramını alacağın elde edilmesine yönelik diğer hukuki engellerin de ortadan kalkmasının gerekliliği ile birlikte değerlendirmektedir. Bu görüş uyarınca, muacceliyetin gerçekleşmesi için talep edilebilirliğin yanı sıra kanundan ya da sözleşmeden doğan, alacağın elde edilmesine yönelik diğer hukuki engellerin de bulunmaması gereklidir¹⁸⁹. Bu görüşe göre, hem ifa zamanı geçirilmiş hem de borçlunun geç ifasını ya da ifadan kaçınmasını gerektirecek haklı bir sebebi olmaması (ve bundan yararlanmaması) şarttır. İfanın talep edilebilmesi ile ifanın elde edilebilmesi farklı kavramlar olduğundan, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹⁸⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 109; Eren, **a.g.e.**, N. 3407; Barlas, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁸⁷ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 633.

¹⁸⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 53. Fransız hukukunda, borcun belirlenebilir olmasının tazminat açısından gerekli olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 243, 335. Borcun belirlenebilir (likit) olmaması halinde, öncelikle bunun belirlenmesinin talep edilmesi gerekliliği hususunda bkz.: Demogue, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁸⁹ Salamon Kaniti **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1962, s. 155.

Borcun geçerli olarak doğması ve hukuki etkiye sahip olması muacceliyetin şartlarıdır. Borcun muaccel olabilmesi için en erken tarih, borcun doğum anıdır¹⁹⁰. TBK m. 90 ve m. 92/son hükümlerine göre borcun talep edilebilmesi için muaccel olması gerekmekte iken; TBK m. 96 hükmü “erken ifa” başlığı altında borcun doğum anından itibaren ifa edilebileceğini ifade ederek, borcun doğum anı ile muacceliyet anının farklı kavramlar olduğunu düzenlemiştir.

Doğmuş borcun geçerli ve hukuki etkiye sahip olması gerektiğinden, hukuki işlemin yokluğu, kesin hükümsüzlük, sınırlı ehliyetsizlerin durumu, geciktirici şartın varlığı, eksik borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar bakımından inceleme yapılması önem taşımaktadır. Hukuki işlemlerde tarafların irade beyanlarının bulunmaması durumunda, hukuki işlemin yokluğu söz konusu olacağından zaten ortada bir edim olmayacağı gibi muacceliyet de söz konusu olmayacaktır. Hukuki işlem taraflarının ehliyetsizliği, işlem konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlâka kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması, hukuki işlemin şekil şartına uygun olarak yapılmaması veya muvazaa hallerinde hukuki işlem kesin hükümsüz olacağından¹⁹¹, ortada geçerli ve hukuki etkiye sahip borç olmayacağından muacceliyet de söz konusu olmayacaktır. Hukuki yokluk ve kesin hükümsüzlük hallerinde muacceliyet ve dolayısıyla kısmi temerrüt hiçbir zaman gerçekleşmeyecektir.

Muacceliyete konu borcun kaynağının iptal edilebilir bir hukuki işlem olması durumunda, her somut olayda değerlendirme yapılması gerekir. İptal edilebilirlik, hukuki işlemin taraflarının iradesinin sakat olması ve aşırı yararlanma hallerinde söz konusu olur. Hukuki işlemdeki irade bozukluğunun giderilmesine ilişkin TBK m. 39

¹⁹⁰ Muacceliyet ile borcun doğum anı aynı zamana denk gelse bile, borçlu bakımından ifa konusunun elde edilmesi için gerekli uygun bir zamanın da hesaplanması gerektiği yönünde bkz.: Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 752.

¹⁹¹ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. I**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, N. 1161, 1163; Barlas, **a.g.e.**, s. 23.

hükmü¹⁹² ve aşırı yararlanmada telafiye ilişkin TBK m. 28 hükmü¹⁹³ incelendiğinde iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olacak işlemlerde hak düşürücü sürelerin öngörölmüş olduğu görölmektedir. Genel bir ifadeyle, iradesi sakatlanan öğrenme veya etkinin kalktığı tarihten itibaren bir yıl ve buna ek olarak aşırı yararlanmada sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren beş yıl içinde sözleşme ile bağılı olmadığını bildirmelidir, bu süre iptal hakkı kullanılmadan sona erdiğinde artık sözleşmenin baştan itibaren geçerli olarak kabul edilmesi sonucunda, bu hukuki işlemin hüküm ve sonuçları doğar. Farklı teorilerin sözleşmenin geçerliliğine ilişkin farklı anlayışları, iradesi sakatlananın henüz iradesini beyan etmediği bu bir senelik süreçte, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifa zamanının gelmiş olması halinde muacceliyetin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini belirler. İptal teorisine¹⁹⁴ göre, sözleşme zaten baştan itibaren her iki taraf açısından geçerli olduğu için her durumda ifa zamanının gelmesi ile borç geçerli olarak doğduğu için muaccel olacaktır. Geçersizlik (düzelebilir hükümsüzlük) teorisine¹⁹⁵ göre, sözleşme her iki taraf açısından baştan itibaren geçersiz kabul edildiği için ifa zamanında muacceliyetin gerçekleştiği kabul edebilmek için iradesi sakatlanan tarafın sözleşmenin kaderi hakkında karar vermesi beklenmelidir, hayatın olağan akışına göre temerrüt hükümlerinden yararlanmak istiyorsa sözleşmeyi iptal etmeyeceği söylenebilecektir. Bu durumda sözleşmeye bu haliyle onay vererek hem

¹⁹² TBK m. 39 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağılı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.

Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.”

¹⁹³ TBK m. 28 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağılı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağılı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

¹⁹⁴ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, **Le Droit Des Obligations**, 5ème éd. revue et augmentée, Zürich, Schulthess, 2012, §15 N. 773, 773a, 776.

¹⁹⁵ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §15 N. 772; Nomer, **a.g.e.** N. 58; Zekeriya Kürşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı, 2003, s. 65.

kendisini hem karşı tarafı sözleşme ile baştan itibaren bağlı kılacaktır. Bu kapsamda, sözleşmenin kısmi iptalinin de mümkün olduğunu savunan diğer görüş¹⁹⁶ uyarınca, iradesi sakatlanan tarafın talebi doğrultusunda sözleşme kısmen iptal edildiğinde, sözleşmenin ayakta kalan kısmı için ifa zamanında borç muaccel olabilecek ve dolayısıyla ifa edilmeme sonucunda temerrüt hükümleri uygulanabilecektir.

Bölünmüş geçersizlik (tek taraflı bağlamazlık) teorisine¹⁹⁷ göre, taraflardan iradesi sakatlanan açısından geçersiz olan sözleşme diğer taraf için geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, öncelikle hangi tarafın borcunun temerrüt konusu olduğu tespit edilmelidir. İradesi sakatlanan taraf açısından sözleşmenin geçerli olabilmesi ve ifa zamanında muacceliyetin gerçekleşmiş olabilmesi için kendisinin sözleşmeye onay vermesi ya da vermiş sayılması gerekmektedir, diğer taraf için ise sözleşme geçerli kabul edildiği için ifa zamanında borç muaccel olmuştur, iradesi sakatlanan tarafın onayının beklenmesine gerek bulunmamaktadır.

Sınırlı ehliyetsizlerin kendilerini borç altına sokan işlemlerinde, yasal temsilcilerinin rızasına (TMK m. 16) ve yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerde temsil edilenin onay vermesine ihtiyaç duyulduğundan (TBK m. 46), yasal temsilcinin onay verme anına kadar söz konusu hukuki işlemler askıda hükümsüz olacağından¹⁹⁸, borçlunun ifa yükümlülüğü ve muacceliyet söz konusu olmayacaktır¹⁹⁹.

Taksitle satış sözleşmesinde yasal temsilcinin rızasına ilişkin TBK m. 254 hükmü uyarınca ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı açısından taksitle satış sözleşmesinde kısmi temerrüdün söz konusu olabilmesi için, ancak ve ancak yasal temsilcisinin yazılı rızasının olması gerekmektedir. Yasal temsilci sözlü olarak onay

¹⁹⁶ Pierre Tercier, **Le Droit Des Obligations**, 2. éd., Zürich, Schulthess, 1999, §15 N. 606; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §15 N. 774, 816, 836, 842; Engel, **a.g.e.**, s. 339 N. 69, s. 360 N. 73; CR-Thévenoz, Art. 25 N. 5, N. 6. Sözleşmenin kısmen iptal edilmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Haluk Nami Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 523-533.

¹⁹⁷ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 452; Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I**, 3. Aufl, Zürich, 1974/1979, s. 231, 329, 338 (Vedat Buz, “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 302 dn. 18’den naklen).

¹⁹⁸ Dural, Sarı, **a.g.e.**, N. 1177.

¹⁹⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 24.

vermiş olsa bile, bu taksitli satım sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceği için kısmi temerrüt de söz konusu olamayacaktır. Aynı kapsamda, yasal temsilcinin böyle bir sözleşmeye sonradan yazılı ya da sözlü onay vermesi de durumu değiştirmeyecektir, bu halde de ortada geçerli bir borç ilişkisi olmadığı için kısmi temerrütten söz edilemeyecektir.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının alınmasının geçerlilik şartı olmasına ilişkin TBK m. 584 hükmü²⁰⁰ incelendiğinde de, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olduğu veya yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğduğu durumlar hariç, kefalet sözleşmesine ilişkin bu rızanın, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasının, kanun koyucu tarafından özellikle düzenlendiği görülmektedir. Eşin, diğer eşin kefalet sözleşmesine sonradan yazılı ya da sözlü onay vermesi sözleşmenin geçerli olmasına yol açmayacaktır, bu nedenle de eşin rızasının yokluğunda akdedilmiş bir kefalet sözleşmesinde kısmi temerrüt de gerçekleşmeyecektir.

Geciktirici şarta bağlı hukuki işlemlerde şart gerçekleşene kadar borç muaccel hale gelmeyeceği için kısmi temerrüt de söz konusu olamayacaktır²⁰¹. Ancak katıldığımız görüşe göre, koşul belirlenmesi halinde borcun doğumu bu koşulun gerçekleşmesine bağlıdır, borcun muaccel hale gelmesi ise ancak borç doğduktan sonra mümkün olabileceğinden, koşulun varlığı doğrudan doğruya muacceliyeti etkileyen bir unsur değildir²⁰².

Eksik borçlarda; alacaklı, edimin ifasını talep ve dava edememesine rağmen, ancak borçlunun isterse ifa edebilmesi söz konusu olduğundan, ifa zamanı bu borçların doğası gereği var olmamaktadır. İfa zamanının olmaması da muacceliyet kavramının yokluğuna ve dolayısıyla kısmi temerrüdün söz konusu olamaması sonucuna yol

²⁰⁰ **III. Eşin rızası MADDE 584-** “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.”

²⁰¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 470.

²⁰² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1010.

açmaktadır²⁰³. Genel kabul bu olmakla birlikte, eksik borçlar kendi içinde bir ayırıma tâbi tutularak muacceliyetin varlığı bir olasılık olarak değerlendirilmektedir. Kumar, bahis veya evlenme simsarlığı nedeniyle kurulan hukuki ilişkilerde, hukuken ifasının zorunlu olmamasına rağmen yerine getirilmesi durumunda, geri istenmesi mümkün olmayan edimlerin iadesi taahhüdü altına girilmiş olması hallerinde, borcun ifası tamamen borçlunun serbest iradesine bağlı olduğu için gerçek anlamda bir borç doğmuş olmayacağından muacceliyetten de söz etmek mümkün olmayacaktır²⁰⁴. Bir diğer eksik borç kaynağı olan zamanaşımı yönünden bir farklılık bulunmaktadır. Borç her ne kadar zamanaşımına uğramış olsa bile borç geçerliliğini, alacaklı da alacağını talep hakkını yitirmemekte, sadece borçlu def'i hakkını kullanarak ifa yükümlülüğünden ve bununla birlikte kısmi temerrüde düşmekten kurtulmaktadır. Bu nedenle, def'i hakkının varlığı veya kullanılması borcun muacceliyetine etki eden bir husus değildir²⁰⁵. Zamanaşımına tâbi bir borcun söz konusu olabilmesi için geçerli ve muaccel bir borcun varlığı şarttır.

Muacceliyetin gerçekleşmesiyle birlikte alacaklı ifayı talep ve dava etme yetkisini kazanmaktadır. Yargıtay, 18.02.2022 tarihli, E. 2019/5, K. 2022/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında, muacceliyetin bir dava şartı olarak değerlendirildiğini ve sağlanmamasının hukuki yarar yokluğu olarak nitelendirildiğini açıkça belirtmiştir²⁰⁶.

Muacceliyet anının belirlenmesi için vade kavramı önem taşıdığından onun bir alt başlıkta incelenmesi uygundur.

²⁰³ Eren, **a.g.e.**, N. 3402; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 8.

²⁰⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 605, dn. 6.

²⁰⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 26; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 15.

²⁰⁶ “...ifa zamanı gelmemiş (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel) bir alacak için açılmış dava, erken açılmış dava niteliğinde olduğundan, bu davanın açılmasında henüz hukukî yarar bulunmamaktadır. O nedenle HMK'nın 114/1-h bendinde dava şartları arasında sayılan hukukî yararın bulunmadığı durumda, davanın esastan değil, HMK'nın 115/2. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir.”, Yargıtay İBBGK., 18.02.2022 tarihli, E. 2019/5, K. 2022/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı, **RG 04.11.2022, Sayı 32003**.

3.1.3.2. Vade

Muacceliyetin gerçekleşmesi ifa zamanına ilişkin olup, alacaklının borçludan borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkânının başladığı anı ve borçlunun bu talebe uyma zorunluluğunun doğduğunu anın bu an olduğunu ifade ettiğinden²⁰⁷, niteliği gereği vadesiz ve vadeye bağlı borçlarda farklı şekilde meydana gelmektedir. Tarafların anlaşması, taraflardan birinin ihbarı, hukuki işlemin niteliği veya kanun hükmü ile borcun muaccel olacağı an belirlenir²⁰⁸. İfa zamanı, taraflarca kararlaştırılmamış veya işin niteliğinden de anlaşılamıyorsa, TBK m. 90 hükmüne göre borç doğduğu anda muaccel olur. Bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu’nun kabul ettiği esas düzenin, borçların vadeye bağlanmaması olduğu anlamına gelmektedir²⁰⁹. Bu hükmün kaynağı, Roma Hukuku’nda “quod sine die debetur, statim debetur” yani süresiz borçlanılan şeyin derhâl ifa edilmek üzere borçlanılmış olduğuna ilişkin ilkesidir²¹⁰. Bu kuralın istisnası borcun vadeye bağlı olmasıdır. TBK m. 90 hükmünde yer alan borcun “doğumu anında” muaccel olacağı hususu dürüstlük kuralı ışığında yapılacak yorumla değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda, borçluya ifa için gereken makul bir süre tanınmalıdır²¹¹.

Vade, bir işin yapılması veya bir borcun ödenmesi için tanınan süre, mühlet, mehil olarak tanımlanmaktadır²¹². Vadeli bir borç, vade olarak adlandırılan bu anın

²⁰⁷ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 75, N.1; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 994 ; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 800; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 1. İfa gününün belirlenmesinin, söz konusu bu zamanda edimini ifa ederek kendi borcundan geçerli ve kesin olarak kurtulabilmesine sebep olacağı için borçlunun hukuki durumunu değiştireceği, ancak yalnızca bu tarihin belirli olmasıyla, alacaklının edimin ifasına yönelik bir bekleyişi bulunması sebebiyle alacaklının hukuki statüsünü değiştirmeyeceği, ancak bu tarihin geçmesi ile alacaklının hukuki durumunun değişeceği hususunda bkz.: Chavanne, **a.g.e.**, s. 47 §80 §81, 48 §87.

²⁰⁸ Demogue, **a.g.e.**, s. 275 §247, 278, 279 §251; Chavanne, **a.g.e.**, s. 47 §80, 48 §86; Eren, **a.g.e.**, N. 3409. Chavanne, doktrinde hâkim görüşe karşı çıktığını ifade ederek muacceliyet tarihinin borçlunun hukuki statüsünü değiştirmeyeceğini, bunun için alacaklının ifayı talep hakkını ileri sürmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu tarihin borçlunun hukuki durumunu değiştirebilecek olması, sadece ikincil bir noktada ortaya çıkabilir; borçlu, ediminin ifasına hemen başlamasının gerekmesi sebebiyle ifaya hazır olmalıdır. Bkz.: Chavanne, **a.g.e.**, s. 49 §88.

²⁰⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 995.

²¹⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 27.

²¹¹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 801; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1148.

²¹² **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>

gelmesi ile muaccel olacağından, vade tarihi gelene kadar borcun ifasının talep edilmesi mümkün değildir, ancak artık bu andan sonra borçlu alacaklının ifa talebine uymakla yükümlü olacaktır²¹³. Bununla birlikte vade ifanın gerçekleştirileceği zaman dilimini ifade ettiğinden, bu zaman diliminin bitmesiyle vade sona erecektir²¹⁴. Kural vadenin geldiği anda borcun muaccel olması ise de bazı durumlarda vadeden önce de borç muaccel hale gelebilir. İİK m. 195 hükmünde düzenlenmiş olan, borçlunun taşınmaz mallarının rehni suretiyle elde edilmiş olan alacaklar hariç, diğer tüm borçlar bakımından iflasın açılmasının müflisin borçlarını muaccel kılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Taraflar yaptıkları sözleşmeye koyacakları bir hükümle ifa zamanını belirleyebilecekleri gibi, sözleşme yapıldıktan sonra ancak muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ya da sonra da vadeyi kararlaştırabilirler.

İlk olarak, tarafların sözleşmeyi yaparken vadeyi belirlemiş olması incelenecektir. Sözleşmenin yapıldığı sırada mutlak ya da nispi olarak ifa zamanı belirlenebileceği gibi, ifa zamanının belirlenmesi taraflardan birine ya da üçüncü kişiye bırakılmış olabilir. Doğrudan doğruya belirli bir ifa gününün veya tarihinin belirlenmesi yahut kesin olan ifa zamanının ancak hesap edilerek belirlenebilir olması yoluyla dolaylı olarak belirlenmesi halinde ifa zamanının mutlak olarak belirlenmesi söz konusu olur²¹⁵. Sözleşme yapıldıktan 6 ay sonra, düğün tarihinden 2 hafta önce borcun muaccel hale geleceğinin kararlaştırılmış olması varsayımlarında, muacceliyet tarihinin belirlenebilmesi için bir ek bilgi olan sözleşmenin kurulduğu tarihin veya düğün tarihinin bilinmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Taraf iradelerine göre gelecekte gerçekleşeceği belirli bir olay olmasına karşın, ne zaman gerçekleşeceği bir takvim günü ile kesin olarak belirlenmiş değil ise ifa zamanının nispi olarak belirlenmesinden söz edilir ve bu durumda belirsiz vade söz

²¹³ Oser, Schönerberger, a.g.e., Art. 75, N.1; Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 995 ; Tekinay, v.d., a.g.e., s. 800; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 5; Reisoğlu, a.g.e., s. 327; Akkanat, a.g.m., s. 10.

²¹⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 91; Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 996, 997.

²¹⁵ Eren, a.g.e., N. 2943; Barlas, a.g.e., s. 28.

konusu olur²¹⁶. Pamuk hasadının başlamasından 5 gün sonra, bağbozumunun yapılmasından 1 ay sonra gibi vadeler ile ifa zamanının tespitinin taraflardan birinin bildirimine tâbi tutulduğu durumlar, ifa zamanının nispi belirlenmesine örnek olarak verilmektedir.

Taraflar, sözleşme ile ifa zamanını taraflardan birinin ya da üçüncü bir kişinin belirlemesi hususunda anlaşabilirler. Vadeyi belirleme hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, karşı tarafa muacceliyet ihbarında bulunarak kullanılır²¹⁷. Muacceliyet ihbarının geçerliliği için borçluya bir süre tanınmış olması şart değildir; ancak dürüstlük kuralı gereği borcun hemen muaccel olmadığı ve borçluya ifa için uygun nitelikte bir süre tanınması gerektiği kabul edilir²¹⁸. Katıldığımız bu görüşe göre; muacceliyet ihbarında borçluya süre tanınmaması durumunda, muacceliyet ihbarının borçluya veya yetkili temsilcisine ulaştığı gün borcun muaccel hale geleceğinin ileri sürülmesinin²¹⁹ kabulü, dürüstlük kuralını adeta bertaraf ettiğinden mümkün değildir. Borçlu ne zaman ifa edeceğini bilmediğinden, gereği gibi hazırlıklarını yapamamış olacak ve menfaati olumsuz olarak etkilenecektir. Muacceliyet ihbarının önemi, taraflarca daha önce açıkça ve net olarak belirlenmemiş olan ifa zamanının, kararlaştırmış oldukları kişi (kendilerinden biri ya da üçüncü bir şahıs) tarafından, borçlunun ifadan kaçınamayacağı ve alacaklının hem talep hakkının hem de ifayı kabul zorunluluğunun doğduğu anı somutlaştırmasıdır. İçeriğinde borçluya süre tanınmamış olması durumunda, muacceliyet ihbarının borçlunun kendisine veya yetkili temsilcisine ulaştığı tarihte, borcun muaccel olacağının kabulü halinde, borçlu sürpriz ile karşılaşacak ve temerrüdün ağır sonuçlarına maruz kalabilecek ve bunun sonucunda da sözleşmesel menfaat dengesi böylelikle ağır bir biçimde zedelenecektir. Eğer para borcu söz konusu ise, somut olayın özellikleri

²¹⁶ Eren, **a.g.e.**, N. 2944; Barlas, **a.g.e.**, s. 28; Tarafların vade için belirledikleri olayın gelecekte gerçekleşmesi şüpheli ise, bu durumda vade değil, şart söz konusu olur; ki şart borcun muacceliyeti ile ilgili olmayıp borcun doğumuna ilişkin bir kavramdır. Bu nedenle belirsiz vadeden söz edebilmek için, tarafların gelecekte gerçekleşmesi kesin olan bir olayı belirlemeleri gerekeceği yönünde bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1010. Tarafların belirledikleri olay bakımından vadenin mi yoksa şartın mı söz konusu olduğunda şüphe duyulması halinde şartın varlığının kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz.: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 7.

²¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1013.

²¹⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 388; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1014; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 801;

²¹⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 29.

dikkate alınarak bu görüşün kabulü mümkün olabilir. Ancak salt para borcunun söz konusu olması, muacceliyet ihbarında süre tanınmamış olması halinde, ihbarın ulaşma gününde muacceliyetin gerçekleşmesi sonucunu doğurmaz, somut olay adaleti gereği dürüstlük kuralı dikkate alınmalıdır.

İstisnaen karşılaşılan vadeyi belirleme yetkisinin borçluya tanınmış olması durumunda borç, eksik borç niteliğini kazanacaktır²²⁰. Ancak tarafların borçlunun vadeyi belirleme yetkisini “uygun zaman” veya “ilk fırsatta” gibi ifadelerle zaman olarak kısıtlaması, başka bir ifade ile zaman çerçevesi koyması durumunda, artık eksik borç niteliği söz konusu olmayacak ve alacaklı ifade edilen zamanın geldiğinin tespitini mahkemeden isteyebilecektir²²¹. Vadenin belirlenmesi sözleşme ile borçluya bırakılmış olabilir. Borçlu bu durumda, dürüstlük kuralı gereği ifa zamanını belirleyecektir²²². Borçlu, muacceliyet ihbarında bulunmayı geciktirebilir, ihbar yapmaktan kaçınarak alacaklının zarara uğramasına sebebiyet verebilir. İfa zamanının belirlenmesinin hakkaniyete aykırı olarak geciktirilmesi veya ihbarda bulunmaktan kaçınılması hallerine ilişkin herhangi bir kanun maddesi bulunmamakla birlikte dürüstlük kuralından hareketle, alacaklının ifa zamanının tayini için mahkemeye başvurabileceği kabul edilmektedir²²³. Borçlunun dilediği zaman ifada bulunabileceği taraflarca kararlaştırılmış ise, borçlunun muacceliyet ihbarını geciktirmesi veya hiç yerine getirmemesi, sözleşme ile kendisine tanınmış hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek ve burada artık eksik borç ilişkisi söz konusu olacaktır²²⁴.

Üçüncü kişiye vadeyi belirleme yetkisinin taraflarca tanınmış olması durumunda, üçüncü kişi bu yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanacaktır.

²²⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 388; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 802.

²²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1015; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 802.

²²² Sözleşmede “borçlu için uygun zamanda”, “borçlu fırsat bulunca” ifanın yapılacağı kararlaştırılmışsa, bu ibareler eksik borç niteliği kazandırmayacak ve borçlunun dürüstlük kuralına göre ifa zamanını belirlemesi gerekecektir, bkz.: Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 802.

²²³ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 636; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 802.

²²⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 111; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 802; Barlas, **a.g.e.**, s. 30.

Bu nedenle, hakkaniyete aykırı olarak üçüncü kişi bu yetkisini kullanırsa, menfaatine aykırı hareket edilen taraf mahkemeye ifa zamanının tespiti için başvurabilecektir²²⁵.

Vade bazen de taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden ve edimin özelliğinden anlaşılabilir, bazen de kanun vadenin belirlenmesi için yerel âdete atıf yapar²²⁶. Örneğin taraflar kanlı ay tutulmasında fotoğraf çekilmesi ve video kaydı alınması hususunda anlaşmış olabilirler; bu durumda borçlanılan edim yalnızca kanlı ay tutulmasının gerçekleştiği zamanda ifa edilebilir ve muaccel hale gelir.

Borç ilişkisinin doğumundan sonra, tarafların sonradan vadeyi belirlemesi ya da kararlaştırmış oldukları vadeyi uzatması tecil (erteleme, uzatma) anlaşması ile olur²²⁷. Taraflar ortak iradeleri ile alacağın talep edilebilirliğini doğrudan etkilemektedir; alacaklı, kararlaştırılan bu süre içinde yani yeni vadeye kadar alacağını talep edemeyecektir. Taraflar, bu husustaki iradelerini açık veya örtülü olarak ileri sürebilirler²²⁸. Kanunlarda düzenlenmemiş olan, tecil anlaşması kural olarak bir şekle bağlı olmamakla birlikte, TBK m. 13 hükmü gereği, ifa zamanının sonradan değiştirilmesine ilişkin tecil anlaşması yapılırken, bağlı olduğu asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekle uyulması gerekmektedir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından açıkça tecil anlaşması öngörülmüş olmasa da, TBK m. 95 hükmünde süre uzatılması durumunda hesaplamanın nasıl yapılacağı belirtildiği için tecil anlaşmasından dolayı olarak bahsedilmiş olduğu kabul edilmektedir²²⁹.

Taraflar, sözleşmede yeni sürenin ne zaman başlayacağını açıkça kararlaştırmış olabilir. Aksi durumda, TBK m. 95 hükmü uygulanacak ve yeni süre, önceki sürenin

²²⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 31.

²²⁶ Chavanne, **a.g.e.**, s. 47 §80, 48 §86. Vade işin niteliğinden tespit edilemiyor ve vadeyi belirleyecek yerel adetin bulunmadığı hallerde de; kanun ifa zamanının tespitine ilişkin bir düzenleme içeriyor olabilir ve bu olasılıkta söz konusu düzenleme uygulama alanı bulur. Barlas, **a.g.e.**, s. 31. İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesinin yalnızca sözleşmeden doğan borçlarda söz konusu olabileceği hususunda bkz.: Eren, **a.g.e.**, N. 2947.

²²⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 91; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1006; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 804; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 11; Eren, **a.g.e.**, N. 2950; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 3627; Mustafa Alper Gümüş, “Muacceliyetin Ertelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. XI, S. 126, Haziran 2013, s. 19 vd.; Kizir, **a.g.e.**, s. 61.

²²⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1006, 1007.

²²⁹ Gümüş, **a.g.m.**, s. 30 vd.

sona ermesini izleyen birinci günden başlayacaktır. Tarafların, sözleşmenin yapılmasından sonra vade olarak kararlaştırmış olduğu zaman, kısmi temerrüdün gerçekleşmesi için sağlanması gereken muacceliyet şartının yerine getirilmesi açısından önem taşır. Şöyle ki, tarafların borcun doğumundan sonra, fakat muacceliyetten önce yapmış oldukları tecil anlaşması muacceliyetin gerçekleşmesine engel olacağından kısmi temerrüdün doğmasına da engel olur. Ne ilk olarak öngörölmüş vade geldiğinde ne de erteleme ile öngörölmüş olan süre boyunca muacceliyet gerçekleşir. Bunun sonucunda da borçlunun kısmi temerrüdü söz konusu olamaz. Alacaklı bu süre içinde ifa talebinde bulunursa, borçlu ertelemeyi itiraz olarak ileri sürebileceği gibi, hâkim de ertelemeyi re'sen dikkate alacaktır²³⁰. Bunun temelinde erteleme anlaşmasının, alacak hakkının ileri sürölmesinde borçludan ifayı talep hakkını engelleyen maddi bir olay olması bulunmaktadır²³¹.

Bir görüşe göre, muacceliyet erteleme süresince gerçekleşmeyeceği için zamanaşımının işlemesi de mümkün olmayacağından, zamanaşımı bu süreçte durmuş olacaktır²³². Diğer görüşe göre ise, ertelemenin bünyesinde ikrarı barındırdığı gerekçesi ile zamanaşımının kesildiği kabul edilir²³³. Bu nedenle, erteleme süreci ile yeni bir muacceliyet tarihi belirlendiği için, zamanaşımının yeniden işlemeye başlaması gerekmektedir²³⁴. Eğer borç muaccel olduktan sonra tecil anlaşması yapılmışsa, o zaman erteleme süresi boyunca borçlunun temerrüde düşmesi engellenmiş olacaktır, bununla birlikte işlemekte olan zamanaşımı duracaktır²³⁵. Muacceliyet anından tecil anlaşmasına kadar geçen süre boyunca diğer gerekli şartlar varsa borçlu temerrüdü veya kısmi temerrüt doğacaktır.

Borçlunun temerrüde düşürölmüş olmasına karşın tecil anlaşması mümkündür. Bu halde tecil anlaşması borcun muacceliyetini ve borçlu temerrüdünü sona

²³⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 32, 33; Gümüş, **a.g.m.**, s. 36.

²³¹ Eren, **a.g.e.**, N. 2952.

²³² Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, 2010, s. 235, 276 vd.

²³³ Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 265; Erdem, **a.g.e.**, s. 271 vd.

²³⁴ Yüce, **a.g.e.**, s. 265.

²³⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1007; Eren, **a.g.e.**, N. 2954; Akkanat, **a.g.m.**, s. 11.

erdirecektir²³⁶. Ancak temerrüt faizi gibi doğmuş temerrüt sonuçlarından alacaklının vazgeçmiş sayılabilmesi için tarafların bu yönde açıkça anlaşmış olmaları gerekmektedir²³⁷. Borçlunun kısmi temerrüde düşürülmüş olması halinde de tecil anlaşması yapılması mümkündür. Nasıl ki temerrüde düşürülmüş borçlunun alacaklı ile tecil anlaşması yapabilmesi mümkün ise burada da bir fark bulunmamaktadır. Tüm bu etki ve sonuçlar da, bu doğrultuda, aynen geçerli olacaktır.

Özetlemek gerekirse, tecil anlaşması; muacceliyet gerçekleşmeden, muacceliyet gerçekleştikten sonra, fakat borçlu kısmi temerrüde düşürülmeden önce ya da borçlu kısmi temerrüde düşürüldükten sonra yapılabilir. Her üç durumda yapılan tecil anlaşmasının sonuçları farklı olacaktır. Muacceliyet gerçekleşmeden yapılan tecil anlaşması ile birlikte muacceliyet ötelenmiş olurken, muacceliyet gerçekleştikten sonra, fakat kısmi temerrüt gerçekleşmeden önce yapılması halinde borcun muacceliyeti sona ermektedir²³⁸. Daha detaylı bir ifadeyle, bu durumda, hem muacceliyet ötelenmiş, hem alacaklının talep hakkı sona ermiş, hem de borçlunun kısmi temerrüde düşmesine engel olunmuştur. Borçlunun kısmi temerrüdünü sona erdiren, ancak kısmi temerrüdün oluşmuş şartlarını ortadan kaldırmaz²³⁹. Konu açısından önemli olan, muacceliyet gerçekleşmeden önce yapılmış olan tecil anlaşmasıdır. Zira, diğer zamanlarda yapılan tecil anlaşmaları, muacceliyet şartının yerine getirilmesi ile ilgili değildir.

Erteleme süresi boyunca alacaklı alacağını talep edemeyeceği için, burada bir hakkın ileri sürülmesinden geçici olarak feragat etme söz konusu olduğundan, tecil sözleşmesinin geçerliliği için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte tecil anlaşmasının, bir ifa zamanını yenilemesi sebebiyle borcun içeriğini değiştirdiğinden adeta yeni bir sözleşme olduğu kabul edilmesinin sonucunda, bu sözleşmenin yapıldığı anda geçerlilik şartları yeniden

²³⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1007.

²³⁷ Eren, **a.g.e.**, N. 2954.

²³⁸ Yüce, **a.g.e.**, s. 268, 269.

²³⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1007; Gümüş, **a.g.m.**, s. 35; Yüce, **a.g.e.**, s. 271 vd.

değerlendirilecek, bu kapsamda tarafların fiil ehliyetinin olup olmadığı ve vadeyi erteleme hususunda irade beyanlarının birbirine uygunluğu kontrol edilecektir²⁴⁰. Tecil anlaşması, kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte, kanunen şekle bağlı bir sözleşmedeki vadeye ilişkin ise (ertelenmesi, değiştirilmesi) TBK m. 13 hükmü uyarınca, asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekle uygun olarak yapılması gerekecektir²⁴¹.

Borcun muaccel olduğunu ispat yükü hususunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Katıldığımız hâkim görüşe göre, kanun, esas borcun doğduğu anda talep edilebilir nitelikte olmasını yani muaccel olmasını kabul ettiği için, borçlu borcun henüz muaccel olmadığını ispat etmek zorundadır²⁴². Diğer görüşe göre ise, muacceliyet, alacağı talep hakkının bir şartı olduğundan ve borçlu alacaklının talep hakkının unsurlarından birinin bulunmadığını ileri sürdüğünden, alacaklı, hayatın olağan akışına uygun, normal durumun dışındaki bu iddiasını yani borcun muaccel olduğunu ispat ile yükümlüdür²⁴³.

Muacceliyet şartının gerçekleşmesi bakımından borcun muaccel hale gelmesi gerekli ve yeterli olup, ayrıca borçlunun borcun muaccel olduğunu bilmesi ve alacağın borçlu tarafından kabul edilmesi gerekmemektedir. Borçlunun borcun muaccel olduğunu bilmemesi, tazminat borcunun doğmasına ve kazadan dolayı borçlunun sorumlu olmasına engel olabilir²⁴⁴.

Sonuç olarak, özetlemek gerekirse muacceliyet, borçlunun kısmi temerrüdünün bir şartıdır, muacceliyet anı ile borçlunun kısmi temerrüde düştüğü an birbirinden farklı anlardır. Borçlunun ifa yükümlülüğü borcun doğumuna yol açan hukuki ilişkinin geçerli olmasıyla ortaya çıktığından ve borçlunun vadeden önce geçerli olarak ifada bulunması halinde bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu

²⁴⁰ Eren, **a.g.e.**, N. 2951.

²⁴¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1006.

²⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1003 dn. 1087; Barlas, **a.g.e.**, s. 33.

²⁴³ Eren, **a.g.e.**, N. 2946.

²⁴⁴ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 752.

kabul edildiğinden²⁴⁵, temerrüt anından itibaren borçlunun ifa yükümlülüğünün doğduğuna ilişkin görüşün²⁴⁶ kabul edilmesi mümkün değildir.

3.1.4. İfanın Mümkün Olması

Borcun ifasının mümkün olması ya da başka bir ifadeyle ifa edilebilirlik, borçlu açısından bakılarak yapılan bir değerlendirmenin sonucu iken, muacceliyetin tespiti için alacaklı açısından bir değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmaktadır. Şöyle ki, ifanın mümkün olması kavramında, borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimi ifa etme imkânı söz konusu iken, muacceliyet kavramı bünyesinde alacaklının borçlunun taahhüt etmiş olduğu bu edimin ifasını talep ve dava etme yetkisini bulundurmaktadır. Vadeye bağlı olmayan borçlar söz konusu olduğunda muacceliyet ve ifa edilebilirlik kesişse bile; vadeye bağlı borçlarda kural olarak vadeden önce ifa edilebilirlik mümkün iken, alacaklının edimi ifayı talep ve dava etmesi mümkün değildir.

Borcun ifasının mümkün olması, Türk Borçlar Kanunu'nda her ne kadar temerrüdün bir şartı olarak yer almasa da, temerrüt ile imkânsızlık kavramlarının birbirini bertaraf etmesi nedeniyle, işin niteliği gereği ortaya çıkan bir şarttır. Başka bir ifadeyle, borcun ifasının mümkün olması şartı kanunun lafzından anlaşılmayan, işin niteliği gereği var olan bir şarttır²⁴⁷. Bir borcun ifası mümkün olmalıdır ki, ifada gecikme ve bunun sonucunda da kısmi temerrüt gerçekleşebilsin. Bu hususu açıklamak için imkânsızlık hükümlerinin uygulama alanının temerrüt hükümlerinin uygulanma alanı ile karşılaştırılması yeterli olacaktır. Borçlunun edimi ifa edememesi halinde, kusurlu imkânsızlığa ilişkin hükümlerin mi, borçlu temerrüdü hükümlerinin mi uygulanacağı edimin ifasının mümkün olup olmadığına göre belirlenir²⁴⁸. Edimin ifası mümkün ise borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır. Edimin ifası imkânsız hale geldiğinde, borçlunun ifa yükümlülüğü ortadan kalktığından artık borçlunun

²⁴⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 22.

²⁴⁶ Önen, **a.g.e.**, s.38.

²⁴⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 51; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 469; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1526; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 912; Havutçu, **a.g.e.**, s. 24; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1382.

²⁴⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 532 §72; Engel, **a.g.e.**, s. 200 ad 2, 3; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 903. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 370.

temerrüdü de söz konusu olamayacaktır, ifa yerine borçlunun alacaklının zararını karşılama yükümlülüğü doğar²⁴⁹. Edimin objektif olarak imkânsız olması gerekmektedir; zira katıldığımız görüşe göre, edim sübjektif açıdan imkânsız olduğu takdirde başkaları açısından o edimin ifası mümkün olduğundan gerçek anlamda bir imkânsızlık söz konusu olmayacağı için temerrüt hükümleri uygulanacaktır²⁵⁰. Diğer bir görüşe göre ise, imkânsızlığın türü ne olursa olsun temerrüdün gerçekleşmesini engelleyecektir ve borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmaması uygulanacak hükümleri belirleyecektir²⁵¹.

Belirtilmelidir ki, çalışılan konu açısından önemli olan, kısmi temerrüt anında kısmi olarak ifa edilmemiş yani kalan kısmın ifasının mümkün olup olmadığının tespit edilmesidir. Hayatın olağan akışına göre normal olan, ifanın mümkün olmasıdır; bu nedenle ifanın imkânsızlaştığını iddia eden bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür²⁵².

²⁴⁹ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 12; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 605; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 662.

²⁵⁰ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 12; Gauch, Schlupe, Tercier, **a.g.e.**, N. 1700; Eren, **a.g.e.**, N. 3405; Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 198. Maddi veya hukuki sebeplerden dolayı ifanın yerine getirilememesi hallerinde dikkat edilmesi gereken husus, ifanın gerçekleştirilmesinde aşırı derece güçlük olması halinde imkânsızlığın değil aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olacağıdır. Bkz.: Tufan Ögüz, "İfa İmkânsızlığı", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları II, Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sone Ermesi, Zamanaşımı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 328. "*Gerçekten, bazı hallerde borçlu borcunu ifa etmek istediği halde mümkün olmayabilir. Borcun ifa edilememesinin (borçlunun ademi ifasının) bir nedeni de imkânsızlıktır. İfa imkânsızlığında, ifa konusunun yerine getirilemez nitelikte olması söz konusudur. İfanın mümkün olmaması da, kendini değişik şekillerde gösterebilir. Örneğin, somut olayda olduğu ogibi satışı vaad olunan bağımsız bölümün bulunduğu binanın deprem nedeniyle yok olması ifayı olanaksız kılar. Bu tür ifa imkânsızlığı maddi bir nedenden ortaya çıkmıştır. İmkânsızlık bir başka açıdan "objektif ve sübjektif" olmak üzere ayırma tâbi tutulmaktadır. Objektif imkânsızlıkta yalnız akdin tarafları bakımından değil, onların yerine kim kaim olursa olsun herkes için aynı sonucu meydana getiren yerine getirilemezlik vardır. Maddi ve hukuki imkânsızlıkta genel anlamda "objektiflik" vardır. Sübjektif imkânsızlık ise, sadece akdin tarafları veya taraflar yalnız biri yönünden mevcut olan imkânsızlıktır. Diğer kimseler edimi yerine getirebilecek durumda olmalarına rağmen eğer borçlu bunu yapabilecek vaziyette değilse ortada sübjektif imkânsızlık vardır.*", Yargıtay 14. HD., 21.01.2008 tarihli, E. 2007/15963, K. 2008/123 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁵¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1526; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 94, 135 (Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 70 dn. 390'dan naklen).

²⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 469; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1530; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 912; Eren, **a.g.e.**, N. 3329; Dural, **a.g.e.**, s. 133; Havutçu, **a.g.e.**, s. 24; Arıcı, **a.g.m.**, s. 920.

Borç muaccel olmadan, tamamı imkânsız hale gelmişse ifada gecikme olamayacağından, temerrüt söz konusu olmayacağı için TBK m. 136'da düzenlenen imkânsızlığa ilişkin hüküm uygulanacaktır. Kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu bir borç ilişkisinde, borçlunun kısmi temerrüdü, ancak ifasının mümkün olduğu kısımda ortaya çıkabilir. Zira kısmi ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 137 hükmüne göre; *“borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur.”*, bu madde metninin karşıt anlamından da açıkça anlaşılacağı üzere, imkânsızlık konusu olmayan kısım için borçlunun sorumluluğu devam etmektedir.

İlk olarak; imkânsızlığın borcun muacceliyetinden önce gerçekleşmiş olması durumu, iki olasılık altında ortaya çıkacaktır. Borçlunun sorumluluğunun olup olmaması, bu olasılıkları belirlemektedir. Eğer vadeden önce gerçekleşen imkânsızlık halinden borçlu sorumlu ise, TBK m. 112 hükmü gereğince, alacaklının zararını gidermekle yükümlü olacak iken, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı ikinci olasılıkta ise, borçlu TBK m. 136 hükmü gereği sorumluluktan kurtulacaktır²⁵³.

Borcun muaccel olduğu andan sonra gerçekleşen ifa imkânsızlığının ne zaman ortaya çıktığı, kısmi temerrüdü bertaraf edici özelliği açısından farklılık arz etmektedir. Kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için en önemli şartın geçerli bir kısmi ifa olduğu aşikârdır. Bunun varlığının tespiti için, kısmi ifayı bertaraf edecek bir ifa imkânsızlığının bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Kısmi temerrüt, bir ifada gecikme hali olduğundan, kısmi temerrüdün varlığından söz edebilmek için, borçlunun ediminin en azından bir kısmının ifasının mümkün olması ve bunun ifasında gecikme yaşanması gerekmektedir. İfa zamanında, ifası mümkün olan ediminin bir kısmını ifa etmemesi nedeniyle borçlu kısmi temerrüde düşecektir. Bu yapı göstermektedir ki, kısmi temerrüt açısından, ifa zamanında ifanın mümkün olması aranmaktadır. Bu anda ifa imkânsızlığının bulunup bulunmaması, uygulanacak hükümleri belirleyecektir. Borçlunun geçerli olarak ifa ettiği kısım hariç tutularak bir inceleme yapılmalıdır; çünkü ifa zamanında borçlunun ediminin tamamına ilişkin ifa imkânsızlığının olması, imkânsızlık hükümlerinin

²⁵³ Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 1526.

uygulanmasına sebebiyet verecektir, bu olasılıkta kısmi temerrüdün değerlendirilme ihtimali dahi bulunmamaktadır. Eğer borcun bir kısmı imkânsızlık nedeniyle ifa edilemiyor ise, burada kısmi ifa değil, imkânsızlık olduğundan bakiye kısım hakkında temerrüt hükümleri değil imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır. Ancak ifası mümkün olan bir borcun kısmi ifası gerçekleştirilebileceğinden, kısmi temerrüdün varlığı için borçlunun ifa etmediği bakiye ediminin ifasının mümkün olması gerekmektedir. Bakiye borcun bir kısmında imkânsızlık meydana gelmişse, imkânsızlığın konu olduğu bölüm dışında geçerli bir kısmi ifa olacağından, kısmi temerrüt hükümleri uygulanacaktır. İmkânsızlık konusu edim kısmı hakkında imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır.

İmkânsızlığın, borcun muaccel hale gelmesinden sonra, fakat ihtarın gerçekleşmesinden önce ortaya çıkması halinde, temerrüt doğmayacağından temerrüt hükümleri uygulanamayacak ve imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır. Borçlunun temerrüdü ve kısmi temerrüdü, alacağın muaccel olduğu tarihten değil, alacaklının ihtar beyanında bulunarak ifayı kabule hazır olduğunu bildirdiği tarihten itibaren geçerli olduğundan²⁵⁴, temerrüt hükümlerinin uygulanması için, alacaklının ihtar beyanında bulunduğu tarihe kadar edimin ifasının mümkün olması aranmaktadır²⁵⁵.

Son durum ise, borçlunun kısmi temerrüdü gerçekleştikten sonra ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış olmasıdır. Burada genel kabul, ifa imkânsızlığının gerçekleştiği ana kadar borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı; ancak bu andan itibaren ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin uygulanacağıdır. Borçlu, kısmi temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını, TBK m. 119 hükmü kapsamında, ispat edemez ise, her ne kadar imkânsızlıktan sorumlu olmasa bile, sorumluluktan kurtulamaz; çünkü TBK m. 119 hükmü ile düzenlenen temerrüdün genel bir sonucudur ve imkânsızlığın gerçekleştiği ana kadar temerrüdün diğer tüm sonuçları ile birlikte bu

²⁵⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 606.

²⁵⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 240.

sorumluluk da uygulama kapsamına dâhil olacaktır²⁵⁶. Diğer görüşe göre²⁵⁷, edimin muaccel olmasından sonra gerçekleşen imkânsızlığın, borçlunun kısmi temerrüdüne hiçbir etki etmediği savunulur. Her ne kadar imkânsızlık gerçekleşmiş olsa dahi temerrüt hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Zira TBK m. 119 hükmü zaten edimin imkânsızlaşmasıyla ilgili düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre; temerrüde düşen borçlu, kural olarak imkânsızlıktan sorumludur ve bu sorumluluktan kurtulabilmesi için ya temerrüde düşmekte kendi kusuru olmadığını ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmesi gerekmektedir.

Başka bir inceleme açısı ise geçici ifa imkânsızlığının temerrüt hükümlerinin uygulanmasına etkisidir. Kural olarak, somut olayda meydana gelen ifa imkânsızlığının, borçlunun kısmi temerrüdünün doğmasına engel olabilmesi için sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Söz konusu ifa imkânsızlığının hangi nitelikte olduğuna her somut olayın özelliğine göre karar verilmelidir. Kural olarak, geçici ifa imkânsızlığı, imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez, yalnızca ifada gecikmeye sebep olur; ancak bazı hallerde somut olayın özelliğine göre sürekli (kesin) ifa imkânsızlığı olarak kabul edildiğinden, artık temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz ve imkânsızlık hükümlerine başvurulur²⁵⁸.

Edimin ifasının imkânsız olmasının sebebi, edimin kararlaştırılan zamanda ifasının önünde kesin bir engel olmakla birlikte, ifa daha sonraki bir zamanda mümkün hale gelebilecek ise bu durumda geçici ifa imkânsızlığı söz konusu iken²⁵⁹; edimin ne

²⁵⁶ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1541; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1529; Barlas, **a.g.e.**, s. 17; Aydıncık, **a.g.e.**, s. 199.

²⁵⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 51; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 912; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 240; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 663; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 62.

²⁵⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1488; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 909; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §15 N. 1; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 120; Ramazan Tunç, “İfa İmkânsızlığı”, **YD.**, C. XXVIII, S. 1-2, Ocak-Nisan 2002, s. 109; Şemsi Barış Özçelik, “**Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları**”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 71.

²⁵⁹ Vedat Buz, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, **AÜSBFD**, C. XLIX, S. 1, 1994, s. 24; Özçelik, **a.g.e.**, s. 70.

kararlaştırılan zamanda ne de başka hiçbir zaman diliminde ifasının mümkün olmaması durumunda sürekli ifa imkânsızlığı söz konusu olur²⁶⁰.

Kural, geçici imkânsızlığın temerrüt hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet vermesidir. Bu kuralın ilk istisnası, geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin belli olmamasıdır. Bu durumda imkânsızlık sürekli olarak kabul edilir. İmkânsızlığın geçici niteliğinin odak noktasında olduğu bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, ancak imkânsızlık dönemi boyunca imkânsızlık hükümlerine dayanılabileceğidir. Başka bir ifadeyle, her ne kadar böyle bir durumda imkânsızlık sürekli olarak nitelendirilse de imkânsızlığın ortadan kalktığı andan itibaren borç ilişkisi yeniden normal olarak varlığını srdrr²⁶¹.

Bir diğer istisna ise, taraflarca kararlaştırılan ifa zamanının alacaklı açısından önem arz etmesi veya ifanın ancak belirli bir zaman diliminde gerçekleşmesinin mümkün olduğu durumlarda, ifa imkânsızlığının geçici nitelikte olsa bile durumun gereği olarak kesin ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmesidir. Bu kabul temerrüt hükümlerinin uygulanmayacak olmasına yol aar²⁶². Mutlak kesin vadeli işlemler bu durumlara verilebilecek en belirgin örnektir. Sözleşmenin amacına ulaşılmasının, esasen geçici nitelikte bir engel nedeniyle şüpheli hale geldiği ve sözleşmenin herhangi biri tarafından engelin ortadan kalkmasına kadar sözleşmeyle bağlı kalmasının, dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyeceği durumların da sürekli imkânsızlık meydana getirdiği kabul edilmektedir²⁶³.

Özellikli bir durum olarak söz edilmesi gereken; vadenin taraflarca, ifanın gerçekleşeceği yegâne zaman dilimi olarak kararlaştırılmış olduğu halde, ifa zamanı kaçırılmış ise artık imkânsızlık hükümlerinin uygulanacaęıdır²⁶⁴. Bu durumda, borç

²⁶⁰ Dural, **a.g.e.**, s. 100; Başpınar, **a.g.e.**, s.121; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 119.

²⁶¹ Başpınar, **a.g.e.**, s.121; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 119; Tunç, **a.g.e.**, s. 110.

²⁶² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 904; Oğuzman, z, **a.g.e.**, N. 1488; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 909; Seliçi, **a.g.m.**, s. 92-107; Dural, **a.g.e.**, s. 101; Havutçu, **a.g.e.**, s. 6 vd.; Keskin, **a.g.m.**, s. 209-231; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 120; zelik, **a.g.e.**, s. 72, 77; Tunç, **a.g.m.**, s. 109.

²⁶³ Oğuzman, z, **a.g.e.**, N. 1488 dn. 1697; Eren, **a.g.e.**, N. 3262.

²⁶⁴ Oğuzman, z, **a.g.e.**, N. 992, 1488; Akkanat, **a.g.m.**, s. 16, 17.

niteliği ve amacı gereği, vadeden önce ve sonra ifa edilemeyeceği için kavramsal olarak ifa edilemezlik söz konusu olacaktır²⁶⁵.

Sürekli niteliği haiz imkânsızlığın varlığında karşılaşılabilecek özellikli bir durum bulunmaktadır. Her ne kadar imkânsızlık sürekli nitelikte olduğu tespit edilmiş olsa dahi, bir süre sonra beklenmedik bir şekilde imkânsızlık ortadan kalkar ve ifa yeniden mümkün hale gelirse, bu durum varılan sonuçta değişikliğe yol açmaz. Ancak bunun istisnasının sınırlarını dürüstlük kuralı belirleyecektir; imkânsızlığın sonuçlarını ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı olursa, bu istisnai durumda, borç imkânsızlaşmamış gibi kabul edilir ve temerrüt hükümleri uygulanır²⁶⁶.

Yapmama borçlarının özellikli durumuna burada yer vermek gerekir. Yapmama borcuna aykırılığın imkânsızlık mı, temerrüt mü, borç ilişkisinin olumlu ihlâli mi olduğu hususunda her ne kadar doktrinde tartışma olsa da; yapmama borçlarında da edimin ifasının mümkün olup olmadığına ve alacaklının buna ilişkin menfaati bulunup bulunmamasına göre bir sonuca varılması gerektiğine dair görüşümüz neticesinde, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir²⁶⁷.

Para borçları bu şart açısından özellik arz etmektedir. Para, Güncel Türkçe Sözlüğe göre, Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit anlamına gelmektedir²⁶⁸. Para borcu ile borçlu alacaklıya fiziken bu ödeme aracını değil, bunun üzerinde yazılı değer karşılığını sağlamak ile yükümlüdür. Bu değer soyut iktisadi bir güç olup, bunun ifası daima mümkün olduğu için para borçlarında ifanın mümkün olması şartı bir anlam ifade etmemektedir²⁶⁹. Bu sonucu,

²⁶⁵ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §5 N. 10.

²⁶⁶ Öz, **a.g.e.**, s. 164, 165.

²⁶⁷ Bkz.: yuk. s. 25.

²⁶⁸ **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>

²⁶⁹ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §8 N. 3; Haluk Nami Nomer, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 241; Barlas, **a.g.e.**, s. 18.

para borcunun cins borcu olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi deęiřtirmez²⁷⁰. Sözleşmede kararlaştırılmış olan ülke parasının tedavülden kalkması (Euroya geçilmesi ile üye ülkelerinin paralarının durumu) veya yabancı parayı temin konusunda borçlunun imkânının olmaması (örneğin; Devletin söz konusu para biriminin ülkeye getirilmesini, ülkede bu para ile işlem yapılmasını yasaklamış olması durumu) dahi para borcunu imkânsız hale getirmeyeceğinden ifa mümkün olarak kabul edileceği için borçlunun ifa yükümlülüğü de devam edecektir²⁷¹.

3.1.5. Alacaklının Edimin İfasını Kabule Hazır Olması

Kanunda yer almayan borçlu temerrüdünün şartlarından biri de, alacaklının borçlunun edimi ifa teklifini kabule hazır olması ve borçlunun ediminin ifasını elde etmek için kendisinin yerine getirmesi zorunlu ise, ilgili hazırlık fiillerini yapmış olmasıdır²⁷². Eğer alacaklı borçlunun edimini kabul edeceğini açıkça beyan ederse, artık borçlunun borçlusu olduğundan, borçlunun rızası olmaksızın kabulden kaçınamayacaktır²⁷³.

Alacaklının ifayı kabule hazır olmaması, borçlunun ifasını sağlamak için gerekli ön hazırlıkları yapmaması veya borçlunun ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi hallerinde, TBK m. 106 hükmü gereği alacaklı temerrüde düşer. Alacaklı temerrüdü gerçekteştiğinde, kendisine gereği gibi ifa teklifinde bulunan borçlunun temerrüdü gerçekteřmeyecektir²⁷⁴. Temerrüt halindeki alacaklının

²⁷⁰ Para borcunun cins borcu olduğü yönünde bkz.: Barlas, **a.g.e.**, s. 10; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §25 26; cins borcu olmadığı yönünde bkz.: Hakan Pekcanitez, **Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda. Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, Genişletilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş 3. bs., Ankara, 1998, s. 28, 29; kendine özgü bir cins borcu olduğü, efektif değer değil bir meblağ borcu olduğü, tedarik yükümünün sınırsız olduğü ve imkânsızlığın olmayacağı yönünde bkz.: Serozan, **Borçlar Hukuku**, §8 N. 3; Eren, **a.g.e.**, N. 3027, 3028; bir değer sağlama borcu olduğü ve parça ve cins borcu ayırımında yer almadığı yönünde bkz.: Nomer, **a.g.m.**, s. 241 vd., 255.

²⁷¹ Nomer, **a.g.m.**, s. 248, 249; Barlas, **a.g.e.**, s. 20. Eğer cins borcu olarak kabul edilse idi, bu durumda sözleşmeler ifa imkânsızlığı nedeniyle sona erecekti.

²⁷² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 539, 553; Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 A; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1531; Eren, **a.g.e.**, N. 3427.

²⁷³ Bovay, **a.g.e.**, s. 802

²⁷⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 539; Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 A; Birsén, **a.g.e.**, s. 497.

sonradan ifayı talep etmesi halinde alacaklı temerrüdü sona ereceğinden, borçlunun da temerrüde düşmesi mümkün olacaktır.

Aranılacak borçlarda da bu şartın varlığı açıkça görülmektedir; alacaklı borçluya borcunun ifasını ihtar etmiş olmasına rağmen edimi almaya gelmiyor ise borçlu temerrüde düşmeyecektir²⁷⁵.

Alacaklıdan kaynaklanan kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse ya da borçlunun kusuru olmaksızın, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde tereddüt olursa; borçlunun temerrüde düşmekten kurtulabilmesi için, TBK m. 111 hükmünden yararlanması ve bu doğrultuda tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerekir. Bu imkândan yararlanmayan borçlu, kararlaştırılan vadenin sonunda borcunu ifa etmemişse, temerrüde düşecektir.

3.1.6. Borçlunun Kısmi İfada Bulunması

3.1.6.1. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinde kısmi temerrüt olgusundan söz edebilmek için gerekli en önemli şart, kısmi ifadır. Bir borcun geçerli bir kısmi ifası gerçekleşmiş olmalıdır ki, ifa edilmemiş kısım hakkında kısmi temerrüt söz konusu olabilsin. Kısmi ifa gerçekleştikten sonra kalan kısım üzerinde borçlunun borcu devam ettiğinden artık diğer şartların mevcudiyeti halinde kısmi temerrüt gerçekleşebileceğinden, kısmi ifa, kısmi temerrüdün kilit öneme sahip şartıdır. Bu nedenle, bir borç ilişkisinde kısmi ifanın hangi durumlarda gerçekleştiği kısmi temerrüdün de ne zaman gerçekleşeceğine ışık tutacaktır.

Geçerli bir kısmi ifa alacaklının isteği ile olabileceği gibi, istisnai hallerde zorunluluktan da kaynaklanabilir. Kısmi temerrüdün söz konusu olabilmesi için geçerli bir kısmi ifanın gerçekleşmiş olması yeterlidir, kaynağının ne olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

²⁷⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1531.

Türk hukuk sisteminde esas olan, alacaklının ifaya tam menfaatinin sağlanmasıdır, bu nedenle edimlerin ifasında bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Borçlunun, sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa ile yükümlü olmasının çalışılan konu açısından önemi, onun tam ve zamanında ifasını da gerektirmesidir. Kısmi temerrütten söz edebilmek için borçlunun ifa zamanında, yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin sadece bir kısmını kabul edilebilir nitelikte ifa etmiş olması gerekmektedir²⁷⁶.

Borçlunun alacaklıya taahhüt etmiş olduğu edimi, objektif olarak (nitelik açısından) tam ve miktar olarak daha az ifa etmesi kısmi ifayı oluşturmaktadır. Kısmi ifa, gerçekleştirilmiş olan ifanın miktar yani nicelik olarak eksikliğidir. Edimlerin ifasında bütünlük ilkesi esas olduğundan, borçlu kural olarak kısmi ifada bulunmaya yetkili olmadığı gibi, alacaklı da kural olarak kısmi ifayı kabul etmeye zorunlu değildir. TBK m. 84 hükmü genel olarak kısmi ifayı düzenlemektedir. TBK m. 84/f.1 hükmü alacaklıya, borcun tamamının belli ve muaccel olması durumunda kendisine yapılan kısmi ifayı reddetme hakkı tanımaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise kısmi ifanın kabulüne ilişkin olup, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi durumunda, borçlunun ikrar etmiş olduğu kısmi ifaya zorunlu olduğunu düzenlemektedir; borçlunun kendisi için ikrar olunan kısmi ifadan kaçınma imkânı bulunmamaktadır.

Borçlunun kısmi ifaya yetkili olması durumunda HMK m. 312 hükmünden yararlanarak alacaklıya kısmi ifasını kabul ettirme olanağı kısmi temerrüdün oluşması açısından önemlidir, zira bu imkân sayesinde kendisinin tamamen temerrüde düşmesini bertaraf etmekte ve kısmi temerrüdün gerçekleşmesine sebebiyet vermektedir. HMK m. 312/f.1 c. 2 hükmü kısmi kabulü öngörerek borçluya kısmi ifa imkânı tanımaktadır. HMK m. 312/f.2 hükmüne göre; borçlu (davalı), davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez. Borçlunun kısmi ifasını kabul etme zorunluluğu olmayan bir durumda, alacaklının kısmi ifayı reddetmesi ve alacağın tamamı için dava açması

²⁷⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Ramoni, **a.g.e.**, N. 83, 1007; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 38.

durumunda, borçlu HMK m. 312 hükmünden yararlanarak alacaklıyı kısmi ifasını kabule zorlayabilir. Borçlunun talep sonucunu kısmi kabulü halinde, hem alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu tutulacağı hem de bu kısma ilişkin yargılama giderlerinin kendisine yükletilecek olması nedeniyle, TBK m. 84 hükmünün getiriliş amacı olan alacaklının menfaatini koruma olgusunu sarsacak olması tehlikesi bulunmaktadır. Yargılama gideri ile karşılaşmak istemeyen alacaklının, dava açılmadan kısmi ifayı kabule zorlanması söz konusu olabilecektir. Bu durumda, alacaklı kısmi ifayı kabul ederek, bakiye kısmı elde etmek için, daha az masraf yaparak dava açacak ve kısmi ifaya ilişkin yargılama giderlerini ödemekten kaçınmış olacaktır²⁷⁷. Böylelikle adeta görünürde alacaklı lehine bir durum yaratılarak, TBK m. 84 hükmü ile getirilmiş olan kısmi ifayı reddetme imkânı, başvurulması tercih edilmeyecek bir olanak olarak yer alacaktır.

3.1.6.1.1. Bölünebilir Edimlerin Kısmi İfaya Konu Olması

Alacaklıya kısmen ifayı reddetme olanağı tanıyan TBK m. 84 hükmünün düzenlenmesinde kanun koyucunun, edimin bölünebilir olduğu kabulüne dayanıldığı açıktır; zira kanun koyucu bilinçli bir tercihle, TBK m. 85 hükmü ile özel olarak bölünemeyen borçların ifasını düzenlemiştir. Ancak her bölünebilir edimin bir kısmının yerine getirilmesi kısmi ifa anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Borçlu yükümlü olduğu edimlerden bir ya da birkaçını yerine getirmemiş olabileceği gibi, tek bir edimle yükümlü olduğu halde bunun sadece bir kısmını zamanında ifa etmesi de kısmi ifa kapsamında değerlendirilmektedir. Borçlunun tek bir edimle yükümlü olduğu durumda kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için, doğası gereği, bu edimin bölünebilir nitelikte olması gerekir²⁷⁸. Bölünemeyen bir edimin kısmen ifası mümkün olmadığından bu halde kısmi temerrüde de konu olamayacaktır. Edimin, niteliğinde ve değerinde herhangi bir değişiklik olmadan parçalara ayrılabilmesi halinde bölünebilir bir edim olduğu kabul edilir ve bunun sonucunda da

²⁷⁷ Elif Şen, **Kısmi İfa**, Ankara, Yetkin, 2018, s. 198, 199, 213, 214.

²⁷⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1345; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1734.

kısmi temerrüde konu olması mümkün olur²⁷⁹. Edim konusunun birden fazla edimden oluşması durumunda kısmi ifanın gerçekleşmesi için edimin niteliği önem taşımamaktadır; bu durumda birden fazla edimden sadece bir ya da birkaç tanesinin ifa edilmesi durumunda zaten kısmi ifa gerçekleşmiş olacaktır. Bir diğer halde, borçlunun kısmi temerrüdünün söz konusu olabilmesi için borçlunun ilgili borcunun konusunu birden fazla edim oluşturması gerekmektedir. Birbirinden bağımsız birden fazla edimin, farklı borçlar olarak, aynı sözleşmede kararlaştırılması durumunda, bu edimlerin bir ya da birkaçının yerine getirilmemesi kısmi temerrüt hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez; çünkü her ne kadar birden fazla edim mevcut ise de her biri bağımsız bir edim niteliği taşıdığından, kısmi temerrüt ancak o borç için söz konusu olabilecektir. Tarafların ortak niyetinin araştırılması yoluyla sözleşmede birden fazla kararlaştırılmış olan edimin hangi niteliği haiz olduğu tespit edilecektir. Bunun için öncelikle hukuki işleme bakılacaktır, buradan anlaşılamıyorsa, sözleşmede yer alan edimlerin amaç ve ekonomik işlevleri açısından bir bütün oluşturup oluşturmadığına göre yorum yapılacaktır. Bu kapsamda, sözleşmede belirlenmiş edimler, amaç ve ekonomik işlevleri açısından bir bütün oluşturuyor ise tek bir edim konusu olduğu; eğer bir bütünlük yoksa ayrı edimlerin varlığı kabul edilir. Bu tespit yapılırken öncelikli olarak tarafların iradelerinin yanı sıra iş çevresindeki görüşler, sözleşmenin amacı, tarafların menfaati ve dürüstlük kuralı da dikkate alınacaktır. Taraflar, edimleri, amaç ve ekonomik işlevleri açısından bir bütün teşkil etmese dahi bir bütün olarak kabul etmekte özgürdürler, bu nedenle aralarındaki hukuki işlemde iradelerini açıkça ifade etmeleri, yapılacak yorumu bertaraf etmek için yararlı olacaktır²⁸⁰. Edimler arasında sözleşmenin amacına göre ve ekonomik anlamda birlik olmaması durumunda, edimlerin tamamını içermeyen ifalar birbirinden bağımsız olduğu için kısmi ifa konusu olmamaktadır, her biri ayrı ve tam ifa konusudur.

Bölünebilir edimin kısmi ifa konusu olmadığı bir diğer durumla bazı sözleşme tiplerinde karşılaşılacaktır. Bu sözleşmelerin ortak özelliği, borçlu için farklı zamanlarda muaccel olacak birden fazla edimin doğmasıdır. Ard arda teslimli satış,

²⁷⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 871.

²⁸⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 874; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 765; Eren, **a.g.e.**, N. 2835; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 84 N. 22.

taksitle satış, kira, kredi, cari hesap gibi sözleşmeler örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmelerin niteliği gereği, edimlerin ifasının zamana yayılmış olduğu bu sözleşmelerde, edimlerin zaman içerisinde muaccel oldukça ifa edilmeleri, bağımsız birer ifa olduğundan kısmi ifa değil tam ifa konusu olmaktadır. Örneğin; ard arda teslimli satışlarda da her edim ayrı bir edim oluşturduğundan kısmi ifaya konu olamayacağı için kısmi temerrüt de söz konusu olmaz²⁸¹.

Tarafların sözleşmede bir borcu birden fazla vadeye bağlaması durumunda kısmi ifanın söz konusu olabilmesi için ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. TBK m. 84 hükmünün zıt anlamından yola çıkılarak yapılacak yorum uyarınca, taksitlerin tamamı henüz muaccel olmamış ise, alacaklı muaccel kısmın ifasını kabul etmek zorundadır. Taksitlerin tamamının muaccel olması durumunda borçlu borcun tamamını ifaya zorunlu olduğu gibi alacaklı artık taksitlerin ayrı ayrı ödenmesini kabule zorunlu değildir²⁸².

Para borcunun borçlusu, faiz borcunun tamamının ifasını, muaccel olan anaparadan bağımsız olarak alacaklıya teklif edebilme imkânına sahip olmakla birlikte, bu ifa bir kısmi ifa anlamına gelmemektedir. Para borçlarında, anapara ve faiz alacakları hususu açısından kısmi ifa ele alınacak olursa; her ne kadar faiz asıl alacağın fer'i ise de bağımsız, ayrı bir alacak olduğundan faizin ödenmesi kısmi ödeme oluşturmaz²⁸³. Kanun koyucu tarafından aksine anlaşma yapılamayacağı kararlaştırılmış olan, TBK m. 100/f.1 hükmü borçlunun faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Bu hüküm ile, borçlunun faiz veya giderleri ödemeyi zamanında gerçekleştirmesi, kısmi ödemeyi anaparadan mahsup etmesi için bir şart olarak düzenlenmiştir. Böylelikle eğer faiz ve giderler zamanında ödenmemiş ise, alacaklı borçlunun kısmi ödeme teklifini ana borçtan düşecek şekilde kabul etmek zorunda

²⁸¹ Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2**, 3. Tıpkı Basım'dan 4. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 137 vd.; Seliçi, **a.g.e.**, s. 12 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, a.g.e., s. 172,173; Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satış Sözleşmesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 26 vd.; Öz, **a.g.e.**, s. 14 vd.

²⁸² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 879.

²⁸³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 875.

değildir, bu durumda kısmi ödeme faiz veya giderlerin ödenmesi için yapılmış sayılacaktır²⁸⁴. Bu durumda, kısmi temerrüde konu olacak kısım değişecektir.

Bölünebilir edimlerinin bir kısmının ifasının mahkeme kararı ya da kanun hükmü gereği kısmi ifa sayılmadığı durumların varlığı da bu kapsamdadır. Konkordato sözleşmesi gereği yapılan kısmen ifalar, bu nedenle tam ifa sayılmaktadır.

3.1.6.1.2. Kısmi İmkânsızlığın Kısmi İfaya Etkisi

Kısmi ifanın kısmi imkânsızlık ile bağlantısı kısmi temerrüdün oluşumu açısından önemlidir. Kısmi imkânsızlık kısmi ifayı bertaraf eder, çünkü kısmi ifadan söz edebilmek için geçerli ve ifa edilebilir bir bakiye kısmın varlığı gerekmektedir, oysa kısmi imkânsızlıkta artık bakiye kısmın ifası mümkün değildir. Bunun sonucunda kısmi imkânsızlığın var olduğu durumda, gerçekleştirilmiş olan kısmın ifası tam ifa olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda, ifası mümkün olan kısmın aynen ifası ve kısmen imkânsızlaşan kısma ilişkin tazminat ödeme yükümlülüğünün ifası da kısmi ifa olarak kabul edilmemektedir, zira her iki edimin hukuki sebebi birbirinden farklı olduğu için bağımsız olarak nitelendirildiğinden ayrı ifalar olarak kabul edilmelidir. Borçlunun kusuruyla imkânsızlığa sebebiyet vermesi tazminat yükümlülüğünün hukuki sebebini oluştururken, ifası mümkün olan bakiye kısmın ifası borcu sona erdirmek amacıyla gerçekleştirilmektedir.

²⁸⁴ “Kısmi ödemelere ilişkin TBK’nın 100. maddesi uyarınca, faiz ve giderleri ödemede gecikmesi bulunmayan borçlunun, yaptığı ödemeyi anapara borcuna mahsup edebilmesi mümkün ise de, takip tarihi itibarıyla temerrüde düşen ve icra takip giderlerini ödemekle yükümlü bulunan borçlunun yapmış olduğu kısmi ödemenin anapara borcundan düşülmesi söz konusu olamayacağından, alacaklının takip talebinde bu yolda talepte bulunmuş olduğu da gözetildiğinde, kısmi ödemenin öncelikle ödeme anına değin işlemiş faiz ve takip giderlerine mahsup edilmesi gerekir.”, Yargıtay 11. HD., 05.01.2022 tarihli, E. 2021/3738, K. 2022/1 sayılı kararı, (**Lexpera**); “İşçinin işverenden bir alacağının, örneğin sadece kıdem tazminatı alacağının bulunduğu durumlarda, kısmi ödeme nedeniyle mahsup işlemi Borçlar Kanununun 84 üncü maddesi çerçevesinde yapılacaktır. Dairemiz uygulamasına göre, temerrüde düşmüş olan işverenin yaptığı kısmi ödeme işçinin bu hususta beyanda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.”, Yargıtay 9. HD., 03.03.2016 tarihli, E. 2014/32578, K. 2016/4807 sayılı kararı, (**Lexpera**).

3.1.6.1.3. Ayıptan Farklı Olmasına Rağmen Kısmi İfanın Bazı Durumlarda Ayıplı İfa Olarak Kabul Edilmesi

Ayıplı ifa ile kısmi ifa birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, kanun koyucu bazı hallerde bu iki kavramı aynı kabul etmiş ve ona göre sonuçlar bağlamıştır²⁸⁵. Bunlardan ilki, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren tüketici işlemlerinde gerçekleşecek edimlerin bir kısmının ifa edilmesinin ayıplı ifa olarak kabul edilmesidir. Bu durumda, ayıplı ifaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ayıbı ihbar süresi Kanun'da yer almamakla birlikte, TKHK m. 10 malın teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğuna ilişkin bir karine getirmiştir, malın ayıplı olmadığına ispatı borçluya yüklenmiştir. Satıcı, ayıbın teslim tarihinde var olmadığını ispat edemezse, alacaklı gözden geçirme ve bildirim külfetine tâbi olmaksızın TKHK m. 11 hükmünde sayılan seçimsel haklarını kullanabilecektir. Bu haklar; satış bedelinde indirim, ücretsiz onarım, misli ile değiştirilmesini isteme ve sözleşmeden dönmedir.

Diğer bir kabul ile TBK bünyesinde karşılaşılr. İki istisnai durumda TBK kısmi ifayı ayıplı ifa saymıştır. Sayılmış olan bu durumlarda kısmi ifa ayıplı ifa olarak kabul edileceği için, temerrüt hükümleri değil ayıba ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu istisnalardan ilki taşınır satışında niteliği etkileyecek kadar önemli miktar eksiklerinin bulunması; diğeri ise, taşınmaz satışındaki yüz ölçümü eksiklerinin bulunmasıdır.

Taşınır satışlarında, niteliği etkileyen miktar eksikliği kısmi ifa olarak değil ayıp olarak kabul edilmekte ve bunun sonucunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. TBK m. 219/f.1 gereğince; taşınmaz satışının konusu edim, miktar olarak eksik ifa edildiğinde, alıcının ondan beklediği yarar

²⁸⁵ Doktrinde ve uygulamada yer alan, inşaat sözleşmelerinde iskan ruhsatının alınmamış olması ve yüzölçümü eksikliği hallerinde, eksik işin eksik veya ayıplı ifa olarak kabulüne ilişkin farklı görüşlerin varlığı kapsamında kimi zaman eksik ifa ayıplı ifa olarak değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz.: Cevdet Salih Şahin, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2014, s. 42 vd., 50 vd. Bu durumlarda, kanundan kaynaklanmadığı için bir kesinlik söz konusu olmadığından, savunulan görüşe göre eksik ifanın ayıplı ifa olarak kabul edilip edilmemesi sonucu değişecektir. Bu bir yorum sorunu olduğundan metin içinde yer verilmemesi tercih edilmiştir.

ortadan kalkmış ya da önemli ölçüde azalmışsa, kısmi ifa değil, ayıplı ifa söz konusu olacaktır. Bu durumda, alıcının, TBK m. 227 hükmünde sayılmış olan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, TBK m. 223 hükmüne uygun olarak gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Bu düzenleme olmasaydı, miktar eksikliği kısmi ifa olarak kabul edilecek, böylelikle alacaklı kısmi ifayı reddedip, gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmeksizin, doğrudan borcun ifa edilmemesine ilişkin, TBK m. 112 vd. hükümlerine başvuracaktı.

Taşınmaz satışına ilişkin sorumluluğu düzenleyen TBK m. 244 hükmü incelendiğinde, taşınmazın yüz ölçümündeki eksikliğin sonucunda, borçlunun sadece tazminat ödemekle yükümlü olduğu görülmektedir. Alacaklıya bu durumda tazminat talep etmekten başka bir hak tanınmamıştır. TBK m. 244 hükmüne göre, taşınmazdaki yüzölçümü eksiklikleri, ağırlığına göre herhangi bir ayırım yapılmaksızın, ayıp olarak nitelendirilmektedir²⁸⁶. Bu hükme göre, alacaklının sadece tazminat hakkı bulunmaktadır, alacaklı taşınmazı bu haliyle kabul etmeme imkânı bulunmadığı için bunu kısmi ifa olarak kabul edip borca aykırılık hükümlerine başvuramaz. Taşınır satışında alacaklının TBK m. 227 hükmünde düzenlenmiş olan sözleşmeden dönme hakkının da içinde bulunduğu seçimlik hakları bulunurken, getirilen düzenlemelerin gerekçelerinde, maddi değerinin daha yüksek olmasının özellikle vurgulandığı taşınmaz satışlarında böyle bir hakkın tanınmayarak sadece tazminat hakkının tanınması tutarsızdır. TBK m. 244/f.1 hükmü emredici bir hüküm olmadığı için taraflar bunun aksini kararlaştırabileceklerdir, ancak “aksine sözleşme”nin satıcının tazminat yükümlülüğünü kaldırmaya yönelik olacağı aşikârdır, alıcıya seçimlik haklar tanınması söz konusu olamaz.

Bir borcun geçerli olarak kısmen yerine getirilmiş olmasının kısmi ifa niteliğinde mi ayıplı ifa niteliğinde mi olduğu, kısmi temerrüdün varlığının değerlendirilmesi için esastır. Zira, geçerli bir kısmi ifanın bulunduğu halde kısmi temerrüt gerçekleşebilmektedir. Kısmi ifanın gerçekleşmiş olmasına rağmen kanunen

²⁸⁶ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Beta, 2021, s. 136; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. bs., Ankara, Yetkin, 2021, s. 197. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Yetkin, 2021, s. 188-190.

ayıplı ifa olarak nitelendirilen hallerde, artık kısmi temerrüt söz konusu olamayacak ve ilgili özel hükümler uygulanacaktır.

3.1.6.2. Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etmesi

3.1.6.2.1. Genel Olarak

Alacaklı, kural olarak borçlunun kendisine sunduğu kısmi ifayı kabul etmekle yükümlü değildir. TBK m. 84/f.1 hükmü gereğince alacaklı, borcun tamamı belli ve muaccel ise kendisine yapılan kısmi ifayı reddedebilir. Alacaklının kısmi ifayı bu hüküm uyarınca reddetmesinin en önemli sonucu, kendisinin alacaklı temerrüdüne düşmemesidir. Bu durumda, borcunun tamamını ifa etmekle yükümlü olan borçlu, ancak bir kısmı ifa etmiş olsa bile, borcun ifasını teklif etmiş olduğu kısım da dâhil olmak üzere borcun tamamı için ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır²⁸⁷. Ancak kısmi temerrütten söz edebilmek için borçlunun ifa zamanında, yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin kısmi ifasını kabul etmiş olması gerekmektedir²⁸⁸. Kendisine taahhüt edilmiş edimin zamanında gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle menfaati zedelenen alacaklının, kendi yararına hareket ederek, temerrüt hükümlerinden yararlanabilmek için kısmi ifayı kabul etmek zorunda olması onun için bir gerekli davranış yani külfet niteliği taşımaktadır. Kısmi ifayı kabul ederek kendisine herhangi bir hak sağlamaması ve sadece temerrüt hükümlerinin tanıdığı haklardan yararlanabilmek için bu davranışı yapmaya mecbur olması, bu yükümün külfet²⁸⁹ niteliğinde olduğunu göstermektedir. Alacaklı bu külfeti yerine getirmezse alacaklı temerrüdüne düşecektir, borçlunun kendisinden söz konusu davranışı yerine getirmesini istemesi veya buna ilişkin tazminat talebinde bulunması mümkün değildir.

Edimin bölünebilir nitelikte olması, alacaklıya kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğü yüklemeyiz; ancak bazı hallerde alacaklı borçlu tarafından gereği gibi

²⁸⁷ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1348; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 876.

²⁸⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Ramoni, **a.g.e.**, N. 83, 1007.

²⁸⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 62; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 32; Nejat Aday, **Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2000, s. 5 vd.

teklif edilen kısmi ifayı kabul etmeye zorunludur. Somut olayın özellikleri değerlendirilerek alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olup olmadığı belirlenecektir.

Alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğu sözleşme ile öngörülmüş olabileceği gibi kanunlardan, dürüstlük kuralından, ticari örf, âdet ve teamüllerden ve hatta Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarından da kaynaklanabilir. Aşağıda detaylı olarak ele alınacak olmakla beraber, genel olarak ifade etmek gerekirse, söz konusu bu haller; sözleşme ile borçluya kısmi ifa imkânının tanınması, Kanunların öngördüğü haller; borcun miktarının belli olmaması durumunda, takasta, kefalet sözleşmesinde, eser sözleşmesinde, mirasçılarının gerçekleştireceği, poliçe, bono ve çeke ilişkin olan, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan, dürüstlük kuralı gereği, ticari örf, âdet ve teamüller gereği, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları ile inşaat sözleşmelerinde öngörülen kısmi ifa halleridir.

Her ne kadar alacaklının iradesine bırakılmış dahi olsa, görülmektedir ki pek çok durumda alacaklı kısmi ifayı kabule zorunludur, bunun sonucunda da kısmi temerrüt ile karşılaşılma olasılığı fazladır. Bu nedenle, kısmi temerrüde yol açabilecek bu durumları genel hatlarıyla ele almak gerekir.

3.1.6.2.2. Alacaklının Kısmi İfayı Kabule Zorunlu Olduğu Haller

3.1.6.2.2.1. Sözleşme ile Borçluya Kısmi İfa İmkânının Tanınması

Tarafların açık veya örtülü olarak, kısmi ifa yapılabilmesini kararlaştırması durumunda, alacaklı borçlunun kısmi ifasını kabul etmek zorundadır; aksi halde ifası teklif edilen kısım hakkında alacaklı temerrüdüne düşer²⁹⁰. Taraflar sözleşmeye buna ilişkin bir hüküm koyabilecekleri gibi bu husus hakkında ayrı bir sözleşme de yapabilirler. Borçluya kısmi ifada bulunabilme yetkisi, sözleşmenin kurulma anından ifa anına kadar her zaman verilebilir. Kısmi ifanın örtülü olarak kabulüne birkaç örnek

²⁹⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 878; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 298; Eren, **a.g.e.**, N. 2844; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 3900.

verilecek olursa; borç konusunun muaccel olan her kısmı için ayrı ceza koşulunun kararlaştırılması, cari hesap açılması, alacaklının belirli büyüklükteki edimleri teslim alabilecek durumda olması²⁹¹.

İfa uğruna edimin alacaklı tarafından kabul edilmesi halinde, eğer bu edim esas edimin değerini karşılamaya yetmiyorsa ifa edilen kısım, kısmi ifayı oluşturacak ve bakiye kısım varlığını devam ettirecektir. Bu durumda da taraflar anlaşarak borçluya kısmi ifa yetkisi vermiş olacaktır. İfa uğruna edimde, borçlu ifa konusu dışında bir şeyin ifasını teklif etmektedir; alacaklı bu ifayı kabul ederse ifa konusu paraya çevrilmekte ve alacaklıya bu tutar verilip borç bu oranda sona ermektedir; bazı durumlarda ortaya çıkan tutar esas edimin miktarından daha düşük olabilir, bu durumda kısmi bir ifa gerçekleştirilmiş olacaktır²⁹².

3.1.6.2.2.2. Kanunların Öngördüğü Haller

3.1.6.2.2.2.1. Borcun Miktarının Belli Olmaması Hali (TBK m. 84)

TBK m. 84 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası incelendiğinde, alacaklıya tanınmış olan kısmi ifayı reddetme imkânının sadece alacağın belirli olması durumunda ortaya çıktığı görülmektedir. Bunun karşıt anlamından varılacak sonuç, borcun miktarının belirli olmaması durumunda alacaklının kısmi ifayı kabule yükümlü olduğudur²⁹³. Alacağın bir kısmının tartışmalı olması halinde alacaklının sadece tartışmasız kısmını ifaya kabule zorunlu olduğu kabul edilmektedir²⁹⁴. Borçlu borcun

²⁹¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 699; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 84 N. 31; Mustafa Alper Gümüş, “Kısmi İfa”, **Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2003, s. 620.

²⁹² Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçların İfası, İhlali, Sona Ermesi ve Özel Nevileri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 6; Serozan, **Borçlar Hukuku**, § 7 N. 35, 39; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 297; Turgut Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I**, Madde 1-236, Ankara, Seçkin, 2012, s. 586.

²⁹³ Yargıtay 11. HD., 09.03.2004 tarihli, E. 2003/7687, K. 2004/2372 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁹⁴ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 57, IV, 4, s. 15; Hermann Becker, **Berner Kommentar zum Schweiz, Privatrecht, Obligationenrecht**, I. Abteilung, Bern, 1941; II. Abteilung, Bern 1944, Art. 69, N. 7; Hugo Oser, Wilhelm Schöenberger, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweiz, Privatrecht, Obligationenrecht II**, 2. Aufl., Zürich, 1936, Art. 69, N. 3; Rolf H. Weber, **Berner**

bir kısmına itiraz ederek borcu çekişmeli hale getiriyorsa ya da tazminat talebinde olduğu gibi borcun miktarı belli değil ise alacaklı kendisine teklif edilen kısmi ifayı kabule zorunludur²⁹⁵. TBK m. 84/f.2 hükmüne göre, borçlu borcun ikrar ettiği kısmını ifadan kaçınamayacaktır, inkâr ettiği kısım hususunda ise artık çekişme ortaya çıkmıştır ve borcun bu kısmı belli olmadığı için alacaklı ifa edilen çekişmesiz kısmı kabul ile yükümlü olacaktır²⁹⁶. Kiracının kiralananadaki eksiklikler nedeniyle kira bedelini indirerek ödemeyi teklif etmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Yargılama aşamasında borçlunun talep konusunu kısmen kabul etmesi durumunda da borç miktarının bir kısmı çekişmeli hale geldiğinden borç miktarının belirsiz hale gelmesi söz konusu olur. Kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün doğması için, borçlunun ikrar ettiği kısmın tamamının ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir; aksi halde, hukuka aykırı kısmi ifa sayılacağından, alacaklı bu kısmi ifayı reddedebilecek ve borçluyu temerrüde düşürebilecektir. İkrar etmiş olduğu bu kısmi ifa ile borçlu, borcun bu kısmından kurtulacak ve bakiye kısım için temerrüde düşmeyecektir. Ancak yargılama sonrasında, mahkeme borçlunun bu kısım için temerrüdüne karar verebilecektir. Borçlunun ikrar ettiği kısmi ifa etmemesi durumunda, temerrüt sadece bu kısım için söz konusu olacaktır.

Doktrinde, TBK m. 84 hükmünün borçlunun itirazı ile borcun çekişmeli hale getirilmesi sonucu, alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu bırakılması, haklı olarak eleştirilmektedir²⁹⁷. Borcun çekişmesiz olması durumunda, teklif edilen ifayı alacaklı reddedebilecekken, borçlunun itirazı ile çekişmeli hale getirilmesi durumunda

Kommentar, Bd. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005, Art. 69, N. 32 (Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 883 dn. 977'den naklen).

²⁹⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 883; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 6; Reisoğlu, a.g.e., s. 298; Lütfü Dalamanlı, Faruk Kazancı, Muharrem Kazancı, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. II**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 90.

²⁹⁶ Tekinay, a.g.e., s. 8; Reisoğlu, a.g.e., s. 298; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Murat Aydoğdu, Emre Cumaloğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, 2. bs., İzmir, Barış, 2013, s. 455.

²⁹⁷ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 764; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2019, N. 578. Krş. Şeref Ertaş, "Borçların İfasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **MÜHFHAD**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. bs., İstanbul, 2012, s. 307.

alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğunun olması, TBK m. 84 hükmünün getiriliş amacıyla çelişmektedir. Borçlu kısmi ifasını kabul ettirebilmek için borca itiraz yoluna başvurabilecektir. Bu hüküm borçluya uyumsuzluk yaratmak yoluyla kısmi ifa imkânı vermektedir. Alacaklı hem tam ifaya olan menfaatine kavuşamama riski altında olacak hem de çekişmeli olan kısım için yargılama masraflarını üstlenmek zorunda olacaktır. TBK m. 84/f.2 hükmü ile borçluya kısmi ifasını kabul ettirme imkânı tanınırken, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkı böylelikle elinden alınmış olduğundan bu hükmün yerinde olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁸. Bu durumun yaratacağı olumsuz sonucun bertaraf edilmesi için, yargılama sürecinde borçlunun haksız olduğunun anlaşılması halinde, alacaklının bu yüzden uğradığı zararın göz önünde tutulması önerilmektedir²⁹⁹. Kanımızca, her ne kadar bu hükmün salt lafzi yorumu ile, borçlunun uyumsuzluk yaratarak, alacaklının kısmi ifaya zorunlu bırakılması tehlikesi doğacağı sonucuna varılabiliyor ise de TMK m. 2 hükmünün koruyuculuğu burada da varlığını kuvvetli olarak hissettirecektir. Borçlunun, dürüstlük kuralına aykırı olarak, alacaklıyı zarara uğratmak amacıyla hareket ettiği durumda, kendisi derhâl ediminin ifasını tamamlamalıdır ve alacaklının bundan dolayı uğramış olduğu zararı da tazminle yükümlü tutulmalıdır. Başka bir ifadeyle, borçlunun TBK m. 84/f.2 hükmündeki hakkından yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği için, borcun belli ve muaccel olduğu bu durumda, ediminin tamamını ifa ile yükümlü olacaktır. Muacceliyet tarihinden itibaren, temerrüde düştüğü kabul edilmelidir.

Borcun belli olmadığı bir diğer durum, taraflarca tazminat miktarının belirlenmemiş olmaması durumunda ortaya çıkar. Böyle bir durumda hem maddi hem manevi tazminat taleplerinde borcun miktarı yargılama sonucunda ortaya çıktığından, tarafların önceden bu tutarı tam olarak belirlemeleri mümkün olmamaktadır³⁰⁰. Her ne

²⁹⁸ Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, Legal, 2017, s. 96.

²⁹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 883.

³⁰⁰ Yargıtay'ın bu hususa yaklaşımında birlik bulunmamaktadır. Tazminat talebinin, ancak bilirkişi raporu sonrası belirli hale geleceğine ilişkin bir karar örneği için bkz.: *"Davacı açmış olduğu kıdem tazminatı, ihbar tazminatı isteğini içeren ilk kısmi davanın yargılanması sırasında mütalaasına başvurulmuş bilirkişi raporunda gerçekleşen kıdem ve ihbar tazminatı miktarları belirlenmiştir. Mahkemece istekle bağlı kalınarak verilen karar dairemizce onanarak kesinleşmiş bunun üzerine davacı ilk davada da saklı tuttuğu alacakları için ilamsız icra yoluna başvurmuştur.*

kadar zarar, tazminatın üst sınırını oluştursa da TBK m. 52 hükmü gereği hâkimin takdir yetkisi olduğu için, tazminat taleplerinin varlığı halinde, tazminat borcunun miktarının belirsiz olduğu kabul edilir. TBK m. 56 ve m. 58 hükümlerinde düzenlenmiş olan manevi tazminat hakkının içeriğinin tespitinde de hâkimin takdir yetkisi olduğu için, taraflar açısından belli olmadığı kabul edilmektedir³⁰¹. Tazminat miktarı belirlenene kadar, borçlu ifada bulunmak isteyebilir. Borcun miktarı henüz belli olmadığından, borçlu bu kısmi ifayı yapmaya yetkili, alacaklı da bunu kabule zorunludur. Yargılama sonunda, borçlunun ifayı teklif etmiş olduğu miktarının, hâkimin belirleyeceği miktardan az olduğu tespit edilirse kısmi ifa teklifi yapılmış olduğu ortaya çıkacaktır.

3.1.6.2.2.2. Takasın Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu Oluşturması (TBK m. 139)

Kısmi ifa teklifini kabul ettirmek isteyen borçlunun başvurabileceği yollardan birisi de takastır. Takas, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁰². Tek taraflı bir beyanla kullanılacak takas beyanı ile borçlu alacaklıya kısmen ifasını kabul ettirebilecek ve alacaklının da karşı borcu sona erecektir. TBK m. 139 vd. hükümlerince düzenlenen takas kurumunun şartları, alacaklı ve borçlunun birbirlerine karşı aynı anda hem alacaklı hem borçlu olması, bir miktar para veya özdeş

Bu aşamalardan sonra kıdem ve ihbar tazminat miktarlarının artık likit olduğunun kabulü gerekir”, Yargıtay 9. HD., 11.02.1998 tarihli, E. 1998/2969, K. 1998/1338 sayılı kararı, www.legalbank.net. Manevi tazminat talebinin miktarının davacı tarafından belirlenerek açıldığına ve belirsiz alacak davasına konu olmayacağına ilişkin bir karar örneği için bkz.: “...İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağının miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevi tazminat istemi manevi tazminatın bölünemezliği kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz ve manevi zararın 'MK'nın 107.maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez.”, Yargıtay 21. HD., 16.02.2015 tarihli, E. 2014/26303, K. 2015/2554 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰¹ Hakan Pekcanitez, “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?”, **Makaleler C. II**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 763; Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Özel Sayı, 2009, 2010, s. 528; Sami Narter, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları**, 3. bs, Ankara, Adalet, 2018, s. 228.

³⁰² Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 417.; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, Yetkin, 2010, s. 33.

diğer edimleri birbirine borçlu olmaları ve her iki borcun da muaccel olmasıdır. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, borç miktarının birbirine eş olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Takas olacak borçların miktarının birbirinden farklı olması, kısmi ifanın söz konusu olmasına yol açabilmektedir; çünkü miktarı az olan borç tamamen, miktarı fazla olan borç takas edilen tutar kadar sona ermektedir³⁰³. Takas beyanında bulunacak tarafın alacağının miktarına göre kısmi ifanın ortaya çıkmasından söz edilebilir.

Miktarı az olan borcun alacaklısının takas beyanında bulunması durumunda, takas kısmi ifayı kabul yükümlülüğünü ortaya çıkarır. Eğer miktarı az olan borcun alacaklısı takas beyanında bulunursa, tam ifa gerçekleşmiş gibi kendi alacağı sona ermekle birlikte, karşı taraf açısından kısmi ifa söz konusu olur³⁰⁴, takas tutarında ifa gerçekleşmiştir, bakiye kısım varlığını sürdürmektedir, bu kısmi ifayı reddetme imkânı da bulunmamaktadır; çünkü TBK m. 144 hükmünde öngörülmüş olan istisnalar dışında, takas için alacaklının rızası aranmaz ve takas beyanında bulunmakla hüküm ifade eder. Aksini kabul halinde takasın bir anlamı kalmayacağından, TBK m. 84 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir³⁰⁵. Miktarı fazla olan borcun alacaklısı, kısmi ifayı reddetme imkânı varken, takasın kanunen verdiği yetkiyle bu kısmi ifayı kabule zorunlu olmaktadır. Miktarı fazla olan borcun alacaklısı takası teklif ettiğinde, miktarı fazla olan borç ifa edilen kısım tutarında sona ereceğinden kısmi ifayı talep etmek anlamı taşıyacaktır.

Borç miktarı az olan, borcundan daha az kısmını ifa etmek istediğinde alacaklı bu teklifi kabule zorunlu değildir, TBK m. 84 hükmü burada uygulama alanı bulacaktır³⁰⁶.

³⁰³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1890; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 417; Eren, **a.g.e.**, N. 4042; Aral, **Takas**, s. 22.

³⁰⁴ Yargıtay 9. HD., 30.04.2009 tarihli, E. 2008/37378, K. 2009/12271 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://www.kararara.com>.

³⁰⁵ Aral, **Takas**, s. 109.

³⁰⁶ Claudia Bittner, Manfred Löwisch, Elouard Wufka, J. von Staudingers, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Berlin, 2001, § 266, N. 20; Joachim Gernhuber, **Die Erfüllung und ihre Surrogate**, 2. Neu Bearbeitete Aufl., Tübingen, 1994, s. 153 (Şen, **a.g.e.**, s. 147 dn. 497'den naklen).

Başka bir kısmi ifayı kabule zorunluluk, miktarı fazla olan borcun bakiye kısmın ifasında ortaya çıkar, borç bu ifa ile sona ereceğinden alacaklı bu ifayı kabule zorunludur³⁰⁷.

3.1.6.2.2.2.3. Kefilin Gerçekleştirdiği Kısmi Ödemeyi Alacaklının Kabul Zorunluluğu (TBK m. 581)

Alacaklının kısmi ifayı kabule zorunluluğu ile, alacağın kefalet sözleşmesi ile teminat altına alındığı durumlarda da karşılaşılır. TBK m. 581 vd. hükümlerinde düzenlenen kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt ettiği için bir kişisel teminat sözleşmesidir. Alacaklı, bu sözleşme sayesinde kefalet altına alınmış olan kısım için kefilin malvarlığına başvurabilecektir³⁰⁸.

Kefalet sözleşmesinde alacaklının kısmi ifayı kabul zorunda olmasının sonucunda bakiye kısım hakkında kısmi temerrüt söz konusu olabileceği için bu hususun ele alınması önemlidir. Bu bakiye kısım hem kefilin borcuna ilişkin hem de borçlunun borcuna ilişkin olabilir.

Eğer kefil, alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün olduğu haller dışında kısmi ifayı teklif ederse, alacaklı TBK m. 84 hükmü uyarınca, bu teklifi reddedebilecektir. TBK m. 593/f.2 hükmü gereğince, alacaklı eğer kısmi ifaya zorunlu hallerden birinin olmasına rağmen teklif edilen kısmi ifayı reddederse, kefil kısmen değil tamamen sorumluluktan kurtulur³⁰⁹. Unutulmamalıdır ki, borçlunun kısmi ifaya yetkili olduğu ya da kefilin sadece borcun bir kısmı için kefil olduğu durumlar hariç, kefilin kısmi ifada bulunabilmesi için ya müteselsil ya da birlikte kefil olmalıdır, diğer tür kefaletlerde kural olarak kısmi ifada bulunma yetkisi yoktur.

³⁰⁷ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 6; Dalamanlı, v.d., **a.g.e.**, s. 90.

³⁰⁸ Eren, **Borçlar Özel**, s. 758 vd.; Yavuz, v.d., **a.g.e.**, s. 784; Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Yükümlülüğü**, Ankara, Adalet, 2013, s. 5-12; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 1-7.

³⁰⁹ Özlem Acar, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 298; Ayan, **a.g.e.**, s. 525.

Kefilin, borçlunun borcunun bir kısmı için kefil olması da mümkündür. Bu halde kefilin kendi kısmını gereği gibi ifa etmesi alacaklı açısından kısmi ifa teşkil etmekte olup bunu kabul ile yükümlüdür. Bu durumda aynı zamanda, TBK m. 100/II hükmü uyarınca, borçlunun yapacağı kısmi ödemeyi kefalet altındaki bu kısma saydırması mümkün değildir.

Ödemenin kabulü başlıklı TBK m. 593 hükmü, kefalet sözleşmesinde alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu halleri düzenlemektedir. Bu hükme göre, üç şartın bir araya geldiği durumda alacaklı, kefilin kısmi ödemesini kabul etmek zorundadır: asıl borcun muaccel olması, birden fazla kefilin bulunması ve ödemeyi teklif eden kefilin teklif ettiği tutarın kendi payından az olmaması. Alacaklı kısmi ödemeyi kabul etmezse kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Diğer kefillerin sorumluluklarının durumu ise kefaletin türüne göre farklılık gösterecektir. Birlikte ve müteselsil kefalette, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır. Diğer kefalet türlerinde, diğer kefillerin sorumlu oldukları miktarda herhangi bir değişiklik olmaz, sadece alacaklı açısından kısmi ifayı teklif eden kefil sorumluluğundan kurtulur³¹⁰.

3.1.6.2.2.2.4. Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Kısmi İfayı Kabul Etme Yükümlülüğü (TBK m. 486)

Bir diğer kısmi ifayı kabul zorunluluğu hali TBK m. 486 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; eser sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özellikleri esas alınarak yapılmış olması durumunda, onun kusuru olmaksızın eseri tamamlama yetisini kaybetmesi veya ölmesi sonucunda eser kısmen tamamlanmış ise, iş sahibi eserin bu kısmından yararlanabilecek ise, bu kısmi ifayı kabul etmek ve karşılığını vermek ile yükümlüdür. Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, tarafların her zaman bu hükmün aksine anlaşmaları ve bu kısmi ifayı kabul yükümlülüğünü ortadan kaldırmaları mümkündür.

³¹⁰ Özen, **a.g.e.**, s. 429, 430; Acar, **a.g.e.**, s. 299. Yaratılan bu farkın anlamsız olduğu yönünde bkz.: Ayan, **a.g.e.**, s. 526, 527.

Eser sözleşmesi yapılırken, yüklenicinin kişisel nitelikleri, yaratıcılığı ve mesleki becerilerini dikkate alarak sözleşme yapılmış olduğundan yüklenici eseri bizzat yerine getirmekle yükümlüdür, işi başkalarına devredemez (TBK. m. 471/f.3). Bu nedenle de yüklenicinin ölümü veya taahhüt ettiği eseri meydana getirme yeteneğini kaybetmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona erecektir (TBK m. 486). Eser sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılmış olduğu, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilerek tespit edilmelidir.

Kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün doğabilmesi için ikinci şart, işsahibinin ifa edilmiş kısmından yararlanmasının mümkün olmasıdır. Bu kısmın bu haliyle kullanılabilir olması ya da geriye kalan kısmın tamamlattırılmasının mümkün olması gerekmektedir³¹¹.

Kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün doğması için, tüm şartların gerçekleşmesi ve taraflar arasında aksine bir sözleşme olmaması gerekmektedir. TBK m. 486 hükmünü düzenlerken kanun koyucu sözleşmenin bir kısmını ayakta tutmak istediği için, işsahibine eserin tamamlanan kısmının ifasını kabul etme yükümlülüğü yüklemişken, diğer yanda işsahibinin kabul ettiği kısma karşılık gelen kendi edimini de ifa etme yükümlülüğü getirmiştir³¹².

3.1.6.2.2.5. Mirasçıların Müteselsil Sorumluluğunun Ortadan Kalkmasından Sonra Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etme Zorunluluğu

TBK m. 681 hükmü uyarınca ister mirasçıların paylaşma sözleşmeleri sonucunda, ister mirasın paylaşılmasından itibaren beş yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesi nedeniyle mirasçıların müteselsil sorumluluğunun ortadan kalkmasından sonra, mirasbırakanın alacaklısının mirasçılara başvurması durumunda, mirasçılar

³¹¹ Eren, **Borçlar Özel**, s. 702; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Genişletilmiş 4. bs., İstanbul, Vedat, 2021, s. 272; Vedat Buz, **Eser Sözleşmesi**, s. 37; Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Cilt 1, Ankara, Beta, 1997, s. 442.

³¹² Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 2, 1989 Yılı 4. Tıpkı Basım'dan 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 336; Eren, **Borçlar Özel**, s. 702, 703; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 273; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 433.

kendi payları oranında sorumlu olacağı için, kendisine başvurulana mirasçı ya da mirasçılara ödediği miktarın tereke alacaklısının alacağının tümünü karşılamadığı durumda, alacaklı açısından kısmi ifa gerçekleşmiş olacaktır, alacaklı bunu kabul etmek zorundadır. Bu haller dışında, alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğunun söz konusu olamamasının nedeni, TMK m. 599 ve 641/f.1 hükümlerinden kaynaklanan mirasçılara külli halefiyeti gereğidir³¹³.

Burada borçlu açısından bir kısmi ifanın söz konusu olmadığı açıktır. Alacaklı tereke borcunun tamamının ödenmesini başvurduğu mirasçıdan isteyemeyecektir. Bu doğrultuda, alacaklının bu mirasçıyı, kendi payını aşan kısma ilişkin olarak temerrüde düşürmesi de mümkün değildir. Alacaklı, bu durumda, başvurmuş olduğu mirasçının kendi payına denk gelen borç kısmının ifası ile yetinmek zorundadır. Bakiye kısmı elde etmek için diğer mirasçılara payları oranında başvurması gerekecektir.

Mirasçılar müteselsil sorumluluklarını, kendi aralarında paylaşma sözleşmesi yaparak sona erdirebilirler. Bu sözleşmeyi yaparak, kendi iradeleri ile tereke borçlarından sorumluluklarının sınırlarını belirlerler. Kural olarak, bu sözleşme mirasçılarda kendi aralarında hüküm ifade etmektedir. Ancak, alacaklı ya da alacaklılar açıkça veya örtülü olarak rıza gösterebilir, bu durumda artık mirasçılar arasındaki paylaşma sözleşmesi, rıza gösteren bu alacaklıyı/alacaklıları bağlayacaktır. Bunun sonucu olarak, müteselsil sorumluluk bu alacaklı/alacaklılar için de ortadan kalkmış olacaktır. Mirasçılar arasındaki sözleşmeye bizzat katılma ya da daha sonra yazılı şekilde yapılmış ayrı bir sözleşme ile paylaşmaya onay verme yoluyla alacaklı rıza gösterebilir³¹⁴. Alacaklı, mirasçılardan birine başvurduğunda, sözleşmede kararlaştırılmış olan oran kadar ifayı elde edebilecektir, bu tutarın alacağı tam karşılamadığı durumda, kısmi ifa söz konusu olacaktır, alacaklı bu duruma rıza gösterdiği için bu kısmi ifayı kabul etmek zorundadır.

³¹³ Mustafa Dural, Turgut, Öz, **Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku**, Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Filiz, 2021, s. 12 §74, 13 §77; 461§1908, §1910; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2021, §1 N. 72 N. 76, §7 N. 78; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, **Miras Hukuku** 9. bs., Ankara, Bilge, 2015, s. 536.

³¹⁴ Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, C. 2**, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Ankara, Adalet, 2016, s. 1685.

Alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu bir diğer durumla, mirasın paylaşılmasından itibaren beş yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinden sonra karşılaşılmaktadır. Zira artık bu sürenin bitimi ile mirasçılarının şahsen ve müteselsilen sorumluluğu sona ermektedir. Beş yıllık hak düşürücü süre, paylaşmanın gerçekleştiği tarihten veya daha sonra muaccel olacak borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren başlar (TMK. m. 681/f.2). Kanunda bu süre sonunda mirasçılarının hangi oranda sorumlu olacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde ise, bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Paylaşma sözleşmesini esas alan görüşe göre, mirasçılarının sorumluluğu bu sözleşmeye göre tespit edilecektir, böyle bir sözleşme yoksa miras payları oranında sorumlu olacaklardır³¹⁵. Miras paylarını esas alan bir diğer görüşe göre, paylaşma sözleşmesinin varlığı mirasçılarının sorumluluğuna etki etmemektedir, mirasçılar miras payları oranında sorumludur³¹⁶. Hangi görüşün benimsenmesinin bir önemi olmaksızın, kısmi ifanın varlığı aynıdır, çünkü müteselsil sorumluluk ortadan kalktığı andan itibaren alacaklı hangi mirasçıya başvurursa başvursun, mirasçının sorumluluk tutarının alacağın tamamını karşılamadığı durumda kısmi ifa söz konusu olacak ve alacaklının bu kısmi ifayı kabul etmesi gerekecektir³¹⁷.

3.1.6.2.2.6. Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Haller

Ticari ilişkilerin dinamiği farklı olduğundan, hem borçluyu, cirantaları ve özellikle müracaat borçlularının menfaatini korumak hem de ticari işlerin devamlığını sağlamak için kısmi ifanın kabulüne yönelik hükümler getirilmiştir³¹⁸. Kısmi ifayı kabul zorunluluğu, alacaklıya, borcun tamamı için değil, sadece geriye kalan kısım için müracaat borçlularına başvurulabilmesine imkân vermektedir, zira hamil asıl

³¹⁵ Özüğür, **a.g.e.**, s. 2534; Zahit İmre, Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Der, 2021, s. 585; İnan, v.d., **a.g.e.**, s. 584.

³¹⁶ Dural, Öz, **a.g.e.**, s. 462 §1910; Özüğür, **a.g.e.**, s. 1685.

³¹⁷ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 69, N. 3; Weber, **a.g.e.**, Art. 69, N. 42; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 233; Peter Gauch, Marius Schraner, **Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2., Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Völlig Neu Bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess, 2000, Art. 69, N. 27; (Şen, **a.g.e.**, s. 149 dn. 509'dan naklen).

³¹⁸ Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Güncellenmiş 7. Baskı'dan 10. Tıpkı Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 192.

borçludan kısmen alacağını elde etmiştir. Alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğuna ilişkin temel düzenleme, TTK m. 709 hükmüdür, diğer maddeler (TTK m. 778/f.1 (c), m. 818/f.1 (h)) bono ve çekte de poliçeye ilişkin kısmi ödemeye ilgili düzenlemelerin bunlar hakkında da geçerli olacağını düzenlemektedir.

İlk olarak kısmi ödemenin hamil tarafından reddedilemeyeceği, başka bir ifadeyle, alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu TTK m. 709/f.1 hükmü ile düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası ile, muhataba, yapmış olduğu bu kısmi ödemeyi poliçenin üzerine yazılmasını ve kendisine makbuz verilmesini talep etme imkânı tanınmıştır. Kısmi ödemenin gerçekleştiği bu durumda poliçe hamilde kalacak ve ödenmeyen kısım için hamil, ödememe protestosu çekerek poliçe borçlularına başvurabilecektir³¹⁹. TTK m. 778/f.1 (c) ve m. 818/f.1 (h) hükümleri, bono ve çekte de poliçeye ilişkin kısmi ödemeye ilgili düzenlemelerin bunlar hakkında da geçerli olacağını düzenlemektedir. Bunun sonucunda da bono alacaklısı da çek hamili de muhatabın kısmi ifasını kabule zorunludur. Çek ile ilgili TTK 783/f.2 hükmü muhataba, çekin ancak bir kısmının karşılığının bulunması durumunda, kısmi ifada bulunma yükümlülüğü getirmiştir, hamil bunu kabulden kaçınamayacaktır. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 3/f.2 hükmüne göre, “karşılıksızdır” işlemi, çek bedelinin kısmen ifa edilmeyen, bakiye bölümüyle sınırlı olarak yapılır. Çek Kanunu m. 3/f.3 hükmü, çek bedelini esas alan bir ayırım yaparak, kısmi ifaya ek olarak, muhatap bankanın, süresi içinde ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, her çek yaprağı için ödeme yapma zorunluluğu getirmiştir. Buna göre; ödenecek miktar, çek bedelinin 1000 TL veya altında olması halinde, kısmi ifa olarak kabul edilen karşılığı, her somut olaydaki çekin bedeli uyarınca, azami 1000 TL’ye tamamlayacak nicelikte olabilecek iken, çek bedelinin 1000 TL’nin üzerinde olması durumunda maktu 1000 TL olacaktır. Her iki olasılıkta da muhatap bankanın ödeyeceği miktarın çek bedelini aşmayacak olması, kanun koyucu tarafından bir şart olarak öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle, çek bedelinin 1000 TL altında olması durumunda, muhatap banka, kısmi karşılığı, çek bedeline tamamlayacak nicelikteki bir tutarı ödemekle yükümlüdür. 1000 TL ve üzeri bedelli bir çekin varlığı halinde, muhatap bankanın hamile, çekin karşılığı bulunan

³¹⁹ Ali Bozer, Celal Göle, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. bs., Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 143; Ülgen, v.d., **a.g.e.**, s. 193.

kısmına ek olarak maktu 1000 TL ödeme yapma zorunluluğu; karşılığı olan kısım ve 1000 TL'nin toplamının tutarının çekin bedeline eşit olması gerekliliği ile birlikte değerlendirilmelidir. Muhatap bankanın sorumluluğu çekin bedeli ile sınırlıdır. Bu sınırı aşan kısmı banka ödemekle yükümlü değildir. Bu durumda, maktu 1000 TL'den az miktarda ödeme yapılmış olacaktır. Ancak, kanun maddesinin getiriliş amacı, hamilin alacağına mümkün olan en yüksek oranda kavuşmasını sağlamak olduğundan, 1000 TL'nin kat'i olarak uygulanması gerektiği düşünülemez, öngörülmüş olan bu tutar, muhatap bankanın sorumluluğun üst limiti dâhilinde geçerli olacaktır. Çek bedelinin tamamı tahsil edilmiş olduğundan kısmi temerrüdün varlığı söz konusu olamayacaktır. Toplam tutarın, çek bedelinden düşük olması halinde ise, muhatap banka hem kısmi karşılığı hem de maktu 1000 TL'yi ödemekle yükümlü olacaktır. Muhatap bankanın yapacağı bu ödeme de kısmi ifa niteliğinde olup, hamilin bunu reddetme imkânı bulunmamaktadır. Hamil, bakiye kısım için müracaat borçlularına başvuracaktır. Bu miktar, kısmen ödeme yapılan miktar ve muhatap bankanın Çek Kanunu m. 3/f.3 hükmüne göre ödemekle yükümlü olduğu miktarın çek bedelinden düşülmesi ile bulunur³²⁰.

Son olarak TTK m. 696 hükmünde düzenlenen poliçenin kısmi kabul edilmesi durumunun da kısmi ifayı kabul yükümlülüğüne yol açtığını belirtmek gerekir. Bu hükme göre, muhatap, kabulü poliçe bedelinin bir kısmı ile sınırlayabilir, bu durumda hamil, poliçe bedelinin belirlenmiş bu kısmının muhatap tarafından ifası ile yetinmek durumunda kalacaktır. Hamil açısından kısmi ifa oluşturacak bu ifayı reddetme imkânı bulunmamaktadır. Hamil, poliçenin kabul edilmeyen kısmı için, kabul etmeme protestosu çekme şartını yerine getirerek müracaat borçlularına başvurabilir³²¹.

3.1.6.2.2.2.7. İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Haller

Alacaklının alacağını elde etmek için ilamsız takip yoluna başvurması durumunda borçlu dilerse borcun tamamını dilerse bir kısmını, ödeme emrini yollayan

³²⁰ Hasan Pulaşlı, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. bs., Ankara, Adalet, 2021, N. 76, 77, 78.

³²¹ Pulaşlı, **a.g.e.**, N. 63, 64, 64a ; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Gözden Geçirilmiş 24. bs., İstanbul, Vedat, 2021, N. 251.

icra dairesinin hesabına yatırarak ifada bulunabilir (İİK m. 9). Borcun kısmi ifa edilmesi ile borç bu kısım için sona erer ve bakiye kısım için takip devam eder. Alacaklının bu kısmi ifaya müdahale etmesi mümkün olmayıp bunu kabule zorunludur.

Ödeme emrini alan borçlu, borcunun tamamını kısım kısım ödemek isteyebilir, taraflar hacizden önce buna ilişkin sözleşmeyi icra dairesinde yapabilirler. Uygulamada taksitle ödeme sözleşmesi adı verilen bu sözleşme ile borçluya kısmi ifa yetkisi verilmekte iken, aynı zamanda alacaklıya bu kısmi ifayı kabul zorunluluğu yüklenmektedir. Takip başlamış ama mallar haczedilmeden önce kısmi ifanın gerçekleştirilmesi halinde, alacaklının kabul zorunluluğu vardır, zira alacaklı sözleşme ile onay vermiştir. Bir diğer hal ise hacizden sonra, İİK m. 111'de öngörülen şartların gerçekleşmesidir; alacaklının borçlunun kısmi ifasını kanunen kabul etmesi gerekmektedir; borcun kısmi ifası için alacaklının kabulü aranmamaktadır. Bu hüküm ile borcun tamamını ödeme gücü olmayan borçluya, takibi durdurma imkânı verilmiştir. İİK. m. 111/f.1'e göre borçlu, borcunu taksitle ödemek ister ve birinci taksidi derhal ifa ederse icra takibi durur, bunun için alacaklının kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla alacaklının burada kısmi ifayı kabul zorunluluğu bulunmaktadır. Hacizden sonraki dönemde alacaklının rızasına gerek olmadığı gibi, icra dairesinde ayrı bir sözleşme yapmaya da gerek yoktur.

3.1.6.2.2.3. Dürüstlük Kuralı Gereğince

Dürüstlük kuralı, alacaklının kısmi ifayı kabul etme zorunluluğuna başka bir dayanak oluşturmaktadır. Alacaklı ile borçlunun arasındaki menfaatler dengesi dürüstlük kuralı sayesinde sağlanmaktadır. Borçlunun menfaati alacaklı lehine olan TBK m. 84 hükmünün uygulanmasını engellerken, her zaman alacaklının ifanın tümüne olan menfaatinin yok sayılmasını gerektirmez. Borçlunun teklif ettiği kısmi ifayı reddetmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde, alacaklı, kısmi ifayı kabulden kaçınamayacaktır³²². Edimin ifa edilmeyen kısmi ifa edilen kısma oranla çok önemsiz ise ya da edimin çok büyük miktarda olması sebebiyle bir defada ifa edilmesi

³²² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 884; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 764, 765; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §9, N. 3; Eren, **a.g.e.**, N. 2846; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 84 N. 33.

mümkün değil ise, alacaklı kısmi ifayı dürüstlük kuralı gereğince kabule zorunludur. Alacaklının ceza koşulunu elde etmek için kısmi ifayı reddetmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Alacaklının borçluyu hak kaybına ya da zarara uğratma amacıyla kısmi ifayı reddetmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

Alacaklının tam ifaya olan menfaati esas olduğundan, ona dürüstlük kuralı gereği kısmi ifayı kabul yükümlülüğü getirmek nadiren gerçekleşmelidir. Bu nedenle somut olayın özellikleri dikkatle incelenerek karar verilmelidir. Dikkate alınacak husus, ifası teklif edilen kısmın miktarının alacaklının kabulü için önemidir. Kural olarak, ifası teklif edilen kısmın alacaklı açısından önemsiz derecede eksik ise, alacaklının kabule zorunlu olduğu kabul edilse de bu kabule bakiye kısmın elde edilmesinde özel bir güçlüğü bulunmaması gerekliliği eşlik eder³²³. Bunun yanı sıra alacaklının edimin tamamının ifasına olan menfaatinin zedelenmemiş olması gerekmektedir. Miktarın önemsiz bir eksiklik oluşturmaya rağmen, alacaklı ifa edilmemiş kısım olmaksızın beklediği yararı elde edemiyorsa, kısmi ifayı kabule zorlanamaz. Bakiye kısmın miktarının önemsiz bir eksiklik oluşturmakla birlikte, alacaklının ifa teklif edilmeden önce, kesin olarak ifanın tamamını (eksiksiz) talep ettiğini ifade etmiş olması durumunda, alacaklı yine kısmi ifayı kabule zorlanamaz³²⁴.

Para borçlarında, dürüstlük kuralı gereği alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu tutulabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir: borçlunun gücünün ifanın tamamını yerine getirmeye yetmeyecek olması ve alacaklının kısmi ifada objektif menfaatinin bulunması³²⁵.

Nafaka borçlarında bu durumla karşılaşılabilir, nafaka borçlusunun ekonomik durumu tamamına yetmediği durumda, alacaklının kısmi ifada menfaati olduğu kabul edilir, zira nafaka alacaklının geçimi için takdir edilmektedir, kısmen ödenmesini kabul etmemenin hakkın kötüye kullanılması olacağı aşîkârdır. Ödeme tutarı değerlendirilirken dürüstlük kuralı yine uygulama alanı bulacaktır, eğer ödemenin

³²³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 1018.

³²⁴ Gauch, Schraner, **a.g.e.**, Art. 69, N. 29; Weber, **a.g.e.**, Art. 69, N. 46 (Şen, **a.g.e.**, s. 140 dn. 469'dan naklen).

³²⁵ Bittner, Löwisch, Wufka, **a.g.e.**, § 266, N. 29 (Şen, **a.g.e.**, s. 139 dn. 462'den naklen).

önemli oranda eksik olması durumunda alacaklı kısmi ifayı kabul etmekle yükümlü tutulmayacaktır³²⁶.

Dürüstlük kuralı gereği kısmi ifayı kabul yükümlülüğü, edimin niteliği (doğası) gereği tamamının bir kerede ifa edilemediği durumlarda da ortaya çıkar³²⁷. Bu durum ile en çok, edim konusunun miktarının çok fazla olması nedeniyle tek seferde ifanın gerçekleştirilemediği, edimin ifasının yerine getirilmesi için kullanılan araçların kapasitesinin yeterli olmadığı durumlarda karşılaşılır³²⁸. Örneğin, 100 ton kömürü tek seferde taşıyacak araç olmadığından, bu edimin tek seferde tamamının ifası mümkün değildir, bu nedenle alacaklı kısmen ifayı kabule zorunlu olacaktır.

Yan edimlerin de kısmi ifası mümkündür. Borçlunun asli edimi tam ve gereği gibi yerine getirmesine rağmen yan edimi kısmi ifa etmesi durumunda, alacaklının dürüstlük kuralı gereği bu kısmi ifayı reddedebilmesi için bu kısmi ifa nedeniyle alacaklının sözleşmeyi yaparken elde etmek istediği objektif amaca, bu kısmi ifa nedeniyle, ulaşamamış olması gerekmektedir³²⁹.

3.1.6.2.2.4. Ticari Örf, Âdet ve Teamüller Gereğince

TTK m. 1/f.2 hükmü gereği; mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde karar verirken ticari örf ve âdete başvurabilir. Ticari örf ve âdetler, ticari ilişkilere uzun zamandır uygulanan, yazılı olmayan, toplumda bunlara uyulması gerektiği inancının bulunduğu ve kamu gücüyle yaptırıma bağlanmış olan hukuk kurallarıdır³³⁰. Hâkim, somut olayın çözümü için ticari örf ve âdetleri re'sen araştıracaktır, taraflar tacirse bu hususları kabulüne de ihtiyaç bulunmamaktadır³³¹. 5174 sayılı Kanun'un m. 17/b. e hükmü uyarınca, ticaret, sanayi ve deniz ticaret

³²⁶ Brigitta Steinhöner-Stelzner, **Die Teilleistung (§ 266 BGB)**, Dissertation, Ludwig Maximilian Universität, München, 1984, s. 46 (Şen, **a.g.e.**, s. 139 dn. 463'ten naklen).

³²⁷ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 3.

³²⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 884; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 3; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 298.

³²⁹ İnal, **a.g.e.**, s. 268.

³³⁰ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. bs, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Enstitüsü, 2021, s. 101; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 124.

³³¹ Arkan, **a.g.e.**, s. 101.

odalarının bir organı olan oda meclisleri, m. 39/b. d hükmü uyarınca, borsa meclisleri, çalışma alanlarına ilişkin örf, âdet ve teamülleri tespit ve ilan etmek görevine sahiptir. Eğer taraflardan en az biri tacir değilse ve tacir olmayan bu kişi tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa örf ve âdet kuralları uygulanacaktır (TTK m. 2/f.3). Aradaki hukuki ilişkiye uygulanacak olan ticari örf ve âdetler, alacaklıya kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirmiş olabilir. Bu durumda, alacaklı kendisine teklif edilen kısmi ifayı reddedemeyecektir.

Ticari teamüller de ticari ilişkilere uzun zamandır uygulanmakta olan, ticari hayatta uyulması gerektiğine inanılan, yazılı olmayan kurallar olmakla birlikte, her zaman örf ve âdet kuralı ağırlığı taşımaz³³². Bu nedenle TTK m. 2/f.1, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı durumda, teamülün ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, mahkemenin yargısına esas olamayacağını, yalnızca irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınacağını düzenlemiştir. Bu doğrultuda, kısmi ifanın hukuka uygun olup olmadığının, kısmi ifanın zımnen kabul edilmiş olup olmadığının tespitinde ticari teamüllerden yararlanılacaktır. Aynı zamanda dürüstlük kuralının alacaklıya kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirip getirmediğinin tespitinde de ticari teamüller belirleyici olacaktır.

3.1.6.2.2.5. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı ile İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Olarak Öngörülen Kısmi İfayı Kabul Etme Yükümlülüğü

Alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olduğu hallerden biriyle de inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ifayı zamanında kısmen tamamlamadığı durumda karşılaşılır. Kanuni düzenlemelerde böyle bir zorunluluk yer almamakla birlikte, doktrinde bazı görüşler dürüstlük kuralından yola çıkarak ve Yargıtay da içtihadıyla bu hususu kabul etmiştir.

Ani edimli bir sözleşme olan inşaat sözleşmesinde kural olarak, işsahibi kısmi ifa teklifini reddedip sözleşmeden dönebilir. Bunun sonucunda sözleşme kurulduğu

³³² Arkan, **a.g.e.**, s. 104; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 124.

andan itibaren ortadan kalkacak ve ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekecektir³³³. Eğer inşaat sözleşmesi gereği yapılmış ve tamamlanmış kısım, taahhüt edilen inşaatın büyük bir kısmını oluşturuyor ve yapılmış olan bu kısmın sökülmesi aşırı zarara yol açacak veya imkânsız ise, dürüstlük kuralı gereği, iş sahibi bu kısmi ifayı kabule zorunludur³³⁴. Bu, doktrin tarafından belirlenmiş bir kural olmakla birlikte, Yargıtay bu kabulü detaylandırıp inşaatın hangi oranda bitmiş olmasının bu kabule yol açacağı hususunda kararlar almıştır; farklı kararları neticesinde yaklaşık olarak %90 oranında bitirilmiş bir inşaatın varlığı halinde iş sahibinin kısmi ifayı kabul zorunluluğu ortaya çıkmaktadır³³⁵. Bu husus, her ne kadar kısmi ifayı kabul zorunluluğu olarak görülse de, esasında Yargıtay'ın kabulü doğrultusunda bu durumda sözleşmenin sürekli borç ilişkisine dönüşmesinden kaynaklanan sonuçlar bulunmaktadır. Bu nedenle, ifa edilmemiş edimler ileri etkili olarak sona ererken, ifa edilmiş edimler geçerli olarak varlığını sürdürür. Bu kapsamda da %90 ve üzerinde oranda tamamlanmış inşaatı alacaklı kabul etmek zorunda olacaktır.

3.1.6.3. Kısmi İfanın Sonuçları

Kısmi temerrüt şartı oluşturabilmesi açısından kısmi ifanın hukuka uygun olması gerekmektedir. Alacaklının kısmi ifayı kabule yükümlü olduğu hallerden biri gerçekleşmişse ya da böyle bir zorunluluğu olmamasına rağmen alacaklı kısmi ifa

³³³ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 176; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 198.

³³⁴ İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları, C. IV**, İstanbul, 1980, s. 466, 478; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 220; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 397. Serozan da, yüklenicinin harcamalarını ve emeğini göz önüne alarak, istisnai durumlarda, ileriye etkili sona ermeyi benimsemiştir, bkz.: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 177. Erman, ise eser sözleşmesini sürekli edimli bir sözleşme sayması sebebiyle sözleşmenin ileriye etkili sona ereceğini savunur, bkz.: Hasan Erman, “Karar İncelemesi Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **YKD.**, 1982, S. 10, s. 516. Öz’e göre, ileriye etkili sona erme her inşaat sözleşmesi için değil, iş sahibinin arsası üzerinde inşaatın yapıldığı inşaat sözleşmelerinde söz konusu olur, bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 210, 211.

³³⁵ Yargıtay İBBGK, 25.01.1984 tarihli, E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı İBK, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 14. HD., 01.04.2009 tarihli, E. 2009/1031, K. 2009/4125 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 08.07.2019 tarihli, E. 2018/4947, K. 2019/3227 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 04.02.2005 tarihli, E. 2004/7507, K. 2005/505 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 10.03.2004 tarihli, E. 2003/4328, K. 2004/1320 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 23. HD., 11.06.2013 tarihli, E. 4203, K. 3983 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

teklifini açıkça veya örtülü olarak kabul etmiş ise veya kısmi ifayı kendisi talep ederse hukuka uygun bir kısmi ifadan söz edilir³³⁶. Hukuka uygun bir kısmi ifa, ifa oranında borç ilişkisini sona erdirir ve diğer şartlar mevcutsa varlığını sürdüren, ifa edilmeyen kısma ilişkin olarak kısmi temerrüdün doğmasına yol açar.

Borcun geçerli ve ifası mümkün geri kalan kısmı için kısmi temerrüt söz konusu olacağından, burada konu dışı birkaç hususa değinmek ile yetinmek yerinde olacaktır.

Kısmi ifa ile ilgili TBK m. 84/f.2 hükmü alacaklının kısmen ifayı kabul etmesi halinde borçlunun, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınmayacağını düzenlemiştir. Bu hükme göre, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi halinde, artık borçlunun kabul etmiş olduğu kısmı ifadan kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Taraflar edimin o kısmı hakkında anlaşmışlardır, artık o kısmın tamamının ifası hakkında herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Eğer bu kısım ifa edilmez ise borçlunun borcun bu kısmı açısından temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır³³⁷.

Borçlunun borcun tamamını her zaman ifaya yetkili olmasının bir sonucu da borçlunun, kısmi ifa talebine rağmen, edimin tamamını ifa etmesi durumunda, alacaklının edimin tamamını kabul etmediği takdirde, ediminin tamamı hakkında alacaklı temerrüdüne düşecek olmasıdır³³⁸.

Kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu hallerde, kısmi ifayı reddetmesi sonucunda, alacaklı reddettiği kısım açısından alacaklı temerrüdüne düşer. Bununla birlikte, o kısma ilişkin haklarından da yararlanamaması söz konusu olur. Kıymetli evraka bağlı borçlarda, hamilin kısmi ödemeyi reddetmiş olması durumunda, hamil diğer borçlulara

³³⁶ Alacaklı bu hakkını kullanırken TMK m. 2 gereği, dürüstlük kuralına uymak zorundadır, aksi takdirde borçlunun bu teklifi red hakkı olacaktır. Her zaman borçlunun borcunun tamamını ifaya yetkili olması nedeniyle bu imkânın bir fonksiyonunun olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz.: Gümüş, **Kısmi İfa**, s. 618.

³³⁷ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 84 N. 36. Bu kısımda borca aykırılığın söz konusu olması hususunda bkz.: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 3908.

³³⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 876; k.g. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 396; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 765, 766, Karahasan, **a.g.e.**, s. 756.

karşı başvuru haklarını kısmi ödeme oranında kaybedecek; ancak asıl borçluya (bono ve çekte düzenleyene) karşı başvurma hakkı varlığını sürdürecektir³³⁹.

Kural olarak, kısmi ifanın kabul edilmesi, ifa edilmemiş kısmın ifasından vazgeçildiği anlamına gelmemektedir³⁴⁰. Alacaklı kısmi ifa sonucunda geriye kalan kısım üzerindeki alacak hakkından feragat edebilecek olsa bile bu, borcun sona ermesi anlamında gelmez, borçlunun borcu varlığını devam ettirecektir. Borcun sona erdirilmesi ancak ibra sözleşmesi ile gerçekleştirilecektir³⁴¹.

Alacaklının kısmi ifayı kabul etmekle yükümlü olduğu hallerde, ifası kabul edilen kısma dair borç sona erdiği için, bu kısma ilişkin devam eden tazminat taleplerinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilmektedir. Alacaklı kısmi ifayı kabul ederken çekince koyarak ya da borçlunun kısmi ifayı gerçekleştirirken, kısmi ifayı kabulün tazminat taleplerinden feragati içermediğini kabul etmesi yoluyla, kısmen ifa edilen kısım için tazminat talebinde bulunabilir³⁴².

Kısmi ifada mahsup işlemi, kısmi temerrüde konu olacak borcun tespiti açısından son derece önemlidir. Mahsup işlemi yapılırken, borçlunun borcunun tamamını bütün olarak ifa etmesinin esas olduğu ve alacaklının, istisnai bazı haller dışında, kısmi ifayı kabul zorunluluğu olmadığı gözetilerek, sözleşmesel menfaatler dengesi doğrultusunda, mümkün olduğunca alacaklı lehine yorum yapılmalıdır.

Kanun koyucu, TBK m. 100, 101 ve 102 hükümleri ile, mahsup işleminin nasıl olacağını düzenlerken, edimin tek ya da birden fazla olmasını esas alarak farklı sistemler öngörmüştür. Öncelikle tek bir edimin kısmen ifasında mahsup işlemi ele alınacak olursa; TBK m. 100 hükmünde ikili bir ayrımın yapıldığı görülmektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasında asli ve fer'i borçlar, ikinci fıkrasında ise teminatlar

³³⁹ Ülgen, v.d., **a.g.e.**, s. 193, 272.

³⁴⁰ Mustafa Alper Gümüş, "Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m.88)", **MÜHFD-HAD**, C. XVII, S. 1-2, 2011, s. 354.

³⁴¹ Mustafa Aksu, "Türk Borçlar Hukukunun Getirdiği Yeniliklerden İbra", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013, s. 106; Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, Güncellenmiş 4. bs., Ankara, Seçkin, 2022, s. 88.

³⁴² Bittner, Löwisch, Wufka, **a.g.e.**, § 266, N. 30 (Şen, **a.g.e.**, s. 168 dn. 575'ten naklen); k.g. Yılmaz, **İhtirazi Kayıt**, s. 63, 64.

açısından bir düzenleme getirilmiştir. Tarafların aksini kararlaştıramayacağı açıkça ifade edilmiş olan TBK m. 100/f.1 hükmüne göre; faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş borçluya, kısmi ödemesini ana borcundan düşme hakkı tanınmıştır. Başka bir ifadeyle, borçlunun faiz veya diğer gider borçları henüz muaccel olmamışsa, yaptığı kısmi ifayı anaparadan düşme hakkı olur.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, alacaklının, alacağının sadece bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış olması durumunda, borçlunun kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip olmadığını düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, teminatın alacağın bir kısmı için verilmiş olması halinde, borçlu gerçekleştirmiş olduğu kısmi ifanın alacağın teminat verilmiş kısmına sayılmasını isteyemez. Alacağın bir kısmının güvence altına alınmış olması durumunda, kısmi ifanın mahsubunda esas olan, daha az güvence altına alınmış veya hiç güvence altına alınmamış kısmın sona erdirilmesine yönelik hareket edilmesidir. Borcun hangi kısmının daha az güvence altına alındığının tespitinde edimin maddi değeri dikkate alınacaktır, güvencenin türü bu hususta bir farklılık yaratmamaktadır³⁴³. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmeye yükümlü olmadığından, menfaatinin sarsılmaması için, dürüstlük kuralı gereği, varlığı devam eden alacağın bakiye kısmı için verilmiş olan teminatlar devam edecektir³⁴⁴. Madde metninde ilk fıkradaki gibi açık bir ifade olmadığından, bu hükmün emredici olmadığı ve tarafların bu hususun aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu söylenebilecektir. Taraflar bu doğrultuda, açıkça bu hükmün uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi, farklı bir mahsup usulünü de kabul edebilirler³⁴⁵.

Borçlu, borcun güvence altına alınmış ya da daha iyi güvence altına alınmış kısmına itiraz ederse, TBK. m. 84/f.2 gereği, borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamayacağı için, alacaklı kısmi ifayı, güvencesiz ya da daha az güvence altına alınmış kısımdan mahsup etmek zorunda kalacaktır. TBK m. 100 hükmünün bir diğer istisnası ise, alacaklının, alacağın güvence altına alınmış ya da

³⁴³ Şen, **a.g.e.**, s. 169.

³⁴⁴ Uygur, **a.g.e.**, s. 647; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 887.

³⁴⁵ Antalya, **2019**, N. 778.

daha fazla güvence altına alınmış kısmını icra takibine konu yapması durumudur; bu halde yine mahsup işlemi güvencesiz ya da daha az güvence altına alınmış kısım üzerinden yapılacaktır³⁴⁶.

Kısmi ifaya konu birden fazla edim olması durumunda, mahsup işlemi TBK m. 101 ve 102 hükümleri uyarınca yapılacaktır. TBK m. 101 hükmünün madde metni incelendiğinde, borçluya bir seçim hakkı tanındığı görülmektedir. Buna göre; ödeme gününde, borçlarından hangisini ödemek istediğini alacaklıya bildirmek suretiyle kısmi ifasının hangi edim için geçerli olacağını kendisi belirlemiş olmaktadır. Burada edimlerin güvence altına alınmış olmasının ya da olmamasının herhangi bir etkisi ve önemi bulunmamaktadır, borçlu seçimini yapmakta özgürdür. Borçlunun, mahsuba ilişkin bildirimde bulunmadığı durumda, TBK m. 101/f.1 uyarınca, yapmış olduğu kısmi ifa, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılacaktır, borçlunun bu sonucu bertaraf etmesi için derhâl itiraz etmesi gerekmektedir.

Borçlunun borcunu ifa etmesi her zaman mümkündür, borçlu kısmi ifayı gerçekleştirdiğinde, kanunen geçerli bir açıklama mevcut değilse ya da alacaklının vermiş olduğu makbuzda bir açıklık bulunmuyorsa, kısmi ödeme TBK m. 102/f.1 gereği, muaccel borç için yapılmış kabul edilecektir. Böyle bir durumda, birden fazla borcun muaccel olması söz konusu ise, TBK m. 102/f.1 gereği, borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için kısmi ifada bulunulmuş olduğu kabul edilir. Henüz takip yapılmamış ise vadenin gelmiş olmasına göre ayırım yapılarak mahsup işlemi gerçekleştirilir. Esas olan kısmi ifanın, vadesi ilk önce gelmiş olan borç için yapılmış olarak kabul edilmesidir. İstisnalar TBK m. 102/f.1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; birden çok borcun vadesinin aynı zamanda gelmiş olması durumunda, mahsup orantılı olarak gerçekleştirilecektir. Borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse, kısmi ifanın güvencesi en az olan borç için yapıldığı kabul edilir.

³⁴⁶ Mustafa Alper Gümüş “Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (eBK m.84)’ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, S. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1289.

3.1.6.4. Kısmi İfanın İspatı

Her ne kadar ispat, usul hukukunun bir konusu olsa da Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan birkaç hususa yer vermek gerekmektedir. İlk olarak ele alınacak kanun maddesi TMK m. 6 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Bu hükme göre, alacaklı, sadece alacağının varlığını ispat ile yükümlüdür, alacağının henüz ifa edilmediğini ispat ile yükümlü değildir. Bilakis, borçlu borcunu ifa ile yükümlüdür. TBK m. 84 hükmü, kural olarak borçluya kısmi ifa yetkisi vermediği için, borçlu kısmi ifaya yetkili olduğu iddiasında bulunduğu zaman ispat yükü kendisinde olacaktır. Borçlu bununla birlikte, hem edimin tamamının ifasında alacaklının menfaatinin bulunmadığını hem de yetkili olduğu kısmi ifanın miktarını ispat etmekle yükümlüdür³⁴⁷. İspat yükünün ters dönmesi, alacaklının kısmi ifayı çekince koymaksızın kabul etmesi ile olur³⁴⁸. Bu durumda, ifanın kısmi ifa oluşturduğunu ve borcun geriye kalan kısmının varlığını geçerli olarak sürdürdüğünü, alacaklı ispat ile yükümlüdür.

TBK m. 103 hükmüne göre, borcunu ifa eden borçlu makbuz isteyebilir; ancak TBK m. 103/f.2 hükmü, kısmi ifada uygulanabilecektir, zira borcun tamamı ödenmemiş ise borçlunun ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebileceğini düzenlemektedir. Alındı anlamına gelen³⁴⁹ makbuz, belirli bir edimin yerine getirildiğini gösteren yazılı bir belgedir ve aynı zamanda bir ispat aracıdır. Zira, makbuz alacaklı tarafından düzenlenip imzalandıktan sonra borçluya verilerek, borçluya gerçekleştirmiş olduğu ifasını ispatlama imkânı verilmiş olmaktadır. Makbuzun kesin olarak verilme zamanı belirlenmemiştir, bu nedenle

³⁴⁷ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 84 N. 36; Gauch, Schraner, **a.g.e.**, Art. 69, N. 20; Weber, **a.g.e.**, Art. 69, N. 58; Karl Oftinger, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Aufl., Zürich, Schulthess, 1973, N. 47 (Şen, **a.g.e.**, s. 200 dn. 686 ve 687'den naklen).

³⁴⁸ Yılmaz, **İhtirazi Kayıt**, s. 75; Weber, **a.g.e.**, Art. 88, N. 4 ff; Urs Leu, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art. 88, N. 1 (Antalya, 2019, N. 785 dn. 218'den naklen); von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 32; Bucher, **a.g.e.**, s. 315 (Şen, **a.g.e.**, s. 200 dn. 686 ve 687'den naklen).

³⁴⁹ **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>

edimin ifası sırasında verilebileceği gibi, öncesinde veya sonrasında verilebilir³⁵⁰. Alacaklının makbuz vermesine rağmen, edimin ifa edilmediğini ileri sürebilir, artık bu durumda ispat yükü alacaklıya ait olacaktır³⁵¹. Madde metninde bahsedilen senet, hukuki anlamda bir kıymetli evrak olmayıp, borcu doğrulayan ve ispatı sağlayan bir senettir³⁵². Her ne kadar ödeme ifadesi kullanılmış olsa da her türlü borcun ifası için bu düzenlemenin geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁵³. Borçlu ya da borcu yerine getiren yetkili üçüncü kişi bu makbuzun kendisine verilmesini isteyebilir. Makbuz verilmesi alacaklı açısından bir külfet olup, bunu yerine getirmezse borçlu ifa etmekten kaçınabilir ve alacaklı temerrüde düşer³⁵⁴. Kambiyo senetlerinin kısmen ödenmesi durumunda uygulamanın nasıl olacağı Türk Ticaret Kanunu'nda çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir. Genel olarak ifade edilecek olursa borçlu, yapılan kısmi ödemenin kıymetli evrakın üzerine yazılmasını ve hamilden bir makbuzun verilmesini isteyebilir (TTK. m. 709/f.3, TTK. m. 778/f.1, (c), TTK. m. 818/f.1 (h)).

Kısmi ödeme halinde, hamilin senedi iade etmemesi olağandır ve bu senet ile borcun bakiye kısmına ilişkin haklarını kullanabilir, ortaya çıkabilecek ispat sorunlarını bertaraf etmek için Çek Kanunu özel düzenleme getirmiştir. Bu hususta, Çek Kanunu m. 3/f.6 hükmü ile fotokopiye ispat kuvveti vermiştir. Bu hükme göre; kısmi ödeme halinde çek muhatapta kalacak ve muhatap, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisini ücretsiz olarak hamile verecektir. Çek hamili, bu fotokopiyle ödenmeyen kısım için, müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip yollarına başvurabilecektir.

3.1.7. Alacaklının İhtarı

Borçlunun temerrüdü için muacceliyetten başka kanunen aranan şart ihtar şartıdır. Bu şart doğası gereği kısmi temerrüt için de aranacaktır. Muaccel bir borcun

³⁵⁰ Gümüş, **Makbuz Verilmesi**, s. 351.

³⁵¹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 820.

³⁵² Eren, **a.g.e.**, N. 3143, 3144.

³⁵³ Tekinay, **a.g.e.**, s. 706; Eren, **a.g.e.**, N. 3141; Weber, **a.g.e.**, Art. 88, N. 12; Leu, **a.g.e.**, Art. 88, N. 2 (Antalya, 2019, N. 789 dn. 220'den naklen).

³⁵⁴ Tekinay, **a.g.e.**, s. 707; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 322; Eren, **a.g.e.**, N. 3139, 3146.

borçlusunun temerrüde düşmesi için, TBK m. 117/f.1 hükmü gereğince alacaklının ihtarı gerekmektedir. Alacaklının ifayı talep yetkisinin doğal bir uzantısı olan ihtar, alacaklı tarafından borçluya yapılan ve konusu borçlunun borçlandığı edimin henüz ifa edilmemiş muaccel kısmını ifa etmesi olan bir hukuki davettir³⁵⁵.

İhtarın gerekli olduğu durumlarda, muacceliyet borca aykırı davranışın varlığı için yeterli değildir, alacaklının ifayı talep etmesi gereklidir³⁵⁶. İfa zamanının taraflar arasında belirli veya belirlenebilir şekilde tespit edilmediği veya edilemediği hallerde; yapılan bu hukuki davet ile borçlu temerrüdün sonuçları hakkında ikaz edilip borçlunun doğrudan doğruya temerrüdün ağır sonuçlarına maruz kalması önlemediğinden, ihtarın taraflar arasındaki menfaat dengesini ve özellikle borçluyu koruyucu özelliği olduğu kabul edilmektedir³⁵⁷.

Kısmi temerrütte ihtarın gerekliliği farklılık arz etmekte ve iki olasılık kapsamında incelenmektedir. Alacaklının alacağının tamamı için ihtarında bulunduğu ilk olasılıkta, borçlunun borcunun bir kısmını ifa etmesi üzerine artık geri kalan kısımda borçlunun kısmi temerrüde düşürülmesi için ihtar gerekliliği bulunmamaktadır. Bunun gerekçesi ihtarın, borçlunun hangi borcunu ifa etme zamanını ve neyi ifa etmesi gerektiğini bildirme fonksiyonuna sahip olması ve bunun

³⁵⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533 §72; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17; Daepfen, **a.g.e.**, s. 192; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §233; Colin, Capitand, **a.g.e.**, s. 112; Comment, **a.g.e.**, s. 54, 55; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1079; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1546; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 232; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 471; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1507; Eren, **a.g.e.**, N. 3410; Barlas, **a.g.e.**, s. 34; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1378; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 17.

³⁵⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533 §72; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 16; Engel, **a.g.e.**, s. 463 §200; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; Tercier, **a.g.e.**, s. §1171; Demolombe, **a.g.e.**, s. 518, 519; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §277; Chavanne, **a.g.e.**, s. 50 §92; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 430 §29; Clément François, « Présentation des articles 1344 à 1344-2 du nouveau paragraphe 1 “La mise en demeure du débiteur” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contracts/titre4/chap4/sect1/ssect3/para1-demeure-debiteur/>; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1378; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1545; Eren, **a.g.e.**, N. 3410; Nomer, **a.g.e.**, N. 186.

³⁵⁷ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 16; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Barlas, **a.g.e.**, s. 34; Suat Sarı, “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt:2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.1576; Haluk Nami Nomer, “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt:2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.1305.

neticesinde alacaklının zaten borçluyu borcunun tamamını zamanında açıkça ifa etmesine davet etmiş olmasıdır. Alacaklının bir daha borçluyu kalan kısmı ifaya davet etmesine gerek bulunmamaktadır; borçlu zaten yükümlü olduğu borcun içeriğini bilmektedir, ifa zamanı belirlidir ve bu zamanda kısmen ifada bulunmuş olduğu için kısmen gecikmiştir.

Diğer olasılık ise, alacaklının ihtar olmaksızın borçlunun borcunun bir kısmını ifa etmiş olması durumudur. Burada alacaklı kalan kısmın ifasını talep ettiğini ihtar kurumu vasıtasıyla göstermelidir. Her ne kadar alacağın bir kısmı ifa edilmiş olsa ve alacaklı bu kısmi ifayı kabul etmiş olsa dahi ifa edilmemiş kısmı için borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının sessiz kalmaması gerekmektedir. Alacaklının sessiz kalması, kısmi gecikme nedeniyle bir zarara uğramadığına ve kalan edimin hemen ifasında menfaati bulunmadığına, hemen ifayı istemediğine, ifa etmeme durumuna itiraz etmediğine veya borçluya ifa için bir zaman tanıdığına karine teşkil edecektir³⁵⁸.

Kısmi temerrütte ihtar kurumu açısından aşağıdaki soruların sorulması açıklayıcı birer örnek olacaktır :

Borçlunun kısmi temerrüde konu kalan borcunun bir kısmını ifa etmesi halinde geriye kalan kısım için yeniden ihtarda bulunmasına gerek bulunmakta mıdır? Birden fazla edimin kararlaştırıldığı hallerde yerine getirilmeyen edimin her biri için ayrı ihtar şart mıdır? Birden fazla edimin kararlaştırıldığı hallerde birkaçının daha yerine getirildiğinin varsayımında geri kalan edimlerin ifası için ayrıca ihtarla gerek var mıdır? Aslında tüm bu soruların temelinde ihtarın kaç defa yapılabileceği sorunsalı

³⁵⁸ Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 663; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 273. Fransız hukukunda temerrüt hükümlerinden yararlanabilmek için alacaklının sessiz kalmaması hususu çok önemlidir. Alacaklı, sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olduğu durumda dahi borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar beyanında bulunmalıdır. Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §232; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 112; Demolombe, **a.g.e.**, s. 518, 521 §516; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §277; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 430 §29; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 973; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1079, 1080; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 154, 155. Alacaklının borçluyu sözlü olarak temerrüde düşürmesinin ardından gerekli takibi yapmayıp sessiz kalması durumunda vazgeçtiği kabul edilmektedir. Bu durumda, bir görüşe göre temerrüt, eylemsizlik zamanından itibaren hüküm ifade etmemeye başlamaktadır, bkz.: Demogue, **a.g.e.**, s. 272 §244. Demolombe alacaklının hukuki sonuca ulaşmak için gereken devam işlemleri yapmaması durumunda talebinin yok sayılmayıp sanki şekil noksanlığı vb. nedenle etkisiz olmuş gibi kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir, bkz.: Demolombe, **a.g.e.**, s. 537 §538.

bulunmaktadır. İhtar, alacaklının borçluya borcun içeriğini ve ifa zamanını açıkça belirterek ifaya davet etmesidir. Yukarıda yer alan sorulara konu tüm olasılıklarda, borçlu borcun içeriğinden ve ifa zamanından haberdar olduğundan yeniden ihtar gerek bulunmamaktadır. Zaten, kısmi temerrüt borcun tamamının muaccel olduğu zaman ihtarın gerçekleştirilmesi ya da ihtar gerek olmayan hallerde muacceliyet gerçekleştiği an meydana gelmiştir.

Özetlemek gerekirse, borçlunun kısmi temerrüdünde de TBK m. 117 hükmü uygulama alanı bulmakla birlikte, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılacak ve gereksiz ihtarların önüne geçilecektir.

3.1.7.1. Alacaklının İhtarda Bulunmasına Gerek Olmayan Durumlar

Kural olarak, TBK m. 117/f.1 hükmüne göre, borçlunun temerrüde düşmesi için diğer şartların gerçekleşmesi ve alacaklının ihtar beyanında bulunması gerekir. Bu kuralın istisnaları TBK m. 117/f.2 hükmü ile getirilmiştir. Bu maddeye göre; *“borcun ifa edileceği gün, taraflarca birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur”*, tüm bu hallerde ihtar gerek yoktur. Ancak kanun koyucu bu fıkranın son cümlesi düzenlemesinde, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olması halinde temerrüt için ihtar şartını yeniden aramıştır.

Yasal düzenlemeler dışında, dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı hallerde ihtarın yararsız ve gereksiz olduğu sonucuna varılırsa ihtar beyanına gerek kalmaksızın temerrüt gerçekleşecektir. Burada belirleyici olan nokta, borçlunun ne zamana kadar ifa ile yükümlü olduğunu bilebiliyor olmasıdır, böyle bir durumda artık alacaklının ihtarına gerek olmaksızın bu zaman geçtiğinde borçlunun temerrüdü gerçekleşecektir³⁵⁹.

³⁵⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 536; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 25; Comment, **a.g.e.**, s. 56.

Kısmi temerrüt açısından bu hususlar niteliği uygun düşükçe uygulanacaktır.

3.1.7.1.1. Sözleşmede İhtar Koşulundan Vazgeçilmesi veya Özel Bir Kanun Hükmünün Varlığı

3.1.7.1.1.1. İhtar Koşulunun Sözleşme veya Bir Kanun Hükmü ile Ortadan Kaldırılmış Olması

Borçluyu kısmi temerrüde düşürmek için gerekli olan ihtar şartının gerekli olmadığı istisnai durumların varlığına esas teşkil eden TBK m. 117/f.2 hükmünün düzenleniş tarzı, doktrin tarafından emredici nitelikte olmadığı kabul edilmiş ve bunun sonucunda tarafların ortak iradeleriyle ihtar şartını ortadan kaldırabileceğinin mümkün olduğu benimsenmiştir³⁶⁰. Bu nedenle taraflar, aralarındaki sözleşmeye bir hüküm koyarak ya da yeni bir sözleşme yaparak temerrüt için ihtar şartını ortadan kaldırabilirler ya da ihtar şartına gerek olmadığını ifade edebilirler. Bu durumda temerrüt için borcun muaccel hale gelmesi akabinde borçlunun tamamını ifada bulunmaması ve kısmi temerrüt için diğer şartların gerçekleşmesi yeterli olacaktır. TBK m. 117 hükmü borçlunun korunması amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir ve borçlu bu korunmadan yararlanmamayı özgür iradesi ile seçebilir³⁶¹. Sözleşmede açıkça ihtar şartının kaldırılmış olmasına gerek yoktur. Tarafların ortak iradelerinin, sözleşmenin içeriğinin ve somut olayın özelliklerinin yorumu ile ihtarın şart olmadığı sonucuna varılması yeterlidir³⁶². Borçlunun muacceliyet gerçekleşir gerçekleşmez ifada bulunacağının kararlaştırılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Esas olarak TBK m. 117 hükmü borçlu temerrüdü için ihtar şartına gerek olmayan halleri düzenlemiş olsa da mevzuatta bu hususa ilişkin başka kanun maddeleri mevcuttur. ticaret şirketlerine ilişkin TTK m. 128 ve m. 129, anonim şirketlere ilişkin TTK m. 482 ile iki ticari işletme arasındaki mal veya hizmet tedarikini konu alan sözleşmelere ilişkin TTK m. 1530 hükümleri örnek olarak gösterilebilir.

³⁶⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 918; Akkanat, **a.g.m.**, s. 36; Barlas, **a.g.e.**, s. 60.

³⁶¹ Akkanat, **a.g.m.**, s. 36, 37; Barlas, **a.g.e.**, s. 60.

³⁶² Barlas, **a.g.e.**, s. 60. Böyle bir kaydın açık olmaması durumunda borçlu lehine yorum yapılması gerektiği yönünde bkz.: Demolombe, **a.g.e.**, s. 524 §519.

3.1.7.1.1.2. İfa Gününün Taraflarca Açık Şekilde Belirlenmesi

Alacaklı ve borçlu sözleşmede belirli vade kararlaştırmışlar ise alacaklı alacağı talep iradesini yeterli açıklıkta borçluya ifade etmiş olduğu için ayrıca ihtar beyanında bulunmasına gerek olmayacaktır³⁶³. Belirli vade kararlaştırılırken, ayırt edici olan husus, ifa zamanının borçluya ifa gününü açık ve kesin olarak tespit edebileceği bir gün olarak belirlenmesidir³⁶⁴.

Bu bir takvim günü olabileceği gibi borçlunun kesin olarak hesap edebileceği objektif kriterlere dayanabilir³⁶⁵.

³⁶³ Guhl, **a.g.e.**, s. 170; Tercier, **a.g.e.**, §1171; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N.1378; Eren, **a.g.e.**, N. 3420. Fransız hukukunda, tarafların vade kararlaştırmalarının borçluyu temerrüde düşürme zorunluluğunu ortadan kaldırabilmesi için buna ilişkin niyetlerinin de belirtilmiş olması gerekmektedir. Bkz.: Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1082; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 259.

³⁶⁴ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 26; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1551; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 27. “Ayrıca, Yüksek hakem Kurulu kararıyla bağitlanan en son Toplu İş Sözleşmesinin ikramiyeye ilişkin hükmün “e” İşçilere Ocak ve Temmuz aylarında 5’er günlük olmak üzere yılda toplam 10 günlük (5x2=10) ücretleri tutarında ikramiye öde”ir” denilmektedir. Bu hükümlerde ödeme için tereddüte yer vermeyecek şekilde belirli ya da kesin bir vade söz konusu olmadığından kendiliğinden temerrüt gerçekleşmez.”, Yargıtay 9. HD., 23.12.2021 tarihli, E. 2021/12528, K. 2021/16840 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Keza, Yüksek Hakem Kurulu kararıyla bağitlanan en son Toplu İş Sözleşmesinin ikramiyeye ilişkin hükmünd”; “İşçilere Ocak ve Temmuz aylarında 5’er günlük olmak üzere yılda toplam 10 günlük (5x2=10) ücretleri tutarında ikramiye öde”ir” düzenlemesi, iş sözleşmesinin 7. maddesinde ise; “işçiye yapılacak ödemelere ilişkin hesap dönemi, her ayın 15’i ile bir sonraki ayın 14. günüdür” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümlerde ödeme için tereddüte yer vermeyecek şekilde belirli ya da kesin bir vade söz konusu olmadığından kendiliğinden temerrüt gerçekleşmez.”, Yargıtay 9. HD., 21.02.2022 tarihli, E. 2022/1417, K. 2022/2320 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...borcun ifa olunacağı gün sözleşme ile belli edilmiş ise ihtar şartı aranmadan bu günün bitmesi ile borçlu mütemerrit olur. Somut olayda; taraflar arasında imzalanan avukatlık ücret sözleşmesinde; her ayın 25’ine kadar aylık ücretlerin ödenmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Bu durumda davalıların her ayın 25’inde temerrüde düşeceği kabul edilmelidir. O halde mahkemece; ‘BK’nın 101/2 (‘BK’nın 117) maddesi uyarınca bu edimin ifası yönünden borçluların ayrıca ihtarla temerrüde düşürülmesine gerek bulunmadığından...”, Yargıtay 3. HD., 16.09.2021 tarihli, E. 2020/6303, K. 2021/8555 tarihli kararı, (**Lexpera**); “...kesin vadeden söz edilebilmesi için taraflarca kararlaştırılan ifa gününün takvime bakıldığında tarih olarak açıkça belirli olması veya kesin olarak hesaplanabilir olması gerekir. Sözleşmede hakedişlerin hangi aylarda ve tarihlerde düzenleneceği açıkça belirtilmediğinden, belirli olmayan hakediş tanzim tarihleri başlangıç alınarak belirlenen ödeme süresi de kesin vade sayılmaz.”, Yargıtay 15. HD., 19.12.2017 tarihli, E. 2017/625, K. 2017/4484 sayılı kararı, (**Lexpera**).

³⁶⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 535; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 26; Chavanne, **a.g.e.**, s. 52 §97; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1550; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 475; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1519; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 917; Eren, **a.g.e.**, N. 3422; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 29; İnan, **a.g.e.**, s. 485; Sarı, **a.g.m.**, s. 1579.

Belirli vadenin olduğu bu halde Roma Hukuku'nun "dies interpellat pro homine" ilkesi uygulanmaktadır. Bu ilke, tarihin insan yerine ihtarda bulunacağı anlamına gelmektedir³⁶⁶. Bu nedenle, borçlu belirli olan bu vadenin gelmesiyle borcun tamamını ifada bulunmamışsa, ihtara gerek olmaksızın doğrudan kısmi temerrüde düşecektir.

Alacaklı ve borçlu ifa için belirli bir gün içinde gerçekleştirilmesini kararlaştırabilecekleri gibi belirli bir gün veya tarihe kadar gerçekleştirilmesini de kabul edebilirler³⁶⁷. Tarafların gözettikleri amaç ifanın kesin olarak bu tarihte veya bu tarihe kadar gerçekleştirilmesi ise başka bir deyişle belirlenen bu tarihler dışında bir zamanda ifanın tamamının gerçekleştirilmesi mümkün değilse kesin vade söz konusu olur³⁶⁸. Kesin vadenin olduğu bu durumda da ihtar şart değildir. Zira borçlunun ifa zamanını öğrenmesi için uyarılmasına gerek yoktur. Uygulamada kesin vade genellikle "en geç", "mutlaka" gibi ifadelerle yer almaktadır³⁶⁹.

Kısaca ifade etmek gerekirse, ifa zamanının şüpheye yer olmayacak şekilde anlaşılamadığı durumlarda, borçlunun ifa zamanını açık ve kesin olarak öğrenmesi amacının gerçekleştirilebilmesi için, alacaklının ihtarda bulunması gerekmektedir³⁷⁰. "En kısa zamanda", "mümkün olduğu kadar çabuk", "kış mevsiminde" vb. ifadelerle ifa zamanı belirlenmişse; belirsiz vade söz konusu olduğundan ifa zamanının net olarak belirlenmesi için yine ihtar şarttır³⁷¹. Gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne

³⁶⁶ Sarı, **a.g.m.**, s. 1579.

³⁶⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 475; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1519; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 917.

³⁶⁸ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 5.

³⁶⁹ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 27. "Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 18. maddesinde, acentenin, bir hafta süresince tahsil ettiği primlerin komisyon ve ilgili vergileri düştükten sonra kalan kısmını en geç ertesi haftanın son iş gününün bitimine kadar sigorta şirketine intikal ettirmek zorunda olduğu belirtilerek davalı acente yönünden kesin vadenin kararlaştırıldığı, bu haliyle temerrüt şartlarının gerçekleştiği...", Yargıtay 11. HD., 25.01.2021 tarihli, E. 2020/695, K. 2021/358 sayılı kararı, (**Lexpera**); "Uygulamada, kesin vade genellikle "en geç" örneğin "en geç 5. ayın sonuna kadar "mutlaka" gibi sözcüklerle anlatılmaktadır", Yargıtay 19. HD., 20.12.1993 tarihli, E. 1992/5875, K. 1993/8741 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁷⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 236.

³⁷¹ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 26, 29; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 236.

zaman gerçekleşeceği belirli olmayan olgulara bağlanan vadelerde de ifa zamanı açık ve kesin olarak belirli olmadığı için ihtara gerek vardır³⁷².

Yukarıda anlatılanlar, TBK m. 117 hükmü uyarınca tarafların ifa zamanını sözleşme ile kararlaştırmaları durumunda geçerli olacaktır. TBK m. 117 hükmünün karşıt anlamı ile yapılan yorum gereği ifa zamanı tarafların iradeleri dışında belirlenmiş ise başka bir ifadeyle ifa zamanının kanun tarafından öngörüldüğü veya mahkeme kararı ile belirlendiği hallerde, vade açık ve kesin olsa dahi, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için ihtar şartı aranacaktır. Yargıtay kararları da bu yöndedir³⁷³.

Sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların kararlaştırmış olduğu vadenin belirli veya belirlenebilir olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, ihtar gerekliliğini ortadan kaldırma gücüne sahip belirli vade, borçlunun sözleşme kurulduğu anda ifa zamanını kesin olarak belirleyebilecek nitelikte olan vadedir³⁷⁴. Sözleşme kurulduğu anda ifa zamanı belirlenememekle birlikte, daha sonra gerçekleşecek bir olay veya olguya dayanılarak belirli hale

³⁷² CR-Thévenoz, Art. 102, N. 26, 29; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 236; Sarı, **a.g.m.**, s. 1581. “Sözleşme hükümlerine göre borcun yerine getirileceği gün kesin olarak belirlenmiş ya da saptanan bir sürede yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa ihtara gerek olmadan direnir durumu gerçekleşir. Sözleşmede sadece “vadenin belirlenmiş” olması yetmez. Bunun kesin, belirli bir vade olması gerekir. Uygulamada, kesin vade genellikle “en geç” örneğinin “en geç 5. Ayın sonuna kadar” “mutlaka” gibi sözcüklerle anlatılmaktadır. Olayda, 30 günlük ödeme süresine başlangıç sayılan malın tesliminden sonra “düzenlenecek gerçekleştirme belgesinin ilgili muhasebeye verilme günü” kesin, hemen belirlenebilir bir gün olarak kabul edilmez.”, Yargıtay 19. HD., 20.12.1993 tarihli, E. 1992/5875, K. 1993/8741 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁷³ “Sözleşmede, borcun vadesinin taraflarca açıkça belirlenmesi, borçluyu ifa zamanı konusunda tereddüde düşmekten kurtarır. Şayet vade sözleşmede değil de, Kanun’da belirlenmişse, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtara yine gerek vardır. Borçlar Kanununun 326. Maddesinin “hizmet akdinin hitam ile ücret herhalde muacceliyet kesbeder” biçimindeki son fıkrası ifa zamanının kanun tarafından tayin edilmesine örnek olarak gösterilebilir. Az önce belirtildiği gibi, 326. Maddenin son fıkrası kapsamına giren bir alacak bakımından borçlu, hizmet akdinin hitamında kendiliğinden temerrüde düşmez. Temerrüdün gerçekleşmesi için, ayrıca ihtara gerek vardır.”, Yargıtay HGK., 04.11.1987 tarihli, E. 1987/427, K. 1987/819 sayılı kararı, (**Lexpera**).

³⁷⁴ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 26; Barlas, **a.g.e.**, s. 56; Sarı, **a.g.m.**, s. 1580; Doruk Gönen, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 268, 269; Kürşad Yağcı, “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine)”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXVII, S. 1, 2019, s. 281 dn. 25.

gelecekse, temerrüt için ihtar gerek olacaktır³⁷⁵. “Fatura tarihinden üç gün içinde”, “inşaat ruhsatının alınmasından altı ay sonra”, “malın tesliminden on gün sonra” vb. ifadelerle kararlaştırılan vadeler bu duruma örnek olarak verilebilir³⁷⁶. Bu olay ve olgular, sözleşmenin kurulmasından sonra ifa zamanını belirli hale getireceği için, borçlunun zamanında ifada bulunmaması nedeniyle temerrüde düşürülebilmesi için alacaklının ihtar beyanında bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte Yargıtay’ın sözleşmenin kurulması anında vadenin belirlenebilir olmayan şekilde kararlaştırılmış olduğu hallerde ihtar beyanında bulunulmasına gerek olmadığı, temerrüdün kendiliğinden gerçekleştiği yönünde kararları da bulunmaktadır³⁷⁷.

Doktrinde, sözleşmenin yapıldığı anda ifa zamanının belirlenebilir olmasının şart olmadığını savunan yazarlar, TBK m. 117/f.2 düzenlemesinde borçlunun ifa zamanını açık ve kesin şekilde bilebilecek olmasının ihtar şartının ortadan kalkması için yeterli olarak kabul edilmiş olmasını ve belirli vadenin sözleşmede belirlenmiş olmasına veya sözleşmenin kurulduğu anda vadenin belirlenebilir olmasına ilişkin bir zorunluluğun açıkça öngörülmemiş olmasını gerekçe göstermektedir³⁷⁸. Bu görüşe göre; borçlunun

³⁷⁵ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 28, 29; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 87, 152; Barlas, **a.g.e.**, s. 55-57; Sarı, **a.g.m.**, s. 1580.

³⁷⁶ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 28. “Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.2. maddesinde ödemenin faturanın kesilmesini takiben 75 gün içinde yapılacağı belirtilmiş ise de, anılan sözleşme hükmü B.K. 'nın 101. Maddesi anlamında ödeme gününü kesin olarak belirleyen bir hüküm olarak kabul edilemez. Somut olayda takipten önce temerrüt ihtarında bulunulduğuna dair bilgi ve belgeye de rastlanmamıştır. Bu durumda mahkemece takip tarihinden itibaren önceki işlemiş faiz talebinin reddi ile temerrüdün takiple gerçekleştiğinin kabulü gerekir.”, Yargıtay 19. HD., 18.09.2008 tarihli, E. 2008/2642, K. 2008/8549 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁷⁷ “...ferdi hizmet sözleşmesinin 13. Maddesinde koşulları olduğu takdirde cezai şartın 3 gün içinde ödenmesi gerektiği öngörüldüğüne göre, Borçlar Kanunu'nun 102/2. Maddesi uyarınca hüküm altına alınan cezai şart içinde dava tarihinden itibaren değil fesih tarihini takip eden 3 günün hitamından itibaren faiz yürütülmelidir.”, Yargıtay 9. HD., 25.04.2002 tarihli, E. 2001/20816, K. 2002/6572 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “Sözleşme hükümlerine göre en geç tedbirin kalktığı tapuya bildirildiği tarihten itibaren 20 gün içinde kat irtifakının kurulması ve davacılara isabet eden bağımsız bölüm tapularının devri gerekirken 14.03.2005 dava tarihi itibarıyla ve halen tapuda kat irtifakının kurulmadığı yargılamada celb olunan tapu kayıtlarından anlaşılmaktadır. Sözleşmede öngörülen 20 günlük sürenin sonunda davalı kooperatif; kat irtifakı tesisi ve bağımsız bölümlerin devri konusunda kendiliğinden temerrüde düştüğünden...” , Yargıtay 15. HD., 08.10.2007 tarihli, E. 2006/5362, K. 2007/6083 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁷⁸ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 155; Sarı, **a.g.m.**, s. 1582; Yeşim M. Atamer, Gül Okutan Nilsson, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, S. 3, 2013, s. 36, 47; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 164, 165; Serkan Ayan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince

ifa zamanını açık ve kesin olarak, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde bilmesi ihtar şartının ortadan kalkması için yeterlidir. Borçlunun ifa zamanını nasıl öğrendiğinin bir etkisi ve önemi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, ihtarın borçlu temerrüdünde bir şart olarak getirilmesinin sebebi ifa zamanının borçluya bildirilmesi ve borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarından haberdar edilmesi olduğundan, ifa zamanının borçlu tarafından kesin olarak bilinmesi için belirli vade veya kesin vade kararlaştırıldığında ihtara gerek kalmamaktadır. Borçlunun sözleşmenin yapıldığı anda veya sonrasında ifa zamanını şüpheye yer olmayacak şekilde, açık ve kesin olarak öğrenmesi mümkün olduğu an ihtar şartı ortadan kalkmaktadır.

3.1.7.1.1.3. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Verilmesi

Taraflardan birine ifa zamanının belirleme yetkisi sözleşme ile tanınmış ise; ifa zamanı sözleşmenin kurulmasından sonra, kendisine söz konusu yetki verilen tarafın usulüne uygun bir bildirimde bulunması ile ifa zamanı belirlenecek ve o tarihte ifayı gerçekleştirmeyen borçlu ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir³⁷⁹.

İfa zamanını belirleme yetkisi kendisine tanınan taraf, bu yetkisini karşı tarafa yönelteceği ve borcun ne zaman ifa edileceği hususunu içeren ihbar ile kullanır. İhbar, borcun hangi gün ifa edileceğini borçluya bildirme niteliği taşıdığından ayrıca ihtarın yapılmasına gerek kalmamaktadır³⁸⁰.

Borçlunun Temerrüdü', **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Özel Sayı, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, 2010, s. 754; Yağcı, **a.g.m.**, s. 282 vd. (özellikle dn. 29).

³⁷⁹ Tercier, **a.g.e.**, §1171; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1550; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 609; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 908; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1521; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 918; Eren, **a.g.e.**, N. 3424; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 31; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 102; Barlas, **a.g.e.**, s. 58; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 662.

³⁸⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 536; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 30; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 237.

İhtar hukuki işlem benzeri niteliğinde iken muacceliyet ihbarı hukuki işlem niteliğindedir. İhbar HMK m. 200 hükmü uyarınca senetle ispat edilecektir³⁸¹. İhbar, yenilik doğuran, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade beyanıdır. İhbarda bulunulduğunda vade belirlenecektir³⁸². Alacağın temliki hükümlerine göre, ihbarı yapmaya ehil olmak alacaklılık sıfatına bağlı olarak doğduğundan temellük alacaklısı şahsın yaptığı ihbar geçerli olacaktır³⁸³. Borçlunun hakimiyet alanına girmesi ile ihbar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. İhbarın yapılması herhangi bir şekle bağlı değildir; ancak, TTK m. 18/f.3 hükmü uyarınca tacirler arasında yapılan bildirimler şekle tâbi olup noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

Muacceliyet ihbarında bulunma yetkisinin taraflara kanunla tanınmış olması halinde ihtar şartının gerekliliği tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim olan ve katıldığımız görüş, taraflardan birine muacceliyet ihbarında bulunma yetkisinin kanun ile verildiği hallerde de ihtar şartının yerine muacceliyet ihbarının geçeceğini ve borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtar şartının aranmayacağını kabul eder³⁸⁴.

Doktrinde azınlıkta kalan görüş, TBK m. 117f.2 hükmünü lafzi olarak yorumlayarak bildirimin ihtar niteliğini taşınmasının sadece sözleşme ile bir tarafın bildirimde bulunmaya yetkili kılınması halinde mümkün olacağını kabul eder. Bu nedenle ihtar gerçekleştirilmeden temerrüdün doğması istisnası, yalnızca taraflardan birinin sözleşme ile ifa zamanını belirlemeye yetkili kılınması halinde söz konusu olabilir³⁸⁵.

Doktrinde hâkim görüşe katılma gerekçesi, ihtarın getiriliş amacının gözetilmesidir. Bu doğrultuda değerlendirme yapıldığında muacceliyet ihbarının da borçluya ifa zamanını bildirme amacı taşıdığından ayrıca ihtar beyanında

³⁸¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 682.

³⁸² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 237; Akkanat, **a.g.m.**, s.12.

³⁸³ Akkanat, **a.g.m.**, s.13.

³⁸⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 536; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 30; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 610; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 237; Önen, **a.g.e.**, s. 45; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 918; Eren, **a.g.e.**, N. 3424; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 31; Nomer, **a.g.e.**, N. 186.7.

³⁸⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 909; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1520.

bulunulmasına ihtiyaç kalmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, sözleşme ile ya da kanun tarafından sözleşme taraflarına ifa zamanının belirtilmesi başka bir ifadeyle muacceliyet ihbarında bulunması yetkisinin verilmesi arasında getiriliş amacı ve yapacağı hukuki etki bakımından herhangi bir fark bulunmadığından her iki halde de ihtarsız temerrüt gerçekleşecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir³⁸⁶.

3.1.7.1.2. İhtarın Gereksiz veya Yararsız Olması

3.1.7.1.2.1. Dürüstlük Kuralının İhtarı Gereksiz Kılması

Alacaklının, dürüstlük kuralı gereği, borçluya ihtarda bulunmasının beklenemeyeceği hallerde ihtarsız temerrüt gerçekleşecektir³⁸⁷. TBK m. 117/f.2 hükmü lafzi olarak yorumlandığında, ihtarın gereksiz veya yararsız olduğu hallerde, ihtar beyanı olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceği sonucu çıkmamakla birlikte dürüstlük kuralı gereği bu sonuca varılır.

Bu hallerin tek tek sayılmasına imkân bulunmadığı gibi ihtarın gereksiz veya yararsız olduğunu tespit için genel ve kesin nitelikte ölçüler belirlemek mümkün olmadığından her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilip dürüstlük kuralına göre ihtar beyanında bulunulması gerekliliğine karar verilmelidir³⁸⁸. Burada ayırt edici nokta, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde, alacaklının ihtarda bulunmasının aranmasının dürüstlük kuralınca beklenemeyecek olmasıdır.

³⁸⁶ “Taraflar arasındaki ilişki, karz ilişkisidir. Takibe konu olan senette bir vade olmadığı tutanağa geçen hakim gözleminden anlaşılmaktadır. Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. BK.nun 101 ve 312. Maddesi bu hükmü amirdir. Davacı, söz konusu hükümler gereği, ihtarname ile borçluyu takip tarihinden önce temerrüde düşürmediğinden, faizin akdi ilişkinin kurulduğu tarihten değil, takip tarihinden itibaren hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”, Yargıtay 13. HD., 17.04.2003 tarihli, E. 2003/767, K. 2003/4687 sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); “Takip dayanağı ipotek akdi kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermekte olup müddetsiz ve ayrıca ihbar müddeti tayin edilmemiştir. Bu durum karşısında alacaklı BK.nun 312.maddesi uyarınca ihtarda bulunmadan dolayısıyla alacağa muacceliyet kazandırmadan borçluya İİK.nun 149.maddesi uyarınca icra emri gönderemez.”, Yargıtay 12. HD., 03.06.2002 tarihli, E. 2002/10445, K. 2002/11710 sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁸⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 536; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1525.

³⁸⁸ Kizir, **a.g.e.**, s. 101.

İşin niteliği gereği ifanın ne zaman gerçekleştireceğini yalnızca borçlunun bildiği veya borçlunun alacaklıdan daha iyi bildiği hallerde, alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi için ihtar beyanında bulunmasına gerek yoktur³⁸⁹. İhtarın amacı, taahhüt etmiş olduğu edimi ne zaman veya ne zamana kadar ifa etmesi gerektiğini borçluya bildirmek ve temerrüdün ağır sonuçlarına karşı borçluyu uyarmak olduğundan, bahsedilen bu hallerde zaten borçlu ifa zamanını kendiliğinden bildiğinden güdülen bu amaçla bağdaşmadığından ihtara ihtiyaç duyulmayacaktır³⁹⁰. Örneğin; apartmanda asansör bakımını üstlenen borçlu bakımların ne zaman yapılması gerektiğini bileceği gibi, vekâlet ilişkisinde vekilin idaresinde bulunan işlerin ne zaman yapılacağını en iyi vekil bilmektedir³⁹¹. Her somut olay kendi özellikleri içinde değerlendirilmeli ve dürüstlük kuralı doğrultusunda borçlunun ifa zamanını belirleme imkânının alacaklıdan daha fazla olduğu kanaatine varılırsa, borçlu alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşeceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Yapmama borçları ihtarsız temerrüdün gerçekleştiği istisnalardandır. Yapmama borçlarında, borçlu daima alacaklı lehine hareket etmekle yükümlü olup, bu yükümlülüğüne aykırı davrandığı anda temerrüde düşmüş olduğundan ayrıca ihtara gerek yoktur³⁹².

³⁸⁹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1554; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 72.

³⁹⁰ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 610; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 238; Önen, **a.g.e.**, s. 45; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1525; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 918.

³⁹¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 537; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1554; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 610; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 238. “Komisyoncu olan davalı, BK.nun 416/2 maddesi yollamasıyla, aynı yasanın 392. Maddesi uyarınca işin hesabını vermeğe ve bu sebeple zimmetine geçen bedeli derhal ödeme durumundadır. Eş anlatımla, zimmetine geçen parayı vekil edenine hemen ödemeyen vekilin direnimini (temerrüdünü) belirlemek için herhangi bir yazılı uyarı gönderilmesine gerek yoktur.”, Yargıtay 11. HD., 25.02.1982 tarihli, E. 1982/413, K. 1982/740 sayılı kararı, (**Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı**).

³⁹² Baştuğ, **a.g.e.**, s. 275; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 71. Fransız hukukunda, yapmama borçlarında tazminat sorumluluğu ihlâl anında doğduğu için borçluyu temerrüde düşürmeye gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bkz.: Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 975; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1083; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 160, 163.

3.1.7.1.2.2. Borçlunun Bakiye Borcunu İfa Etmeyeceğini Kesin Bir Şekilde Beyan Etmesi

İhtar gereksiz kılan olguların borçlunun davranışından kaynaklandığı veya hal ve durumdan borçlunun bakiye borcunu ifa etmeyeceğini açıkça anlaşıldığı durumlarda, ihtarda bulunmak gerçekleşmeyecek bir sonuç için vakit kaybetmek olacağından, alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmayacaktır³⁹³. Borçlunun ifa zamanından önce, alacaklıya açıkça bir kısmını ifada bulunmayacağını bildirmesi halinde borçlunun bu davranışı ihtar işlevsiz hale getirmiştir³⁹⁴. Borçlunun ödemelerini tatil etmesi, borçlu aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması, borçlunun iflas etmesi hallerinde borçlunun durumu borcun ifa edilmeyeceğini gösterdiğinden ihtar şartı yine ortadan kalkacaktır³⁹⁵. Burada bir ayırım yapan görüşe göre; verme borçlarında bu beyan imkânsızlık yaratmamakta sadece dürüstlük kuralı gereğince ihtar şartı aranmaksızın temerrüdün gerçekleşmesine sebep olmaktadır; oysa yapma borçlarında bu beyan ifa imkânsızlığı yaratacağı için zaten temerrüt gerçekleşmeyeceğinden ihtar da gerek olmayacaktır. Yapma borçlarında borçlunun ifayı gerçekleştirmeyeceğine ilişkin beyanı değil tutumu ihtarın işlevsiz kalacağına işaret ederse ihtarın şart olmadığı kabul edilebilir³⁹⁶.

Borçlunun borcu ifa etmeyeceğini açıkça ve kesin olarak ifade ettiği an doğuracağı hukuki sonuçlar açısından önem taşır. Zira borç muaccel olmuşsa, borçlunun bu beyanı ihtar şartını ortadan kaldıracaktır. Oysa borç henüz muaccel

³⁹³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 538; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 31; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 238.

³⁹⁴ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 31; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1554; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1381; Eren, **a.g.e.**, N. 3426; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 33.

³⁹⁵ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 275; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 682. Borç türlerine göre bir ayırım yaparak değerlendirmede bulunan yazarlar, borç türleri açısından farklı sonuçlara ulaşmıştır. Yapma borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak bildiren borçlu için kural olarak imkânsızlık hükümleri uygulanacağından temerrüt söz konusu olmayacaktır. Bu durumda ihtarsız temerrüt olgusu, borçlunun kesinlikle ifa etmeme bildiriminde bulunmamış olmasına rağmen, tutum ve davranışlarından borcu ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde istisnaen uygulanacaktır. Verme borçları açısından ise, borçlu kesin olarak borcu ifa etmeyeceğini beyan etse dahi ihtar şartı aranmaksızın temettüde düşecektir.

³⁹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1525 dn. 441.

olmadan borçlunun böyle bir beyanda bulunmasının ihtar şartına etkisi hususunda doktrinde tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, borçlunun borcun muaccel olmasından önce de borcunu ifa etmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığından bu beyanı sonuç doğurmalı ve dürüstlük kuralı gereği ihtar şartı aranmamalıdır³⁹⁷. Borçlu temerrüdü, borcun muaccel hale gelmesi ile birlikte gerçekleşir. Katıldığımız diğer görüşe göre, borçlu muacceliyet anına kadar ifa etmeme fikrinden vazgeçebileceği için borçlunun borcunun bir kısmını ifa etmeyeceği yönündeki beyanının ihtar şartını ortadan kaldırması için borcun muaccel olmasından sonra yapılması gerekmektedir³⁹⁸. Bu görüşün bir istisnai durumu da ileri sürülmüştür, buna göre; borçlunun taahhüdünü kesin ve fiili olarak ihlal ettiği, borcun kısmi temerrüde konu olacak kısmını başkasına bağışlanması ve teslim edilmesi gibi hallerde artık ihtar şartının aranmasına gerek yoktur³⁹⁹.

3.1.7.1.3. Borçlunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışları ile İhtarın Yapılmasını Engellemesi

Borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davranışları ile alacaklının yapmış olduğu ihtarın kendisine ulaşmasına ve hatta ihtarı gerçekleştirmesine engel olması durumunda ihtar yapılmış kabul edilir⁴⁰⁰. Borçlunun gerçekleştirilen ihtarın kendisine ulaşmasını engellemesi ve hatta muhatap olmaktan kaçınması da bu durumun uygulanmasına sebebiyet verir⁴⁰¹. Borçlunun ifa zamanı geldiğinde, kendiliğinden ifada bulunacağı beyanı ile alacaklıyı ihtarı gerçekleştirmekten vazgeçirmesi anlamına gelen kendiliğinden ihtar kurumu da buna bir örnektir⁴⁰². Bu durumda, ihtarın vade

³⁹⁷ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 31; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 918; Akkanat, **a.g.m.**, s. 39, 40; Barlas, **a.g.e.**, s. 65.

³⁹⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 611; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 755; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 667.

³⁹⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235.

⁴⁰⁰ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 31; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Önen, **a.g.e.**, 45; Barlas, **a.g.e.**, s. 64; İnan, **a.g.e.**, s. 486; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619.

⁴⁰¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 537; Engel, **a.g.e.**, s. 466; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1554; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1381; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Önen, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁰² Barlas, **a.g.e.**, s. 65.

tarihinden itibaren tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağından borçlu temerrüdü bu tarihten itibaren gerçekleşmiş kabul edilir⁴⁰³.

3.1.7.2. İhtarın Hukuki Niteliği, İçeriği ve Şekli

3.1.7.2.1. İhtarın Hukuki Niteliği

İhtar, alacaklının tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade açıklaması olup borçluya yerine getirmek zorunda olduğu edimi hatırlatma, borçluyu temerrüdün sonuçları hakkında uyarma ve onu ifaya davet etme amacını taşır⁴⁰⁴. Bu nedenle ihtar beyanında borçlu, ifasına davet edilmiş olduğu edimin içeriğini ve ifa zamanını açıkça görebilmelidir. Taşıdığı bu amaç nedeniyledir ki, ihtarın içeriği tespit edilirken, borçlunun bu metni nasıl yorumlayacağı dikkate alınmalıdır⁴⁰⁵. Borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından korumak için getirilmiş olan ihtar kurumu; özellikle ifa zamanının belirlenmediği veya belirlenebilir olmadığı durumlarda önem taşır. Ancak kısmi temerrütte; borçlu edimin tamamının değil muaccel olmasına rağmen ifa edilmemiş kısmın ifası için davet edilmektedir. Dolayısıyla, işin doğası gereği, sözleşmede her ne kadar ifa zamanı belirlenmediği veya belirlenebilir olmadığı halde, borçlu edimin bir kısmının ifasını gerçekleştirmiş ise kalan kısmın ifasına davet anlamı taşıyan ihtar aslında adeta ihbar niteliği taşıyacaktır. Zira, borçlu ifa zamanını bilmemesine ve belirleyememesine rağmen yükümlü olduğu ifanın bir kısmını gerçekleştirmiştir. Bu durumda dürüstlük kuralı gereğince, alacaklının borçluyu kısmi temerrüde düşürebilmesi için ihtar kurumundan yararlanması mümkün olmaktadır. Alacaklı bu durumda adeta, borçlunun ahde vefa ilkesine uygun davranışını ödüllendirmekte ve yükümlülüğün geri kalan kısmının ifasında ona bir zaman tanıyarak borçlunun durumunu zora sokmadan kendi menfaatini korumaktadır. Borçluyu hemen

⁴⁰³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 477; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Önen, **a.g.e.**, s. 45; Barlas, **a.g.e.**, s. 64; İnan, **a.g.e.**, s. 486; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619.

⁴⁰⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17 Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §233; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1378; Baştuğ, **a.g.e.**, s.273; Eren, **a.g.e.**, N. 3412; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 17; Akkanat, **a.g.m.**, s. 21; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s.618;

⁴⁰⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 56.

temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşılaştırmamakta ve ona ifa için adeta ek bir süre tanımaktadır.

İhtarda bulunan alacaklının iradesinin borçlunun ifada bulunma yükümlülüğüne yönelmiş olması yeterli olup ayrıca borçluyu temerrüde düşürme iradesinin bulunması aranmaz. Başka bir ifadeyle, alacaklının borçluyu temerrüde düşürme amacını taşıması şart olmayıp borçludan ifanın yerine getirilmesini açıkça istemesi yeterlidir⁴⁰⁶. Hatta alacaklının borçluyu kısmi temerrüde düşürmeyi istemese bile ihtarın sonucunda alacaklının iradesinden bağımsız olarak hukuki sonuç doğacak ve borçlu kısmi temerrüde düşecektir. Bu doğrultuda ihtar, alacaklının borcun muaccel olduğunu ve bu nedenle ifa edilmesi gerektiğini borçluya bildirmesinden ibaret olsa dahi kısmî temerrüdün gerçekleşmesi için yeterli olacaktır⁴⁰⁷. Bu nedenle kanun ihtara alacaklının iradesinden bağımsız olarak hukuki sonuçlar bağladığı için hukuki işlemin karakteristik özelliği olan iradenin belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olması şartı ihtar bakımından gerekli olmadığından ihtarın hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu kabul edilir⁴⁰⁸.

İhtar, hukuki niteliği itibariyle hukuki işleme benzeyen bir irade beyanı olup hukuki işleme ilişkin bazı hükümler kıyas yoluyla uygulanır⁴⁰⁹. İhtarda bulunanın ayırt

⁴⁰⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §234; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 753; Sarı, **a.g.m.**, s. 1576; Barlas, **a.g.e.**, s. 36; Nomer, **a.g.e.**, N. 186. Burada bir yenilik doğuran hakkın kullanması olduğu yönünde bkz. Laurent Huillier, **La Notion Du Droit Formateur En Droit Privé Suisse**, Genève, 1947, s. 173.

⁴⁰⁷ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §234; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619.

⁴⁰⁸ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17; Chavanne, **a.g.e.**, s. 50 §92 dd. 58; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1549; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 606; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 471; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 194, 195; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, Birinci Cilt ve İkinci Cilt, Gözden Geçirilmiş 3. bs., Ankara, Güney, 1950, s. 810; Önen, **a.g.e.**, s. 41; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1508; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 5; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 364; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 102; Barlas, **a.g.e.**, s. 25, 36; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 58; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 618; Nomer, **a.g.e.**, N. 186; Ayan, **a.g.e.**, s. 303; Akkanat, **a.g.m.**, s. 21; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 65; Elgin, **a.g.m.**, s. 12. Fransız hukukunda ihtar bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Bkz.: Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §234; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 112.

⁴⁰⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; Chavanne, **a.g.e.**, s. 50 §92 dd. 58; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 606; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 753; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 232; Önen, **a.g.e.**, s. 41; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 906; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N.

etme gücüne sahip olması ve ihtarın iradeyi sakatlayan sebeplerden biriyle sakatlanmış olmamasının gerekliliği ile temsil yetkisine ilişkin hükümlerin burada da geçerli olması buna örnek oluşturmaktadır.

3.1.7.2.2. İhtarın Keşidecisi ve Muhatabı

İhtar, alacaklının borçluya yönelttiği irade beyanı olduğundan, alacaklı ihtarnameyi keşide eden (keşideci) ve borçlu da muhatap olarak ifade edilir.

İhtarın bizzat alacaklı tarafından yapılmasına gerek yoktur. İhtar alacaklının kendisi tarafından yapılabileceği gibi yasal temsilcisi tarafından da gerçekleştirilebilir. HMK m. 74 ve TBK m. 504 hükümlerinin vekilin özel yetkiye sahip olması gereken durumları sınırlı sayıda saymış olmaları dikkate alındığında, yasal temsilcinin ihtar işlemini gerçekleştirmesi için kendisine bu hususta özel bir yetki verilmiş olmasına gerek olmadığı sonucu çıkmaktadır. Temsil yetkisi olmaksızın alacaklı adına hareket eden kişinin borçluyu bağlayıcı nitelikte bir ihtarı gerçekleştiremeyeceği ifade edilmekte⁴¹⁰ ise de, katıldığımız görüş uyarınca, TBK m. 46 hükmünün uygulanması neticesinde, temsil yetkisini haiz olmayan üçüncü kişinin yapmış olduğu bu işleme alacaklının sonradan onay vermesi ile ihtarın geçerli hale gelip bağlayıcı nitelik kazanması mümkündür⁴¹¹.

Alacaklının ehliyetinin içeriğinin belirlenmesi için ihtarın alacaklı açısından taşıdığı önemi dikkate almak gerekir. Şöyle ki, alacaklı ihtarı gerçekleştirmek suretiyle herhangi bir hakkından vazgeçmiş ya da bir borcu yüklenmiş olmamakta aksine kanunen kendisine tanımış olan temerrüdün sonuçlarına ilişkin menfaatten yararlanmaktadır⁴¹². Bu nedenle alacaklının hak ehliyetine sahip olması yeterlidir, ayrıca fiil ehliyeti aranmaz. Alacaklı sadece temerrüdün sonuçlarından yararlanabilmek için ihtarı gerçekleştirmekte olup bir borçlandırıcı veya tasarruf

1508 dn. 411; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17, N. 5; Eren, **a.g.e.**, N. 3411; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 18; Barlas, **a.g.e.**, s. 36; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

⁴¹⁰ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 754.

⁴¹¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534.

⁴¹² Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 754; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 906; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 19; Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

işlemi yapması söz konusu olmadığı için alacaklının küçük ya da kısıtlı olması halinde bile ihtarı tek başına yapabilmesi olanaklıdır⁴¹³. Alacaklının ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda ihtar kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilmek zorundadır⁴¹⁴.

İhtar borçlu açısından sorumluluğa yol açtığından, borçlunun fiil ehliyetinin olması gerekmektedir. Tam fiil ehliyeti bulunmayan borçlunun yasal temsilcisine yapılacak ihtar geçerli olacaktır⁴¹⁵. Borçlunun yetkili temsilcisinin ihtarı kabule yani ahza yetkili olması gerekmektedir⁴¹⁶. Bunların aksi, ihtarın geçersizliğine yol açacaktır. Borçlunun yetkili temsilcisinin bulunması, alacaklının yine de kendisine ihtar beyanında bulunmasına engel oluşturmamaktadır⁴¹⁷.

İhtarın gerçekleşmesinde imkânsızlık borçlunun yerleşim yerinin bilinmemesinden veya borçlunun sözleşmenin yapılmasından sonra ayırt etme gücünü kaybetmesine karşılık henüz kendisine yasal temsilci atanmamış olmasından kaynaklanıyorsa⁴¹⁸, dürüstlük kuralı uyarınca hareket etmekle yükümlü olan⁴¹⁹ alacaklı ilk varsayımda ilanen ihtar da bulunmalı, ikinci halde ise TMK m. 403 hükmü gereğince borçlu için kayyum atanmasını sağlamalı ve akabinde bu yasal temsilciye ihtarı yapmalıdır⁴²⁰.

İhtar, borçluya yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır⁴²¹. İhtarın hazırlar arasında yapılması veya hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre ihtarın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı zaman farklılık gösterecektir. Doktrinde farklı görüşlere sebebiyet veren husus, zamanın başlangıcının ihtar beyanının borçluya

⁴¹³ Önen, **a.g.e.**, s. 41; Eren, **a.g.e.**, N. 3412; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 19; Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

⁴¹⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 906; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1515; Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

⁴¹⁵ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 754; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1516; Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

⁴¹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1516.

⁴¹⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **a.g.m.**, s. 22.

⁴¹⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234.

⁴¹⁹ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 274.

⁴²⁰ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 755; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 235; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 273.

⁴²¹ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 17; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §233; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1508; Barlas, **a.g.e.**, s. 42, 43.

ulaştığı an mı yoksa borçlunun ihtarın içeriğini öğrendiği an mı olarak kabul edileceğidir. İhtarın hazırlar arasında yapılmasında bu tartışmanın yapılmamasının nedeni alacaklının ihtar niteliğini taşıyan söz ve hareketlerini tamamladığı an ile borçluya bu beyanın ulaşma anının ve borçlunun bu beyanı öğrenme anının aynı olmasıdır⁴²². Hazır olmayan borçluya yöneltilen irade beyanına ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, bu irade beyanın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı anın, varma anı mı yoksa öğrenilme anı mı olduğu hususunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nda bu hususa ilişkin genel bir hüküm olmasa da TBK m. 3, 5 ve 10 kıyasen uygulanarak varma anı esas alınmalıdır⁴²³. Varma anını esas alan görüş uyarınca, ihtarın hüküm ve sonuçlarını doğurması için, borçlunun veya yetkili temsilcisinin hâkimiyet alanına girmesi gerekli ve yeterli olup, ihtarın içeriğinin borçlu tarafından öğrenilmesi tamamen kendisinin davranışlarına bağlıdır⁴²⁴.

Diğer görüş; ihtarın, amacı ve işlevi gözetildiğinde ihtarın içeriğinin borçlu tarafından öğrenildiği tarihten itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğini savunur. Temerrüdün ağır sonuçları ile karşılaşacak olan borçlunun alacaklı karşısında daha fazla korunması ve bu nedenle de menfaatinin daha yoğun gözetilmesi gerekmektedir⁴²⁵. Borçlunun kendi kusuru ya da kendi hukuki alanını ilgilendiren bir sebep yüzünden ihtar gerçekleştirilemiyorsa; borçlunun öğrenmesi için alacaklının

⁴²² Barlas, **a.g.e.**, s. 42.

⁴²³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 906; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 5; Eren, **a.g.e.**, N. 3412; Barlas, **a.g.e.**, s. 41, dn. 106.

⁴²⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 535; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 19; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Eren, **a.g.e.**, N. 3412; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 19; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 364; Sarı, **a.g.m.**, s. 1577; Barlas, **a.g.e.**, s. 42; Akkanat, **a.g.m.**, s. 23. “Öte yandan, ... sonuç doğurması, muhatabına ulaşması koşuluna bağlıdır. Diğer bir deyimle, ifanın yerine getirilmesi konusunda gönderilen ihtar ya da ihbarın borçluya ulaşmaması hallerinde, herhangi bir sonuç doğurması düşünülemez...”, Yargıtay 15. HD., 30.05.1983 tarihli, E. 1983/855, K. 1983/1505 sayılı kararı, (**Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı**).

⁴²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1516.

gereken tedbirleri alması ihtarın hüküm doğurması için yeterli olacaktır⁴²⁶. Örneğin, borçlunun adresinin bilinmemesi ve tespit edilememesi halinde, alacaklının Tebligat Kanunu'nun 28 vd. maddeleri gereğince ilânen tebligat yapılması yoluna başvuracak ve ihtar hüküm ve sonuçlarını ilan tarihinde doğuracaktır.

Kanımızca, ihtarın borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarına karşı uyarıcı niteliği göz önünde tutulması gerektiğinde borçlunun ihtarın içeriğini öğrenmesi anının ihtarın hüküm ve sonuçlarını doğurması için dikkate alınması gerekirken, uygulamada gerçek hayatta borçlunun ne zaman öğrendiğinin tespiti pratik açıdan kolayca tespit ve ispat edilebilir olmadığından borçluya ihtar beyanının ulaşma anının esas alınması daha doğru olacaktır.

3.1.7.2.3. İhtarın İçeriği, Yapılacağı Zaman ve İspat Yüğü

3.1.7.2.3.1 İhtar Yerine Geçen İşlemler

Alacaklı bazen irade beyanını bazı işlem ve davranışları ile belli eder, bunlar doğrudan ifa talebini borçluya iletmemektedir; ancak yine de taşıdıkları özellikler sebebiyle ihtar gibi sonuç doğururlar. İhtar yerini tutan işlemler olarak adlandırılan bu işlemlerin ilk örnekleri icra takibi başlatılması veya dava açılmasıdır. Her ne kadar kanunda buna ilişkin bir düzenleme olmasa da doktrin⁴²⁷ ve uygulama⁴²⁸ bu durumu kabul etmiştir.

⁴²⁶ Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 130, 174; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1516, Barlas, **a.g.e.**, s. 42; Akkanat, **a.g.m.**, s. 24.

⁴²⁷ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 22, 23; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1087; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 153, 155; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473, 474; İlhan E. Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, İstanbul, 1964, s. 136; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 907; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1509, 1510; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s.915; Barlas, **a.g.e.**, s. 45.

⁴²⁸ “BK.101/1. (6098 Sayılı TBK. nun 117/1).maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtar ile mütemerrit olur. Bu nedenle, sebepsiz zenginleşmede gecikme faizi yürümesi için borçlunun yani haksız mal edinenin ya bir ihtar ile ya da aleyhine bir dava açılmak suretiyle temerrüde düşürülmesi gerekir.”, Yargıtay, 3. HD., 21.10.2014 tarihli, E. 2014/9354, K. 2014/13815 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Dava hakkının kullanılmasındaki eksiklik muvafakat sağlanması suretiyle giderilmiş ise de ihtar yerine geçen icra takibindeki eksikliğin bu aşamada giderilmesi mümkün olmayacağından temerrüt olgusunun gerçekleştiğinin kabulü olanaksızdır.”, Yargıtay 6. HD., 14.03.2006 tarihli, E. 2005/12633, K. 2006/2544 sayılı kararı, (**Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı**), “...uygulamada ihtar yerine geçen işlem olarak dava açılması veya icra takibi yapılması halinde de temerrüdün gerçekleşeceği kabul edilmektedir.”, Yargıtay HGK.,

Açılacak davada dava dilekçesinin tebliğinin ihtar niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti için talep sonucuna bakılmalıdır. Eğer talep sonucunda ifa talebi yer alıyorsa, bu takdirde borçluya dava dilekçesinin tebliği ihtar niteliği taşıyacaktır. Alacaklının açacağı eda davasında durum böyledir⁴²⁹. Alacaklı tespit davası açacaksa, talep sonucu ifa talebi içermeyip sadece bir tespite yönelik olduğundan ve bu nedenle dava sonunda verilecek hüküm bir ifa emri içermeyeceğinden dava dilekçesinin borçluya tebliği ihtar niteliği taşımayacaktır⁴³⁰. Alacaklının tazminat veya akdin feshine ilişkin dava açması da ihtar niteliği taşımayacak davalara örnektir⁴³¹. Alacağın dava esnasında def'i veya takas beyanı yoluyla ileri sürülmesi de ihtar niteliğinde değildir⁴³². HMK m. 132 vd. düzenlenmiş olan karşı dava açmak suretiyle de ihtarda bulunabilir. Alacaklının, beyanlarında açıkça borçluyu ifada bulunmaya davet etmesi koşuluyla, davalının onayı ile ya da ıslah yoluyla iddiasını genişletmesi esnasında ihtarını gerçekleştirmesi mümkündür⁴³³.

Tüketici hakem heyetine başvuru ihtar yerine geçmektedir⁴³⁴. Dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmasının ve bu süreçte gerçekleştirilen işlemlerin ihtar

05.03.2003 tarihli, E. 2003/9-80, K. 2003/130 sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴²⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 22; Barlas, **a.g.e.**, s. 45. “Dava konusu olayda davacının, davalıyı dava tarihinden önce temerrüde düşüren ihtar söz konusu değildir. Hal böyle olunca, mahkemece, hükmedilen alacağa dava ve ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken...”, Yargıtay 3. HD., 21.09.2021 tarihli, E. 2020/10825, K. 2021/8735, (**Lexpera**); “Davacının dava tarihi itibarıyla davalıya temerrüde düşürdüğü dikkate alındığında, mahkemece hükmedilen alacak miktarına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmüş olması gerekirken...”, Yargıtay 3. HD., 24.06.2021 tarihli, E. 2020/6099, K. 2021/7206 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁴³⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1510; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 915, 916; Barlas, **a.g.e.**, s. 46.

⁴³¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 915, 916.

⁴³² CR-Thévenoz, Art. 102, N. 23; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 471; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233.

⁴³³ Barlas, **a.g.e.**, s. 46.

⁴³⁴ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1547; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi hükmü uyarınca; muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtar ile mütemerrit olur. İhtarın söz konu olmadığı hallerde, tüketici hakem heyetine başvurulması halinde başvuru tarihi, dava açılması halinde ise dava tarihinde borçlunun temerrüde düşürülmüş olacağının kabulü gerekir.”, Yargıtay 13. HD., 20.11.2017 tarihli, E. 2017/8905, K. 2017/11343 sayılı kararı (**Lexpera**); “...dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 117. maddesi hükmü uyarınca muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtar ile mütemerrit olur. Dava konusu olayda, davacının, davalıyı, Tüketici Hakem Heyetine müracaatından evvel temerrüde düşüren ihtar olmadığı halde, mahkemece ödeme tarihinden itibaren faize

niteliği taşıyabilme olanağı bulunmaktadır⁴³⁵. Doğrudan eda davası açılmadan önce başvurulması gereken bu prosedürde yer alan işlemlerin ihtar niteliğini taşıyabilmesi için aranan özellik, alacaklının muaccel alacağının ifasına ilişkin talebi borçluya ileten bir bildirim içermesidir.

Alacaklının başlatacağı icra takibinde ödeme emrinin borçluya tebliği ifa talebini içerdiğinden ihtar niteliği taşıyacaktır⁴³⁶. Oysa, alacaklının yapılan davet üzerine alacağını iflas masasına kaydettirmesi borçlunun iflasın açılmasından sonra ifa yetkisine sahip olmaması sebebiyle ihtar niteliği taşımayacaktır⁴³⁷.

hükmedilmiştir. Bu durumda, mahkemece, hükmedilen miktara, hakem heyetine müracaat tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”, Yargıtay 13. HD., 18.02.2017 tarihli, E. 2017/6701, K. 12701 sayılı kararı, **(Lexpera)**; “6098 sayılı B’K.’nın 117. maddesi hükmü uyarınca muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. İhtarın söz konusu olmadığı hallerde Tüketici Hakem Heyetine başvurulmuşsa davalı Tüketici Hakem Heyeti karar tarihinde temerrüde düşer.”, Yargıtay 13. HD., 14.03.2016 tarihli, E. 2015/42698, K. 2016/7616 sayılı kararında **(Lexpera)** tüketici hakem heyetinin karar tarihinin temerrüt tarihi olarak kabul edilmesinin eleştirisi için bkz. Nomer, **a.g.e.**, N. 186 dn. 1515.

⁴³⁵ “Borçlu temerrüdünde önemli olan alacaklının borçluya yaptığı ihtarın şekli değil, borcun ödenmesi isteğinin kesin ve açık biçimde ortaya konularak borçluya ulaştırılmasıdır... Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği iharda muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ile işvereni temerrüde düşürebileceği, alacak miktarlarını ayrı ayrı belirtilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Aynı husus arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen arabuluculuk son tutanağı yönünden de geçerlidir. Dava dilekçesinin talep sonucu kısmında bildirilen alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk faaliyeti sırasında karşı taraftan talep edilmesi halinde, davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü ve talep edilen (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara bu tarihten itibaren faiz uygulanabileceği kabul edilmelidir.”, Yargıtay 9. HD., 21.03.2022 tarihli, E. 2022/3222, K. 2022/3813 sayılı kararı, **(Lexpera)**. Arabuluculuk prosedüründeki işlemlerin ihtar olarak değerlendirilebilmesi hususunda detaylı bilgi için bkz. Seda Kökgör, İsmail Dede, “Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Sürecinin Borçlu Temerrüdü Üzerine Etkileri”, **Prof. Dr. Galip Sermet Akman’a Armağan**, İstanbul, Filiz, 2020, s. 560 vd.

⁴³⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 22; Barlas, **a.g.e.**, s. 45; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1547. “Temerrüt ya bir ihtar ile ya da dava açılması vs. suretiyle gerçekleşir. Davacı (alacaklı) takip tarihinden evvel davalıları (borçluları) temerrüde düşürecek bir iharda bulunmamıştır. Davalılar aleyhine yapılan icra takip tarihinde temerrüt olgusu gerçekleşmiştir.” Yargıtay 3. HD., 25.09.2013 tarihli, E. 2013/13167, K. 2013/13359 sayılı kararı, **(Lexpera)**; “Borçlunun borcunu yerine getirmemesinde, yasal veya sözleşme süresinin aşılmasında her gecikme direnmenin sonuçlarını doğurmaz. Yasa, direnmenin sonuçlarının doğması için ayrıca bir özel direnme nedeninin bulunmasını koşullamıştır. İhtar, alacaklının süre yönünden tam bir yerine getirmeyi istediğini saptama yönünden yasa tarafından zorunlu görülmektedir. Böylece ihtar için muaccel bir borcun bulunması da gerekli olmaktadır. Fakat ihtarın en etkili biçimi de borcun ödetilmesi davası ve icra koşturmasıdır. Borcun yerine getirilmemesi durumunda ödeme davası açılması da bir biçim ihardır. Böyle bir işlemin gerçekleştirildiği günden faiz işlemeye başlar.” Yargıtay 4. HD., 30.09.1975 tarihli, E. 1975/6792, K. 1975/10365 sayılı kararı, **(Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)**

⁴³⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 46.

Usulüne uygun düzenlenmiş faturanın ihtar yerine geçen bir işlem olup olmadığı tartışmalı bir husustur⁴³⁸.

Fatura, satılan bir malın cinsini, miktarını ve fiyatını bildirmek için satıcının alıcıya verdiği hesap pusulası⁴³⁹ veya kanuni tanımı ile satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır (213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 229). Dolayısıyla, kural olarak, borçluya faturanın ibrazı veya gönderilmesi, borçluya borcun varlığı ve içeriği hakkında bilgi verme amacı taşıdığından ihtar niteliğinde olamaz⁴⁴⁰. Üzerinde ifa talebine ilişkin bir beyan/şerh içermeyen bir fatura, borçluyu ifaya davet etmediğinden ihtarın anlamını taşımaz⁴⁴¹.

Bedeli ödenmiştir ibaresi bulunan faturanın gönderilmesinin de ihtar niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Zira bedelin ödenmemesi halinde bu şerh ile alacaklı ödemenin yapılması isteğinde bulunmaktadır⁴⁴². TTK m. 21/f.1 hükmünde alacaklının bedeli ödenmişse bunun faturada gösterilmesini isteyebileceği

⁴³⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 195; Önen, **a.g.e.**, s. 43; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916; Barlas, **a.g.e.**, s. 44;

⁴³⁹ **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>

⁴⁴⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 24; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1379; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s.753; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 472; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916; Barlas, **a.g.e.**, s. 43; Akkanat, **a.g.m.**, s. 29. “...ödeme talebini içermeyen soyut fatura tebliği ile temerrüdün olduğundan bahisle işlemiş faiz alacağı yönünden davanın kabulü doğru olmamıştır.”, Yargıtay 15. HD., 18.05.2011 tarihli, E. 2010/3235, K. 2011/3024 sayılı kararı, (**Lexpera**); “İnşaat malzemeleri bedellerini gösterir faturalar ... içerikleri itibarıyla ...”temerrüt ihtarı” niteliğinde olmadığı gibi, icra takibinden önce de borçlu, alacaklı tarafından borçlu temerrüdüne düşürülmemiştir.”, Yargıtay 15. HD., 20.03.2007 tarihli, E. 2006/1510, K. 2007/1723 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁴⁴¹ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 24; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1547; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1510; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916; Barlas, **a.g.e.**, s. 43, 44. “Dava konusu somut olayda; davadan önce temerrüt ihtarı olmadığı gibi kesin vade de bulunmadığı ve fatura düzenlenmesi de temerrüde esas teşkil etmeyeceğinden faizin dava tarihi yerine fatura tarihinden başlatılması doğru olmadığı...”, Yargıtay 15. HD., 09.07.2019, E. 2019/1839, K. 2019/3274 sayılı kararı, (**Lexpera**); “... mahkemece hüküm altına alınan alacak için fatura gününden itibaren faiz yürütülmüştür. Ödeme talebini içermeyen fatura temerrüt ihtarı yerine geçemeyeceğinden faizin icra takibinden itibaren başlatılmamış olması bozma nedenidir...”, Yargıtay 15. HD., 19.04.2004 tarihli, E. 2003/4590, K. 2004/2180 sayılı kararı, (**Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı**).

⁴⁴² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 471; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Eren, **a.g.e.**, N. 3416; Barlas, **a.g.e.**, s. 44.

düzenlenmiştir. Ticari hayatta kapalı fatura olarak anılan uygulamada faturanın alt kısmına kaşe ve imza atılarak bunun gerçekleştiği söylenebilir; ancak kapalı fatura, mal veya hizmet tesliminde borçlunun (müşterinin) mal veya hizmet bedelini faturanın düzenlendiği tarihte ödemesi anlamındadır. Borçlunun borcunu ödeyip hesabını kapadığını anlatmak için kapalı fatura tabiri kullanılmaktadır. Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 4.12.1985 tarihli 2365 sayılı Kanun'un m. 35 ile değişik, fatura nizamı başlıklı, 231. maddesinin 4. bendine göre faturanın baş tarafında iş sahibinin veya namına imzaya mezun olanların imzası bulunmalıdır; bu düzenleme ile kapalı faturanın geçerli bir fatura olarak takdir edilemeyeceği açıkça kabul edilmiştir. Bu kanuna göre, uygulamadaki açık ve kapalı ayrımı bulunmamaktadır. Doktrindeki açıklamalar, kapalı faturanın üzerinde bedeli ödenmiştir ifadesinin bulunması halinde bunun ihtar niteliği taşıyacağı yönündedir⁴⁴³. Bu kabule katılmak mümkün değildir; çünkü öncelikle kapalı faturanın düzenlenmesi VUK ve ilgili mevzuat uyarınca mümkün değildir; kaldı ki bu husus uygulamada göz ardı edildiğinden kapalı faturanın Yargıtay içtihadında⁴⁴⁴ da açıkça görüleceği üzere bedelin ödendiğine dair bir karine olduğu aşîkârdır. Bu açıklamalar doğrultusunda bedeli ödenmemiş olmasına rağmen, düzenlenme amacı bedelin ödendiğinin gösterilmesi olan kapalı faturanın üzerine

⁴⁴³ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 606; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 472; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Eren, **a.g.e.**, N. 3416; Barlas, **a.g.e.**, s. 44; Akkanat, **a.g.m.**, s. 29; Nomer, **a.g.e.**, N. 186.2. Altında imza ve kaşe bulunan faturanın yani salt kapalı faturanın gönderilmesinin ihtar yerine geçeceği yönünde bkz.: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1547.

⁴⁴⁴ “Her ne kadar; Türk Ticaret Kan’nu’nda ve Vergi Usul Kan’nu’nda faturanın açık ya da kapalı düzenlenmesi ve bunun sonuçlarıyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış ise de; Ticari teamüllere göre, kapalı fatura teslim edilen mal veya hizmetin bedelinin peşin ödendiğine karinedir. Bu karine nedeniyle ispat yükü yer değiştirmiş olacağından, karinenin aksini yani faturanın kapalı olarak düzenlenmesine rağmen bedelinin ödenmediğini kanıtlama yükümlülüğü bunu ileri süren yükleniciye aittir.”, Yargıtay 3. HD., 19.11.2018 tarihli, E. 2017/1072, K. 2018/11738 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Somut olayda; davacı tarafından davalıya traktör satışı nedeniyle kapalı fatura düzenlendiği, kapalı faturanın bedelin ödendiğine karine teşkil etmekle birlikte borcun mutlak ödendiği anlamına gelmeyeceği ancak bu karinenin aksinin yani davacının fatura bedelini tahsil etmemiş olduğu iddiasını ispat yükünün davacı-satıcıda olduğu...”, Yargıtay 13. HD., 13.11.2017 tarihli, E. 2015/39034, K. 2017/11013 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Somut olayda; davalı, davacı ile arasındaki sözleşmenin varlığına ve iş bedeline itiraz etmediğini, ancak davacının düzenlemiş olduğu faturanın kapalı fatura niteliğine haiz olduğundan bahisle iş bedelini ödediğini iddia etmektedir. Dosyaya sunulan ve dava konusu işe ait olduğu iddia edilen faturada imza ve kaşenin faturanın altında yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle, davalının dayandığı dosyaya ibraz edilen fatura açık fatura niteliğinde olduğundan iş bedelinin ödenmediğinin kabulü ile ispat yükü davalıya düşecektir.”, Yargıtay 3. HD. 05.10.2015 tarihli, E. 2014/19594, K. 2015/15015 sayılı kararı, (**Lexpera**).

ayrıca bedeli ödenmiştir ibaresinin yazılmasının faturaya ihtar niteliği kazandırması hayatın olağan akışına ve hukukun mantığına açıkça aykırıdır.

Üzerinde “bedel faturanın alındığı tarihten ... gün içinde ödenir” vb., bedel ödenmediği durumda temerrüt faizi işletileceğine ya da cebri icra veya dava yoluna başvurulacağına vb. ilişkin ifadeler yer alan faturanın gönderilmesi ihtar niteliği taşır⁴⁴⁵. Bu ifadeler borçluyu ifaya ciddi biçimde davet anlamı taşıdığı için ve hatta ifa etmeme halinde borçlunun ağır durumlarla karşılaşacağını bildirdiği için burada faturanın kendisi değil, fatura üzerindeki beyan/kayıt ona ihtar niteliği kazandırmaktadır.

Borçluya ikinci kez fatura gönderilmesinin zımni ihtar niteliği taşıdığı görüşüne⁴⁴⁶ karşın faturanın gönderilmesi ihtar niteliği taşımazken aynı içerikteki faturanın birden fazla gönderilmesinin ihtar niteliği kazandırmayacağı görüşü, haklı olarak, savunulmaktadır⁴⁴⁷. Bir borca ilişkin faturanın gönderilmesi ihtar sayılmazken, aynı içerikteki faturanın aynı hukuki değeri taşıması gerekmektedir; çünkü farklı sonuç doğuracak bir husus fatura içeriğine eklenmiş veya içeriğinden çıkartılmıştır değildir. Birden fazla kez faturanın yollanmasının ihtar niteliğinde olduğunu savunmak bu nedenle mümkün değildir. Bilakis, faturanın gönderim sayısına bakarak ona hukuki sonuç atfetmek hukuk güvenliği açısından da mesnetsiz olacaktır. Aynı borca ilişkin birden fazla faturanın gönderilmesi ticari hayatta mümkün değildir, şayet

⁴⁴⁵ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 606; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 753; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 472; Barlas, **a.g.e.**, s. 45; Akkanat, **a.g.m.**, s. 29. “Dava konusu olayda davacı tarafından kesilen fatura 17/08/2011 tarih ve 5589 sayılı yazı ekinde davalı kooperatife gönderilerek, fatura tutarı ve yargılama giderleri toplamı olan 780.074,68 TL’nin yazının tebliğinden itibaren 3 gün içinde ödenmesi talep edilmiş; davacı yazısına davalı kooperatifçe verilen 08/09/2011 tarih ve 14122 yevmiye nolu cevabi yazıda ise idare yazısının kooperatiflerine 06/09/2011 tarihinde tebliğ edildiği belirtilerek, fatura iade edilmiş ve borcun kabul edilmediği bildirilmiştir. Bu durumda davalının dava tarihinden önce temerrüde düştüğü anlaşıldığından, alacağa temerrüt tarihi olan 09/09/2011 tarihinden itibaren işleyecek faize hükmedilmesi gerekirken...”, Yargıtay 3. HD., 29.03.2021 tarihli, E. 2020/5252, K. 2021/3227 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...fatura bedeli yazılı olduğu ve açıkça fatura bedelinin üç gün içinde ödenmediği istenildiğinden söz konusu ihtarname BK’nın 101 maddesine uygun ve davalıyı temerrüde düşürücü niteliktedir.”, Yargıtay 15. HD., 10.04.2009 tarihli, E. 2008/2140, K. 2009/2079 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁴⁴⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916.

⁴⁴⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 46.

asıl fatura kaybolmuş ise aslı gibidir ibaresi ile yeni bir fatura düzenlenmesi olanaklıdır.

Sonuç olarak, ihtarın borçluyu yükümlü olduğu ifa miktarını ve zamanını bilgilendirme amacı bir irade beyanının ihtar niteliğini taşıyıp taşımadığını belirlemede ayırt edici nokta olmalıdır. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında eğer beyanın içeriğinden borçlu açıkça ifa ile yükümlü olduğu miktarı ve zamanı öğrenebiliyor ise ve bununla birlikte alacaklının kendisini ifayı davet ettiğini anlayabiliyorsa bu beyan ihtar yerine geçen bir işlem olacaktır.

3.1.7.2.3.2. İhtar Beyanının İçeriği

İhtar beyanının içeriğinin önemini tasvir etmek için göz önünde bulundurmak gereken hususlar, ihtarın hukuki sonuçlarında sadece alacaklının menfaati olması ve bu sonuçların kanun gereği kendiliğinden doğmasıdır. Alacaklı, menfaatine olan bu hususta kendi üzerine düşen özeni göstermelidir. Bu doğrultuda, alacaklı ihtar beyanında bulunurken borçludan hangi edimin ifasını talep ettiğini açık ve net olarak, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtmelidir. Bu doğrultuda, alacaklı hangi edimin ifası sayesinde menfaatini elde edecekse ona yönelik ihtar da bulunmalıdır. Bu nedenle, açıklık, ifası talep edilen edime uygun içerik ve borcun ifasının talep edilmesine yönelik irade ihtarın vazgeçilmez unsurlarıdır.

Alacaklının irade beyanının ihtar niteliğini taşıması için “ihtar”, “ihtarname”, “ihtar ediyorum”, “ihtar olunur” vb. ifadelerin kullanılması şart olmayıp, alacağını talep iradesini kesin ve net olarak açığa vurması yeterlidir⁴⁴⁸. Alacaklının herhangi bir beyanı değil sadece borcun ifasını isteyen beyanı ihtar niteliği taşıyacağından alacaklının talep ettiğine ilişkin iradesini ve bunda ciddi ve kararlı olduğunu açıkça, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde göstermesi gerekmektedir. Hayatın olağan akışına uygun olarak, alacaklının her somut olayda ciddiyetini ve borcunu talep etmesi farklılık göstereceğinden ihtarın içeriği dar ve somut kalıplara sıkıştırılmamıştır. Bu doğrultuda, ihtar beyanında yol açacağı hukuki sonuçlara yer verilmesine gerek

⁴⁴⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 464; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §234; Chavanne, **a.g.e.**, s. 52 §97; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1087; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 973; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 155; Eren, **a.g.e.**, N. 3410.

bulunmamaktadır, bunun bir nedeni de bu sonuçların alacaklının iradesinden bağımsız olarak, kanun gereği kendiliğinden doğacak olmasıdır⁴⁴⁹. Alacaklının üslubunun değerlendirilmesindeki ölçüt, alacağını kararlılık ve kesin olarak talep etmesidir. Alacaklı, borçlunun anlayabileceği şekilde alacağının içeriğini ve talep iradesini ortaya koymamışsa ihtar hukuki sonuç doğurmayacaktır⁴⁵⁰.

İhtar beyanının olmazsa olmazı hangi alacak için bu beyanda bulunulduğunun açıkça gösterilmesidir⁴⁵¹. İhtarda yer alan ifa talebi, sözleşmede kararlaştırılmış olan bakiye edimin ifa konusu, zamanı ve yeri bakımından uygun olmalıdır. İfa yerinin, miktarın, alacağın kaynağı olan hukuki ilişkinin gösterilmesi şart olmayıp, gerektiğinde ihtar beyanında yer alacaktır. Borçlanılmış edim dışında bir edimin ifasının talep edilmesi halinde ihtar hüküm ifade etmeyecektir⁴⁵².

İhtar beyanında tarafların kararlaştırmış oldukları ifa yerinden başka bir ifa yerinin belirtilmesi iki farklı anlama gelebileceğinden durumun özelliği dikkate alınarak bir yorum yapılmalıdır. Şöyle ki, kural olarak başka bir yerde ifanın talep edilmesi halinde ihtar hüküm ifade etmeyecektir⁴⁵³; ancak gönderilecek bir borcun söz konusu olduğu durumda alacaklı gönderim zorluklarının ortadan kalkması için ifa konusunu bulunduğu yerde teslim almayı ihtarda talep ederse, borçlu aleyhine bir durum ortaya çıkmadığı için ihtar geçerli olacaktır⁴⁵⁴. Dikkat edilecek husus, kural olarak ifa yerinin sözleşmede kararlaştırılmış olandan farklı gösterilmesinin ihtarın

⁴⁴⁹ İnan, **a.g.e.**, s. 485; Barlas, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁵⁰ Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §233; Barlas, **a.g.e.**, s. 47; Akkanat, **a.g.m.**, s. 30.

⁴⁵¹ **CR-Thévenoz**, Art. 102, N. 17; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Eren, **a.g.e.**, N. 3414; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 21. “Somut olayda, davacı tarafından davalıya Noterl’gi’nden 16.04.2009 tarihli bir ihtarname gönderilmiş ise de bu ihtarnamede talep edilen alacak miktarı belirtilmemiştir. Dolayısıyla, anılan ihtarname 6098 sayılı ‘BK’nun 117.maddesi anlamında temerrüt oluşmasına dayanak teşkil etmez. Hal böyle olunca temerrüdün takiple oluştuğunun kabulü gerekir.”, Yargıtay 19. HD., 01.02.2016 tarihli, E. 2015/15956, K. 2016/1234 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...bir alacağa dava tarihinden önce faiz uygulanabilmesi için davalının davadan önce alacağın miktarını gösterir ihtarname ile temerrüde düşürülmesi gerekir.”, Yargıtay 15. HD., 08.10.2012 tarihli, E. 2012/993, K. 2012/6246 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁴⁵² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534.

⁴⁵³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; Engel, **a.g.e.**, s. 464. Bu durumda borçlunun itiraz hakkı ve sözleşmede kararlaştırılan yerde ifa yetkisi olduğuna ilişkin bkz.: Demogue, **a.g.e.**, s. 256.

⁴⁵⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 472.

hüküm doğurmamasına yol açacak olması ise de eğer bu değişiklik borçlu aleyhine bir durum yaratmıyorsa ve sözleşmede kararlaştırılan yerde ifayı gerçekleştirmekte borçlunun korunmaya değer bir menfaati bulunmuyorsa; bu durumda ihtar, dürüstlük kuralları uyarınca hüküm ifade edecektir⁴⁵⁵. Bakiye edimin ifa yerine ilişkin olarak yukarıdaki esaslar geçerli olmakla birlikte; kısmi temerrüt için gerçekleştirileceği göz önünde bulundurulduğunda, daha önce zaten borcun bir kısmı geçerli olarak ifa edilmiş olduğu için ihtar beyanında başka bir ifa yerinin belirtilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Her ne kadar borcun kısmen ifa edilmiş olduğu yer ile aynı yerde bakiye kısmın ifa edilmesi hayatın olağan akışına uygun ise de, somut olayın özellikleri değerlendirildiğinde dürüstlük kuralınca farklı bir yerde ifa edilmesi uygun olarak nitelendirilebilecek ise, bu durumda ihtar beyanının hüküm ifade edeceği kabul edilmelidir. Bu yerin sözleşmede kararlaştırılmış yerden farklı bir yer olması da mümkündür.

İhtar beyanının geçerli bir şekilde hüküm doğurabilmesi için ihtar beyanından borçlunun hangi borcunu ifa edeceğini açıkça anlayabilir durumda olması gerekir. Alacaklı ihtar beyanında alacağının hukuki sebebinin göstermek zorunda olmamakla birlikte borçlunun hangi alacağa ilişkin ifasını talep ediyorsa onu açıkça gösterebilmesi için gerekiyorsa hukuki sebebe de yer vermelidir.

Miktarın ihtar beyanında gösterilmesi şart olmayıp alacağın borçlunun açıkça ve kolaylıkla anlayabileceği gibi gösterilmesi yeterlidir. Zaten çoğu zaman borçlu borç miktarını bilmektedir⁴⁵⁶. Ancak alacaklı ile borçlu arasında birden çok hukuki ilişki olabilir, bu hukuki ilişkilerden kaynaklanan farklı miktarlarda alacaklar olabileceği gibi tarafların arasındaki tek bir hukuki ilişkiden de farklı miktarlarda alacaklar doğmuş olabilir. Kısmi temerrüde konu olacak borç miktarının ihtarda özellikle belirtilmesi gerekmektedir; çünkü borçluyu kısmi temerrüde düşürebilmek için alacağın ifa edilmemiş kısma ilişkin hangi miktarına yönelik ifanın talep edildiğinin anlaşılması için de açıkça miktarın yazılması gerekmektedir. Tabii ki bu husus sadece miktara ilişkin olmayıp, ifa edilmemiş kısımda neler varsa, borçluya hepsini

⁴⁵⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916; Barlas, **a.g.e.**, s. 50, 51.

⁴⁵⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 48.

hatırlatmak açısından ihtar beyanında belirtilmelidir. Dürüstlük kuralına göre yapılacak yoruma göre; alacaklı zaten işin doğası gereği kalan kısmın tamamını talep etmektedir ve dolayısıyla kalan kısmın tamamı üzerinden borçluyu temerrüde düşürmek istemektedir, bir kısmını talep etmesi işin doğasına aykırı olduğundan ihtar beyanında belirtmemiş olması sehven yapılmış bir hata olacaktır.

İhtar beyanında borç miktarında yer verildiği zaman ihtarın borç miktarından daha az veya daha çok miktara ilişkin olması hallerinde ihtarın hüküm ifade edip etmeyeceği doktrinde çeşitli görüşlere sebebiyet vermiştir. Aşağıda yer alan açıklamalarda farklı görüşler kapsamında ele alınan borç miktarı, borçluyu kısmi temerrüde düşürmek için yapılan ihtarda bakiye borç miktarı olarak anlaşılmalıdır.

İhtar borç miktarından daha az bir miktara ilişkin ise; alacaklının kısmi ifayı talep edebilme imkanı olduğundan ihtar geçerli olup borçlu ihtar konusu yapılan kısım bakımından temerrüde düşüleceğinden kalan kısım için alacaklının yeni bir ihtar beyanında bulunması gerekecektir⁴⁵⁷. Oysaki, ihtar gerçek borç miktarından daha fazlasına ilişkin ise, bir görüşe göre ihtar yine geçerli olacaktır; ancak borçlu tartışmalı olmayan kısım bakımından temerrüde düşülecektir⁴⁵⁸. Alacaklı ihtar beyanında hem fazla talepte bulunmuş hem de borçlanılan edimin ifasını kabul etmeyeceğini belirtmiş ise ihtar geçersiz olacaktır⁴⁵⁹. Zira burada borçlanılan edim yerine başka bir edim kararlaştırmış olmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, ancak somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun bu ihtar beyanında aslında kararlaştırılmış olan borç miktarının ifasının istediğini anlaması gerekmekte ise ihtar geçerli olacaktır. İhtarın her durumda kararlaştırılmış miktar üzerinden geçerli olacağına ilişkin bir kuralın getirilmesi mümkün değildir. Alacaklının bu olasılıkta da

⁴⁵⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 18; Demogue, **a.g.e.**, s. 255 §234; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 606; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1511.

⁴⁵⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 18; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Demogue, **a.g.e.**, s. 252 §234; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 606; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Dayındarlı, **a.g.e.**, s. 68.

⁴⁵⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1511 dn. 417; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 916; Eren, **a.g.e.**, N. 3414; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 21.

ifasını talep ettiği miktarın altındaki ifayı kabul etmeyeceğini beyan etmiş olması ihtarın hükümsüz olmasına yol açacaktır⁴⁶⁰.

Borçlu, borcun doğum anında veya sonrasında hangi miktar üzerinden ifade bulunacağını bilmiyorsa ve bilebilecek durumda değilse ihtarın hüküm doğurabilmesi için borç miktarı gösterilmek zorundadır⁴⁶¹.

Bir görüşe göre; edimin belirli veya belirlenebilir olması dava ve icra edilebilirliğin gereği olduğundan, ihtar konu edimin miktarının belirtilmemesi, ortada belirli bir borç olmaması sebebiyle talep edilebilir (muaccel) bir borç olmadığı anlamına geldiğinden ihtarın geçersizliği sonucunu doğurur⁴⁶².

Borcun belirli olmasının her zaman muacceliyetin ön şartı olarak kabul edilmediğinin öne sürülerek özellikle belirsiz alacak davasının açılması durumunda borçlunun temerrüde düşürülmesi için ihtar gereken hallerde ihtar beyanında miktar gösterilmesinin zorunlu olmadığı görüşüne⁴⁶³ katılmak mümkün değildir. Borcun konusunun para olduğu, alacak miktarının dava açıldığı tarihte tam ve kesin olarak belirlenemediği hallerde HMK m. 107 hükmü uyarınca belirsiz alacak davası açılması mümkündür. Belirsiz alacak davası açılırken, alacağın miktarını belirlemek olanaksız olduğu veya alacaklıdan belirlemesinin beklenemeyecek olduğu hallerde, talep sonucunun belirlenmesi ve dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmemektedir. HMK m.

⁴⁶⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 55; Barlas, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁶¹ **CR**-Thévenoz, Art. 102, N. 18. “...davacının davalıya noter aracılığıyla gönderdiği 04/11/2011 tarihli ihtar; belirli bir paranın ödenmesi istenmediği için, bu ihtar 6098 Sayılı ‘BK’nun 117/1.maddesi anlamında davalı idareyi temerrüde düşürmez.”, Yargıtay 3. HD., 03.11.2014 tarihli, E. 2014/6465, K. 2014/14268 sayılı kararı, (**Lexpera**). “...alacağın istenebilir (muaccel) olması ile borçlunun temerrüde düşürülmesi ayrı ayrı kavramlar olup, sonuçları da değişiktir. Temerrüdün borçlu aleyhine sonuçlar doğurması için ifanın muaccel hale gelmesi veya alacağın yalnız muaccel olması yetmemekte, ayrıca alacaklının ifayı beklediğini borçluya bildirmesi, yani ihtar etmesi gerekmektedir. İhtar ise, borcun yerine getirilmesi yönünden alacaklının irade açıklaması olup karşı tarafa yöneltilmesi ile hukukî sonuçlar doğurur. Geçmiş günler faizini düzenleyen BK’nun 103. Maddesinde açıkça bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçludan söz edilmiştir. Demek oluyor ki, direnmenin (temerrüdün) oluşması alacağın muaccel olmasından başka ayrıca belirli olmasına bağlıdır. Henüz miktar kesin bir durum olmamış ya da ancak inceleme ile belirginliği anlaşılabilecek alacaklarda tek başına muacceliyet, temerrüt faizi istenmesine yeterli sayılamaz.”, Yargıtay 15. HD., 03.02.1981 tarihli, E. 1980/2551, K. 1981/207 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁴⁶² Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 145, 153; Barlas, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁶³ Gizem Kılıç Öztürk, **Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 62.

107 hükmü dikkate alındığında, alacaklının hukuki ilişkiyi ve asgari miktarı ya da değeri belirtmesi belirsiz alacak davasını açabilmek için yeterli olacaktır. Hem madde hükmü hem de ihtar kurumunun borçluyu ifaya davet amacıyla getirilmiş olması birlikte değerlendirildiğinde borçlunun hangi miktardan yahut hangi değerden sorumlu olduğunun tespit edilebilmesi için ihtar beyanında yaklaşık bir miktar/değer belirtilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, ihtar ile ifaya davet edilen borçlu neyi ifa edeceğini aşağı yukarı bilmeli ve ona göre hareket etmelidir. İhtar beyanında hiçbir miktar/değer gösterilmemesi afaki bir değerlendirmeye yol açacağından borçlunun hareketsiz kalıp menfaatler dengesinin daha çok bozulmasına yol açacaktır. Alacaklıya dava tarihinde bile alacağın miktarını/değerini tam ve kesin olarak belirleyemediği halde belirsiz alacak davası açabilmesi imkânı verilmişken, bu durumda madalyonun diğer yüzünde borçlunun da ifayla yükümlü olduğu miktarı tam ve kesin olarak bilememesi yer alır. Borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarıyla yüzleşmesinden önce uyarı niteliğinde olan bu ihtarda, menfaatler dengesi ve dürüstlük kuralı birlikte değerlendirildiğinde miktarın/değerin yaklaşık olarak belirtilmesi gereği ortaya çıkar. Sonuç olarak, ihtar beyanında yaklaşık olarak miktarın/değerin belirtilmesi ve daha sonra tespit edilecek miktara/değere tamamlanılacağı hususunun yazılması yerinde olacaktır.

Sonuç olarak, tek bir cümle ile özetlemek gerekirse ifası talep edilen edimin hukuki sebebinin, alacağın miktarının, hangi karşı edime ilişkin ifanın talep edilmiş olduğunun gerektiğinde ihtar beyanında gösterilmemesi ihtarın hukuki sonuç doğurmamasına yol açar⁴⁶⁴.

Ama belirtmek gerekir ki, bunlar teorik açıklamalar olup, uygulamada ihtarın istenilen sonucu doğurması için alacağın hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığının ve hangi miktara ilişkin olduğunun ihtar beyanında açıkça belirtilmesi tercih edilmektedir.

⁴⁶⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 47.

3.1.7.2.3.3. Ek Süre Verilmesine Gerek Olup Olmaması

Temerrüt ihtarının geçerli olması için alacaklının borçluya ifada bulunması için ek süre vermiş olmasına gerek yoktur. İhtar beyanında ek süreye yer verilmiş olmasının ne anlama geldiğini tespit, o ihtarın ne zaman hüküm ve sonuç doğuracağını belirlemek için önem taşır. Genel olarak karşılaşılan, ek süre verilmesi, ifanın ertelenmesi, uzatma teklifi anlamına gelmesi olup, verilen bu sürenin sona ermesiyle ihtarın hüküm ve sonuçları doğar⁴⁶⁵. Bu anlamdaki ek süre TBK m. 123 anlamında düzenlenen ek süreden farklıdır. Eğer verilen ek süre, borçlunun TBK m. 125 hükmünde düzenlenmiş olan seçimlik hakları kullanması için öngörülmüş ise, ihtar borçluya ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴⁶⁶.

3.1.7.2.3.4. İhtarın Şarta Bağlanması Olasılığı

Alacaklının ihtarın içeriğinde şarta yer vermesi halinde ihtarın geçerliliğine etkisine ne olacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

İhtarın şarta bağlı yapılabilmesi mümkündür; ancak şart belirlenirken ihtarın düzenleniş amacı gözden kaçırılmamalı ve borçlunun ifaya davet edildiği edimi, ifa yeri ve ifa zamanı hakkında belirsizlik yaratılmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun şartın gerçekleştiğini bilebilecek durumda olması gerektiğidir. Zira, ihtar bu durumda hüküm ve sonuçlarını, borçlunun şartın gerçekleştiğini öğrenme

⁴⁶⁵ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 607; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1380; Birsan, **a.g.e.**, s. 497; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1517; Eren, **a.g.e.**, N. 3413; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 20; Barlas, **a.g.e.**, s. 54; Sarı, **a.g.m.**, s. 1577. ““Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının dava konusu bedelin ödenmesi hususunda davalıya 21.10.2011 tarihli gönderdiği ihtarname davalıya ödeme için 20 gün süre verildiği ve ihtarnamenin davalıya 27.10.2011 tarihinde tebliğ edildiği görülmektedir. Bu durumda davalının 17.11.2011 tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünün anlaşılmasına göre, faizin bu tarihten itibaren başlatılması gerekirken...”, Yargıtay 3. HD., 16.11.2021 tarihli, E. 2020/11960, K. 2021/11460 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Davacı vekilinin gönderdiği 12.02.2008 tarihli ihtarnamenin 14.02.2008 tarihinde davalıya tebliğ edildiği, davalıya üç günlük süre verildiği, davalının 17.02.2008 tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü gözetilmeksizin...”, Yargıtay 11. HD., 25.05.2021 tarihli, E. 2020/3854, K. 2021/4390 sayılı kararı, (**Lexpera**). Bu hususun İsviçre hukukunda tartışmalı olduğuna ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin alacaklının edimin ifasına bağlılığına yönelik iradesini ifade etmek için süre vermiş olduğu, borçlunun ihtarın varmasıyla birlikte temerrüde düştüğünü kabul ettiğine dair karar verdiğine ilişkin olarak: bkz. Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1548.

⁴⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1517 dn. 427; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 20.

imkânına kavuştuğu andan itibaren doğuracaktır⁴⁶⁷. Bu görüşe göre, ifa zamanının borçlu tarafından kesin olarak bilinmesi halinde şarta bağlı ihtar yapılabilir, aksi takdirde ihtar hükümsüz olacak ve borçlu ifa zamanını dolayısıyla, şartın gerçekleştiğini kesin olarak öğrendiğinde temerrüt söz konusu olacaktır⁴⁶⁸.

Diğer görüşe göre, ihtarda öngörülen şart borçlu aleyhine bir durum yaratıyorsa, bu yeni icap niteliği taşıyacağından geçerliliği borçlunun kabulüne bağlı olacaktır⁴⁶⁹. Borçlu lehine getirilen şart borçlunun durumunu ağırlaştırmadığından, geçerliliği borçlunun rızasına bağlı değildir.

Doktrinde, ihtarın içeriği ifa talebini açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde içermesi gerektiği için bu nedenle şarta bağlanamayacağı görüşü de haklı olarak savunulmaktadır⁴⁷⁰. Bu görüşe katılma gerekçesi, ihtar beyanın borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarından korumak amacıyla getirilmiş olması ve bu nedenle de ifa talebini içeren iradesini borçlunun açık ve kesin olarak anlayabileceği ciddi bir şekilde ortaya koyması gerektiğidir. Şayet şartın getirilmesi, borcun ifa ile yükümlü olduğu ve alacaklının ifa talebine konu borcun anlaşılmasını zorlaştırıyor ve tereddüde yol açıyor ise ihtarın fonksiyonu ortadan kalkmış olacaktır. Böylelikle ihtarın düzenleniş amacından uzaklaşmış olacaktır. Ortada her ne kadar şekli bir irade beyanı olsa bile, borçlu yine borcun içeriğini (hangi borç olduğunu) ve ifa talebinin ciddiyetini anlayamayacağından ihtar geçersiz olacaktır.

3.1.7.2.3.5. İhtarın Şekli

Türk Borçlar Kanunu'nda ihtara ilişkin bir şekil şartı öngörülmediğinden, kural olarak, sözlü, yazılı veya irade açıklamasını açıkça yansıtan bir fiil⁴⁷¹ ile

⁴⁶⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 534; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 607; Sarı, **a.g.m.**, s. 1577. İhtarın geçerli olabilmesi için bunun yanı sıra şartın meydana gelmesinin yalnızca borçlunun iradesinden kaynaklanması da gerektiği hususunda bkz.: CR-Thévenoz, Art. 102, N. 20. İhtarın vadeye bağlanabileceği ama hiçbir zaman şarta bağlı olarak yapılamayacağı görüşü için bkz.: Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 755.

⁴⁶⁸ Önen, **a.g.e.**, s. 42; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1517.

⁴⁶⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 233.

⁴⁷⁰ Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 666.

⁴⁷¹ İhbarın zımni olarak yapılmış sayılması için dürüstlük kuralınca borçlunun alacaklının bu davranışından kendisine ihtarda bulunulduğunu anlaması gerekmektedir.

gerçekleştirilebileceği gibi; icra takibi başlatılarak veya dava açılması yoluyla mahkeme aracılığı ile de ihtarın gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir⁴⁷².

İhtar, borç doğuran işlemten bağımsız olduğundan ve tek taraflı olarak bile sözleşmeyi değiştirici bir etkisi olmadığından; kısmi temerrüt ihtarına konu olan hukuki işlemin geçerliliği herhangi bir şekle tabi olsa bile ihtarın geçerliliği, kural olarak, şekle tâbi değildir⁴⁷³. Bununla birlikte, bazı kanun hükümlerinde ihtarın şekline ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır. Tüm bu hükümler borçlunun alacağın tamamında temerrüde düşmesi için getirilmiş olsa dahi niteliği gereği kısmi temerrüt halinde de kıyasen uygulanacaktır. TTK m. 18 hükmüne göre; tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye yönelik ihtarlar, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Madde gerekçesinde yer aldığı üzere, burada bir geçerlilik şartı değil, ispat şartı söz konusudur⁴⁷⁴. TTK m. 1434 hükmü sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin taksitlendirilmiş prim borcunda sonraki primleri ödemede temerrüde düşmesine ilişkin

⁴⁷² CR-Thévenoz, Art. 102, N. 19; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; Engel, **a.g.e.**, s. 464; Daepfen, **a.g.e.**, s. 192; Demogue, **a.g.e.**, s. 256 §234; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 973; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1082; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 155; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N.1378; Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 753; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 474; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.232; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 906; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1510, 1512 474; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Eren, **a.g.e.**, s.1095; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 24; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 666; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 659.

⁴⁷³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 533; CR-Thévenoz, Art. 102, N. 19; Guhl, **a.g.e.**, s. 169; Daepfen, **a.g.e.**, s. 192; Demogue, **a.g.e.**, s. 256 §234; Chavanne, **a.g.e.**, s. 51 §94; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1512; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 914; Barlas, **a.g.e.**, s. 38; Akkanat, **a.g.m.**, s. 27; Sarı, **a.g.m.**, s. 1578.

⁴⁷⁴ Madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur.*” Bu anlayışın, kanunda öngörülen şeklin aksi kanunen öngörülmedikçe geçerlilik şekli olduğunu düzenleyen TBK m. 12/f.2 hükmü ile çeliştiğini ifade eden, gerekçe eleştirisi için bkz.: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1549, Tülay Aydın Ünver, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s 872. İlgili madde metninde sayılmayan yollarla yapılan ihtarların geçerlilik şartı öngörülmemiş olması sebebiyle geçerli olmalarına rağmen, sayılan ispat vasıtalarıyla ispat edilemeyeceği için istenilen hukuki sonucun gerçekleşemeyecek olması sebebiyle kanun koyucunun şekil şartını kaldırmasına ilişkin olarak taşıdığı amacın gerçekleştirmesini zorlaştırdığı yönündeki haklı eleştiri için bkz.: Nil Karabağ Bulut, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 248.

olup, izleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacının sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunun yerine getirmesini, aksi halde, süre sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar etmesi gerektiğini düzenlemektedir. İhtarın özel bir şekilde yapılmasını düzenleyen bu hüküm tüm sigorta türleri için geçerlidir⁴⁷⁵.

HMK m. 438 hükmü düzenlemesine göre tarafların aksini kararlaştırmadığı takdirde, tebligat Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca yapılacaktır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 28 hükmüne göre, adresi bilinmeyen muhataba karşı yapılacak ihtar ilan yoluyla yapılmalıdır.

3.1.7.2.3.6. İhtarın Yapılacağı Zaman

TBK m. 117/f.1 hükmü muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği ifadesine yer verdiğinden, bu maddenin lafzi yorumundan ihtarın ancak borç muaccel olduktan sonra yapılacağı anlaşılır. Kural olarak, alacaklının ifayı talep edebilme imkânı ve borçlunun ifa yükümlülüğü muacceliyet ile var olduğundan ihtar bu andan sonra yapılmaktadır.

Ne kanunlarda ne de doktrinde ihtarın muacceliyetten önce yapılması halinde geçersiz olacağına ilişkin açık bir ifade yer aldığından, genel kabul ihtarın muacceliyetten sonra yapılması gerektiği ancak bazı hallerde istisnai olarak muacceliyetten önce de ihtarın yapılabileceğidir. Temelde istisna olarak öngörülen hallerin birbirinden farklı olması, değişik görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

İhtarın borç muaccel olmadan da yapılabileceğini savunan görüşe göre, alacaklı iş hayatının gereklerine uygun olarak, borçluyu uyarma amacıyla tedbiren borç muaccel olmadan ihtar da bulunabilir. Böylelikle borçlu, alacaklının amacının ne olduğunu bileceğinden muacceliyet tarihinde ihtar beyanında bulunulmasına gerek

⁴⁷⁵ Madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “...Tasarının bu maddesi ile öncelikle tüm sigortalar için geçerli olacak genel bir temerrüt hükmün sevk edilmesi amaçlanmıştır.”

kalmayacaktır⁴⁷⁶. Bu görüş, kanun metninin açık ifadesine aykırı olduğu ve haklı bir dayanağı olmadığı gerekçeleri ile eleştirilere konu olmaktadır⁴⁷⁷.

İhtarın ancak muacceliyetten sonra yapılabileceğini savunan yazarlar TBK m. 117/f.1 hükmünün lafzından hareket etmekte ve bu nedenle madde metninde yer alan muaccel borç ifadesinden yola çıkarak ancak borç muaccel hale geldikten sonra alacaklının ihtar beyanında bulunabileceğini kabul etmektedirler⁴⁷⁸. Bu görüşe göre, bu kuralın istisnasını, alacaklının kendisine ifa zamanını belirleme yetkisinin tanınması hali oluşturmaktadır. Bu durumda, alacaklı muacceliyet ihbarında ihtar niteliği taşıyan beyanlara yer vermişse, ihbarın borçluya ulaştığı an ile ihbarda belirlenen muacceliyet anı arasındaki süre makul ise, yeniden ihtar beyanında bulunulmasına gerek olmayacak ve ihtarın muacceliyetten önce yapılması geçerli olarak kabul edilecektir⁴⁷⁹. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁸⁰.

Bir diğer görüş kural olarak ihtarın muacceliyetten sonra yapılacağını kabul etmekle birlikte kabul ettiği istisnalar yönünden yukarıda bahsedilen görüşten ayrılmaktadır. Bu görüşe göre; ifanın zamana yayıldığı durumlarda borçlunun ifa zamanından önce ifayı gerçekleştirebilmek için birtakım hazırlıklar yapması gerekiyorsa; dürüstlük kuralı gereği alacaklının muacceliyetten önce ihtarda bulunması imkânı olmalıdır⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 19; Demogue, **a.g.e.**, s. 265 §238; Chavanne, **a.g.e.**, s. 51 §94; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 907; Önen, **a.g.e.**, s.43; Eren, **a.g.e.**, N. 3417.

⁴⁷⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 40; Kizir, **a.g.e.**, s. 82.

⁴⁷⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1507; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 912; Barlas, **a.g.e.**, s. 40; Akkanat, **a.g.m.**, s. 25.

⁴⁷⁹ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, s. 754; Barlas, **a.g.e.**, s. 40.

⁴⁸⁰ “6098 sayılı 'BK'nın 117. maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceğinden borçlunun temerrüde düşmesi ve geçmiş günler faiziyle sorumlu tutulabilmesi için borcun muaccel olmasından sonra keşide edilmiş ihtarın varlığı şarttır.”, Yargıtay 15. HD., 19.12.2017 tarihli, E. 2017/625, K. 2017/4484 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Borçlunun borcunu yerine getirmemesinde, yasal veya sözleşme süresinin aşılmasında her gecikme direnmenin sonuçlarını doğurmaz. Yasa, direnmenin sonuçlarının doğması için ayrıca bir özel direnme nedeninin bulunmasını koşullamıştır. İhtar, alacaklının süre yönünden tam bir yerine getirmeyi istediğini saptama yönünden yasa tarafından zorunlu görülmektedir. Böylece ihtar için muaccel bir borcun bulunması da gerekli olmaktadır.”, Yargıtay 4. HD., 30.09.1975 tarihli, E. 1975/6792, K. 1975/10365 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁴⁸¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234.

Kanımızca, her ne kadar kanun metni ihtarın yapılması için borcun muaccel olmasını aramış ve gerekçede de buna ilişkin herhangi bir açıklama yer almasa da hayatın olağan akışı dikkate alınmalı ve menfaatler dengesi gözetilerek karar verilmelidir. Bu nedenle muacceliyetten önce yapılmış bir ihtarın doğrudan geçersiz sayılmaması, dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olayın özelliklerine bakılması gerekmektedir⁴⁸².

Alacaklı ihtar beyanında bulunurken dürüstlük kuralına uygun olarak serbestçe ihtarda bulunacağı yeri ve zamanı belirleyebilir. Dürüstlük kuralı uyarınca, borçludan ifanın beklenemeyeceği bir yer ve zamanda ihtar yapılması uygunluk kriterinin sağlanmadığını gösterir⁴⁸³. Her ne kadar TBK m. 94 hükmü kıyasen uygulanacak ise de alışılmış iş saati kavramı somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterebilir. Somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılan değerlendirmede, ihtarın uygun yer ve zamanda yapılmadığı tespit edilirse, ihtar hüküm ve sonuçlarını dürüstlük kuralınca uygun olarak nitelendirilebilecek ilk andan itibaren doğuracaktır⁴⁸⁴. Mesai saatleri dışında akşam gerçekleştirilen bir arkadaş buluşmasında, düğünde ya da bir konferans esnasında ihtarın yapılması bu duruma örnek teşkil edecektir.

3.1.7.2.3.7. İspatı

Kısmi temerrüdün bir şartı olan ihtarın da gerçekleştirilmesi sonucunda alacaklı borçluyu temerrüde düşürerek menfaat elde ettiği için ihtarını ispat yükü alacaklıdadır. İhtarın gerçekleştiğini veya ihtarda bulunulmamışsa ihtar gereksiz kılan hususun varlığını alacaklı ispat ile yükümlüdür⁴⁸⁵.

⁴⁸² Sarı, **a.g.m.**, s. 1577.

⁴⁸³ CR-Thévenoz, Art. 102, N. 19; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 473, 474; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 907; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1514; Barlas, **a.g.e.**, s. 41.

⁴⁸⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 608; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 907; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1514; Barlas, **a.g.e.**, s.41; Akkanat, **a.g.m.**, s. 26; Sarı, **a.g.m.**, s. 1578. İhtarın uygun olan ilk zamanda hüküm ifade edeceğine ilişkin ortak bir kabul olsa da bu durumda ihtarın hükümsüz olacağı hususunda bkz.: Önen, **a.g.e.**, s. 42 ve hükümsüz olmayacağını, zira hükümsüz olması halinde uygun olarak kabul edileceği anda da hüküm ifade etmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz.: Barlas, **a.g.e.**, 43.

⁴⁸⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 43. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 117.maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarını ile mütemerrit olur. Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarını yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dava konusu olayda davacı,kendisinden haksız olarak

TTK m. 18/f. 3 hükmü, tacirler arası ilişkilerde ispat şartı öngörmüştür. Bu hüküm uyarınca, alacaklı tacir borçluyu kısmi temerrüde düşürmek için gerekli olan ihtar, noter aracılığıyla veya taahhütlü mektup, telgraf, güvenli elektronik imza yollarından biri ile yapmış olduğunu ispat etmelidir. Burada bir ispat şartı söz konusu olduğundan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde ispat kuralları uygulanacaktır.

Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin HMK m. 200 hükmü sadece hukuki işlemlere has ispat usulü öngörmüştür, ihtar hukuki niteliği itibariyle bir hukuki işlem olmadığından bu hüküm kapsamında olmayacaktır. Dolayısıyla ihtarın ispatı herhangi bir şekil şartına bağlı değildir; alacaklı her türlü delil ile ispat yükünü yerine getirebilir⁴⁸⁶. İhtarın ispatının şekil şartına bağlı olmamasının bir gerekçesi de ihtarın sonuçlarının ihtar gerçekleştirilen alacaklının iradesinden bağımsız olarak ve hatta alacaklı istemese bile kanunen gerçekleşmesidir⁴⁸⁷.

3.2. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Olumsuz Şartı

3.2.1. Borçlunun Kalan Edimi İfadan Kaçınma Hakkı Bulunmaması veya Böyle Bir İmkânı Bulunmasına Rağmen Bundan Gereğince Yararlanmaması

Borçlunun edimi zamanında ve tam olarak ifa etmekten kaçınabileceği hallerin tamamı konumuz kapsamında değildir; zira bunların bir kısmında edimin konusu

kesilen dava konusu miktarların ödenmesi için dava tarihinden önce davalıya ihtar çekerek onu temerrüde düşürdüğünü iddia ve ispat etmemiştir. Bu itibarla hüküm altına alınan miktara dava tarihinden itibaren faiz uygulanması zorunludur.", Yargıtay 13. HD., 14.02.2014 tarihli, E. 2014/3568, K. 2014/3812 sayılı kararı, Yargıtay 13. HD., 01.09.2015 tarihli, E. 2015/24177, K. 2015/24249 sayılı kararı, (**Lexpera**); "Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtar yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak icra takip tarihi, icra takibi yok ise dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dava konusu olayda davacı, hak edişlerinden kesilen dava konusu miktarların ödenmesi için icra takip tarihinden önce davalıya ihtar çekerek onu temerrüde düşürdüğünü iddia ve ispat etmemiştir. Bu itibarla icra takip tarihinden önceki dönem için belirlenen işlemiş yasal faize hükmedilmesi olanağı yoktur.", Yargıtay 13. HD., 11.07.2013 tarihli, E. 2013/17300, K. 2013/19462 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁴⁸⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 195; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 915; Barlas, **a.g.e.**, s. 43; Akkanat, **a.g.m.**, s. 27; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 659.

⁴⁸⁷ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 43; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 195; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 915.

olduğu hukuki ilişki doğmamışsa veya geçersiz ise esasen borçlunun ifa zorunluluğu yoktur. Konu kapsamında olan, geçerli olarak doğmuş bir hukuki ilişkiden kaynaklanan, muaccel bir borcun tamamını ifa zorunluluğunda olan borçlunun, bir hukuki sebebe dayanarak alacaklının kısmi ifaya ilişkin talebini geri çevirebilmesi ve kendisini kısmi temerrüde düşmekten kurtulabilmesidir. Başka bir ifadeyle, borçlunun kısmi temerrüdüne neden olacak gecikmeyi meşrulaştıracak haklı nedenlerin olmamasıdır. Buna ilişkin durumların başlıcaları aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıkması, borcun ertelenmesi ve borçlunun def'i hakkına sahip olmasıdır.

3.2.1.1. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Ortaya Çıkması Olması

Aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen TBK m. 138 hükmü incelendiğinde⁴⁸⁸, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş ise borçluya hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkının tanındığı görülür. Bu hükmün uygulanmasını gerektiren bir halde, borçlu ifa zamanında edimini yerine getirmekten haklı bir sebebe dayanarak kaçınacağı için, temerrüdün doğmayacağı sonucuna varmak gerekir⁴⁸⁹. Geçerli bir kısmi ifanın gerçekleştirilmiş olduğu durumda da bu hüküm uygulanacak ve kısmi temerrüt bertaraf edilmiş olacaktır.

⁴⁸⁸ TBK m. 138 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

⁴⁸⁹ Kılıç Öztürk, **a.g.e.**, s. 54.

3.2.1.2. Borcun Ertelenmesi (Tecil Anlaşması)

Alacaklı ile borçlu, borcun vadesinin uzatılması hususunda anlaşır bu hususta bir tecil anlaşması yapabilirler⁴⁹⁰. Tarafların borcun ertelenmesi hususunda yapmış oldukları anlaşmanın kısmi temerrüde etkisi nasıl olacaktır sorusuna olasılıklar değerlendirilerek cevap verilmelidir.

Sözleşmeden kaynaklanan borcun ertelenmesi, borcun doğumundan sonra ama muacceliyetten önce yapılırsa vadede değişiklik anlamı taşıdığı için, kanun hükmünden doğan erteleme gibi muacceliyetin gerçekleşmesini engelleyici etki yarattığı için kısmi temerrüdün oluşmasına engel olmaktadır. Borcun tamamının ertelenmesini kararlaştırmışlarsa zaten kısmi temerrüt hiç söz konusu olmayacaktır. Ertelemeye rağmen borçlu geçerli bir kısmi ifada bulunursa, zaten borcun muaccel olmadığı gerekçesiyle kısmi temerrüde düşürmek mümkün olmayacaktır. Örneğin; tarafların 6 konteynır oyuncağın teslimi sözleşmede kararlaştırılan tarihten 1 ay sonra gerçekleştirileceği hususunda anlaşmış olmaları durumunda, kısmi ifa imkânı olan borçlu, 3 konteynır yollamış ise eksik ifa sebebiyle kısmi temerrüde düşürülemeyecektir. Zira bu durumda, ifanın geri kalan kısmını yeni tarihe kadar tamamlama imkânı alacaklıya tanınmıştır.

Tarafların erteleme sözleşmelerini borcun bir kısmı için yapmaları hususunda bir engel bulunmamaktadır. Borcun bir kısmının ifasının ertelenmiş olduğu bu durumda, muacceliyet tarihinde yine geçerli bir kısmi ifa gerçekleştirildiğinde, ertelenmiş kısım hakkında borçlunun kısmi temerrüde düşürülmesi kararlaştırılan süre boyunca mümkün olmayacaktır. Örneğin; taraflar sözleşme konusu 6 konteynır oyuncağın teslimi hususunda 4 konteynır oyuncağın zamanında, 2 konteynır oyuncağın ise bu teslimden 25 gün sonra tesliminde anlaşmış olmaları durumunda, sadece 4 konteynır oyuncağın ilk kararlaştırılan tarihte teslimi neticesinde borçluyu kalan 2 konteynır oyuncağın tesliminde kısmi temerrüde düşürmek mümkün

⁴⁹⁰ Bkz.: yuk. s. 63 vd. Tecil anlaşmasına ilişkin daha önce yapmış olduğumuz açıklamalar muacceliyet açısından değerlendirilmesine yönelik olup, burada kendisine ilişkin bilgiler olumsuz şart kapsamında incelenmesi doğrultusunda ele alınıp yorumlanacaktır.

olmayacaktır. Kısmi temerrüt ancak kararlaştırılan yeni tarihte bakiye kısmın ifasının gerçekleştirilmemesi durumunda söz konusu olabilecektir.

Borçlunun geçerli bir kısmi ifa gerçekleştirmesi neticesinde, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine diğer seçeneklere başvurmak istemesi ve bu nedenle ek süre vermesi gerekli olan durumda, kısmi ifa gerçekleşmesi ile ek süre verilmesi arasındaki sürede erteleme sözleşmesi yapılmasının etkisi farklı olacaktır. Borçlu, erteleme süresi boyunca yani geçici bir süre için bakiye kısmın ifasından kaçınma hakkını elde eder. Erteleme sözleşmesine kadar işlemiş olan kısmi temerrüt hükümlerinin, kararlaştırılmış yeni ifa zamanına kadar uygulanması durur, kararlaştırılmış yeni tarihte ifa gerçekleşmez ise yeniden işlemeye başlar. Ek süre verilmesi ancak bu tarihten sonra mümkün olacaktır. Borçlunun kısmi temerrüde düşmüş olduğu halde yapılan erteleme sözleşmesi kısmi temerrüdü sona erdirmekle birlikte, taraflar o ana kadar doğan temerrüdün sonuçlarını ortadan kaldırmayı ayrıca amaçlamamışlarsa, bunlar saklı kalacaktır.

Sonuç olarak, borcun ertelenmesinin çok yönlü etkiye sahip olduğu açıkça görülmektedir. Erteleme sözleşmesinin yapıldığı tarihin kısmi temerrüde farklı etkileri bulunmaktadır. Muacceliyeti engelleyici etkisi, kısmi temerrüde konu olacak borcun muacceliyeti tarihinden önce yapılmış olduğu durumda ortaya çıkmaktadır, bu durumda borcun muacceliyet tarihi değişmektedir. Borçlunun kısmi ifada gecikmesini meşrulaştıracak etkisiyle, muacceliyet tarihini değiştirmedeği fakat muacceliyeti durdurduğu veya askıya aldığı durumda karşılaşılır. Kısmi temerrüdün olumsuz şartı kapsamında değerlendirilecek olan hal budur. Başka bir ifadeyle, eğer erteleme anlaşması, borç muaccel olmasına rağmen borçluya alacaklının kısmi ifaya ilişkin talebini haklı olarak geri çevirme olanağı sağlıyorsa, borçlunun kısmi temerrüdünün olumsuz şartı olarak değerlendirilebilir. Borçlu bakiye borcun muaccel olmasına rağmen, alacaklı ile arasındaki erteleme sözleşmesi uyarınca kararlaştırılmış süre boyunca ifa ile yükümlü olmadığını ileri sürebilecektir. Değerlendirmeye konu tüm bu olasılıklarda, geçerli bir kısmi ifanın gerçekleştirilmiş olması esastır.

Erteleme süresince alacaklı borçludan borcunu ifa etmesini talep edemeyeceği için bu bir itiraz niteliğindedir. Bu nedenle hâkim tarafından re'sen gözetilir .

3.2.1.3. Borçlunun Def'i Hakkı

Borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimi özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınma imkânı tanıyan hak olan⁴⁹¹ def'i hakkının varlığı ve kullanılması gerekip gerekmediği, kısmi temerrüde etkisi açısından, tartışmalıdır. Kesin def'ilerin muacceliyeti bertaraf ettiği hususunda fikir birliği bulunmakta iken, geciktirici def'ilerin borçlunun kısmi temerrüdüne etkisi farklı değerlendirilmektedir⁴⁹². Bununla birlikte, her iki def'i türünün ileri sürülmekle birlikte temerrüde engel olacağı kabul edilmektedir⁴⁹³. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasını düzenleyen TBK m. 97 hükmüne göre, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa hakkı bulunmadıkça, alacaklının ifayı talep edebilmesi için kendi ifasını gerçekleştirmiş olması ya da ifa teklifinde bulunmuş olması gerekir. Borçlunun, kendisine karşı edimin ifa edilmesi veya ifasının teklif edilmesi anına kadar edimi ifadan kaçınma hakkı; latince olarak **exceptio non adimpleti contractus**, Türkçe olarak akdin ifa edilmediği def'i veya ödemezlik def'i olarak ifade edilmektedir⁴⁹⁴. TBK m. 97 hükmüne göre borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunuyorsa ve bu hakka dayanarak ödemezlik def'ini ileri sürerse, borçlunun ifadan kaçınması borca aykırılık oluşturmayacağından borçlu temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Bu kanun maddesini kısmi temerrüde uyarlamak mümkündür. Bir örnekle açıklanacak olursa; 500.000 TL bedel ödenmesi karşılığında 2 vazo 3 tablo teslim edilmesi borçlarını içeren bir sözleşmenin yapılmış olduğu varsayımında; alıcı sözleşme gereği parayı satıcının hesabına yatırdıktan sonra, satıcı alıcıya bu malları teslim edecektir. Alıcı

⁴⁹¹ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 102, N. 4; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 470; Barlas, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, s. 32; Vedat Buz, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", **BATİDER**, C: XXIX, S. 4, 2013, s. 102. Def'i hakkının varlığının temerrüde engel olacağı anlamında: Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1152; Cüneyt Pekmez, **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 43.

⁴⁹² Comment, **a.g.e.**, s. 53.

⁴⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 470, 471; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 905; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 169. Aksi görüşe göre, borçlu temerrüde düşmüşse, artık TBK m. 97 ve TBK m. 98 hükümlerinde öngörölmüş def'ilerden yararlanamayacaktır. Bkz.: Demogue, **a.g.e.**, s. 256 §234; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 331 §322; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 213 §711; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 428 §143 vd.; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 414, 415; Eren, **a.g.e.**, N. 3428; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 15.

⁴⁹⁴ Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 242, 245; Kaniti, **a.g.e.**, s. 1; Pekmez, **a.g.e.**, s. 43.

parayı hesaba yatırmadan her ne kadar satıcının sözleşme konusu malları teslim imkânı olsa dahi buna zorunlu değildir, bu nedenle alıcı satıcıyı temerrüde düşüremeyecektir. Alıcının 300.000 TL tutarında ödeme gerçekleştirdiğinde, satıcının sözleşme konusu malların tamamını değil, 1 vazo ve 2 tabloyu göndermiş olduğu varsayımında, alıcı satıcıyı kısmi temerrüde düşüremeyecektir; çünkü önce alıcının kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir, satıcı böyle bir durumda ödemezlik def'ini ileri sürerek malları hiç göndermeyebilir, bu durumda da yine temerrüde düşürülemeyecektir. Bu durumun sebebi, tam ifanın esas olması nedeniyle, alacaklının kendi ediminin bir kısmını yerine getirmesi veya ifasını teklif etmesinin, borçlu tarafından ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için yeterli olmasıdır. Borçlu ödemezlik def'i bulunmasına rağmen, TMK m. 2 çerçevesinde, geçerli bir kısmi ifa gerçekleştirebilir; çünkü zaten borçlu borcunun tamamını ifa ile yükümlüdür ve ödemezlik def'i kendisine geçici olarak ifadan kaçınma hakkı verir, bu hakkı kullanıp kullanmamakta özgürdür. Borçlunun ödemezlik def'ini elinde bulundurması ya da bunu kullanması sebebiyle geçerli bir kısmi ifada bulunamayacağının kabulü hukuka aykırı olacaktır; çünkü borçlunun sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmesi engellenemez. Sonuç olarak, edimin ifasının bir kısmında yaşanan gecikme de ödemezlik def'ine yol açabilir. Kısmi ifa etmemenin, sözleşmenin dengesini ve varoluş sebebini tehlikeye düşürecek kadar ağırlıkta olması; pratik olarak ise sözleşmenin temel bir yükümlülüğünü etkilemesi gerekir⁴⁹⁵.

Ödemezlik def'inin varlığının, tek başına borçlunun temerrüdünü bertaraf etmek için yeterli olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Borçlunun kısmi temerrüdünü bertaraf edebilme etkisi de esas olarak farklılık taşımadığı için, ilgili açıklamalar borçlunun temerrüdüne etkisi bağlamında yapılacaktır.

Bir görüşe göre, ödemezlik def'inin varlığı tek başına borçlu temerrüdünü önlediğinden, ayrıca borçlunun ödemezlik def'ini ileri sürmesi gerekmemektedir. Bu görüşü savunan yazarlar dayandıkları gerekçelerin farklı olmasından dolayı iki gruba ayrılır. İlk gerekçe uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimler karşılıklı ve birbirine bağımlı olduğundan, bu bağımlılık ilişkisi nedeniyle ortada bir def'i değil,

⁴⁹⁵ Flour, v.d., a.g.e., N. 244.

def'i kılığına bürünmüş bir maddi şart bulunmaktadır⁴⁹⁶. Alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebilmesinin maddi şartı, kendisinin borçluya kendi edimini ifada bulunmuş veya ifayı teklif etmiş olmasıdır. Bu maddi şart gerçekleşmeden borçlunun kendi edimini ifa etme yükümlülüğü doğmayacağı ve borcun muaccel hale gelmesi de söz konusu olmayacağından, borçlunun def'i hakkının varlığı tek başına borçlu temerrüdünü önleyici etkiye sahip olup, ayrıca ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır⁴⁹⁷.

Ödemezlik def'inin varlığının tek başına temerrüdü engellediğini savunan diğer bir görüşe göre, ödemezlik def'i maddi bir şart olmayıp teknik olarak bir def'idir, ama borçlu tarafından ileri sürülmemiş olsa bile borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda sözleşmeye aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceğinden, ödemezlik def'inin soyut ve potansiyel varlığı borçlu temerrüdüne engel olacaktır⁴⁹⁸.

Başka bir görüşe göre ise, borçlunun temerrüdün oluşmasını engellemek için ödemezlik def'i hakkına sahip olmasının yeterli olmadığı, bu sonucun gerçekleşmesi için borçlu tarafından ileri sürülmesi gerektiği savunulur. Bu görüşün temeli, ancak def'inin ileri sürülmesi halinde, borçluyu muaccel bir borcu ifa zorunluluğundan kurtaracak olması sebebiyle borçlu temerrüdüne engel olacağına dayanmaktadır⁴⁹⁹.

Bir diğer görüş, ödemezlik def'inin borçlu temerrüdünü engelleyebilmesi için ileri sürülmesi gerektiğini kabul ederken, ödemezlik def'inin usulüne uygun olarak,

⁴⁹⁶ Tercier, **a.g.e.**, §1176; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1153; Buz, **Ödemezlik Def'i**, s. 86.

⁴⁹⁷ Buz, **Ödemezlik Def'i**, s. 86.

⁴⁹⁸ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §6 N. 16.

⁴⁹⁹ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 512, 605; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 70; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 832; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 169; Ateş, **a.g.e.**, s. 95. Buna karşılık itiraz sebebinin varlığının tek başına temerrüdü önleyeceğinden ileri sürülmesine gerek olmadığı yönünde bkz.: Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 231. İtirazlar, dava sebebinin doğru olmasına karşılık hakkın varlığına engel olan olaylardır. İtiraz niteliği taşıyan olay borcun muacceliyetinden önce, borcun varlığına etki ettiğinden; tek başına itiraz sebebinin varlığı borçlunun temerrüde düşmesine engel olmaktadır.

zamanında ileri sürülmesinin borcun muacceliyetini engellemesini gerekçe olarak göstermektedir⁵⁰⁰.

Ödemezlik def'inin varlığının tek başına borçlu temerrüdünü engellemesi görüşü kabul edilemez; çünkü bu anlayış uyarınca TBK m. 97 hükmünde düzenlenmiş olan borçlunun ifadan kaçması imkânı, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edecektir. Bu görüş uyarınca, borçlu, ifa etmeme hakkı olduğunu düşünerek hem ifadan kaçınacak hem de borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmamasını sağlayacaktır. Böyle bir uygulamanın varlığı kabul edilemez olduğu gibi hukuk mantığına ve kanun tarafından gözetilen menfaatler dengesinin sağlanmasına da aykırıdır. Bu nedenle, ifadan kaçınma imkânı olan borçlu, bu def'ini ileri sürmedikçe borçlu temerrüdünün gerçekleşmesini engelleyemeyecektir.

Borçlu temerrüdünün engellenmesi için, sahip olunan ödemezlik def'inin ileri sürülmesi gerektiği görüşünün kabulü halinde temerrüde etki ettiği an bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, borçlu temerrüde düştükten sonra artık ödemezlik def'ini ileri süremez⁵⁰¹. Diğer bir görüş, sonradan ileri sürülen ödemezlik def'inin borçlu temerrüdünü sona erdireceğini kabul eder⁵⁰². Aslında bu görüş kendi içinde farklı anlayışlar barındırdığından iki alt gruba ayrıldığı kabul edilmelidir. Birinci görüşe göre, borçlunun ödemezlik def'i ileri sürmesinin “ex tunc” etkisi olduğundan temerrüdün o ana kadar doğmuş bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağı, dolayısıyla hiç temerrüde düşmemiş gibi olacağı savunulur⁵⁰³. Bu anlayış uyarınca, temerrüde etki etmeye başlayacağı tarih açısından def'i hakkının doğma anı önemlidir, ne zaman ileri sürüldüğünün temerrüdü sona erdirici etkisi bakımından farkı bulunmamaktadır⁵⁰⁴. Söz konusu olabilecek tek farklı hal, sona erdirici etkinin içeriğine ilişkin ortaya çıkan, temerrüt gerçekleştikten sonra def'i hakkının ortaya

⁵⁰⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 532 §72; CR-Thévenoz, Art 102, N. 15; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 605; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 231; Pekmez, **a.g.e.**, s. 422.

⁵⁰¹ Eren, **a.g.e.**, N. 3428.

⁵⁰² Comment, **a.g.e.**, s. 54; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 750.

⁵⁰³ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1557; Buz, **Ödemezlik Def'i**, s.91; Kaniti, **a.g.e.**, s. 155.

⁵⁰⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1505. Ödemezlik def'i bakımından bu yönde: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1557; Buz, **Ödemezlik Def'i**, s. 103; Kaniti, **a.g.e.**, s. 155; Ateş, **a.g.e.**, s. 101.

çıkması durumunda, bu tarihe kadar doğmuş olan temerrüdün sonuçları saklı kalmak üzere temerrüdün sona erecek olmasıdır. Diğer görüş ise ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin ileriye etkili olduğunu kabul ettiğinden, temerrüdün def'inin ileri sürüldüğü ana kadar doğmuş olan sonuçlarının geçerli olarak varlığını koruduğunu kabul eder⁵⁰⁵.

Def'i ileri sürerek temerrüde düşmesini engelleyebilecek olan borçlu, bu def'iyi ileri sürdüğü ana kadar temerrüt hüküm doğurmaya başlamış ise bunun sonuçlarına katlanacak ve def'iyi ileri sürmek suretiyle bu andan sonra temerrüt hükümlerinin sona ermesini sağlayacaktır. Ödemezlik def'ini vaktinde ileri sürmeyen borçluya, daha sonra ileri sürmesi halinde, temerrüdün sonuçlarından baştan itibaren kurtulma imkânı verilmemelidir⁵⁰⁶.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m. 98 hükmü, borçluya edimi ifadan kaçınma hakkı veren bir diğer hükümdür. Bu hükme göre⁵⁰⁷ karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının borç ödemede güçsüzlüğe düştüğü hallerde, kendi edimini ifa zamanı gelen borçlu, eğer alacak hakkı tehlikeye düşüyor ise ifadan kaçınabilecektir, bu imkân ile birlikte ifadan kaçınan borçlu temerrüde düşmeyecektir.

Dikkat edilmelidir ki TBK m. 98/f.1 hükmünde sayılan haller sınırlı sayıda olmayıp örnek olarak verilmiştir. Dolayısıyla, ifa güçsüzlüğüne yol açacak nitelikte diğer hallerin varlığında da bu hüküm uygulanacaktır. Alacaklının iflası, haczin sonuçsuz kalmasının dışında, alacaklının borçlarından kurtulmak için iletişim bilgilerini, izini kaybettirmesi veya konkordato başvurusunda bulunması da borçluya ifadan kaçınma imkânı veren haller olarak sayılabilir⁵⁰⁸. Bu hallerin borçlunun muaccel borcunun bir kısmını ifa ettikten sonra ortaya çıkması olasılığı ile birlikte,

⁵⁰⁵ CR-Thévenoz, Art 102 N 14, N. 15; Buz, **Ödemezlik Def'i**, s. 92, Pekmez, **a.g.e.**, s. 424.

⁵⁰⁶ Gizem Kılıç Öztürk, **Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 53.

⁵⁰⁷ TBK m. 98/f. 1 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*”

⁵⁰⁸ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1417; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 3946.

borçlunun bu hallerin varlığına rağmen geçerli bir kısmi ifada bulunması durumu çalışılan konu kapsamında ele alınmalıdır.

Madde metninde örneklenen bu hallerde, karşı tarafın ediminin ifası güvence altına alınıncaya kadar borçlu kendi edimini ifadan kaçınabilir. Ancak bu geçici bir süre için tanınmış ifadan kaçınma imkânıdır. Borçlunun bunu kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Borçlu kısmen ifada da bulunabilir ama bu onun kısmi temerrüde düşmesine sebep olmaz; çünkü nihayetinde hiç ifa etmeme imkânı tanınmışken, o böylelikle bu olanağı kısmen kullanmayı tercih etmektedir. Bu madde borçluyu korumakta ve kendi alacağını sağlama alana kadar edimi ifadan kaçınabilmesini öngörmektedir, ancak dikkat edilmelidir ki, süresiz bir ifadan kaçınma hakkı tanımamaktadır. Bu nedenle, öngörülen güvence sağlanana kadar kısmi temerrüt söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle kısmi temerrüdün belirli bir süre için bertaraf edildiği söylenebilir.

Borçlunun def'i hakkını kullanmasının şekil ve süreye ilişkin sınırlarını, ancak dava veya takip yolunda ileri sürecek olması durumunda usul kurallarına bağlı olması oluşturur. Dava esnasında hâkimin def'iyi gözetme esasları, dosyadan def'ie ilişkin anlaşılan hususa göre değişkenlik göstermektedir. Dava dosyasından, def'inin varlığı anlaşılıyorsa hâkimin re'sen dikkate alması mümkün değil iken; mahkeme dışında bu hakkın ileri sürülmüş olduğunun anlaşılması durumunda hâkim bunu kendiliğinden gözetecektir⁵⁰⁹. Bir görüşe göre, bu hususun ancak davadan önce ileri sürülen def'iler için geçerli olacağı kabul edilmektedir⁵¹⁰.

Alacaklının seçimlik haklarını kullanması üzerine borçlunun def'i hakkını gecikmeksizin ileri sürmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹¹. Kanımızca, gecikmeksizin ifadesi, def'i hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına uygun olması gerekliliği çerçevesinde yorumlanmalıdır.

⁵⁰⁹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1414.

⁵¹⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 73. Ödemezlik def'i bakımından bu yönde, Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1414; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1114.

⁵¹¹ Buz, **Ödemezlik Def'i**, s. 107, 108.

Hayatın olağan akışına uygun olarak, hiç ifa etmeme imkânına sahip olan borçlunun kısmi ifada bulunması şüphelere yol açabilir. Ödemezlik def'inin varlığına rağmen borçlunun kısmi ifada bulunması, her somut olayda TMK m. 2 hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Borçlu, kendi borcunun bir kısmından kurtulmak isteyebilir, örneğin sadece bu sözleşme için belirli depo masrafı yapmış olabilir ya da tahammül edebileceğinden fazlası hususunda sözleşme yapmış olabilir; kendi normaline dönebilmek için, kendisi için fazlalık oluşturan kısmı ifa etmeyi tercih edebilir. Bu durumda ödemezlik def'i varken gerçekleşen kısmi ifayı reddetmek hakkaniyete aykırı olacaktır. Zira, sözleşmede amaçlanan alacaklının alacağının tamamına zamanında kavuşmasıdır; alacaklı, zamanında menfaatinin tamamına ulaşmasa bile mümkün olduğunca çoğunu elde etmelidir. Ödemezlik def'i alacağın sona ermesine neden olmadığından, ödemezlik def'inin var olması sebebiyle kısmi ifanın doğrudan reddedilmesi düşünülemez, varlığı devam eden alacağın temini için borçlunun geçerli kısmi ifası dürüstlük kuralına uygun olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki, savunulan görüş uyarınca ödemezlik def'inin salt varlığı temerrüdü bertaraf edici etkiye sahip değildir. Borçlu, geçerli bir kısmi ifada bulunduktan sonra, kalan kısım için ödemezlik def'ini ileri sürerek kısmi temerrüdü bertaraf edebilecektir.

4. Borçlunun Kısmi Temerrüdünde Kusurun Rolü

Borçlunun kısmi temerrüdü, borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durum olduğundan, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart olarak öngörülmemiştir⁵¹². Başka bir ifadeyle, borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusurlu olup olmamasının temerrüdün ortaya çıkması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesindeki kusuru, temerrüdün bazı sonuçları bakımından önem taşır⁵¹³. Kısmi temerrüdün bazı sonuçlarının uygulanabilmesi için

⁵¹² Bu husus, TBK düzenlemesinde kanun koyucunun objektif borca aykırı gecikme teorisini ya da diğer bir söylemle objektif temerrüt teorisini tercih etmiş olması ile ilintili olarak ifade edilmektedir. Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 39.

⁵¹³ Comment, **a.g.e.**, s. 58; Tercier, **a.g.e.**, §1176; Guhl, **a.g.e.**, s. 170; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1703; Demogue, **a.g.e.**, s. 251 §231; CR-Thévenoz, Art 102, N. 10, Art. 107 N. 5; Chavanne, **a.g.e.**, s. 46 §77; von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 538; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1544; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1533; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 919; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 2; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 241; Eren, **a.g.e.**, N. 3431; Eren,

borçlunun kusurlu olması gerekirken, bazı hallerde kusur, sorumluluğu ağırlaştırıcı etki taşır. Kural olarak, kısmi temerrüdün neden olduğu zararın tazmininin talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması aranmakta iken, bazı sonuçlar açısından borçlunun kusurlu olması şart değildir; para borçlarında temerrüt faizi istenebilmesi veya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşmeyen tarafın sözleşmeden dönebilmesi imkânları buna örnek oluşturur.

Borçlunun basit ve nitelikli kısmi temerrüdü kavramsal olarak Türk hukuk sisteminde yer almamakla birlikte, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinin, kanun koyucu tarafından özellik atfedilerek düzenlenmiş olması karşısında, İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi⁵¹⁴, çalışmada bu başlıklar altında ele alınması uygun görülmüştür.

Dönmez, **a.g.e.**, Madde 117 N. 39; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1372; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 620.

⁵¹⁴ Tercier, **a.g.e.**, §1166; Chavanne, **a.g.e.**, s. 46, 57, 65; **CR**-Thévenoz, Art 107; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1694; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1277.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLUNUN BASİT KISMİ TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

1. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Genel Sonuçları

Borçlunun basit kısmi temerrüdü kavramı, borçlunun kısmi temerrüdünün karşılıklı borç yüklemeyen sözleşmelerde karşılaşılan halini ifade eder¹. Borçlunun kısmi temerrüdü borcu sona erdirmedeği gibi borcun talep ve ifa edilebilirliğini engellemez, sadece borçlu aleyhine birtakım hüküm ve sonuçlar doğurur. Mütemerrit borçlu gecikmiş bakiye edimi her zaman ifa edebileceği gibi alacaklı da ifayı talep edebilir². Temerrüdün sonuçları bütün temerrüt hallerine ilişkin olanlar için genel olarak nitelendirilirken, para borçlarına ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin

¹ Chavanne, **a.g.e.**, s. 46; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1694.

² Bu doğrultuda, Fransız hukukunda temerrüt halinde, mütemerrit borçluyu ifaya zorlamak için bir yaptırım öngörülmüştür. **Astreinte** adı verilen bu ceza uyarınca, hâkim temerrüdün devam ettiği her gün için borçlunun bir meblağ ödemesine hükmeder. Alacaklının gecikmeden kaynaklı zararının tazmininden farklı, ona eklenen bir cezadır. Önemli olan, borçluyu ifaya zorlayacak bir baskı ağırlığında olmasıdır. Hâkim bu hususta tarafların talepleriyle bağlı değildir; hâkim sahip olduğu geniş takdir yetkisi uyarınca talep edilmemesine rağmen cezaya karar verebileceği gibi talep edildiği halde cezaya hükmetmeyebilir. Hakimin borçlunun sorumluluğuna yüklediği ceza tutarının meblağını belirlemesi gerekmektedir. Belirleme tarihinden itibaren borçlu artık bir tehdide maruz değildir, yeni bir borç ile yükümlüdür. Tutarın belirlenmesinde hâkimin değişiklik yapabilmesi imkânı değerlendirilerek geçici-kesin ceza ayırımı yapılmaktadır. Her hâlükârda, ceza ancak, yükümlülüğe konu olan kararın icra edilebilir hale geldiği günden önce olmamak kaydıyla, kararın borçluya tebliğ edildiğini varsayan, hâkim tarafından belirlenen tarihten itibaren hüküm ifade eder. Ceza ödemesi hemen uygulanabilir değildir; alacaklı ödemeyi ancak edim kesin olarak ifa edildiğinde veya ifa etmeme kesinlik kazandığı andan itibaren talep edebilecektir. Bu yaptırım, alacaklının tazminat elde ettiği durumlarda sebepsiz zenginleşmeye yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 164 vd.; Nicole Catala, “Fransız Hukukunda “Astreinte: İcbar Edici Ceza” Müessesesi”, çev. Bilge Umar, **AD**, C. LXI, S. 9, 1970, s. 578-589.

olanlar özel olarak nitelendirilir³. Kısmi temerrüt halinde de bu ayırım aynen uygulanacaktır.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları TBK m. 118 ve m. 119 hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 118 hükmü, temerrüde düşen borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenlediğinden, borcun genişlemesi söz konusu olmaktadır⁴. TBK m. 119 hükmü ise, temerrüde düşen borçlunun, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zararlardan sorumlu tutulduğunu düzenlediğinden borçlunun sorumluluğu arttığı için, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüğünün ağırlaşması söz konusu olmaktadır⁵. Türk Borçlar Kanunu'nda, kanun koyucunun kısmi temerrüdü öngörmeden düzenlemeler getirdiği anlaşılmaktadır. Ancak kısmi temerrüdün borçlunun temerrüdünün doğal bir parçası olması nedeniyle yani niteliği gereği, bu hükümler kısmi temerrüt halinde de uygulama alanı bulacaktır. Kısmi temerrüdün önem teşkil eden farklılıkları, özel sonuçlar açısından kendini belli etmektedir. Genel sonuçlar ise kısmi temerrüdün doğasına uygun olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin genel hükümlerinin yorumlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır⁶.

1.1. Borçlunun Bakiye Kısmı Aynen İfa ile Yükümlü Olması

Aynen ifa yükümlülüğünün kaynağı ahde vefa ilkesi olup kanuna uygun olarak yapılmış sözleşme ile tarafların bağlı olup, borçlandıkları edimi yerine getirme yükümlülükleri olduğunu ifade eder⁷.

³ Engel, **a.g.e.**, s. 437, §203 A; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242.

⁴ İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 621.

⁵ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 275.

⁶ Anlam bütünlüğü teşkil etmesi açısından kısmi temerrüde uyarlanmış olarak yer verdiğimiz bilgilerin kaynağında borçlu temerrüdündeki durum yer aldığı için, yapılan atıflar bu husus dikkate alınarak okunmalıdır.

⁷ Ece Baş, “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 625.

Aynen ifa yükümlülüğü genel olarak, borçlu temerrüdünün bir sonucu olarak kabul edilmekte ise de bir görüşe göre alacaklının gecikmiş ifayı talep etmesi nitelik olarak bir özellik taşımayıp, muaccel bir alacağın normal hükmü olduğundan borçlu temerrüdüne özgü bir sonuç değildir⁸. Bu görüş uyarınca, borçlu temerrüdünün genel sonuçları, gecikme tazminatı ve borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılmasıdır.

Borçlunun kısmi temerrüdünde aynen ifa kavramı borçlu temerrüdünden farklılık arz etmektedir. Borçlunun kısmi temerrüdünde aynen ifanın konusu, edimin geçerli olarak ifa edilmemiş, bakiye kısmıdır. Borçlunun, taraflarca kararlaştırılmış olan borcunun geçerli olarak ifa edilmiş kısmı aynen ifa talebinin kapsamında değildir; çünkü alacaklı zaten ona ilişkin menfaatinin sağlamıştır. Unutulmamalıdır ki, kısmi temerrüt halinde aynen ifa ile amaçlanan, alacaklının sözleşmesel menfaatinin tam olarak sağlanmasıdır. Alacaklının kısmi ifa nedeniyle eksik kalan menfaati, aynen ifa talebi ile tamamlanmak istenmektedir.

Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi onu aynen ifa yükümlülüğünden kurtarmamakla beraber, alacaklıya da aynen ifa yerine tazminat isteme hakkı vermez⁹. Bu doğrultuda, borçlu kısmi temerrüde düştükten sonra, bakiye edimin ifası mümkün olduğu, başka bir ifadeyle edimin ifası imkânsızlaşmadığı sürece alacaklı borcun ifasını talep ve dava edebileceğinden, bu amaçla icra takibi başlatabileceği gibi aynen ifa talep sonuçlu dava da açabilir¹⁰.

Kural olarak, bakiye kısmın aynen ifası mümkün olduğu sürece, alacaklı aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteyemez. Aynen ifa yerine tazminat isteme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde belirli şartların gerçekleşmesi koşuluyla alacaklıya tanınmıştır.

Borçlunun her türlü borcuna ilişkin olabilen aynen ifa yükümlülüğüne, borçlunun kusurlu olmasının hiçbir etkisi yoktur.

⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 A; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1579; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1400; Ateş, **a.g.e.**, s. 131.

⁹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 920.

¹⁰ Demolombe, **a.g.e.**, s. 532 §530; Eren, **a.g.e.**, N. 3434.

Borçlunun taahhüt etmiş olduğu yapma borcunu yerine getirmemesi üzerine, masrafları kendisine yükletilmek üzere ikame ifaya imkân veren TBK m. 113/f.1 hükmünün¹¹ farklı anlayışlar doğrultusunda yorumlanması, borçlunun kusurunun aynen ifa yükümlülüğünde etkisi bakımından özellik arz eden durumlara yol açmaktadır. Bu hükümde yer alan hususun aynen ifa olduğunun kabulü halinde borçlunun kusurunun talep edilmeye ilişkin herhangi bir etkisi bulunmazken, burada bir tazminat hükmünün varlığı olduğuna ilişkin görüş uyarınca borçlunun kusurunun talep edilebilirliğine etki edeceğini savunulmaktadır. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre, ikame ifayı düzenleyen TBK m. 113/f. 1 hükmü alacaklının aynen ifayı elde etmesi için öngörülmüş bir cebri icra hükmüdür¹². Burada her ne kadar borçlunun masrafları üstlenmesi öngörülmüş ise de bir tazminat söz konusu olmadığı için borçlunun kusurlu olması şart değildir¹³. Bu hükmün alacaklının borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimi aynen ifa etmemesinden dolayı uğramış olduğu zararın tazminine ilişkin özel bir hüküm olduğunu kabul eden diğer görüşe göre ise, borçlunun tazmin ile yükümlü olması için kusursuzluğunu ispat edememiş olması gerekmektedir¹⁴. Bu görüş uyarınca, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının TBK 125 hükmü uyarınca aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, tazminatın hesaplanması TBK m. 113/f.1 hükmü uyarınca yapılacaktır; oysa aynen ifa hükmü olduğunun kabulü halinde hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁵.

Bu hükmün aynen ifanın talep edilmesine ilişkin olduğunu kabul eden bir diğer görüşe göre, bu hükümde cebri icraya yönelik bir husus bulunmamaktadır. İkame ifaya izin verilmesi için, alacaklının buna ilişkin bir ilam elde etmiş olması gerekmemektedir, aksi durumda böyle bir şartın aranması İİK m. 30 hükmünü işlevsiz

¹¹ TBK m. 113 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*”

¹² Eren, **a.g.e.**, N. 3240; Serozan, **a.g.e.**, §17 N. 6; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 783; Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 84; Şenocak, **a.g.e.**, s. 194.

¹³ Eren, **a.g.e.**, N. 3240.

¹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1414, 1460.

¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1413 dn. 262.

hale getirecek veya İİK m. 30 hükmü ile TBK m. 113/f. hükmünü değiştirilmiş olduğu sonucuna varılmasına sebep olacaktır¹⁶.

Borçlunun asli edim yükümlülüğü olan aynen ifa yükümlülüğünün sona ermiş olmasını bir şart olarak arayan görüş, TBK m. 113/f.1 hükmünün uygulanmasını gerektirecek olayın tali olarak, ifa ihlali halinde ortaya çıkacağını ileri sürmektedir. Bu hüküm, alacaklının yerine getirilmeyen ifayı ikame etmesi ve borçludan buna ilişkin masraflarını talep etmesi için öngörülmüştür. Alacaklının bu hükme başvurabilmesi için, öncelikle borçludan aynen ifayı talep etmesi gerekmekte ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçluya tanınmış olan süre semeresiz geçirilmiş olması üzerine derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir¹⁷.

İkame yoluyla ifanın bir çeşit ifa niteliği taşımasından hareketle ifayı talep etme şartlarının aranmasını ileri süren görüşe göre, TBK m. 113/f.1 kanun sistematğinde farklı bir yerde düzenlenmiş olsa da, ikame ifa ve bunun masraflarını borçludan talep etme seçimlik hakkı tanıdığı için borçlu temerrüdü sonuçlarına ilişkin bir hükümdür. Alacaklının bu hükme başvurup ikame ifayı sağlamak ve masraflarını borçludan talep edebilmesi için öncelikle borçluyu temerrüde düşürmesi gerekmektedir¹⁸.

Yargıtay da TBK m. 113/f.1 hükmü uyarınca, borçluya masrafları yükletilerek ikame ifa sağlamak için izin verilmesinin aynen ifa niteliğinde olduğunu kabul etmekte¹⁹ ve bu hükümden yararlanabilmek için alacaklının borçluyu temerrüde düşürmüş olmasını bir şart olarak aramaktadır²⁰.

¹⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 922.

¹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁸ Aydıncık, **a.g.e.**, s. 102, 106.

¹⁹ Yargıtay 23. HD., 28.03.2017 tarihli, E. 2016/6308, K. 2017/967, K. sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 23. HD., 14.11.2018 tarihli, E. 2016/4624, K. 2018/5275 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁰ Yargıtay 15. HD., 22.01.2019 tarihli, E. 2018/1868, K. 2019/272 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 12.02.2019 tarihli, E. 2018/1522, K. 2019/545 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 26.09.2019 tarihli, E. 2019/1194, K. 2019/3658 sayılı kararı (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 17.10.2019 tarihli, E. 2019/2801, K. 2019/3981 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 02.07.2020 tarihli, E. 2019/3093, K. 2020/2026 sayılı kararı (**Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı**).

TBK m. 113 hükmünde, yapma borçlarında alacaklı tarafından bizzat ya da üçüncü bir kişi tarafından ifada bulunulmak suretiyle alacaklının menfaatinin karşılanacağı öngörüldüğünden, aynen ifa talebinin karşılanamayacağını savunan bir görüş bulunmaktadır²¹. TBK m. 113 düzenlemesi, adeta yapma borçlarında borçlu temerrüdünde taahhüt edilen işin yapılması konusunda alacaklıya yetki verilmesine ilişkin genel nitelikte bir hükümdür²². Edimin şahsi nitelikte olması halinde bile, alacaklı borçluyu aynen ifaya zorlayamayacağından imkânsızlık hükümlerinden yararlanacaktır. Yapmama borçlarında ise belirli bir süre veya bir kere belirli bir davranışta bulunmama taahhüdünde bulunan borçlu, bu borcunu ihlâl ettiği anda aynen ifa olanağı ortadan kalkmış olmaktadır²³.

TBK m. 113 hükmü kısmi temerrüde uyarlandığında, yapma borcunun tamamının borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklının, masrafı borçluya ait olmak üzere işin kalan kısmının kendisi veya bir başkası tarafından yapılmasına izin verilmesini istemesine imkân tanındığı kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, alacaklı borçluyu kısmi temerrüde düşürdükten sonra, alacaklı doğrudan TBK m. 113/f.1 hükmüne dayanarak mahkemeye başvurarak masrafları borçluya ait olmak üzere ikame ifaya izin verilmesini talep edebilir, daha önceden borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir ilamın varlığına gerek yoktur. İsviçre hukukunda mevcut bir görüşe göre; borçlunun kısmi temerrüde düşmesi yeterli olmayıp, alacaklının borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir ilam elde etmiş ve bu ilama dayanarak bir icra takibi başlatmış olması gerekmektedir²⁴. Bunun gerekçesi, borçluya bakiye borcunu bizzat ifa etmesi için son bir fırsat verilmesi ve akabinde alacaklının TBK m. 113 hükmüne dayanmasının haklı olmasıdır²⁵. İsviçre hukukundaki bir diğer görüşe göre ise, alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi akabinde TBK m. 113 hükmü uyarınca

²¹ Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 116, 117; Belen, **a.g.e.**, s. 263, 264.

²² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 4201, Yazar TBK m. 473/f. 3 hükmünü aynı doğrultudaki özel hükümlere örnek olarak göstermiştir.

²³ Belen, **a.g.e.**, s. 263, 264.

²⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, s. 556.

²⁵ Tercier, **a.g.e.**, §1179; Oser-Schönenger, **a.g.e.**, s. 730; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1291.

ikame ifa için izin elde etmesi mümkündür, alacaklının daha önceden borçluyu ifaya mahkûm eden bir ilam elde etmiş olmasına gerek bulunmamaktadır²⁶.

Yapmama borçları açısından, doğası gereği kısmi temerrüt meydana gelmeyeceğinden buna ilişkin görüşlerin irdelenmesi mümkün değildir.

1.2. Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumluluk (Gecikme Tazminatı)

Borçlanılan edimin tamamının geç ifa edilmesi nedeniyle alacaklı bir zarara uğramışsa, TBK m. 118 hükmü gereğince, borçlunun, kısmi temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Alacaklının edimin ifasının tamamını elde etmek için boş yere yapmış olduğu harcamaları bu kapsamda talep etmesi mümkündür²⁷. Boş yere yapılma hususu, ek masraf niteliğini tanımlayacak olup, keyfi bir harcamanın veya borç vaktinde tamamen ifa edilse dahi yine yapılacak olan bir masrafın tazmin edilememesine yol açar²⁸. Alacaklı uğramış olduğu bu zararı, aynen ifa talebinin yanı sıra ileri sürebilecektir. Borçlu bakiye borcunun ifası ile birlikte, geç ifasından kaynaklanan bu zararı telafi etmekle yükümlü tutulmuştur. Borçlunun, geç ifadan dolayı sorumlu olması borçlu temerrüdünün bir sonucudur, geç ifa nedeniyle alacaklının ifa zamanında elde edemediği menfaati sağlamaya yöneliktir²⁹. Gecikme tazminatı, bakiye borcun ifasının

²⁶ Bu görüşü savunan yazarlar ve tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Selma Hülya İmamoğlu, “Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK M.113/I Hükmünün Hukuki Niteliği Ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 2, 2021, s. 812 vd.

²⁷ Guhl, *a.g.e.*, s. 170; Comment, *a.g.e.*, s. 101; Engel, *a.g.e.*, s. 468 3; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, *a.g.e.*, N. 1562.

²⁸ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (g); Furrer, Müller-Chen, Çetiner, *a.g.e.*, N. 1532.

²⁹ Comment, *a.g.e.*, s. 102; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 1; Demolombe, *a.g.e.*, s. 521, 522; Engel, *a.g.e.*, s. 467 §203 A; von Tuhr, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, s. 541; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, *a.g.e.*, N. 1559; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, N. 1582. “Belirtmek gerekir ki, gecikmeden doğan zararlar sebebiyle geçilme tazminatı istenebilir. Borçlanılan edimin gecikerek de olsa aynen ifası, bazı hallerde alacaklının geçilme yüzünden uğradığı zararı karşılamaya yetmez. Bu sebeple alacaklı, borçludan aynen ifa yanında gecikme dolayısıyla uğramış olduğu zararın tazminini de isteyebilir. Gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatının istenmesine engel yoktur. Burada alacaklının gecikme dolayısıyla uğradığı zarara, gecikme zararı, bu zararın giderilmesi için istenen tazminata ise gecikme tazminatı denir.” Yargıtay HGK., 10.10.2012 tarihli, E. 2012/7-502, K. 2012/707 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...gecikme tazminatı, alacaklının borcun geç ifa edilmesinden uğradığı zararı karşılamayı

yerine istenmemekte ona eklenmektedir. Tazminat yükümlülüğü ifa yükümlülüğünü takip etmekte onun yerine geçmemektedir.³⁰.

Gecikme tazminatı, temerrüde düşen borçlunun, ikincil nitelikte borcu olduğundan gecikme tazminatı esas borca eklenir³¹. Bunun sonucunda, borçlu hem kendi edimini aynen yerine getirmekle hem de gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür. Gecikme tazminatının, aynen ifayı elde etme iradesinin bir uzantısı olarak istenmesi doğrultusunda, alacaklının malvarlığında edim bakımından herhangi bir azalma meydana gelmeyeceği için tazminatın miktarının hesaplanmasında edimin değerinin yer almayacağı ifade edilmektedir³². Alacaklı, aynen ifa talebi sonucunda gecikmiş olarak bile olsa, edimi elde etmiş olacağı için, edimin değerini malvarlığına katmış olacaktır. Bu nedenle malvarlığında edinmiş olduğu bir değeri, mükerrer bir kazanım olmaması gerekçesiyle, gecikme tazminatı kapsamında talep edemeyecektir. Lakin, geç ifadan dolayı bir değer kaybı meydana gelmiş ise, alacaklı bu değer kaybını gecikme tazminatı kapsamında kısmi temerrüde düşen borçludan talep edebilecektir³³.

1.2.1. Alacaklının Zararının Doğmuş Olması

Borçlunun gecikmeden doğan zarardan sorumlu olabilmesi için öncelikle alacaklının bir zararının doğmuş olması, bu zararın borçlunun kısmi temerrüdünden kaynaklanması ve borçlunun kusurlu olması gerekmektedir.

Alacaklının zararının varlığı, gecikme tazminatı talep edilebilmesinin ilk şartıdır. Alacaklının, arzusu dışında, malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma, pasifinde meydana gelen çoğalma veya yoksun kaldığı kâr, zarar kapsamına girmektedir. Alacaklının zararının tespiti fark teorisine göre yapıldığından, zarar gören

amaçlar ve alacaklının borcun gecikmeden ifa edilmesindeki çıkarını sağlamaya yöneliktir.” Yargıtay 23. HD., 04.12.2015 tarihli, E. 2015/5300, K. 2015/7883 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁰ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 1.

³¹ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 1; Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 118; von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yargıtay Yayınları, No: 19, Ankara, 1987, s. 238.

³² Eren, **a.g.e.**, N. 3450; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 7.

³³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 761; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 7.

alacaklının mevcut malvarlığı ile zarar veren olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum karşılaştırılır. Zarar veren olay geç ifa olduğundan, söz konusu fark, borcun bir kısmının geç ifa edilmesinden doğan zarar olacaktır³⁴. Olumlu zarar niteliğinde olan gecikme zararı, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kalemlerinden oluşur³⁵. Olumlu zarar niteliğini haiz olması, doktrinde sözleşmeden dönme halinde yalnızca olumsuz zararın tazmininin istenebileceğini savunan yazarlar ve Yargıtay’a göre, sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanan alacaklının gecikme tazminatını talep edememesine yol açar³⁶.

1.2.1.1. Fiili Zarar

Takip giderleri, karşı edimi zamanında teslim almak amacıyla yapılan hazırlık masrafları, alacaklının geciken edim kısmının yerine kullanmak üzere kiralama veya satın alma yoluyla edindiği şeyler (kısmi temerrüt konusu edimin geçici olarak ikamesi masrafları), borcun ödeneceği zamana kadar refinansman bedeli, alacaklının geç ifa

³⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Comment, **a.g.e.**, s. 102; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1729, 1731; Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 118, 121 §160; Demolombe, **a.g.e.**, s. 516 §513; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 387; Engel, **a.g.e.**, s. 468; Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §140; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 7; Uygur, **a.g.e.**, s. 760.

³⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 101; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5; Demolombe, **a.g.e.**, s. 558 §565; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 387; Chavanne, **a.g.e.**, s. 60 §143, §145; François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1560; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 243; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8. “Gecikme tazminatında tazmin edilecek zarar bir tür olumlu zarardır ve alacaklının malvarlığının, temerrüde düşülmeden borcun ifa edilmesi halinde içinde bulunacağı durumla, gecikmeli ifa sonucunda içinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder.”, Yargıtay 23. HD., 04.12.2015 tarihli, E. 2015/5300, K. 2015/7883 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**).

³⁶ “...gecikme tazminatı (BK. md 106/ II, TBK. md. 125/I), müspet (olumlu) zarar niteliğinde olup, sözleşmenin feshi ile birlikte istenemez.”, Yargıtay 23. HD., 15.03.2018 tarihli, E. 2015/3919, K. 2018/2198 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde ise, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, müspet (olumlu) zararlar değil, menfi (olumsuz) zararlar talep edilebilir... Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan raporda tespit edilen duvar yapımı ve kira kaybı (gecikme tazminatı) bedelleri müspet zarar olup, istenemeyeceğinden...”, Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 14.12.2017 tarihli, E. 2017/2494, K. 2017/3743 sayılı kararı (**Lexpera**); “Mahkemece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshine ve gecikme tazminatının tahsiline karar verilmiştir. Fesih isteminin yanında davaya konu edilen gecikme tazminatı olumlu zarar niteliğinde olup, taraflar aksi kararlaştırılmadığı sürece sözleşmenin geriye etkili feshiyle birlikte istenemez.”, Yargıtay 23. HD., 03.07.2012 tarihli, E. 2012/2587, K. 2012/4567 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar fiili zarar kapsamına girmektedir³⁷.

1.2.1.1.1. Alacaklının edimin ifasını elde etmek için yapmış olduğu masraflar

Alacaklının karşı edimi zamanında teslim almak amacıyla yapmış olduğu hazırlık masraflarını fiili zarar kapsamında talep etmesi mümkündür. Talep edilebilirlik açısından, dikkat edilecek husus, yapılan harcamaların keyfî ya da borç temerrüde düşülmeden ifa edilseydi dahi yapılacak olmamasıdır³⁸.

Aynen ifayı elde etmek için yapmış olduğu takip ve yargılama giderlerini gecikme tazminatı kapsamında isteyebilmesi hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Yargılama giderlerinin talep edilebilirliği usul hukukuna göre belirlenecektir. HMK m. 332 hükmüne göre, tarafların ayrıca talepte bulunmalarına gerek olmaksızın, hâkim yargılama giderlerine, re'sen, tutarı ile birlikte kimin hangi oranda sorumlu olacağını belirterek hükmeder. Kararın kesinleşmesi sonucunda, bu kaleme ilişkin uyuşmazlık giderilmiş olacağı için, bu kapsam dışında yer alan bir yargılama gideri gecikme tazminatı olarak talep edilemeyecektir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre; tüm hukuki takip giderleri gecikme tazminatı kapsamında talep edilebilir³⁹. Bu doğrultuda olmakla birlikte bunu tamamlayan, bir diğer görüşe göre, yargılama giderlerinin tazminat kapsamına dâhil edilebilmesi için dikkate alınacak ölçüt; yapılmasının zorunlu olması veya makul olarak haklı görülmesidir. Bu ölçüte uygun olmayan durumlarda ya alacaklının tazminat borcu yükümlüsü olan borçlunun durumunu ağırlaştırıp zararın artmasına sebep olması nedeniyle tazminat miktarında indirim yapılması gerekliliğinin

³⁷ Sözleşmede cezai şart veya cayma bedeli kararlaştırılmış olmasının, temerrüt hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edeceği yönünde bkz.: von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Comment, **a.g.e.**, s. 39, 40; Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5; Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 119 §158.

³⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (g); Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N.1561, 1562.

³⁹ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1731; Eren, **a.g.e.**, N. 3451; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8.

doğacağını ya da bu hallerde zaten zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁰.

Kesin hükmün varlığının, avukatlık ücretinin hüküm dışında, aşkın zarar⁴¹ kapsamında talep edilmesi imkânını ortadan kaldırdığı; ancak kötüniyetli borçluya karşı HMK m. 329/f.1 hükmünün her zaman uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁴². Avukatlık ücretinin, danışma ücreti de dâhil olmak üzere aşkın zarar kapsamında talep edilebileceği de kabul edilmektedir⁴³. Diğer bir görüşe göre; ancak kendisine hükmedilmemiş avukatlık ücretinin gecikme tazminatı kapsamında istenebileceği kabul edilirken⁴⁴, başka bir görüş uyarınca bir kural belirlemenin mümkün olmadığı ve her somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulur⁴⁵.

Gecikme tazminatı kapsamında icra harç ve giderlerinin talep edilebilmesi mümkündür. Ancak bunun için yapılan icra takibi sonunda, borçlunun gerçekten takip konusu borcun borçlusu olduğu anlaşılması sonucunda bu borcu ödemek zorunda olması gerekmektedir⁴⁶. Bu takibe ilişkin harç ve giderler, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ayrıca takibe veya mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın borçludan talep edilebilecektir. İİK m. 59/f.1 hükmünün de bu hususu desteklediği kabul edilmektedir.

⁴⁰ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (g).

⁴¹ Bkz.: aş. s. 224.

⁴² Barlas, **a.g.e.**, s. 201, 202.

⁴³ Akar Öçal, “Munzam Zarar”, **EİTİAD**, C. III, S. 1, 1967, s. 152.

⁴⁴ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (g).

⁴⁵ Becker, **a.g.e.**, Art. 103, N. 13 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 103 dn. 22’den naklen).

⁴⁶ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı**, 6. bs., Ankara, Yetkin, 2021, s. 50, §9.

1.2.1.1.2. Zamanında tam olarak elde edilemeyen edimin yerine geçici olarak temin edilen edim için yapılan masraflar

Alacaklının geciken edim kısmının yerine kullanmak üzere kiralama veya satın alma yoluyla edindiği şeyler (kısmi temerrüt konusu edimin geçici olarak ikamesi masrafları) için ödediği bedel gecikme tazminatı kapsamında talep edilebilecektir.

Taahhüt edilen makinaların tesliminde kısmi temerrüde düşülmesi sebebiyle kiralanın ikame makineye ödenmiş olan kira bedeli bu kapsamda talep edilebilecektir⁴⁷. Bir görüşe göre; ifa edilmeyen edim konusunun üçüncü kişiden satış yoluyla elde edilmesi nedeniyle alacaklının yapmış olduğu masrafların da gecikme tazminatı kapsamında talep edilebileceği kabul edilir⁴⁸. Bunu eleştiren diğer görüşe göre ise; aynen ifanın ve gecikme tazminatının talep edildiği bu durumda, karşılıklı bir borç ilişkisi varsa, ifa edilmeyen edim konusunun yerine başkasının satın alınmış olması durumunda aynen ifadan vazgeçmesi beklenenecektir. Alacaklının, ifa edilmemiş edim konusunu elde etmesi kendisi için zorunluluk oluşturmakta ise, bu durumda hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, dürüstlük kuralına uygun olarak makul olarak yapılmış olduğu kabul edilen masraflara hükmetmelidir⁴⁹.

1.2.1.1.3. Başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi nedeniyle uğranılan zararlar

Alacaklının geç ifa nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar fiili zarar kapsamına girmektedir⁵⁰. Borçlunun sorumluluğunun sınırını alacaklının üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat tutarının gerçek değerinin değil, ancak taraflarca öngörülebilir olan tutarın belirleyeceği ileri sürülmektedir. Bu

⁴⁷ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1731; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1561; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8. Kısmi temerrüde uyarladığımız bu örneğin borçlu temerrüdüne ilişkin hali için bkz.: CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (c).

⁴⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 432; Önen, **a.g.e.**, s. 2.

⁴⁹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1561; Yıldız, **a.g.e.**, s. 104.

⁵⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (d); Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1731; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8. BGE 116 II 441.

görüş uyarınca, hâkimin gecikme tazminatı tutarını tespit ederken 50/f.2 hükmünü dikkate alacağı için, bu tutarı aşan kısım ile uygun illiyet bağı olmadığı kabul edilecektir⁵¹.

1.2.1.1.4. Edimin değerinin azalması

İfa edilmeyen edimin parasal değerinin azalması da gecikme zararı kapsamında tazminata konu olabilir⁵². Somut olayın özelliklerine uygun olarak, edimin ifa edilmemiş kısmındaki değer azalması da, tamamında gerçekleşen değer azalması da gecikme zararına sebep olabilir. Alacaklının, borçlunun kısmi temerrüdü esnasında meydana gelen değer azalmasından zarara uğramış olduğunu ve ifa zamanında ve tam olarak ifa edilseydi ifa konusu edimi (ya da bakiye edimi) hemen elinden çıkararak bu zarara uğramayacak olduğunu ispatlaması gerekmektedir⁵³. İfa edilmemiş edimin borsaya kayıtlı veya piyasa değeri olması, değer azalmasının tespiti için yapılacak hesaplamayı kolaylaştıracaktır⁵⁴. Ticari işlerde, hayatın olağan akışına uygun olarak, elde edilen edimin yeniden değerlendirileceği kabul edilirken⁵⁵, alacaklının kendi ihtiyacı için alması onu hemen elden çıkarıp değerlendirmeyeceğinin göstergesi olabilir⁵⁶. Buna rağmen, her somut olayın özelliklerine göre inceleme yapılarak karar verilmelidir.

1.2.1.1.5. Doktrinde kabul edilen diğer haller

Alacaklının zararı önlemek için aldığı tedbirlere ilişkin masrafların⁵⁷, karşı edimin alıkonmasından doğan bazı masrafların⁵⁸ da gecikme tazminatı kapsamında

⁵¹ Yıldız, **a.g.e.**, s. 105.

⁵² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (b); Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1731; Eren, **a.g.e.**, N. 3451; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8.

⁵³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483. Bkz.: ve karşı. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1583.

⁵⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924

⁵⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924.

⁵⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483.

⁵⁷ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (d).

⁵⁸ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (f).

talep edilebileceği kabul edilmektedir. Söz konusu ikinci hale örnek olarak, garaj sahibinin yerine getirmiş olduğu hizmetin ücretini güvence altına almak için hapis hakkını kullanması halinde, otomobile ilişkin yapmış olduğu muhafaza masrafları gösterilmektedir⁵⁹.

1.2.1.2.Yoksun Kalınan Kâr

Kısmi temerrüt gerçekleşmeden, borç ifa zamanında ve tam olarak ifa edilseydi, edimin alacaklıya sağlayacak olduğu her türlü menfaat gecikme zararı kapsamında sayılacaktır⁶⁰. Alacaklının zamanında tamamen ifa edilen edimi tekrar satmak, kiraya vermek veya başka bir yolla elde edeceği kazançtan yoksun kalması ile fiyat değişimlerinden doğan kaybı yoksun kalınan kâr kapsamındadır⁶¹.

Alacaklının ifa edilmemiş edimin konusunu, iradesi doğrultusunda, aynen ifa sayesinde elde edebilecek olması, edimin değerinin halihazırda alacaklının malvarlığında bulunduğu kabulüne yol açtığı için edimin değerinin gecikme tazminatı kapsamında talep edilememesine sebep olur. Bununla birlikte, edim değerinde yaşanan değişimler nedeniyle alacaklının yoksun kaldığı kâr söz konusu ise bunun tazmin edilmesini talep edebilecektir⁶². Bu kapsamda alacaklı net kârını isteyebilir. Bu doğrultuda, temerrüt esnasında edim konusunun değeri en yüksek seviyeye ulaşmış ise, alacaklı bu süreçte edimi değerlendirmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu ispatlayarak, gecikme zararının miktarının hesaplanmasında bu değer dikkate alınmasını sağlayabilir⁶³.

⁵⁹ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (f).

⁶⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1731; Önen, **a.g.e.**, s. 2; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 923.

⁶¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 541; Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; Chavanne, **a.g.e.**, s. 60 §145; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 5 (a); Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1561; Eren, **a.g.e.**, N. 3451; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 8.

⁶² Engel, **a.g.e.**, s. 468 3; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1561; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924.

⁶³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak en yüksek değer esas alınabilecek olmasına hâkimin karar verebileceği yönünde bkz.: Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 103, N. 5 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 107 dn. 48'den naklen).

1.2.1.3. Gecikme Tazminatının Ceza Koşulu ile İlişkisi

Tarafların, kısmi temerrüdün söz konusu olduğu sözleşmede, ifanın zamanında kısmen ya da gerçekleştirilmemiş olması durumunda uygulanacak bir ceza koşulu öngörmüş olması durumunda, TBK m. 180/f.1 hükmüne göre, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılmış cezanın ifası gerekmektedir. İfa zamanına uyulmaması durumuna, taraflar bir sonuç olarak ceza koşulu öngörülmüştür, alacaklı bu durumda ifa ile cezayı isteyebilme hakkına sahiptir, bu anlayışa uygun olarak, borçlunun kısmi temerrüdü halinde sözleşmede kararlaştırılmış ceza tutarını aşan miktarda zarara uğramış ise fazlaya ilişkin bu tutarı gecikme tazminatı kapsamında talep edebilmelidir⁶⁴. Kusur karinesi, TBK m. 180/f.2 gereği ceza koşulu açısından işlemediği için, alacaklı hem kısmi temerrüt nedeniyle uğramış olduğu toplam zararının sözleşmede kararlaştırılan ceza tutarından büyük olduğunu hem de borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispat etmelidir.

Gecikme zararının ispat yükü kendisine ait olan alacaklı, gecikme zararının varlığını ve miktarını her türlü delil ile ispatlayabilir⁶⁵. Yoksun kalınan kârın veya edimin değerinin kaybında kesin bir delil getirmek zor olduğundan, hâkim, farazi bir yeniden satışa referans yapıp objektif kriterlere dayanacak ve olağan işleyişi ve zarar görmüş kısım için alınan önlemleri dikkate alacaktır. Bununla birlikte, zararın soyut olarak hesaplanması söz konusu değildir⁶⁶.

⁶⁴ Nomer, **a.g.e.**, N. 240. 3. “BK m. 159 maddesi uyarınca cezai şarttan daha fazla zarara uğrayan kişi, borçlunun kusurunu ispat ettiği takdirde fazlasını da isteyebilir. İnşaatın davalı kooperatiften kaynaklanan sebeplerle geciktiği ve dava tarihi itibarıyla tamamlanıp teslim edilmediği anlaşıldığından mahkemeye davacının gecikmeden dolayı uğradığı ve bilirkişi raporu ile belirlenen zararının rayiç kira bedeli üzerinden tahsiline karar verilmesi gerekirken sözleşmede kararlaştırılan miktardan fazlasının istenemeyeceğinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasını gerektirmiştir.”, Yargıtay 15. HD., 08.07.2004 tarihli, E. 2003/6165, K. 2004/3813 sayılı kararı (Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2015, s. 377-378); Yargıtay 15. HD., 29.01.1992 tarihli, E. 1991/3648, K. 1992/276 sayılı kararı (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 401-403); “Sözleşmede ceza-i şart ile gecikme tazminatının birlikte istenebileceğine ilişkin düzenleme mevcut değil ise, iş sahibi ceza-i şart ile varsa bu miktardan fazlasını cezayı aşan zarar (gecikme tazminatı) olarak isteyebilir.”, Yargıtay 15. HD., 18.02.2008 tarihli, E. 2006/6600, K. 2008/928 sayılı kararı (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 403-404).

⁶⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 105; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 6; Kılıçoğlu, **2012**, s. 692.

⁶⁶ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 6.

1.2.2. Alacaklının Uğramış Olduğu Zarar ile Borçlunun Kısmi Temerrüdü Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Gecikme tazminatı borçlu temerrüdünün bir sonucu olduğundan, borçlunun temerrüde düştüğü andan aynen ifanın sağlandığı, başka bir ifadeyle ifanın tamamlandığı ana kadar geçen dönemdeki zararlarının giderilmesini sağlamaktadır⁶⁷. Borçlunun TBK m. 118 hükmünce kısmi temerrüde düşmesi ve bu nedenle alacaklının zarara uğramış olması sebebiyle alacaklı gecikme tazminatı talep edebilir. Borçlunun kısmi temerrüdü ile alacaklının uğramış olduğu zarar arasındaki illiyet bağı ve borçlunun sorumlu olacağı zararın kapsamı belirlenirken, her somut olayın özellikleri ayrı ayrı dikkate alınır ve bakiye kısmın geç ifasının somut olayda meydana getirmeye elverişli olduğu zararlar göz önünde bulundurulur⁶⁸.

Borçlunun kısmi temerrüdü ile alacaklının uğramış olduğu zarar arasındaki uygun illiyet bağının var olduğunun söylenebilmesi için objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu doğrultuda, hayatın olağan akışına göre, alacaklının uğramış olduğu zararın borçlunun kısmi temerrüdünün olağan, doğal, normal sonucu olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir. Alacaklı buna ilişkin delilleri sunduktan sonra hâkim TBK m. 51/f.1 uyarınca takdir yetkisini kullanarak uygun bir illiyet bağının varlığına ve bununla birlikte tazminata, miktarı ve kimin hangi oranda sorumlu olduğunu belirterek karar verecektir. Hâkimin TBK m. 52/f.1, 114/f.1 c.2 ve c.3 hükümleri uyarınca da talep edilen tazminat miktarında indirim yapma yetkisi bulunmaktadır.

Uygun illiyet bağının bulunması ve bunu alacaklının ispat etmiş olması, borçlunun gecikme tazminatı sorumluluğu için yeterli değildir; zira TBK m. 118 hükmü uyarınca, mütemerrit borçlunun kısmi temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulması mümkündür.

⁶⁷ Demogue, **a.g.e.**, s. 266 §238; Demolombe, **a.g.e.**, s. 516 §513, 522 §517, 525 §521; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 243; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 692; Ateş, **a.g.e.**, s. 132.

⁶⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 468 §203 C; Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 120 §159; François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>, Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 925; Eren, **a.g.e.**, N. 3453; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 10.

1.2.3. Borçlunun Kusuru

Borçlunun gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğü, borçlunun kısmi temerrüde düşmesinde kusurlu olması halinde söz konusu olur. Borçlunun hafif ihmali de ağır ihmal veya kast gibi borçlunun sorumluluğunun doğmasına yol açacaktır⁶⁹. Borcun ifa edilmemesinden doğan sorumlulukta kusur, özen yükümlülüğünün ihlâlini ifade ettiğinden, kusurun tespitinde benzer sektörde çalışan ortalama bir borçludan beklenecek özen değerlendirmeye alınır. Borçlunun ifa için gerekli hazırlık işlerini son ana bırakması veya geciktirmesi, özenli bir borçlunun öngörebileceği ifaya engel olabilecek durumların ortaya çıkması borçlunun gerekli özeni göstermediğini başka bir ifadeyle kusurlu olduğunu işaret eden hallere örnek teşkil eder⁷⁰. Borçlunun sorumluluğu esastır; kendisi borcun ifası için yardımcı kişiden yararlırsa, yardımcı kişinin ifayı geç gerçekleştirmesi halinde TBK m. 116 hükmü gereği sorumlu olacaktır, keza borçlunun ayırt etme gücünün olmaması durumunda kanuni temsilcisinin ifada gecikmesi halinde sorumluluk yine borçluya ait olacaktır⁷¹.

TBK m. 118 hükmü, gecikme zararı ödeme hususunda borçlu aleyhine aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi öngörmektedir. Bu hükme göre, temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Bu ifadeden borcun ifasında gecikilmiş olmasının, tek

⁶⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 540; Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §136; Colin, Capitane, **a.g.e.**, s. 122 §161; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 11; Belen, **a.g.e.**, s. 283; k.g. Demolombe, **a.g.e.**, s. 548 §551. Ağır ihmal ve kast dışında, yalnızca sözleşmenin akdedildiği sırada öngörülebiyecek olan zararların tazmin edilebileceği hususunda bkz.: François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>. “...yüklenicinin kusuru, kısmi ifanın karşılığını belirleme açısından değil, ancak gecikmeden dolayı iş sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarının saptanmasında önemlidir.” Yargıtay 15. HD., 04.07.1988 tarihli, E. 1988/866, K. 1988/2520 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁷⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 540; Engel, **a.g.e.**, s. 468 §203 C; Chavanne, **a.g.e.**, s. 58 §132 §133, s. 59 §137; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1730; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 238.

⁷¹ Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §138; Eren, **a.g.e.**, N. 3454. von Tuhr, borçlunun yardımcı kişinin ifada gecikmesinden sorumlu olacağını kabul etmekle birlikte, fil ehliyetinden mahrum borçlunun, kanuni temsilcisinin kusuru nedeniyle gerçekleşen ifada gecikmeden sorumlu olmayacağını savunmaktadır. Bkz.: von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 540, 541.

başına, borçlunun gecikmede kusurlu olduğu yönünde bir kanuni karine teşkil ettiği anlaşılır⁷². Bu hüküm, niteliği uygun olduğu için kısmi temerrüt halinde de uygulanır.

Azınlıkta kalan diğer görüşe göre, bu hükümde öngörülmüş olan özel bir ispat yükü kuralıdır, borçlu aleyhine getirilen bir gerçek olmayan kusur karinesidir⁷³. Burada bir sözde karine⁷⁴ mevcuttur, ortada karine temeli bulunmayıp karine sonucu doğrudan kabul edildiği için⁷⁵, borçlunun kusurlu olduğu asıl sayıldığından bunun ispatı gerekli olmayıp, bu olgunun gerçekleşmediğinin ispatının imkânı borçluya tanınmıştır.

Bu karinenin aksi ispatlanabildiğinden borçlunun sorumluluktan kurtulmasının imkânı bulunmaktadır⁷⁶. Borçlu, zamanında ifayı gerçekleştirebilmek için gerekli tüm tedbirleri aldığını ve ifanın gecikmesinde ihmalinin ya da kusurunun bulunmadığını ispatlamalıdır⁷⁷. Borçlu, borcu zamanında ifa etmesi halinde bile alacaklının söz konusu zarara uğrayacağını ispatlayarak da sorumluluktan kurtulabilir⁷⁸. Kısmi temerrüt halinde, borçlu ifa zamanında ediminin tamamının ifasını gerçekleştirebilmek için gerekli tüm tedbirleri aldığını ve ediminin bir kısmının ifasının gecikmesinde ihmalinin ya da kusurunun bulunmadığını veya borcun tamamını zamanında ifa etmesi halinde bile alacaklının söz konusu zarara uğrayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

⁷² Demolombe, **a.g.e.**, s. 545 §546; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 146; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1587; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 243; Eren, **a.g.e.**, N. 3454; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 11.

⁷³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. X, S. 3, 1984, s. 279.

⁷⁴ Adi karinenin bir türü olup, yapısal anlamda karine sayılmayan sözde karinelerde, ispatı gereken belli bir olgunun varlığı asıl sayıldığı için ispat edilmesine gerek duyulmamakta, ancak bunun gerçekleşmediğinin ispatının imkânı karşı tarafa tanınmaktadır. Bkz.: Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin, 2011, s. 555.

⁷⁵ Fatma Tülay Karakaş, “Karine kavramı, kanuni karineler ve varsayımlar”, **AÜHFD**, C. LXII, S.3, 2013, s. 745

⁷⁶ Demolombe, **a.g.e.**, s. 545 §546; Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 A, 468 §203 C; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 238; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 11.

⁷⁷ Demolombe, **a.g.e.**, s. 554 §558; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 11. BGE 60 II 339.

⁷⁸ Demolombe, **a.g.e.**, s. 545 §546; 549 §552; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 275.

Borçlu, gecikme tazminatı ödeme sorumluluğundan kurtulabilmek amacıyla ispat için her türlü delilden yararlanabilir⁷⁹.

Son olarak, belirtilmelidir ki, TBK m. 118 hükmü düzenleyici bir hukuk kuralı olduğundan tarafların gecikme zararının tazmini konusunda sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı bulunmaktadır⁸⁰. Tarafların yapacağı bu sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 hükmünde düzenlenmiş olan sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin kurallar çerçevesinde hüküm ifade edecektir; bu kapsamda, geç ifadan dolayı borçlunun hafif kusurlu olduğu hallerin sorumluluk kapsamından çıkartılabilecek olmasına karşın, borçlunun ağır kusurlu olması halinde sorumlu olmayacağının önceden kararlaştırılması mümkün değildir. Bir görüşe göre, bu hükmün aksinin kararlaştırılabilir olması, borçlunun temerrüdü sonucunda ödenmesi gereken tazminat miktarını belirlenmesini üçüncü kişiye bırakmış olabilmelerine ve hatta kendilerinin de bu tutarı kararlaştırabilmelerine imkân tanımaktadır⁸¹.

1.2.4. Talep Edilebileceği Zaman

Gecikme tazminatı, borçlu temerrüdünün bir sonucu olduğundan, kısmi temerrüde düşen borçlunun ifasını, alacaklı herhangi bir çekince ileri sürmeksizin kabul etmiş olsa dahi, sonradan gecikme tazminatını talep etmesi mümkündür. Bununla birlikte gecikme tazminatı, sözleşme ile taahhüt edilen edimden talep yönünden bağımsız olduğundan, aynen ifadan sonra ayrıca talep edilebileceği gibi bakiye kısmın aynen ifasının gerçekleşmesi beklenmeden de talep edilebilir⁸².

⁷⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 693.

⁸⁰ Engel, **a.g.e.**, §204 E; Eren, **a.g.e.**, N. 3454; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 118 N. 11. Bu sorumsuzluk anlaşmasının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde yapılabileceği yönünde bkz.: Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 146.

⁸¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924, 925.

⁸² “Yüklenici kararlaştırılan tarihte inşaatı tamamlayıp teslimi gerçekleştiremezse (temerrüde düştüğünde) arsa sahibinin BK. 106/II. madde hükmünce seçimlik hakkı doğar. Şayet arsa sahibi, seçimlik haklarından (geciken ifayı beklemek ve gecikme tazminatını talep etmek) seçeneğini tercih etmişse, geciken ifa nedeniyle uğradığı kira kaybı zararını her ay sonu itibarıyla talep veya dava ederek binanın fiilen teslimini bekleyebilir. Kısaca, kira kaybını zararın gerçekleşmesiyle talep edebileceğinden fiili teslimi beklemek zorunda değildir. Nitekim Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yoldadır.”, Yargıtay 15. HD., 17.03.2008 tarihli, E. 2007/2303, K. 2008/1715 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “... yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanun’dan doğan bir

Doktrindeki genel anlayış uyarınca, gecikme tazminatı TBK m. 152 hükmü uyarınca ifa edilmeyen borç ile aynı zamanaşımı süresine tâbi olmalı ve bu sürenin aynen ifa talebine konu alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başladığı kabul edilmelidir⁸³. Bununla birlikte, gecikme zararının tazminini talep hakkının asıl alacak hakkından bağımsız olduğunu kabul eden bir görüşe göre; bu bağımsızlığı sayesinde, asıl alacağın türü ne olursa olsun, kendine has olarak, TBK m. 146 hükmü gereği, on

haktır. (BK'nın m. 106/II) Gecikme tazminatına, işin sözleşmesine göre teslimi gereken tarihten bağımsız bölümün teslim edildiği tarihe kadarki süre için ihtirazi kayıt aranmaksızın hükmolunur. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, rayiç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına kanıt yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar. Oysa, BK'nın 158/2. Fıkrasında düzenlenen gecikme cezası (ifaya ekli cezai şart) ortada zarar olmasa dahi (BK m. 159/1), sadece sözleşmede kararlaştırılmış ise istenebilir; aksi takdirde talep edilemez. Cezai şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer'i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer'i borç olan gecikme cezası da düşer (BK m. 113/1). Onun için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) dermeyeran etmek gerekir (BK m.158/II, son). Yani, cezayı isteme hakkı saklı tutularak, eser teslim alınmalıdır. Oysa, gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için, eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur.”, Yargıtay 23. HD., 06.12.2012 tarihli, E. 2012/5327, K. 2012/7205 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Yüklenici, süresinde inşaatı teslim borcunu yerine getirmemişse; arsa sahibi her zaman gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.125/...). Bu sebeple, kira tazminatının sözleşmede yazılı olmasına veya ihtirazi kayıt konulmasına teslimde gerek olmaksızın talep edilebilmesi mümkündür.”, Yargıtay 23. HD., 05.06.2018 tarihli, E. 2015/8378, K. 2018/3536 sayılı kararı, (Lexpera); “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma nitelikli eser sözleşmeleridir. Sözleşme uyarınca yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi nedeniyle arsa sahibi TBK 125/1. maddesi uyarınca yükleniciden gecikme tazminatı isteyebilir. Bu husus sözleşmede yazılı olmasa da arsa sahibinin tazminat hakkı kanundan kaynaklanmaktadır. Somut olayda taraflar arasında imzalanan resmi sözleşmede kira tazminatına yer verilmemesi davacıyı bu haktan mahrum etmez, ancak ilk sözleşme resmi şekil şartına uyulmadan yapıldığı için bu sözleşmede yazılı olan bedelin taraflar arasında geçerli olmadığına kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece resmi, sözleşmede belirlenen teslim tarihi olan 31.10.2007 ile iskânın alındığı 19.01.2009 tarihleri arasında belirlenen rayiç kira üzerinden gecikme tazminatının hesaplattırılıp hüküm altına alınması gerekmektedir.”, Yargıtay 23. HD., 06.11.2017 tarihli, E. 2015/9727, K. 2017/3085 sayılı kararı (Lexpera); “Dairemizin 05.05.2014 tarih ve 2013/6814 E., 2014/3439 K. sayılı ilamında açıklandığı üzere;Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanundan doğan bir haktır. 'BK'nın m.106/II) Gecikme tazminatına, işin sözleşmesine göre teslimi gereken tarihten, bağımsız bölümün teslim edildiği tarihe kadarki süre için ihtirazi kayıt aranmaksızın hükmolunur. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, rayiç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar.”, Yargıtay 23. HD., 04.12.2015 tarihli, E. 2015/5300, K. 2015/7883 sayılı kararı, (Lexpera).

⁸³ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 15.

yıllık genel zamanaşımı süresi, tazminat borcunun muaccel olduğu yani zararın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacak şekilde uygulanmalıdır⁸⁴.

Kanımızca, alacaklının bu hakkı, TBK m. 146 ve 147 hükümlerinde düzenlenmiş olan, genel zamanaşımı kurallarına tâbi olmakla birlikte, her somut olayda dürüstlük kuralı gereği değerlendirme yapılacaktır ve borçlu aleyhine spekülasyon yaratılmama hususu gözetilecektir, alacaklının buna aykırı hareket ederek çok geç dava açmaması gerekmektedir⁸⁵. İfanın tamamlayıcısı olduğu için, gecikme tazminatı alacağı da kısmen ifa edilmemiş alacağa ilişkin zamanaşımına tâbi olmalıdır⁸⁶. Alacaklının gecikme tazminatı talep edebilmesinin zamansal sınırının ne zaman başladığı tespit edilmelidir. Söz konusu zamanaşımı, borçlu temerrüdünde olduğu gibi ihtarın yapıldığı tarihten itibaren başlayacak olup, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde hemen beyanda bulunarak süre verilmesi zamanaşımını kesmez⁸⁷.

1.3. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk

Borçlunun kısmi temerrüdü halinde borçlunun sorumluluğu, sadece kusurlu olduğu haller ile sınırlı değildir. Kanun koyucu, borçlunun sorumluluk kapsamını genişleterek, borçlunun kusuru dışında meydana gelen zararlardan da sorumlu olacağını hüküm altına almıştır⁸⁸. TBK m. 119/f.1 hükmü borçlu için ağırlaştırılmış bir tazminat yükümlülüğü⁸⁹ öngörmekte ve temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hâlden doğan zararlardan da sorumlu olacağını düzenlemektedir. Kısmi temerrüdün gerçekleştiği zaman diliminde, beklenmedik hâlin gerçekleşmesi sebebiyle bakiye edimin konusu telef olur, bozulur, kötüleşir veya ekonomik değerinde azalma olursa

⁸⁴ Yıldız, **a.g.e.**, s. 109.

⁸⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 107.

⁸⁶ **CR-Thévenoz**, Art. 104, N. 1.

⁸⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 105.

⁸⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 542; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 762; Guhl, **a.g.e.**, s. 170; **CR-Thévenoz**, Art. 103, N. 7; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 195, §643; Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §140; Daepfen, **a.g.e.**, s. 193; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1564; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1590; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 11; Eren, **a.g.e.**, N. 3456; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1388; Baştuğ, **a.g.e.**, s.277.

⁸⁹ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 762.

borçlu kusuru olmadığı bu durumda dahi sorumlu olacaktır⁹⁰. Borçlunun temerrüdünün uzamasına sebep olabileceği de ileri sürülmüştür⁹¹. Görüldüğü üzere, bu kapsamda, yalnızca temerrüdün sonucu olan zararlardan değil, temerrüt esnasında meydana gelen zararlardan da borçlu sorumlu olmaktadır. Bu doğrultuda savunulan bir görüşe göre, temerrüt ile beklenmedik hâl nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmemektedir⁹². Bu sorumluluğun borçlu temerrüdünün dolaylı bir sonucu olduğunu kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁹³. Bu görüş uyarınca, borç zamanında yerine getirilmiş olsa beklenmedik hâl niteliğindeki olayın edim konusuna zarar veremeyecek olması sebebiyle, borçlu temerrüdü ile bu olay arasında uygun illiyet bağı olduğu için, beklenmedik hâl sorumluluğu temerrüdün bir sonucudur. Kanun koyucunun iradesi de bu yönde olduğundan, genel ilkelerden farklı bir düzenleme yapılmasını tercih etmiş ve TBK m. 119 hükmünde uygun illiyet bağının varlığını karine olarak kabul ederek ispat yükünü ters çevirmiştir⁹⁴. Bu hükme göre; tazminat sorumluluğundan kurtulmak istiyorsa, temerrüt ile beklenmedik hâlden kaynaklanan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını borçlu ispat etmelidir. Bu doğrultudaki başka bir görüşe göre kanun koyucu tarafından, uygun illiyet bağı hususu genişletici bir yorumun konusudur⁹⁵. Kısmi temerrüt halinde, yukarıda örnek verilmiş durumların, edimin ifa edilmemiş bakiye kısmına ilişkin olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

⁹⁰ Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 B; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1735; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 214; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 119 N. 1; Uygur, **a.g.e.**, s. 764.

⁹¹ **CR-Thévenoz**, Art. 103, N. 7

⁹² Fritz Voser, **Der Schuldnerverzug im schweizer. Obligationenrecht**, Aarau, 1914, s. 59; Becker, **a.g.e.**, Art. 103, N. 9; Weber, **a.g.e.**, Art. 103, N. 56 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 110 dn. 57'den naklen).

⁹³ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17, N. 11.

⁹⁴ Yıldız, **a.g.e.**, s. 110 dn. 57.

⁹⁵ **CR-Thévenoz**, Art. 103, N. 8.

Bu durum, temerrüdün gerçekleşmesinden itibaren hasarın borçluya ait olması⁹⁶ veya risk sorumluluğu olarak da ifade edilmektedir⁹⁷.

Beklenmedik hâl bir üst kavram olup, hayatın olağan akışında beklenmeyecek, borca aykırı davranışla illiyet bağıni kesen⁹⁸ ve borçlunun gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen engel olamayacağı, olayı ifade eder⁹⁹. Bu nedenle, zarara yol açan olayın mücbir sebep veya beklenmedik hâl niteliği taşıması, herhangi bir farklı etkiye sahip değildir. TBK m. 119 hükmü “beklenmedik hâl” terimini kullanmakta ise de burada aslında, “*borçlunun özellikle ve münhasıran beklenmedik hâlden sorumluluğu değil, kusuru ile temerrüde düşmenin sonuçlarına katlanması*” söz konusu olduğu için, zarara yol açan olayda borçlunun kusurunun varlığı veya ağırlığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁰. Zarara yol açıp sorumluluğa sebep olan olayın bir diğer niteliği ne borçluya ne alacaklıya ne de yardımcılarına kusur isnat edilebilir bir hal olmasıdır¹⁰¹. Bu sayede beklenmedik hâlin borçlunun sorumluluğunu genişletmesi daha iyi anlaşılır, zira borçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin fiilinden ya

⁹⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım’dan 6. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 112. Beklenmedik hâl kapsamında ele alınmamakla birlikte, Fransız hukukunda da bu esas kabul edilmektedir. Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 245 §276; Colin, Capitant, **a.g.e.**, s. 113, §152; Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 195 §642; François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect3/para1-demeure-debiteur/>

⁹⁷ Gaudemet, **a.g.e.**, s. 370; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 973, Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1089; Flour, v.d., **a.g.e.**, N.157, 249; Chavanne, **a.g.e.**, s. 61 §150-§156; Malinvaud, **a.g.e.**, N. 302; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17, N. 11.

⁹⁸ Bir olayda illiyet bağının yalnızca varlığının ya da yokluğunun söz konusu olabileceği ve kesilmenin ancak sebep ile sonuç arasındaki uygunluğa ilişkin olarak gerçekleşebileceği gerekçesi ile illiyet bağının kesilmesi ifadesinin hatalı olarak kullandığına dair eleştiri için bkz.: Zafer Kahraman, “Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal”, **II. Borçlar Hukuku Kongresi (21-22-23 Ekim) 2021 Tebliğler Kitabı**, İstanbul, Aristo, 2022, s. 131.

⁹⁹ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 6; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1737; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 926; Eren, **a.g.e.**, N. 3455; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 119 N. 2; Uygur, **a.g.e.**, s. 764; Belen, **a.g.e.**, s. 284.

¹⁰⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1594; Eren, **a.g.e.**, N. 3456.

¹⁰¹ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 7; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1735, 1736; Kahraman, **a.g.m.**, s. 129.

da bir doğa olayından borçlu sorumlu olabilecektir¹⁰²¹⁰³. Borçla ilgisi olmayan üçüncü bir kişinin sebep olduğu zararlara örnek olarak, borçlunun teslim konusu tabloyu incelerken çizen veya borçlanılan edimi veya onun ürünlerini (ağacın meyvelerini) çalan üçüncü kişinin fiilinden sorumlu olacağı gösterilmektedir¹⁰⁴.

Beklenmedik hâlden sorumluluk, borçlunun kısmi temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren, sona erdiği ana kadar geçen süre içinde meydana gelen zararları kapsamaktadır¹⁰⁵. Borcun ifa edilmiş kısmının ifası gerçekleşmiş olduğundan, kısmen ifa edilmiş önceki bölümünü kapsamaz.

Beklenmedik hâller aslında birer kusursuz imkânsızlık nedeni olduğundan kural olarak, TBK m. 136 hükmü gereği borç sona erer. Ancak, borçlu temerrüdüne ilişkin özel bir hüküm var olduğundan, bu genel kural uygulanmaz. TBK m. 119 hükmü gereği, temerrüde düşen borçlu, alacaklının beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zararından sorumludur. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesinin yollarını düzenlemiştir. Niteliği uygun olduğu için bu hüküm kısmi temerrüt halinde de uygulanacaktır.

¹⁰² CR-Thévenoz, Art. 103, N. 7; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1737. “...temerrüt tarihinden sonra idare mahkemesince verilen karar üzerine geçici bir süre belediyece imar işlemlerinin durdurulması sebebine dayalı olarak gecikme tazminatına esas sürenin hesabında bu dönemin de nazara alınması gerektiğinden söz edilmiş ise de, 'BK'nın 119/1 'BK'nın m. 102/1) maddesi uyarınca, temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan da sorumlu olması nedeniyle davalı yüklenicinin temerrüde düştüğü dönem içinde gerçekleşen bu durumdan da sorumlu olacağının kabulü gerekir.”, Yargıtay 23. HD., 11.02.2014 tarihli, E. 2013/5824, K. 2014/912 sayılı kararı, (**Lexpera**).

¹⁰³ Bu eserin yazım sürecinde gerçekleşen Covid-19 salgını ve ona dair Devlet tarafından alınan emredici önlemlerin sözleşmelere olan etkisinin her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği görüşü haklı olarak savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, salgın ve ona ilişkin önlemlerin borcun ifasının imkânsızlığına yol açıp açmaması belirleyici kriter olacaktır. Bu doğrultuda, ifa imkânsızlığının ortaya çıkması halinde mücbir sebebin varlığı kabul edilmeliyken, ifa imkânsızlığının meydana gelmemiş olması durumunda ise ifa güçlüğü gerekçesiyle uyarılama talep edilebilmelidir. Kahraman, **a.g.m.**, s. 134, 135.

¹⁰⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 927; Becker, **a.g.e.**, Art. 103, N. 9 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 111 dn. 60'tan naklen).

¹⁰⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 542; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 9; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1735; Daepfen, **a.g.e.**, s. 193; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 119 N. 3. Yargıtay 23. HD., 11.02.2014 tarihli, E. 2013/5824, K. 2014/912 sayılı kararı, (**Lexpera**). Beklenmedik hâlin geçici süreliğine mevcudiyeti söz konusu ise, geçmesine kadar ifanın ertelenmesi ve bu süreç için borçludan tazminat talep edilemeyecek olması hususunda bkz.: Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 215 §717.

Beklenmedik hâlden mütemerrit borçlu sorumlu olduğuna göre; edim konusu kazayla zarara uğrasa bile, kural olarak, borçlu sorumlu olacaktır¹⁰⁶. Bu husus kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde, edimin bakiye kısmının kazara zarara uğramasından borçlunun sorumlu olduğu tespit edilir. Satıcının temerrüde düştükten sonra satım konusunun yanması, mütemerrit mimarın temerrüde düştükten sonra ağır bir hastalığa yakalanması nedeniyle taahhüt ettiği projeyi çizmekten yoksun hale gelmesi, kamyon ithalatçısının vermeyi taahhüt ettiği türden kamyonun ithalinin hükümet tarafından yasaklanması halleri borçlunun kusursuz olması halinde bile sorumlu olacağı hallere örnek oluşturacaktır¹⁰⁷. Bu örnekler; satıcının temerrüde düştükten sonra satım konusunun bakiye kısmının yanması, mütemerrit mimarın temerrüde düştükten sonra ağır bir hastalığa yakalanması nedeniyle taahhüt ettiği projenin kalanını çizmekten yoksun hale gelmesi, kamyon ithalatçısının ifasının bir kısmını gerçekleştirmiş olduğu, vermeyi taahhüt ettiği türden kamyonun ithalinin hükümet tarafından yasaklanması halleri olarak kısmi temerrüt haline uyarlanmış olacaktır.

TBK m. 119 hükmü, her ne kadar mütemerrit borçlunun sorumluluk alanını genişletse de aynı düzenlemede bu sorumluluğu bertaraf etmesinin imkânını da hükme bağlamıştır. TBK m. 119/f.2 hükmüne göre borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile, beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Hüküm incelendiğinde, borçlunun beklenmedik hâl nedeniyle edim konusunda kötüleşmenin gerçekleşmesi veya edim konusunun yok olmasından sorumluluğunun, borçlu temerrüdünün kusura dayanan sonuçlarından olduğu tespit edilmektedir.

Borçlunun beklenmedik hâl sorumluluğundan kurtulabilmesi, kendi şahsına ya da borç konusuna yönelik kurtuluş kanıtı getirmesi ile mümkündür. Borçlunun bu

¹⁰⁶ Laborde-Lacoste, **a.g.e.**, s. 214 §717; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁰⁷ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 926. Borçlunun bazı politik kararların aksine hareket etmesi mümkün olmamaktadır. Politik kararların (**fait du prince**) bu kapsamda değerlendirilebilmesinin şartı, borçluyu sözleşme ile taahhüt etmiş olduğu edimin ifasını yerine getirmesini engelleyici özelliği taşımasıdır. Bu durumda borçlu kanun gereği bütün sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Borçlunun ifasını güçleştirmesi bu karakterde olmadığından, bu durumda borçlunun sorumluluğu devam edecektir. Bkz.: Demolombe, **a.g.e.**, s. 551 §555, 556.

sorumluluğundan kurtulabilmesinin iki yolu vardır. Bunlardan ilki, borçlunun kısmi temerrüdünün gerçekleşmesinde kusurunun bulunmadığını ispat etmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmesinin, temerrüt sürecinde meydana gelen beklenmedik hâlde kusurunun olup olmadığının tespiti gerekliliğini ortadan kaldırıp, beklenmedik hâlden sorumluluğunu doğrudan bertaraf etmesi sonucunu doğurmasıdır¹⁰⁸. Bu nedenle, borçlunun beklenmedik hâl teşkil eden olaydaki kusurunun derecesi önem taşımamaktadır¹⁰⁹. Başka bir ifadeyle, temerrüt sürecinde meydana gelen ve beklenmedik hâl teşkil eden olayın gerçekleşmesinde, borçlunun kusurunun varlığının tespitine gerek olmamakta ve borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekmektedir, ancak böylelikle borçlu beklenmedik hâl sorumluluğundan kurtulacaktır. Borçlu bu doğrultuda, kalan borcun varlığını bilmediğini ve bilmemekte mazur olduğunu, borcun kısmen ifa edilmemesinin beklenmeyen hâl, mücbir sebep veya alacaklı yüzünden ileri geldiğini veya gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat ederek temerrüde düşmesinde kusursuz olduğunu ileri sürebilir¹¹⁰. Borçlu temerrüdünde, borçlunun ayırt etme gücünden yoksun olduğunu da ispatlaması bu kapsamda ileri sürülebilecekken kısmi temerrütte bu mümkün değildir; çünkü ayırt etme gücünden yoksunluk borcun tamamına etkili bir husus olduğundan, böyle bir durumda geçerli bir kısmi ifa söz konusu olamayacağından kısmi temerrüt de gerçekleşme olanağı bulamayacaktır.

Borçlunun beklenmedik hâlden sorumluluktan kurtulmasının ikinci yolu, borcunun tamamını zamanında ifa etmiş olsaydı bile, beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmesidir. Borçlu, ifanın gecikmesi ile beklenmeyen hâlden doğan zarar arasındaki illiyet bağının bulunmadığını ispatladığından, borçlu kısmi temerrüde düşmekte kusurlu olsa dahi, beklenmedik hâlden sorumlu olmayacaktır¹¹¹. Bu nedenle, borçlu kısmi temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispatla yükümlü

¹⁰⁸ Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 B; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1739; Daepfen, **a.g.e.**, s. 193; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁰⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1594.

¹¹⁰ Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §140; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1346, 1592.

¹¹¹ Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 B; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1740; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 694.

değildir. Borçlunun burada getireceği kurtuluş kanıtı, kendi şahsına yönelik değil, borç konusuna yönelik beklenmedik hâllere ilişkindir¹¹². Başka bir ifadeyle, borçlu borcunun tamamını zamanında ifa etmiş olsa dahi, ifa konusu şeyin beklenmedik hâlin gerçekleşmesi sebebiyle zarara uğrayacağını ispatlayacaktır¹¹³. Borçlu, beklenmedik hâlin alacaklı nezdinde ve alacaklının zararına meydana geleceğini ispatlayacaktır.

Doktrindeki bir görüşe göre, alacaklının borç konusunu paraya çevirmeyeceği, başkasına satmayacağı veya birtakım tehlikelere karşı sigorta ettirmeyeceği gibi olguları da ispat yükünün borçluya ait olduğu savunulur¹¹⁴. Bununla birlikte, borçlunun borç konusunun beklenmedik hâl teşkil eden olayın kapsamına giren yerde bulunacağını ispat etmesinin yeterli olduğunu; zira hayatın olağan akışına göre, normal olanın alacaklının bu durumda zararının gerçekleşmesi olduğu; aksini ispat alacaklıya ait olduğundan, bu beklenmedik hâle rağmen beklenmedik hâlden zarar görmeyeceği iddiasını ispat etmekle alacaklının yükümlü olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁵. Kanımızca, her ne kadar ikinci görüşün mantıki süreci doğru ise de asıl amacı uğramış olduğu zararın tazminini sağlamak olan alacaklının, beklenmedik hâlden sorumluluğu bertarafa yarayacak bir ispat yükü üstlenmesi mantığa aykırıdır. Borçlu beklenmedik hâlden sorumluluktan kurtulabilmek için kendisine tanınan bu imkândan yararlanmak için, zaten belirli bir ispat yükü üstlenmiştir. Bunun için, borçlunun, borcun konusunun, beklenmedik hâlin etkilediği alanda bulunmasını ispat etmesinin yeterli olacağı, bir kural olarak benimsenmemelidir. Her durumda, sadece beklenmedik hâlin etki alanında bulunması, o borç konusunun mutlaka bir zarara uğradığı anlamına gelmez. Her somut olayda, borçlu, beklenmedik hâlin sonucunda gerçekleşen zarar ile borçlunun kısmi temerrüdü arasındaki illiyet bağının kesilmesini ispat ile yükümlüdür.

¹¹² Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 927; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245; Uygur, **a.g.e.**, s. 765.

¹¹³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 542; Engel, **a.g.e.**, s. 467 §203 B; Chavanne, **a.g.e.**, s. 59 §140; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1740; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 484; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 929; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 119 N. 7.

¹¹⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 484; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 929; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 103, N. 11 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 115 dn. 78'den naklen).

¹¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1598, dn. 1852.

İfa konusunun uğradığı kazada özdeşlik aranıp aranmaması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Zarar ile kaza arasındaki illiyet bağına esas alan görüşe göre; ifa konusu şey alacaklıda iken gerçekleşeceği ispatlanan kaza ile ifa konusunun uğradığı kaza aynı olmalıdır¹¹⁶. İfa konusu alacaklıda olsa bile, aynı kaza ona isabet edeceğinden borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Borçlunun vaktinde ifa etmiş olması halinde, başka bir kaza alacaklıda bulunan ifa konusuna isabet edecek ise, o zaman borçlu sorumluluktan kurtulamayacaktır¹¹⁷. İfa konusunun borçlunun elinde iken uğradığı kaza ile alacaklıya zamanında verilmiş olsaydı uğramış olacağı kazanın aynı tarihlere denk gelmesinin tespitinin güç olduğu da savunulmaktadır¹¹⁸. Farklı nitelikteki iki kazanın, farklı zamanlarda gerçekleşmesi durumunda, zaman açısından edimden mahrum kalma zararının hesabı gibi sorunların doğacağı da ileri sürülmektedir¹¹⁹.

Diğer bir görüşe göre; kısmi temerrüt sürecinde gerçekleşen beklenmedik hâl ile ifa konusunun alacaklıda bulunmuş olacağı varsayılan sırada gerçekleşen beklenmedik hâl aynı türden olmak zorunda değildir¹²⁰.

Sonuç olarak, kanımızca, borçlunun genişletilmiş sorumluluğundan bertaraf etmesi imkânı veren bu hükmün getiriliş amacı dikkate alındığında, borçluyu beklenmedik hâl sorumluluğundan kurtarabilecek bir durumun, belirli nitelikte olması gerektiği aşîkârdır. Her ne kadar kusurlu dahi olsa, borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, ifa konusuna isabet eden ve zarara yol açan beklenmedik hâl ile ifa konusunun alacaklıda olması halinde meydana gelen ve aynı zarara yol açan beklenmedik hâlin aynı türden olma zorunluluğu olmamakla birlikte, en azından aynı ağırlıkta olması gerekmektedir. Örneğin, borçlunun kısmi temerrüdü esnasında, alacaklıya teslim edilecek 5 ton pamuğun depoda çıkan yangında yanması halinde ve

¹¹⁶ Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 763; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 246; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1595; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 927, 928; Uygur, **a.g.e.**, s. 765.

¹¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, 1596; Uygur, **a.g.e.**, s. 765.

¹¹⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 928.

¹¹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N.1595, dn. 1851.

¹²⁰ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 617; CR-Thévenoz, Art. 103, N. 14; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1566; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 484; Eren, **a.g.e.**, N. 3459; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 119 N. 7.

bu 5 ton pamuğun alacaklıya teslim edilmiş olduğu varsayımında aynı tarihte meydana gelen selde alacaklının diğer mallarıyla birlikte telef olacağının aşikâr olması halinde, her ne kadar iki kaza farklı olsa da verdiği zarar açısından birbirine çok yakın olup borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırır niteliktedir.

Taraflar, emredici olmayan TBK m. 118 ve 119 hükümlerinin aksini TBK m. 115 ve 116 hükümleri sınırları çerçevesinde kararlaştırabilirler. İsviçre hukukunda yer alan ve haklı olarak eleştirilen, bu sınırlamaların borçlunun beklenmedik halden sorumluluk halinde uygulanmayacağına ilişkin görüşe¹²¹ katılmak mümkün değildir. Zira, bu görüşü kabul, kanun koyucunun iradesine aykırı davranmış olmaya yol açacaktır. Kanun koyucunun iradesi, borçlunun ağır kusurundan sorumsuz olmamasını sağlamaktır. Bu görüşün kabulü ile borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmamasının yolu açılabilmektedir, bu kabul edilebilir değildir. Temerrüt halinde bu sorumluluk haline bir ayrıcalık tanınmasının herhangi bir hukuki dayanağı bulunmadığı gibi hukuk mantığına da uymamaktadır.

Alacaklının beklenmedik hâl nedeniyle uğramış olduğu zararının tazmini talebi, zarar gören ifa edilmemiş bakiye edimin telafisini sağlamaya yönelik olduğu için, bakiye edimin aynen ifası talebinin devamı olarak kabul edildiğinden, asıl alacağa bağlı olduğu sonucuna varılıp, asıl alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin dikkate alınması gerekecek ve bu süre asıl alacağın muacceliyet tarihinden başlayacaktır¹²². Genel nitelikteki bu zamanaşımı süresi TBK m. 146 ve m. 147 hükümleri gözetilerek belirlenecektir. Bu doğrultuda, genel olarak on yıllık, alacağın TBK m. 147 hükmünde sayılanlardan olması halinde beş yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

¹²¹ CR-Thévenoz, Art. 103, N. 3.

¹²² Bu anlayışa TBK m. 152 hükmü uyarınca da varılabilir, bu maddenin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı COS m. 133 açısından bu sonucun kabul edilmesi yönünde bkz.: Weber, a.g.e., Art. 103, N. 64 (Yıldız, a.g.e., s. 117 dn. 87'den naklen).

2. Borçlunun Kısmi Temerrüdünün Özel Sonuçları

2.1. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümlülüğü

2.1.1. Genel Olarak

Genel değişim aracı olan para, aynı zamanda başka türlü edimlerin değerini belirlemede de ölçüt alındığı için, para borçlarında kanun koyucu tarafından daha ağır ve özel sonuçlar öngörülmüştür¹²³. Kısmi ifasında gecikme olan borç, para borcu ise TBK m. 120-122 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlere göre, para borçlarında mütemerrit borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü alt sınır olarak belirlenmişken, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını tazmin için borçlunun aşkın zarardan da sorumlu olacağı öngörülmüştür.

Borcun konusu, belirli veya belirlenebilir bir para meblağını ifade eden mali gücün alacaklıya aktarılması yükümlülüğünü ifade ediyorsa, para borcunun var olduğu kabul edilir¹²⁴. Temerrüt faizi, kaynağı ne olursa olsun, yalnızca para borçlarında temerrüdün gerçekleşmesine özgü bir yükümlülük olduğundan, borcun konusu edimin değeri parasal olarak ifade edilmiş olsa bile, para borcu dışındaki borçlarda temerrüt faizi uygulanmaz¹²⁵. Para borcunun kaynağı, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa bile borçlu temerrüdünün para borçlarına ilişkin bu genel hükümleri (TBK m. 120-122) uygulama alanı bulacaktır¹²⁶. Kısmi temerrüt halinde de bir farklılık arz etmediği, niteliği uygun olduğu için para borçlarına ilişkin bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

¹²³ Tercier, **a.g.e.**, §1183; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1390; Belen, **a.g.e.**, s. 287.

¹²⁴ **CR**-Thévenoz, Art. 104, N. 8; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1383; Nomer, **a.g.e.**, N. 160; Nomer, **a.g.m.**, s. 242; Barlas, **a.g.e.**, s. 10; Emin Zeytinoğlu, “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 4; S. 8, 2005, s. 254.

¹²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1599; Eren, **a.g.e.**, N. 3435; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 1; Barlas, **a.g.e.**, s. 114; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 684, 685; Ayrancı, **a.g.m.**, s. 100.

¹²⁶ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1721; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 694.

2.1.2. Para Borçlarının Genel Nitelikleri

Para borçlarına ilişkin hükümler yer almakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak paranın tanımı yapılmamıştır. Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracı olarak tanımlanan¹²⁷ para, somut olarak devlet veya onun yetkilendirdiği bir organ tarafından tedavüle çıkarılan ve alışveriş hayatında değişim aracı olarak kullanılan, kâğıt veya madenlerden oluşan sembolleri ifade ederken; soyut olarak, birimle ifade edilen ve her türlü mal ve hizmet edimleri için değer ölçüsü olan, soyut mali gücü ifade eder¹²⁸.

Para, parça borcuna veya çeşit borcuna konu olduğunda para borcunun varlığından söz edilememektedir. Örneğin, eski devlet başkanı D tarafından imzalanmış bir banknotun, satış sözleşmesine konu olması varsayımında, burada somut olarak para parça borcunun konusunu oluşturmaktadır ve bu nedenle para borcunun varlığından söz edilemez. Yine aynı doğrultuda, tedavülden kalkmış paralardan oluşan koleksiyonun satış sözleşmesine konu olması durumunda, para cins borcuna konu olduğundan, para borcundan söz edilemeyecektir¹²⁹. Bu hallerde, borçlunun karşılıksız veya sebepsiz olarak paradan yararlanması mümkün olmadığından, para borcuna ilişkin temerrüdün özel sonuçları uygulanmayacaktır¹³⁰. Şayet şartları gerçekleşmiş ise, alacaklı borçlunun kısmi temerrüde düşmesi nedeniyle gecikme tazminatı talep edebilecektir.

2.1.3. Temerrüt Faizinin Özellikleri

TBK m. 120 hükmünde temerrüt faizinin öngörülmüş olmasında, taraflar arasında yer alan, ama para borcunun geç ifası nedeniyle bozulan, menfaat dengesinin yeniden sağlanması amacı güdülmüştür¹³¹. Para borcunun bakiye kısmının ifasının geç

¹²⁷ **Güncel Türkçe Sözlük**, TDK, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>

¹²⁸ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1385; Barlas, **a.g.e.**, s. 6, 7.

¹²⁹ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1389 vd.; Barlas, **a.g.e.**, s. 11.

¹³⁰ Eren, **a.g.e.**, N. 3438; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 4.

¹³¹ Gecikme ve temerrüt kavramları eş anlamlı olmadığından eBK m. 103 hükmünde kullanılan "geçmiş günler faizi" yerine TBK m. 120'de "temerrüt faizi" ifadesinin seçilmesi yerinde olmuştur; çünkü temerrüt faizi borcunun doğumu için sadece ifada gecikme yeterli olmayıp, ayrıca temerrüdün şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir (BK m.117 vd.). Bkz.: Colin, Capitant, **a.g.e.**,

olması, hem alacaklı hem de borçlu açısından mevcut menfaat dengesini bozmaktadır. Şöyle ki, alacaklı kısmi temerrüt süresince bu parayı değerlendirme imkânından mahrum olmakla birlikte, parayı kullanarak ekonomik menfaat elde etmesi de olanaklı değilken; borçlu bu parayı elinde bulundurduğu bu süre boyunca faiz geliri elde edebileceği gibi herhangi bir gelir elde etmese dahi, karşılıksız kredi sağlayan konumunda olmaktadır¹³². Bu halde bozulan dengenin sağlanması ve sebepsiz zenginleşen tarafın bu tutarı iade etmesi gerektiği için, kanun koyucu tarafından borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Temerrüt faizinin alacaklının söz konusu parayı kullanma karşılığı olan faizinden yoksun kalmasını içeren, asgari zarar kalemini karşılamasının temelinde paranın bir ödeme aracı olmasından ziyade bir yatırım aracı olma niteliği yer almaktadır¹³³. Burada kanun koyucu kusursuz sorumluluk ilkesine göre, alacaklıyı zarara uğramış gibi kabul ettiğinden, bu zararı asgari ölçüde temerrüt faizi ile karşılamayı amaçlamaktadır¹³⁴. Bu nedenle, borçlunun bunun aksini kanıtlaması veya bu kanaate varan hâkimin kanuni temerrüt faizi oranında indirim yapabilmesi mümkün değildir¹³⁵.

s. 126 §167; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 911 vd.; Barlas, **a.g.e.**, s. 127; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, 2000, s.103 vd.

¹³² Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1722; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1567; Eren, **a.g.e.**, N. 3436; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 2; Ateş, **a.g.e.**, s. 142; Mahmut T. Birsell, Ali Murat Sevi, “3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı”, **DEÜHFD**, C. XI, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, 2009, s. 1034.

¹³³ Rona Serozan, “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler”, **İÜMHAD**, C. XX, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, 1996, s.44.

¹³⁴ Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 119, 126 §168; Demolombe, **a.g.e.**, s. 608 §612; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 388, Engel, **a.g.e.**, s. 468 4; François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1390; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1567; Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 255; Vedat Buz, “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, Yargıtay Dergisi, S. 3, Temmuz 1998, s. 393. “*Temerrüt (gecikme) faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.6.1997 tarihli ve 1997/11-2-8 - 529 sayılı ilamı).*”, Yargıtay 3. HD., 16.09.2021 tarihli, E. 2020/6303, K. 2021/8555 sayılı kararı, (**Lexpera**).

¹³⁵ **CR**-Thévenoz, Art. 104, N. 4; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 126 §169; Demolombe, **a.g.e.**, s. 610 §617, §618; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 388; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 148; Eren, **a.g.e.**, N. 3438; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 4.

TBK m. 120 hükmü ile kanun koyucu, alacaklıya temerrüt faizi hakkını, üst sınırı ile birlikte tanımıştır¹³⁶. TBK m. 120/f.2, tarafların sözleşme ile kararlaştırabilecekleri oranı açıkça belirlemiştir. Bu hükme göre; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Karşılaştırmaya esas alınacak oran, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek orandır. Güncel durumda bu faiz oranı, 3095 sayılı Kanun'un birinci maddesi gereği %9'dur. TBK m. 120 ile getirilen bu sınırlama doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre; aşırı yararlanma, kişi haklarına aykırılık veya ahlâka aykırılık ve TMK m. 2 gibi denge hükümleri varken böyle bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu düzenleme ile, sözleşme özgürlüğü olumsuz etkilenmektedir. Genel geçersizlik nedenleri, TMK m. 2 veya özel hükümler zaten yeterlidir, oysa böyle bir yasal sınırlama ile her durumda somut olay adaleti sağlanamayabilir. Somut olayda korunması gereken tarafın menfaatine göre, ya somut olay şartlarına göre genel geçersizlik ölçütleri ve TMK m. 2 ya da bizzat o durumu düzenleyen özel hükümlerle bu koruma sağlanacaktır¹³⁷. Diğer görüş ise, TBK m. 120 hükmü ile getirilen sınırlamayı yerinde bulur. Bu görüş uyarınca, böyle özel bir sınırlamanın getirilmesi hukuk güvenliği açısından daha doğrudur; çünkü daha işlevsel ve kesin sonuçlara yol açtığından, genel geçersizlik ölçütleri ve dürüstlük kuralının sağlayacağı korumanın yetersizliği giderilmiş olmaktadır. Başka ülkelerde de faiz oranlarına kanunlarla üst sınır getirilmesinin yargı yükünü hafifletmeye yardımcı olduğu ifade edilmektedir¹³⁸.

¹³⁶ “Geçmiş günler faizi” başlıklı eBK m.103 hükmü, tarafların temerrüt faizi kararlaştırmadığı veya az kararlaştırdığı durumda, uygulanması gerekli temerrüt faizi oranını %5 olarak belirlemiştir. Ancak, bu hüküm 19.12.1984 tarihine kadar uygulama alanı bulabildi; çünkü 19.12.1984 tarihli 18610 sayılı R.G.’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren (m. 6 hükmü gereği) 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un m. 5/2 hükmü BK ve TTK ‘da kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarına ilişkin tüm hükümlerin uygulanmayacağını açıkça düzenlemiştir.

¹³⁷ Nomer, **a.g.e.**, N. 167.2, 191; Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, Rapor**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008, s. 49; Hakan Albaş, Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 34, 2005, s. 3650.

¹³⁸ Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, 28 Nisan 2006, (Ed.: Ali Çivi), İstanbul, 2007, s. 146; Murat Aydoğdu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler, **DEÜHD**, C. XII, S. 1, 2010, s. 93-95; somut sınırlama getirilmesinin yerinde olduğu, yüksek nitelikteki faiz sınırlarının istatistiksel metotlar ve piyasa şartları birlikte değerlendirilerek, daha uygun orana azaltılması gerektiği görüşünde: Nagehan Kırkbeşoğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **BATİDER**,

İkinci görüşe katılmak mümkün değildir, somut olay adaletini sağlamak için genel geçersizlik ölçütleri ve dürüstlük kuralı ile gerektiğinde ilgili özel hükümler yeterli olacaktır. Ayrıca yasal bir sınır konulması, sözleşme özgürlüğünü sarsmaktadır. Borçlar Kanunu'na tâbi olacak hukuki işlemler açısından her iki tarafın menfaati de korunmaya eş değerdir. Genel korumadan daha fazlasına ihtiyaç yoktur. Ticari işlerdeki ya da tüketici işlemlerindeki gibi menfaati özel olarak korunmaya değer bir taraf bulunmamaktadır. Bu durumlarda zaten, ilgili tarafı korumak için özel hükümler getirilmiştir.

Temerrüt faizinin talep edilebilmesi kanundan kaynaklandığı için bu hususta ayrıca tarafların anlaşmasına gerek olmadığı gibi, bilakis 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 2/f.1 hükmü uyarınca temerrüt faizi ödeme zorunluluğunu kaldırma hususunda anlaşabilirler. Tarafların bu özgürlüğü sınırsız olmayıp, yasal birtakım sınırlamalarla çerçevelenmiştir. Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasının öngörülmesini yasaklayan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu düzenleyen TTK m. 1427/f.5 hükmü örnek gösterilebilir. Temerrüt faizi işletilemeyeceğine ilişkin bir diğer sınırlama kanundan kaynaklanabilir; örnek olarak, aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz düzenlenemeyeceğine ilişkin İİK m. 143/f.4 hükmü gösterilebilecektir¹³⁹.

Temerrüt faizinin yasal bir faiz olmasından dolayı, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü doğar doğmaz muaccel hale gelir¹⁴⁰. Başka bir ifadeyle, temerrüt faizinin doğmuş olması için, kısmi temerrüde konu borcun para borcu olması ve borçlunun

C. XXVIII, S. 4, 2012, s. 159, 160; Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438.

¹³⁹ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 488; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, N. 1624 dn. 1889.

¹⁴⁰ Guhl, *a.g.e.*, s. 170; Tercier, *a.g.e.*, §1185; Gauch, Schlupe, Tercier, *a.g.e.*, N. 1723; Colin, Capitane, *a.g.e.*, s. 126 §169; Demolombe, *a.g.e.*, s. 619 §627; Velidedeoğlu, Özdemir, *a.g.e.*, s. 240; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, N. 1624; Serozan, *Borçlar Hukuku*, §17 N. 6; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, *a.g.e.*, N. 1199; Havutçu, *a.g.e.*, s. 327, uygulamada var olan zarar veya tazminat faizi ile temerrüt faizi karıştırılmamalıdır. Tazminat faizi, açılan tazminat davalarında hüküm verilmesinden önceki tarihten, hüküm tarihine kadar zarar miktarına işletilecek olan faizi ifade etmektedir. Zarar tarihinden, hüküm tarihine kadar geçen sürede alacaklıyı ekonomik koşullardan koruma amacı güden bu uygulamada, tazminat faizi, temerrüt faizinden farklı olarak kabul edilmekte ve kanuni faiz oranı üzerinden hesaplanan tazminat faizi zarar veya iade alacağının bir unsurunu oluşturmakta ve tazminat faizinin eklenmesiyle bulunan meblağa hüküm tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilmektedir.

kısmi temerrüde düşmüş olması yeterlidir, borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusurlu olup olmamasının herhangi bir önemi olmamakta ve hatta borçlu kusursuzluğunu ispat etmiş olsa dahi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴¹. Borçlu olağanüstü bir sebepten dolayı ifanın bir kısmında gecikmiş olsa dahi, temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır¹⁴². Temerrüt faizi, temerrüdün doğal bir sonucu olduğundan, kusursuz sorumluluğun görünümülerinden biri olarak nitelendirilmiştir¹⁴³.

Alacaklının zarara uğramış olması, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması için bir şart olarak öngörülmemiştir. Zira, temerrüt faizi, para borçlarında uygulanan kesin bir zarar karanesi (faraziye) niteliğinde olduğundan; kanun koyucu alacaklının zararı olduğunu aksi ispat edilemez olarak kabul etmekte ve bu karineye dayalı olarak alacaklı lehine adeta bir götürü tazminat belirlemiş olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁴. Bu nedenle alacaklı temerrüt faizi talep edebilmek için zararın varlığını ispatlamak zorunda değildir. Diğer taraftan dikkat edilmesi gereken husus, temerrüt faizinin alacaklının asıl alacak ile birlikte veya zamanaşımı süresi dolmadan bağımsız olarak talep edilmiş olması gerektiğidir, hâkim re'sen bu tazminata hükmedemez¹⁴⁵.

Temerrüt faizi, faiz niteliği taşıdığı için talep edilebilmesine ilişkin olarak TBK m. 131 hükmünde yer alan esaslar uygulanacaktır. Temerrüt faizinin, asıl alacağın ifa ya da başka bir sebeple sona ermiş olması durumunda talep edilemeyecek olması TBK

¹⁴¹ Bu açıklamalar, borçlu temerrüdünde istenebilecek temerrüt faizine ilişkin bilgilerin tarafımızca kısmi temerrüde uyarlanması sonucunda ifade edilmiştir. Borçlu temerrüdündeki duruma ilişkin açıklamalar için bkz.: von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 543; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, s. 764; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1567; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1600, 1601; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, 930; Uygur, **a.g.e.**, s. 768; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 276; Yılmaz, **Mortgage**, s. 139.

¹⁴² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁴³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, 930.

¹⁴⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 543; CR-Thévenoz, Art. 104, N. 2; Colin, Capitain, **a.g.e.**, s. 119, 126 §168; Demolombe, **a.g.e.**, s.610 §617 §618; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 1090; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 148; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1567; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1602; Eren, **a.g.e.**, N. 3438; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 3, 4; Barlas, **a.g.e.**, s. 124; Yılmaz, **Mortgage**, s. 139; Birsal, Sevi, **a.g.m.**, s. 1034.

¹⁴⁵ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1568; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 930; Eren, **a.g.e.**, N. 3443; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 120-121 N. 9; Yılmaz, **Mortgage**, s. 140.

m. 131/f.1 hükmünden kaynaklanmaktadır. Doktrinde, bu kuralın istisnası yani asıl alacak sonra ererken temerrüt faizi alacağının sona ermemesi hali ile iki olasılıkta karşılaşılabileceği ileri sürülmüştür. İlk olarak, anapara ödenirken temerrüt faizine ilişkin alacağın başkasına devredilmiş olması varsayımında, burada durum ve koşullardan temerrüt faizi alacağının saklı tutulduğu ifade edilmektedir¹⁴⁶. Alacaklı, temerrüt faizi alacağını isteme hakkını saklı tutarak hareket etmiş ve bunu elde edeceği inancıyla üçüncü bir kişiye devretmiştir. İkinci varsayım alacaklının temerrüt faizi alacağını devir kapsamı dışında tutarak yalnızca anapara alacağını devretmesi halidir¹⁴⁷. Bu durumda, alacaklı temerrüt faizi isteme hakkını saklı tutup asıl alacak üzerinde tasarruf etmektedir. Başka bir görüşe göre, bu sonuca varılabilmesi için somut olayın özelliklerine göre başka olgularla gerekçenin güçlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

TBK m. 131/f.2 hükmü temerrüt faizi talebine ilişkin hakkın saklı tutulmuş olması şartıyla istenebileceğini düzenlemektedir. Bu hükme göre; işlemiş olan faizin ifasının istenebilmesi için, tarafların sözleşmede kararlaştırmış olmaları veya asıl alacağın ifa anına kadar bu iradenin saklı tutulmayı içeren bir bildirimde ileri sürülmüş olması ya da durum ve koşullardan bunu isteme hakkının saklı tutulduğunun anlaşılması gerekmektedir. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, temerrüt faizinin talep edilebilmesi için buna ilişkin iradenin açık olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Asıl alacağa bağlı bir alacak hakkı olması onun doğrudan doğruya, adeta bir ekiymiş gibi, asıl alacağın devamı olarak talep edilebilmesi sonucunu doğurmaz. Asıl alacağın ifası için, takip başlatılmış olan takip temerrüt faizini kapsamayacağı¹⁴⁹ gibi; bu doğrultuda dava açılmış olması halinde, hâkim HMK m. 26/f.1 hükmü gereği tarafların talepleri ile bağlı olacağından temerrüt faizine hükmedemeyecektir. Alacaklı, takip talebinde veya dava dilekçesinde temerrüt faizini istediğine yönelik iradesini, asıl

¹⁴⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1755; Barlas, **a.g.e.**, s. 184; Mahmut Tevfik Evren, **Faiz Hukuku**, İstanbul, 1987, s. 93; k.g. von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 72 dn. 24 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 124 dn. 122'den naklen).

¹⁴⁷ Öçal, **a.g.m.**, s. 98 dn. 7.

¹⁴⁸ Barlas, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁴⁹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 930; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1627; Barlas, **a.g.e.**, s. 181.

alacağa ilişkin talebinden ayrı olarak açıkça ifade etmelidir¹⁵⁰. Temerrüt faizinin istenebilmesi için, saklı tutulmuş olması kanunen bir şart olarak öngörülmüştür. Alacaklının temerrüt faizi isteme hakkını saklı tutulma iradesini içeren alacaklının beyanı şekle bağlı olmayıp, uygulamada ispat kolaylığı sağlaması açısından ihtarnamelerde, dava dilekçelerinde ve mahkeme tutanaklarında yer verilmektedir¹⁵¹. Dava dilekçesinde “sair alacaklarını saklı tuttuğu” vb. ibarelerin bulunması veya faize ilişkin hiçbir beyanın yer almamasıyla birlikte talebin asıl alacağın ifasına ilişkin olması, saklı tutma iradesinin bulunduğunu göstermemektedir¹⁵².

Temerrüt faizinin istenebilmesindeki kilit nokta, asıl alacağın ödenmiş olmasıdır. Asıl alacağın tahsili için açılmış bir davada temerrüt faizi alacağı hakkının saklı tutulmamış olduğu varsayımında, asıl alacağa ilişkin karar verilene kadar¹⁵³, karar verildikten sonra asıl alacak tutarı ödendiği ana kadar, temerrüt faizi alacağı ayrı bir dava açılması yoluyla talep edilebilir¹⁵⁴. Asıl alacak ile birlikte temerrüt faizinin de talep edildiği ancak sadece asıl alacağa hükmedilen kesinleşmesi neticesinde asıl alacağın tahsil edilmiş olması varsayımında, temerrüt faizi ayrı bir dava açılarak talep edilmesi mümkündür¹⁵⁵; çünkü ilk dava dilekçesinde alacaklı temerrüt faizi alacağını talep ettiğine dair iradesini açıkça ortaya koymuştur, bu kanunun şart olarak aradığı saklı tutma hususunun yerine getirildiğini göstermektedir.

Borçlu asıl alacağı ifa ederken, temerrüt faizini hemen ödeyeceğini ifade ederek alacaklıda haklı güven oluşturmuşsa veya başka bir davranışıyla onun temerrüt faizini isteme hakkını saklı tutma beyanında bulunmasını engellemişse, dürüstlük

¹⁵⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁵¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 183.

¹⁵² Barlas, **a.g.e.**, s. 183; Evren, **a.g.e.**, s. 93.

¹⁵³ Barlas, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁵⁴ Anapara alacağının ifasına hükmedilmiş ancak alacağın henüz tahsil edilmemiş olması durumunda faizin dava edilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz.: Yargıtay 3. HD., 13.02.1990 tarihli, E. 1989/4377, K. 1990/1143 sayılı kararı (**YKD.**, 1990, S. 12, s. 1770).

¹⁵⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 181, 182.

kuralına gereğince, alacaklının temerrüt faizi isteme hakkını saklı tutmadığı için talepte bulunamayacağını ileri süremez¹⁵⁶.

Hâkim HMK m. 26/f.1 hükmü gereği, tarafların talepleri ile bağlı olduğu için, tarafların temerrüt faizi olarak ileri sürmüş olduğu miktarı ve işlemeye başladığı tarihi değiştirme imkânı bulunmamaktadır¹⁵⁷.

İcra takiplerinde, temerrüt faizinin talep edilmiş olmasına karşılık işlemeye başlayacağı tarihin belirlenmemiş olması durumunda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin, doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. İİK m. 58/f.2, b.3 takip talebinde faizli alacağın faiz miktarı ile işlemeye başladığı günün yer alacağını düzenlemiştir. Kanunda, faizin işlemeye başladığı tarihin yer almaması halinde yaptırımının ne olacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, takip talebinde tarih bulunmamasına rağmen temerrüt faizi talep edilmişse, İİK m. 58/f.2, b.3 hükmü gereği, temerrüt faizine ilişkin bu talebi takip konusunun kapsamı dışında bırakmak gerekir¹⁵⁸. 11.12.1957 tarihli ve E. 17, K. 29 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁵⁹ uyarınca, senette vadenin bulunmasına rağmen alacaklının takip talebinde faizin işleyeceği tarihe hiç yer vermemesi durumunda (vade veya ihbar tarihi olarak), temerrüt faizinin takip tarihinden itibaren işleyecektir¹⁶⁰. Yargıtay kararına konu bu durumda, başka bir görüşe göre, alacaklı açıkça temerrüt faizinin takip talebinden

¹⁵⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 184; Evren, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁵⁷ Dava dilekçesinde tarih belirtilmeksizin faizin talep edilmiş olduğu durumda, faizin dava gününden başlayarak işletilmesine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz.: Yargıtay 5. HD., 14.05.1976 tarihli., E. 1976/3226, K. 1976/5507 sayılı kararı (**YKD.**, 1977, S. 8, s. 1090); Yargıtay 4. HD., 22.11.1976 tarihli., E. 1976/113, K. 1976/10179 sayılı kararı (**YKD.**, 1978, S. 4, s. 537); Yargıtay 13. HD., 24.12.1980 tarihli., E. 1980/5405, K. 1980/7067 sayılı kararı (**YKD.**, 1981, S. 5, s. 615).

¹⁵⁸ Barlas, **a.g.e.**, s. 175, 185.

¹⁵⁹ 20.02.1958 tarihli, 9839 sayılı RG.

¹⁶⁰ “...senette vâde olup da borç vâdenin veya ihbar vuku bulup da, tesbit edilen günün hitamında ödenmediği ve alacaklı da takip zaptında vâdenin veya ihbarda tâyin edilen günün hitamından itibaren faiz istediği takdirde mezkûr tarihlerden itibaren, takip zaptında vâde ve ihbar tarihlerinden bahsetmeyip de mutlak surette faiz talep edilirse takip tarihinden itibaren faiz hesabedilmesi ...”

itibaren yapılmasını talep etmedikçe, temerrüt faizi senette yer alan tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilmelidir¹⁶¹.

Tarafların, geçerli olarak, sözleşmede ceza koşulu kararlaştırmış olmaları durumunda temerrüt faizi talep edebilme imkânı ceza koşulunun niteliğine göre değişiklik gösterecektir. Taraflar ceza koşulunu ifa yerine ödenmek üzere kararlaştırmışlarsa, temerrüt faizi asıl alacağa bağlı olduğu için ve ceza koşulunun ödenecek olması ile asıl alacağının aynen ifa imkânı ortadan kalkacağı için temerrüt faizinin talep edilmesi de mümkün olmayacaktır¹⁶².

Tarafların, ceza koşulu ödenmesini aynen ifa ile birlikte isteyebilecek nitelikte düzenlemiş olmaları durumunda, aksi öngörülmedikçe, ceza koşulu ve temerrüt faizi birbirinden bağımsız olarak varlıklarını sürdüreceği için temerrüt faizinin talep edilmesi mümkün olacaktır. Hem temerrüt faizi hem ceza koşulu zarardan bağımsız olarak istenebilmekte ve benzer amaca hizmet etmektedir. Bir görüşe göre; alacaklının bunlardan birini tercih edip menfaat sağlaması durumunda, edindiği bu tutarda diğerini talep hakkı sona ermelidir. Ceza koşulunda, borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi imkânın yaratabileceği dezavantaj dikkate alındığında, ceza tutarının temerrüt faizi miktarından fazla olması durumunda, alacaklının ceza koşulunun ödenmesini tercih edeceği söylenebilecektir¹⁶³. Ceza koşulunda öngörülen miktarı dikkate alan bir görüşe göre; temerrüt nedeniyle ödenecek ceza tutarı kanuni temerrüt faizi üzerinde bir faiz ödenmesine ilişkin ise, bu cezanın istenebilmesine ilişkin kusur şartı ortadan kalkmalıdır¹⁶⁴. Başka bir görüşe göre; ceza koşulu ve temerrüt faizinin birlikte istenebildiği bu durumda, TBK m. 120/f.2 hükmü ile öngörülmüş olan üst sınıra uyulmalıdır. Bu tutarı aşan miktar, TBK m. 27/f.2 hükmü uyarınca, kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır¹⁶⁵.

¹⁶¹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 939.

¹⁶² Yıldız, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁶³ Yıldız, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁶⁴ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, Gözden Geçirilmiş 16. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 1616 dn. 440.

¹⁶⁵ E. Saba Özmen, Türkan Aktaş, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1, 2018, s. 49, 50, 52.

Borçlunun temerrüt faizini ödemede temerrüde düşmesi halinde, faiz borcuna faiz yürütülmesi mümkün olmadığından, temerrüt faizine faiz işletilemez¹⁶⁶. TTK m. 8/f.2 hükmü ile TBK m. 121/f.1 hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olan Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 20/f.3 hükmü gereğince, banka ve kredi kartı uygulamasından doğan borçlarda, TKHK m. 4/f.7 hükmü gereğince tüketici işlemlerinde temerrüt halinde bileşik faiz işletilemeyecektir.

2.1.4. Temerrüt Faizinin İşlemeye Başlayacağı Zaman

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün doğrudan sonuçlarından biri olduğundan, borçlu kısmi temerrüde düştüğü tarihten itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar ve borcun ifası tarihine kadar işlemeye devam eder¹⁶⁷. Temerrüt faizi, belirli vadeli sözleşmelerde ifa gününün sona erdiği tarihten, diğer hallerde ise ihtar tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay, temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı zamanın tespitinde hassasiyetle hareket etmekte ve her somut olayın özelliklerini büyük bir titizlikle değerlendirmektedir¹⁶⁸.

¹⁶⁶ CR-Thévenoz, Art. 105; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1725; Eren, **a.g.e.**, N. 3442; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 277. Aksi yönde bkz.: Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 766, 767; BGE 58 II 421.

¹⁶⁷ Tercier, **a.g.e.**, §1185; Guhl, **a.g.e.**, s. 170; Engel, **a.g.e.**, s. 468 D; CR-Thévenoz, Art. 104, N. 9; Demolombe, **a.g.e.**, s. 619, §627; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1394; İlhan Helvacı, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları Çerçevesinde Munzam Zararın İspatı”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 269; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 276.

¹⁶⁸ “Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği ihtarda muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ile işvereni temerrüde düşürebileceği, alacak miktarlarını ayrı ayrı belirtilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Aynı husus arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen arabuluculuk son tutanağı yönünden de geçerlidir. Dava dilekçesinin talep sonucu kısmında bildirilen alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk faaliyeti sırasında karşı taraftan talep edilmesi halinde, davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü ve talep edilen (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara bu tarihten itibaren faiz uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir.”, Yargıtay 9. HD., 21.03.2022 tarihli, E. 2022/3222, K. 2022/3813 sayılı kararı, (**Lexpera**); “... davalının 17.11.2011 tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünün anlaşılmasına göre, faizin bu tarihten itibaren başlatılması gerekirken, mahkemece; dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, Yargıtay 3. HD., 16.11.2021 tarihli, E. 2020/11960, K. 2021/11460 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...mahkemece, hükmedilen alacağa dava ve ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, yazılı şekilde hangi tarih olduğu açıklanmadan 31.12.2012 tarihinden itibaren faize hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenle de hükmün bozulması gerekmektedir.”, Yargıtay 3. HD., 21.09.2021 tarihli, E. 2020/10825, K. 2021/8735 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 3. HD., 21.09.2021 tarihli, E. 2020/10828, K. 2021/8736 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Somut olayda; taraflar arasında imzalanan avukatlık ücret sözleşmesinde; her ayın 25'ine kadar aylık ücretlerin ödenmesi gerektiği

TBK m. 121 hükmünde öngörölmüş olan özel düzenlemeye göre; temerrüt faizi dışındaki faiz borçları, irat borçları ve bağışlanan bir miktar paranın geri ödenmesinde temerrüde düşölmesi halinde, temerrüt faizi alacaklının icra takibi başlattığı veya dava açtığı tarihten itibaren işlemeye başlar. TBK m. 121/f.2 hükmüne göre tarafların bu düzenlemenin aksine anlaşma yapma imkânı bulunmaktadır, ancak yapacakları bu anlaşma ceza koşulu hükümlerine tâbi olacaktır.

2.1.5. Temerrüt Faizi Oranı

Türk hukuk mevzuatında temerrüt faizi ile ilgili hükümler sadece Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamakla birlikte, anlatım çerçevesinde bu iki kanun metni esas alınıp, diğer hükümlere yeri geldiğinde değinilecektir. Temerrüt faizine ilişkin yasal düzenlemelerden ilki, "temerrüt faizi" başlığını taşıyan TBK m. 120 hükmüdür. Temerrüt faizi ifadesinin açıkça yer aldığı başka bir hüküm ise TTK m. 9'dur. Ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceğine ilişkin TTK m. 8 hükmü ve yukarıda anılan diğer iki maddenin bir arada bulunmasının yol açtığı tartışmalar ticari işlerde uygulanacak faiz oranına ilişkindir. Borçlunun kısmi temerrüdünde temerrüt faizi oranı belirlenirken, adi işlem ve ticari işlem ayırımı yapılır. Esas olan, sözleşmede kararlaştırılmış olan geçerli orandaki temerrüt faizinin uygulanacak

kararlaştırılmıştır. Bu durumda davalıların her ayın'25'inde temerrüde düşeceği kabul edilmelidir. O halde mahkemece; 'BK'nın 101/2 ('BK'nın 117) maddesi uyarınca bu edimin ifası yönünden borçluların ayrıca ihtarla temerrüde düşürölmesine gerek bulunmadığından, belirlenen taksitler yönünden her ayın'25'inden itibaren faiz hesabı yaptırılmak suretiyle davacının takip tarihinde ne kadar işlemiş faiz talep edebileceği belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...", Yargıtay 3. HD., 16.09.2021 tarihli, E. 2020/6303, K. 2021/8555 sayılı kararı, (Lexpera); "...davanın islah edilmiş olduğu 28/08/2013 tarih itibariyle davalıların temerrüde düşürölldüğü hususu gözetilerek birleşen 2019/351 E. sayılı davada talep edilen miktara temerrüt (islah) tarihinden itibaren faiz yürütölmesine karar verilmesi gerekirken, birleşen davanın açıldığı 26/06/2019 tarihinden itibaren faiz yürütölmesine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.", Yargıtay 3. HD., 29.06.2021 tarihli, E. 2021/916, K. 2021/7494 sayılı kararı, (Lexpera); "Davacının dava tarihi itibariyle davalıya temerrüde düşürölldüğü dikkate alındığında, mahkemece hükmedilen alacak miktarına dava tarihinden itibaren faiz yürütölldmüş olması gerekirken...", Yargıtay 3. HD., 24.06.2021 tarihli, E. 2020/6099, K. 2021/7206 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 15. HD., 10.06.2021 tarihli, E. 2020/2618, K. 2021/2642 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 11. HD., 25.05.2021 tarihli, E. 2020/3854, K. 2021/4390 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 11. HD., 10.11.2020 tarihli, E. 2020/1227, K. 2020/4875 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 3. HD., 01.04.2021 tarihli, E. 2020/5480, K. 2021/3506 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 3. HD., 25.03.2021 tarihli, E. 2020/5054, K. 2021/3111 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 15. HD., 01.11.2017 tarihli, E. 2017/1736, K. 2017/3745 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 15. HD., 12.04.2010 tarihli, E. 2009/7194, K. 2010/2089 sayılı kararı, (Lexpera).

olmasıdır. Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, sözleşmede tarafların kararlaştırmasından kaynaklanabileceği gibi kanundan da kaynaklanabilir. Faiz oranına ilişkin bu hükümlerin uygulanmasında temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün nereden kaynaklandığının önemi yoktur. İster sözleşmeden ister kanundan kaynaklansın, adi işlemlerde bu sınırlara uyulacaktır. Ticari işlerde ise bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Buna ilişkin tartışma, detaylı olarak ileride ele alınacaktır.

2.1.5.1. Adi İşlemlerde Temerrüt Faizi Oranı

Adi işlemlerde, tarafların aralarında herhangi bir temerrüt faizi oranı belirlememiş olduğu hallerde uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, TBK m. 120 hükmü gereği, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir. Bu hüküm, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’a yollama yapmaktadır. 3095 sayılı Kanun’un m. 2 hükmü gereği, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için birinci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. 3095 sayılı Kanun’un birinci maddesi ise, faiz oranının taraflarca belirlenmediği hallerde, borçlunun yıllık yüzde on iki oranı üzerinden ödeme yapacağı hüküm altına alınmış olup, ikinci fıkrada Cumhurbaşkanı’na bu oranı aylık olarak belirleme, yüzde onuna kadar indirme veya bir katına kadar artırma yetkisi verilmiştir. Esasen, 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kanuni faiz oranının, 1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık %12’den %9’a indirilmesi kararlaştırılmıştır, ancak 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nın 94.üncü maddesiyle, ikinci fıkrada yer alan “Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle, söz konusu değişikliğe kadar, yetkili kurum olan Bakanlar Kurulu, güncel durumda geçerli olan faiz oranını belirlemiş iken, değişiklik tarihinden itibaren faiz oranını belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı’na ait olmaktadır.

TBK m. 120/f.2 hükmü gereği tarafların sözleşme ile kararlaştıracığı yıllık temerrüt faizi oranı, kanuni yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağından, tarafların belirleyeceği temerrüt faizinin üst sınırı güncel olarak %18’dir. Tarafların belirlediği temerrüt faizi oranı bu oranın üzerinde ise, kesin hükümsüzlük yerine kısmi

hükümsüzlük söz konusu olacak, faiz oranı en yüksek sınır üzerinden geçerli kabul edilecektir¹⁶⁹.

Taraflar sözleşmede temerrüt faizi yerine akdi faiz oranı belirlemişlerse; temerrüt faizi oranını tespit edebilmek için, akdi faiz oranı ile kanuni temerrüt faizi oranı arasında karşılaştırma yapılır. Eğer yıllık akdi faiz oranı kanuni temerrüt faizi oranından daha düşük ise, kanuni temerrüt faizi oranı sözleşmeye uygulanacak iken, eğer yıllık akdi faiz oranı kanuni temerrüt faizi oranından büyük ise, TBK m. 120/f.3 hükmü gereği akdi faiz oranı sözleşmede temerrüt faiz oranı olarak esas alınacaktır¹⁷⁰. Sözleşmede belirlenmiş olan daha yüksek oranın uygulanması için alacaklının talebine gerek bulunmamaktadır¹⁷¹. Tarafların belirleyecekleri faiz oranı sınırı, yine kanuni temerrüt faizinin yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır; çünkü aksini kabul, kanunu arkadan dolaşmak olacaktır. Bu sınırın olmadığı varsayımında, taraflar istedikleri faiz oranını uygulayabilmek için temerrüt faizi oranı yerine anapara faiz oranı belirleyecekler ve böylelikle kanuna karşı hile yapmış olacaklardır.

2.1.5.2. Ticari İşlemlerde Faiz Oranı

Kanun koyucu, adi işlemlere nazaran ticari işlemlerde, alacaklıya daha yüksek orandan temerrüt faizi talep hakkı tanımıştır. Ticari işlemlerde, tarafların sözleşmede kararlaştırmamış olduğu temerrüt faizi oranı belirlenirken TTK hükümleri dikkate alınır. Temerrüt faizine ilişkin TTK m. 9 hükmü 3095 sayılı Kanun’a atıf yaptığından ticari işlemlerde temerrüt faizi oranı, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, 3095 sayılı

¹⁶⁹ Nagehan Kırkbeşoğlu, **a.g.m.**, s. 147; Yağcı, **a.g.m.**, s. 424; Şirin Aydınçık, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası (TBK 83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul, Filiz, 2011, s.153, 154. Belirlenmiş üst sınırları aşan faiz oranları bakımından uygulanacak kısmi hükümsüzlük hususunda detaylı bilgi için bkz.: Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, Abay, 1996, s. 26 vd., aynı zamanda bu durumda “düşey kısmi hükümsüzlük” veya “indirim yaptırımı” kavramlarının daha uygun olacağı yönünde bkz.: Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat, 2011, s. 222 vd. Üst sınırın aşılması durumunda sözleşmenin üst sınır üzerinden yapıldığının kabul edilmesi gerektiği yönünde Nomer, **a.g.e.**, N. 167.2, N. 41.3; Aydoğdu, **a.g.m.**, s. 93. Bu hususun bir örneğini oluşturduğu geçerliliği koruyucu indirgeme kavramı için bkz.: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 475, 756.

¹⁷⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 153. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1608.

¹⁷¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 153.

Kanun'un m. 1 hükmüne göre güncel olarak yıllık %9'dur. Ancak 3095 sayılı Kanun m. 2/f.2 hükmüne göre; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, kanuni temerrüt faizi oranından fazla ise, tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur¹⁷². 31.12.2021 tarihi itibarıyla kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı yıllık %15,75'tir¹⁷³. Güncel durumda, kanuni temerrüt faizi yukarıda açıklandığı üzere yıllık %9 iken, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı yıllık faiz oranı %15,75 olup, kanuni temerrüt faizi oranı kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranından küçük olduğundan, ticari işlemlerde istenebilecek temerrüt faizi oranı %15,75'tir.

TTK m. 8 hükmü, taraflara ticari işlerde faiz oranını belirleme serbestisi tanımaktadır. Taraflar, bu hüküm uyarınca, kanunen belirlenmiş olan oran dışında bir oranı aralarındaki hukuki ilişkiye uygulayabileceklerdir. Taraflar bunu açıkça kararlaştırabilecekleri gibi; yapmış oldukları sözleşmede, kanunen öngörülmüş oranın üzerinde bir anapara faizi kararlaştırılmış olması durumunda alacaklının reeskont faizinin uygulanmasını talep etmemesi sonucunda anapara faizi oranı temerrüt faizi için de uygulanacağı için yine TTK m. 8 hükmü kapsamında tarafların faiz oranını serbestçe belirlemiş olduğu kabul edilir¹⁷⁴. Tarafların bu serbestisinin sınırlarını, TBK m. 27 hükmü uyarınca, kanunun emredici hükümleri, ahlâk kuralları, kamu düzeni, kişilik hakları ve imkânsızlık oluşturur¹⁷⁵. TMK m. 2 hükmü de her zaman faiz oranının serbestçe belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Taraflarca serbestçe belirlenen faiz oranı için, TBK m. 120 hükmündeki üst sınırın ticari işlemlerde uygulanıp

¹⁷² Bu oranın, banka iskontosundan farkı hususunda bkz.: Hamdi Yasaman, "Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Yeni Düzenleme", **Para ve Sermaye Piyasası Dergisi**, Y. 7, S. 72, Şubat 1985, s. 21; Barlas, **a.g.e.**, s. 154.

¹⁷³ (Çevrimiçi)
<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>

¹⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1612.

¹⁷⁵ Eren, **a.g.e.**, N. 3440; Çiğdem Mine Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Yetkin, Ankara, 2006, s. 49 vd.

uygulanmayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, TTK m. 120 hükmünde öngörülmüş olan üst sınır, ticari işlemlerde de uygulanacaktır¹⁷⁶. Buna göre, taraflar sözleşme ile ancak yıllık %31,5 oranında faiz kararlaştırabileceklerdir. Bu görüşü savunanlara göre; TTK m. 9 hükmündeki “ilgili mevzuat hükümleri” ifadesi bu maddeyi de kapsamaktadır. Bu hüküm emredici nitelikte olup, borçlunun niteliği bakımından ayırım yapılmadığından, TBK m. 120 hükmünün sınırlaması burada da uygulanır. Bu anlayış uyarınca, tüketici işlemleri de aynı zamanda ticari iş niteliği taşıdığından tüketicilerin de korunması gerekmektedir. Diğer yandan, kriz dönemlerinde tacirlerin yüksek faizden korunması bu yolla mümkün olacaktır. Bu koruma imkânının sadece adi işler için öngörülmüş olmasının haklı ve objektif bir açıklaması olması gerekirken, bunun yokluğu da ticari işler için de uygulanabilirliğinin kabulüne yol açar¹⁷⁷.

Diğer görüş uyarınca¹⁷⁸, TBK m. 120 ve TTK m. 8 aynı anda yürürlüğe giren özel hüküm niteliğinde düzenlemeler olduğu için ticari faizlerde Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülmüş olan üst sınırların uygulanması mümkün olmayıp; TTK m. 9 hükmünde yer alan “*ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*” ifadesi de Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen üst sınırlara atıf yapmamaktadır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen nitelikte bir üst sınır olmasa da çok yüksek oranda temerrüt faizinin taraflarca kararlaştırılması halinde cezai şartın tenkisine ilişkin TBK m. 182 hükmünün kıyasen uygulanması ile indirilmesi veya ahlâk kuralları ile kişilik haklarına aykırılık sebebiyle kısmen geçersiz sayılması söz konusu olacaktır.

TTK m. 8 sadece TKHK hükümlerini saklı tutmuştur. TTK ve TBK aynı anda yürürlüğe giren özel hüküm niteliğinde olduğundan, daha özel olan faizin daha genel

¹⁷⁶ Kırkbeşoğlu, **a.g.m.**, s. 159.

¹⁷⁷ Aydoğdu, **a.g.m.**, s. 95-97; Kırkbeşoğlu, **a.g.m.**, s. 160-162; yazar, tutarlılık sağlanması adına, tacir olmayan ile tacir olan arasındaki farkın kaldırılması için TTK m. 8 ya da TBK m. 88 ile m. 120 hükümlerinin ilga edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

¹⁷⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1613; Erdoğan Moroğlu, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları”, **İBD.**, C. 80, S. 1, 2006, s. 4-6; Nomer, **a.g.e.**, N. 191.1; Serap Helvacı, Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 34, 2005, s. 3641; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 605; Kılıçoğlu, **Tasarı**, s. 49, 56; Arkan, **a.g.e.**, s. 82; Albaş, **a.g.m.**, s. 3652; Aydıncık, **a.g.e.**, s.151; Yağcı, **a.g.m.**, s. 432 vd.

olan faiz hükümleri ile sınırlanması kabul edilemez. TTK m. 9 hükmünde yer alan ilgili mevzuat ifadesi faizin hesaplanması, şartları, hükümleri vb. konulara ilişkin düzenlemelere ilişkindir. Aksi durumda, Türk Borçlar Kanunu'ndaki üst sınırın kabulü, kanun koyucunun TTK m. 8 hükmünde özellikle düzenlemiş olduğu faiz oranının serbestçe belirlenmesi yönündeki iradesi ile çelişecektir. Ticari faiz oranları, serbestçe kararlaştırılır ve özel kanun hükmü bulunmadıkça genel geçersizlik sebepleriyle ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle kısıtlanabilir.

Kanımızca, buradaki tartışmaların kaynağı, madde metnlerinin hatalı yazılmasıdır. Kanun koyucu iradesini açık ve net olarak ifade etmemiştir. Önem atfedilerek özellikle düzenlenen faiz konusu, çerçevesi çizilmeden bırakılmıştır. Ekonominin en önemli ayağını oluşturan ticari işlerde faiz konusu dikkatli bir biçimde, şüpheyi yer vermeyecek şekilde düzenlenmelidir. Uygulamada, yorum farkından kaynaklı somut olay adaletsizliklerinin önüne ancak böyle geçilebilir.

TTK m. 8 hükmü temerrüt faizinin de serbestçe belirlenmesine imkân vermektedir. TBK m. 120 ile aynı anda yürürlüğe girdiğinden, TTK hükümleri TBK hükümleri karşısında özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, de lege lata TBK m. 120 hükmü ile üst sınır belirlenmesi mümkün değildir. Zaten, genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı varken böyle bir sınırlamaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Kanun koyucu kanımızca iki yol izleyebilirdi. TTK m. 8 hükmünde ticari faize ilişkin açıkça sınırlama getirmeyi ya da TTK m. 9 hükmünde TBK m. 120 hükmüne açıkça gönderme yapmayı tercih edebilirdi¹⁷⁹.

TTK m. 9 hükmüne değinilecek olursa; ilgili mevzuat ifadesi ile gönderme yapılan, genel hükümler niteliğinde olan TBK değildir. Bu madde metni özel hükümlere atfa ilişkin olup, lafzi yanlışlık bulunmaktadır. Zira anapara faizi ve temerrüt faizi sözleşme veya kanundan doğabilir. Faizin oranının belirlenmesinde bu faizin nereden kaynaklandığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ilgili mevzuat ifadesi TKHK ve 3095 sayılı Kanuna gönderme yapmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun faizin şartları, hesaplanması vb. düzenlemelerine de atıf

¹⁷⁹ TBK m. 88 hükmünün anapara faizine getirmesini sınırlamasına ilişkin görüş ayrılığı hususu için de aynı tartışma ve aynı yorumumuz geçerli olacaktır.

yapmamaktadır; çünkü zaten TTK m. 1/f.2 Türk Medeni Kanunu'na gönderme yapmaktadır, ayrıca genel bir gönderme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Basiretli tacirlerin fazladan korunma ihtiyacı da bulunmamaktadır. Tacir borçluların korunması için genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralının bulunması yeterlidir. Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi çerçevesinde, Türk hukuk sisteminde tacirler için pek çok avantajlı hüküm bulunduğundan, ayrı bir koruma önlemi getirilmesi gerekmemektedir. Kanun koyucunun farklı bir iradesi varsa, bunu bir hukuk politikası tercihi doğrultusunda, açık ve net olarak düzenlemelidir.

TTK m. 8/f.3 hükmünde özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a yer verilmesinin sebebi, aynı zamanda bir ticari iş niteliğini haiz olan tüketici işlemlerinde, tüketiciyi tacire nazaran daha fazla koruma amacıdır. Tüketici açısından bakıldığında, nihai kullanım/tüketim amacıyla hareket ettiğinden bu sözleşmenin ticari nitelik taşımadığı açık olarak anlaşılmaktayken, karşı tarafın sözleşmeyi yapma amacı ticari ve mesleki faaliyette bulunarak menfaat elde etme olduğundan, onun açısından aynı işlemin ticari iş niteliğinde olduğu görülür. TTK m. 19/f.2 hükmü gereği, Kanunda aksine hüküm bulunmadığından, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, diğeri için de ticari iş sayıldığından tüketici işlemleri aynı zamanda ticari iş kapsamında değerlendirilecektir. Kanun koyucunun, tüm bu düzenlemeleri dikkate alındığında, adi işin aslında ticari işin zıddı olduğu; ancak tüketici işleminin, ticari işin zıddı niteliğinde olmadığı sonucuna varılır¹⁸⁰. Bu tespit, yapılacak ayırımın, sadece, faiz oranının adi işlerde mi, ticari işlerde mi uygulanacağına göre belirleneceği sonucuna yol açar. Tüketici işlemleri, ticari işlere uygulanacak olan faiz oranı esaslarına tâbi olacaktır.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26/f.3 hükmü, banka ve kredi kartlarında, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın, azami akdi faiz ile gecikme faizi oranlarını tespit etmeye yetkili olduğunu düzenlemiştir. Aynı maddenin altıncı fıkrası uyarınca, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesinde gecikme faizi oranının yer alması gerekliliği, kredi kartları için uygulanmayacaktır. Kanımızca bu husus, TKHK m. 25

¹⁸⁰ Yağcı, **a.g.m.**, s. 428.

hükmüne denk gelmektedir¹⁸¹. Zira BKKKK m. 26/f.6 hükmünün, 4077 sayılı Kanun’a atıf yaptığı ilgili maddesi, tüketici kredisi sözleşmelerinde gecikme faizi oranının yer alması gerekliliğine ilişkin olup, bu zorunluluğun kredi kartlarına uygulanmayacak olması, bu göndermenin TKHK m. 25/f.1 hükmüne yapıldığına dair yorumlanması durumunda, her iki uygulamanın da aynı amaca yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır. TKHK m. 25/f.1 hükmü belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının sabit olarak belirleneceğine ilişkindir. Bu atıf ile kredi kartlarında, tüketicinin korunması bir ölçüde hafifletilmiş olmaktadır. 4077 sayılı Kanun’da yer alan hükmün uygulanmaması durumunda sözleşmede gecikme faizi oranı yer alması zorunlu olmadığından, değiştirilmesi mümkün olacaktır. TKHK m. 25 hükmünün uygulanmasının muafiyeti de tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının serbestçe belirlenmesine imkân tanımaktadır. Görülmektedir ki her iki kanun maddesinin ruhu aynıdır.

Sonuç olarak, ticari temerrüt faizine sınırlama getiren özel hüküm niteliğindeki Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemeler öncelikli uygulanır ve TTK m. 8 hükmünde öngörülmüş olan faiz oranı belirleme serbestisini doğrudan etkiler. TTK m. 8/f.3 hükmü ile özel olarak zikredilmese dahi, özel hüküm niteliğindeki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki düzenlemeler zaten uygulama alanı bulacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki hükümler temerrüt faizine ilişkin olduğundan, genel olarak faiz oranı belirleme serbestisinin bir istisnası olarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Diğer yandan TTK m. 8/f.1 hükmüne getirilen istisnalar sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer almamaktadır. TTK m. 9’da kanuni, anapara ile temerrüt faizi kavramları özellikle sayılarak ilgili mevzuata atıf yapılmıştır. Her iki metinde de faiz oranı belirleme serbestisine istisnalar getirilmektedir. Tüm bu nedenlerle, TTK m. 8/f.3 ve m. 9 hükümleri birlikte ele alındığında, kanun yapma tekniğinin başarısız olduğu tespit edilmektedir. Bu karışıklığın giderilmesi için, getirilecek istisnaların tek bir çatı altında toplanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, ya TTK m. 8/f.3 hükmü, m. 9 hükmü kapsamında daha

¹⁸¹ TKHK m. 86/c.2 gereği, BKKKK m. 26/6 4077 sayılı Kanun’a yapılan atıf, 6502 sayılı Kanun’a yapılmış sayılacağından, metinde doğrudan 6502 sayılı Kanun’daki düzenlemeye yer verilmiştir.

net bir ifade ile yer bulmalı, ya da m. 9 hükmü, m. 8 hükmü bünyesinde, kanun koyucunun iradesine uygun olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a atıf özellikle belirtilerek, anapara ve temerrüt faizi ayırımını açık, net ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde yaparak yeniden kaleme alınmalıdır. TTK m. 8 ve m. 9 hükümlerinin, ticari faizlerde hangi faiz oranına ne şekilde istisna getirileceğine dair anlaşılır ve açık bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

2.1.5.3. Yabancı Para Borçlarında Faiz Oranı

İfa yerine bağlı olarak ortaya çıkan yabancı para borcu kavramı, ifa yerindeki resmi para biriminden farklı, geçerli bir para birimi borcunu ifade eder¹⁸². Böylelikle, borçlunun alacaklıya sağlamayı taahhüt ettiği mali güç, ifa yeri Türkiye ise, Türk Lirası dışında yabancı bir ülkenin para birimi ile ifade edilecektir¹⁸³. Taraflarca ifa yerinin belirlenmemiş olduğu durumlarda, TBK m. 89/f.1 b.1 hükmüne göre; para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerektiğinden; götürülecek borçlardan olduğu kabul edilir ve bunun sonucunda somut olayda yabancı para borcu söz konusu olup olmadığı, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerindeki resmi para birimi ile sözleşmede kararlaştırılmış olan para birimi karşılaştırılarak tespit edilir.

Eğer, yabancı para borcunun sözleşmede kararlaştırıldığı açıkça anlaşılmıyor ise, işin niteliğine ve tarafların farazi iradelerine bakılmalıdır; eğer bunun sonucunda da yabancı para borcunun kararlaştırılmış olduğu kanaatine varılamıyor ise, artık ifa yerindeki resmi para üzerinden borç ifa edilmelidir¹⁸⁴.

Değişen kur sebebiyle, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin olumsuz etkilenmemesi için, yabancı para borçlarında temerrüt faizi oranı belirlenirken farklı bir uygulama benimsenmiştir. Yabancı para borçlarının ifası, tarafların anlaşmasına bağlı olarak farklı şekilde kararlaştırılabilir. Şöyle ki; taraflar,

¹⁸² Serkan Ayan, “Yabancı Para Borçlarının İfası”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 511 vd.

¹⁸³ Barlas, *a.g.e.*, s. 13.

¹⁸⁴ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme*, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5. bs., İstanbul, Filiz, 2009, s. 103, N. 5.

borçlunun mutlak surette yabancı para birimiyle (efektif) ifade bulunması gerektiğini kararlaştırmışlar ise, burada gerçek yabancı para borcundan, borçlunun aynen veya belirlenen yabancı para biriminin TL karşılığı ile ifade bulunabileceğini kararlaştırmışlar ise gerçek olmayan yabancı para borcundan söz edilir¹⁸⁵. Gerçek olmayan yabancı para borçlarında da, döviz hesabına uygulanacak faiz oranının temerrüt faizinde esas alınacak olmasının sebebi, borcun Türk Lirasına çevrilmesi suretiyle ifa edilmesinin, borcun yabancı para borcu niteliğini değiştirmemesidir¹⁸⁶. Gerçek yabancı para borcu ile gerçek olmayan yabancı para borcu farkı, temerrüt faizinin de farklı olarak uygulanmasına sebep olur.

İstisnai olarak karşılaşılabilecek bir durum olan, kararlaştırılmış yabancı para birimiyle ifanın sonradan imkânsızlaşması halinde (örneğin; o yabancı para biriminin tedavülünün yasaklanması), borç sona ermemektedir, borçlunun TL üzerinden ödeme yaparak borcundan kurtulabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda TL'ye çeviri, fiili ödeme tarihindeki kura göre yapılacaktır¹⁸⁷.

Alacaklının talep konusunun yabancı para üzerinden ödeme olduğu durumlarda, yabancı para üzerinden ifa davası açılabilmesi ve akabinde, hâkimin söz konusu yabancı para ile ifaya karar verebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁸. Alacaklının borçlunun temerrüdü gerekçesi ile dava açması durumunda, gerçek yabancı para

¹⁸⁵ Ayan, **a.g.m.**, s. 524; Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaydından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.m.105)**, Ankara, 2004. s. 42; Mustafa Aykonu, “Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler–Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 145 vd.; Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, Genişletilmiş ve Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.bs., Ankara, 1998, s. 30 vd. Bu kavramlara ilişkin olarak efektif yabancı para borcu ve yalın yabancı para borcu ifadelerinin kullanımı için bkz.: Barlas, **a.g.e.**, s. 92; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 305 vd.

¹⁸⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁸⁷ Weber, **a.g.e.**, Art. 84, s. 482, N. 328 (Ayan, **a.g.m.**, s. 525 dn. 25 ve 26’dan naklen).

¹⁸⁸ Seza Reisoğlu, “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **BATİDER**, C. XIII, S. 3-4, s. 156; Rona Serozan, “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, **İBD.**, C. LXV, S. 1-2-3, 1991, s. 212 vd.; Barlas, **a.g.e.**, s. 92, Not. 274; Yaşar Karayalçın, “Yabancı Para Borcunun Vadede Ödenmemesi ile İlgili Problemler”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV**, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 20 – 21 Mart 1987, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 214. İlâmın icrası esnasında, borçlunun yabancı parasının olmaması halinde, icranın Türk Lirası üzerinden yürütüleceğine ilişkin bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 947.

borçlarının aynen ifası söz konusu olduğu için, alacaklının talebinin aynen ifaya yönelik olması gerekmektedir; bu tutarın TL karşılığını talep edemez¹⁸⁹. Şüphesiz ki, yabancı para borcunun aynen ifasının talep edildiği bu dava için ödenecek yargılama harç ve giderleri, davanın açıldığı tarihteki TL kuru üzerinden hesaplanacaktır¹⁹⁰. Yargıtay, eski kararlarında sadece TL üzerinden ödeme yapılacağına hükmedilirken¹⁹¹, içtihadını değiştirmiş olup, yabancı para olarak ödeme yapılmasını kabul eden kararlar da vermektedir¹⁹². Açıklamalara esas olanın gerçek yabancı para borcunun özellikli durumu olması nedeniyle, bu borçta temerrüde ya da kısmi temerrüde düşülmesinin herhangi bir farklılık taşımamasından dolayı, borçlu temerrüdü açısından edinilmiş olan yukarıdaki bilgiler kısmi temerrüt halinde de aynen geçerli olacaktır. Gerçek yabancı para borcunun icra takibine konu olması durumunda ise, uygulanacak olan İİK m. 58/f.2 b.3 hükmüne göre, söz konusu alacağın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi, takip talebinde gösterilmesi gerekmektedir. Maddi hukuk, gerçek yabancı para alacaklısına seçimlik hak tanımadığı için, alacaklı takip tarihindeki kur üzerinden TL karşılığını takip talebinde yazmalı ve akabinde bu karşılık üzerinden harç ve masraflar hesaplanmalıdır¹⁹³. İcra takibinde gerçek yabancı para borcunun TL karşılığının gösterilmesi üzerine; alacağın takip tarihi itibarıyla TL'ye dönüştüğü ve bu nedenle TL faizi talep edilmesinin mümkün olacağı ileri sürüldüğü gibi¹⁹⁴; katıldığımız görüşe göre, takip tarihi itibarıyla TL'ye çevrilmesinin sadece takip

¹⁸⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 93; Gülçin Elçin Grassinger, “BK. m.83 Hükmüne Göre Yabancı Para Borçları ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 299; Evrim Erişir, “Borçlar Kanunu m.83 f.III ve Türk Borçlar Kanunu m.99 f.III’e göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili”, **DEÜHFD**, C. II, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan Özel Sayısı, 2010, s. 877.

¹⁹⁰ David Rüetschi, Demian Strauber, “Die Durchsetzung von Fremdwährungsforderungen in der Praxis”, **BSK**, 2006, S. 2, s. 45 (Ayan, **a.g.m.**, s. 530 dn. 41’den naklen).

¹⁹¹ Yargıtay 11. HD., 15.11.1982 tarihli, E. 1982/4322, K. 1982/4688 sayılı kararı (Karayalçın, **a.g.m.**, s. 202); Yargıtay 11. HD., 24.09.1986 tarihli, E. 1986/3939, K. 1986/4669 sayılı kararı (YKD., 1986, S. 12, s. 1795).

¹⁹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 947, dn. 1036; Yargıtay HGK., 07.11.1990 tarihli, E. 1990/11-283, K. 1990/558 sayılı kararı (İBD, C. LXIV, S. 10-11-12 (Ekim-Kasım-Aralık) 1990, s. 1067 vd.).

¹⁹³ Ayan, **a.g.m.**, s. 530, 531.

¹⁹⁴ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 195; Erişir, **a.g.m.**, s. 889.

hukukunu ilgilendiren bir husus olması sebebiyle maddi hukuku ilgilendirmediği ve bu nedenle alacağın TL alacağı olmadığı, yabancı para borcu niteliği devam ettiği için, yabancı para borcuna uygulanacak faiz uygulanacaktır¹⁹⁵. Kısmi temerrüdün takip tarihinden önce gerçekleşmiş olması durumunda da aynı açıklamalar geçerli olup, temerrüt tarihinden takip tarihine kadar geçen süre boyunca işleyen temerrüt faizi 3095 sayılı Kanun gereği hesaplandıktan sonra, anapara ile birlikte takip tarihindeki kur üzerinden TL karşılığı hesaplanarak takip yapılacaktır, işleyecek olan faiz, yine, yabancı para borçlarına uygulanan faiz olacaktır; çünkü, her ne kadar TL'ye çevrilmiş olsa da yabancı para borcunun özelliğini yitirmiş olmaması hususu¹⁹⁶ kısmi temerrüt halinde farklılık göstermemektedir.

2.1.5.3.1. Gerçek Yabancı Para Borçlarının İfasında Kısmi Temerrüt

Gerçek yabancı para borçlusunun kısmi temerrüde düştüğü durumda, TBK m. 99/f.2 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, herhangi bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır; alacaklıya taahhüt etmiş olduğu para birimi üzerinden ve 3095 sayılı Kanun'un yabancı para borçlarında faiz başlıklı 4/a maddesine göre işleyecek olan temerrüt faizi ile birlikte ödeme yapmakla yükümlüdür. TBK m. 99/f.2 hükmü, *“Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir”* ifadesini kullanmıştır, bu hüküm yorumlandığında seçimlik hakkın yalnızca gerçek olmayan yabancı para alacaklısına tanınmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu hükmün karşıt anlamı ise; gerçek yabancı para alacaklısının madde metninde yer alan seçimlik hakka sahip olmayacağıdır. Bu sonuçlara varmayı etkileyecek en ufak şüphe uyandıracak bir ifade ya da dilbilgisi kullanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte; doktrinde bu seçimlik hakların gerçek yabancı para borçlusuna da tanınması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; TBK m. 99/f.2 ve m. 99/f.3 hükümleri birbiri ile çelişmekte olup, gerçek yabancı para borcunda temerrüde düşülmesi durumunda da

¹⁹⁵ Grassinger, **a.g.m.**, 299; Ayan, **a.g.m.**, s. 532, 533.

¹⁹⁶ Ayan, **a.g.m.**, s. 533, 534.

vade tarihindeki TL karşılığını talep edebilmelidir¹⁹⁷. Diğer görüş uyarınca, gerçek yabancı para alacaklısının da vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden TL karşılığı ödeme yapılmasını talep imkânının tanınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹⁸. Bu sonuca kanun koyucunun amacını yorumlayarak varıldığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre; alacaklının aynen ifayı istemeye yetkili olduğu, gerçek yabancı para borcunun söz konusu olduğu durumda da kendisine vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden çeviri yapılması imkânı tanınmalıdır; aksi durum, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Her iki görüş de yeterli ve doyurucu gerekçeler sunmadığı için kabul edilebilir değildir. TBK m. 99/f.2 ve m. 99/f.3 arasında herhangi bir çelişki bulunmadığı gibi, bu iki düzenlemenin özellikle gerçek olmayan yabancı para alacaklısı için getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu sonuca açıkça varılması mümkündür; çünkü gerçek yabancı para borcunun kararlaştırılmış olduğu durumda, zaten alacaklı aynen ifayı istemektedir, ilgili sözleşmeyi yaparken bu irade ile hareket etmiştir; kendisine ayrıca böyle bir seçimlik hak tanımaya ihtiyaç ve gerek bulunmamaktadır.

Gerçek yabancı para borcunun ifasında, 3095 sayılı Kanun'un yabancı para borçlarında faiz başlıklı 4/a maddesine göre; tarafların daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı durumlarda, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının¹⁹⁹ o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır²⁰⁰. Devlet Bankaları, farklı oranlar uyguluyor ise, faiz oranının belirlenmesinde, aralarındaki en yüksek oran dikkate alınır²⁰¹. Doktrinde yer alan ve kanun metninin lafzından hareket eden görüşe göre; taraflar sözleşmede, daha düşük temerrüt faizi oranı kararlaştırmış olmalarına rağmen, yabancı para borcu söz

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 587.

¹⁹⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 308, 309.

¹⁹⁹ Devlet bankaları, sermayesinin tamamı devlete ait olan bankalar anlamına gelmektedir. Sermayesinin %50'den fazlasının iktisadî devlet teşekküllerine ait olduğu, bağlı ortaklık tipindeki bankalar bu kapsamda yer almamaktadır. Bkz.: Barlas, **a.g.e.**, s. 164.

²⁰⁰ Bu maddenin uygulanmasının adi işlemlerle sınırlı olduğu, ticari işlemlerde uygulanacak olmasının olumsuz durumlara ve hatta Anayasa'ya aykırılığa sebebiyet verebileceği hususunda bkz.: Birsell, Sevi, **a.g.m.**, s. 1044 vd.

²⁰¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 158.

konusu olduğu için, mevduat faizi oranı esas alınacaktır²⁰². İkili bir ayırım yapan doktrindeki diğerk görüşe göre ise; tarafların temerrüt faizi oranını serbestçe belirlediğı halde, anapara faizi oranı Devlet Bankaları tarafından belirlenmiş orandan daha yüksek ise, anapara faizi oranı; anapara faizi oranı Devlet Bankaları tarafından belirlenmiş orandan daha az ise, mevduat faizi oranı, temerrüt faizi oranı olarak esas alınacaktır²⁰³.

Madde metni incelendiğinde, tarafların temerrüt faizi belirlemelerine alt sınır getirildiğı yorumu yapılması mümkündür. Bu durumda alacaklının, iradesine aykırı olarak, yüksek faiz talep etmeye zorlandığı söylenebilecektir. Ancak, sözleşme özgürlüğünün esas olduğı unutulmamalıdır. Tarafların iradeleri doğrultusunda belirleyecekleri temerrüt faizi oranı, aşırı yararlanma ve ahlâka aykırılık gibi genel geçersizlik sınırları ve dürüstlük kuralı çerçevesinde uygulanmalı ve sadece taraflarca temerrüt faizi oranının belirlenmediğı durumlarda 3095 sayılı Kanun’un 4/a maddesi uygulama alanı bulmalıdır²⁰⁴. Kanun’un yazım tekniğı dikkate alınacak olursa, m. 1/f.1 ve m. 2/f.1 hükümlerinde yer alan, “sözleşme ile tespit edilmemişse” veya “sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça” ifadelerine benzer bir ifade kullanılarak alacaklının düşük faiz talep edebilmesine ilişkin belirsizliğin giderilmesi mümkün olacaktır.

2.1.5.3.2. Gerçek Olmayan Yabancı Para Borçlarının İfasında Kısmi Temerrüt

Gerçek olmayan yabancı para borçlarının kısmi temerrüde konu olması, kendine has değerlendirmeler barındırmaktadır. İlk olarak, erken ifa konusu olan gerçek olmayan yabancı para borcunun hangi para birimi üzerinden ifa edileceğine ilişkin doktrinel tartışma ele alınacak ve kısmi temerrüt halinin bu yorumlamalara etkisi incelenecektir. Devamında, esas incelenmeye değer husus olan, kısmi temerrüt

²⁰² Barlas, **a.g.e.**, s. 157, 164.

²⁰³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1614, N. 1615.

²⁰⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 164.

konusu gerçek olmayan yabancı para borcunun kısmi ifası ile bakiye ifasının aynı para birimi üzerinden gerçekleşmesi zorunluluğunun var olup olmadığı ele alınacaktır.

Erken ifaya konu, gerçek olmayan yabancı para borcunun TL olarak karşılığının ifası hususunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; ifa edilmesi mümkün olan, gerçek olmayan yabancı para borcunun, muacceliyetten önce sadece aynen ifası mümkün olup, TL karşılığının ifa edilmesi mümkün olmadığı gibi alacaklının bunu kabul etmesi zorunlu değildir, zira alacaklının menfaati vade tarihindeki kur üzerinden çeviri suretiyle ifada olabilir²⁰⁵. Diğer bir görüşe göre, borçlu bu durumda da TL karşılığını ödeyebilir; ancak vade tarihinde eğer yabancı para biriminin değeri artmış olursa, bu durumda fiili ödeme tarihi ile muacceliyet tarihi arasındaki kur farkını ayrıca ödemekle yükümlü olacaktır²⁰⁶. Her ne kadar TBK m. 96 hükmüne uygun olarak erken ifa imkânı bulunsa da alacaklının vadeyi bekleyerek kur artışından yararlanmaya yönelik haklı bir beklentisinin bulunması halinde, zaten vaktinden önce ifanın imkânının var olmadığı kabul edilmelidir. Bir diğer görüşe göre²⁰⁷; ifa edilmesi mümkün ise yabancı para borcunun, muacceliyet tarihinden önce ifa edilme imkânı bulunmalı ve hatta bu erken ifayı alacaklı kabule yükümlü olmalıdır; ancak kur farkının borçlu tarafından ödenmesi mümkün olmamalıdır. Alacaklı zaten, fiili ödemenin gerçekleştiği tarihte, kararlaştırılmış olan miktardaki yabancı parayı satın alabilecek ekonomik menfaati elde etmiştir, buna rağmen fiilen yabancı paraya çevirmemiş olmasının sonuçlarına borçlu değil kendi katlanmalıdır.

Tüm bu görüşler değerlendirilecek olursa, ilk olarak ifade edilmesi gereken, hakkaniyete uygun olan, adaleti sağlayacak bir çözüm bulmak için öncelikle sözleşmesel menfaatler dengesini gözetmek gerektiğidir. Bu doğrultuda, tarafların muacceliyet tarihi belirleme amaçları ve erken ifanın mümkün olup olmadığı TBK m. 96 hükmünde yer alan esaslar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu hususta öncelikle,

²⁰⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 97; Erişir, **a.g.m.**, s. 874.

²⁰⁶ Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, 3. Aufl, Bern, 2009, s. 648, N. 34; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 9. Aufl., Zürich, Schulthess, 2008, s. 39, N. 2308 (Ayan, **a.g.m.**, s. 542 dn. 75'ten naklen).

²⁰⁷ Ayan, **a.g.m.**, s. 543.

sözleşmenin hükümlerine, özelliğine veya durumun gereğine bakılacaktır. Gerçek olmayan yabancı para borcunun kararlaştırılmış olması, alacaklının yabancı para borcunun aynen ifasının yanında TL karşılığını isteyebilme imkânını da içerir. Sözleşmesel menfaatler dengesi gereği, ifanın mümkün olduğu her an, TL karşılığını alacaklıya ifa etmesinin kabulü mümkün olmayıp, bu kabul menfaatler dengesinin borçlu lehine ve alacaklı aleyhine değişmesine yol açar. Her somut olayda değerlendirme yapılırken, erken ifanın koşulları gerçekleşmiş ise, alacaklının yabancı para alacağının aynen kısmi ifasını kabul ile yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Bu varsayımda, alacaklının yabancı para alacağının TL karşılığını kabul ile zorunlu tutulmasını kabul etmek, hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Alacaklının TL karşılığını elde etmede menfaati olması durumunda kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu söylenebilecek ise de borçlunun her hâlükârda, alacaklının, muacceliyet ile fiili ödeme tarihi arasındaki kur farkından doğan zararını tazmin etmesi gerekecektir. Gerçek olmayan yabancı para borcu kısmi temerrüde konu olduğu için, öncelikle kısmi ifanın gerçekleşmiş olduğu hususu unutulmamalıdır. Muacceliyet tarihine kadar bu ifanın tamamlanma imkânı bulunmaktadır. Bu durumda, borçlunun ifasını aynı para birimi ile tamamlamakla yükümlü tutulup tutulmayacağı irdelenmelidir. Sonuca götürecek unsur, gerçek olmayan yabancı para borcunun, borçluya ifa ile yükümlü olduğu edim konusu yabancı para birimini, değerinin TL olarak karşılığı olarak da ifa etme imkânı vermesidir. Taraflar, hayatın olağan akışına uygun olarak yabancı para borcunu gerçek olan yerine, özellikle gerçek olmayan yabancı para borcu olarak tercih etmişlerdir. Sözleşmede hem yabancı para borcu ile hem de bunun TL karşılığı ile ödeme yapılabileceği kararlaştırılmıştır. Alacaklının menfaatinin tam olarak sağlanması için, borcun bir kısmını TL ile ödenmesine cevaz verilirken, devamında buna izin verilmemesi ya da durumun tam tersinin hukuki bir dayanağı bulunmadığı gibi mantığa da aykırıdır. Tarafların iradesi, sadece yabancı para borcu ile ödenmesi yönünde olsaydı, zaten bu husus gerçek yabancı para borcu olarak sözleşmede yer alacaktır. Bu durumda, kalan kısmın ifası için bir alternatif söz konusu dahi olmayacaktı. Sonuç olarak, tarafların iradeleri doğrultusunda akdedilmiş sözleşme gereği ve TBK m. 99/f.1 hükmü uyarınca, borçlunun bakiye borcu, kısmi ifadakinden farklı bir para birimi ile ödeyerek ifasını tamamlama hakkının olduğu kabul edilmelidir.

Kısmi temerrüt konusu gerçek olmayan yabancı para borcunun kısmi ifası ile bakiye ifasının aynı para birimi üzerinden gerçekleşmesi zorunluluğunun var olup olmadığını tespit edebilmek için, öncelikli olarak TBK m. 99/f.2 hükmünün kısmi temerrüt nezdinde ele alınması gerekir. TBK m. 99/f.2 madde metninde, gününde ödenmemesi olgusunun, borcun kısmen ya da tamamına ilişkin olduğuna dair özellikle bir ayırım yapılmadığından, kısmi temerrüt halinde de bu hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Buna göre, alacaklı, bakiye alacağını aynen veya vade veya fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden TL karşılığı ile ödenmesini talep edebilir. Kısmen ifa ile bakiye borcun ifasının aynı para birimi üzerinden yapılması zorunluluğuna ilişkin hiçbir hukuki dayanak bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar gerçek olmayan yabancı para borcu hususunda anlaşmışlardır. Borçlu, ifa zamanında borcunu kısmen ifa etmiştir, kalan kısım için alacaklının korunması için zaten kendisine yeterli seçenek sunulmuştur. Alacaklı, menfaatinin tam olarak sağlaması için, aynı para birimi üzerinden alacağını talep edebileceği gibi vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden TL karşılığını da isteyebilir. Gerçek olmayan yabancı para borcunun kısmi ifasında TL karşılığı ile ödeme yapılması durumunda da alacaklının bu hakları ile ilgili herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Zira, muacceliyet tarihinde, ister ilgili yabancı para birimi isterse TL karşılığı ile olsun, gerçekleştirilmiş kısmi ifa, alacaklının sözleşmesel menfaatinin bir kısmını elde etmesini sağlamıştır. Alacaklının tam menfaatinin sağlanmasına ilişkin hukuki koruma, ona kanun koyucu tarafından seçimlik haklar tanınarak getirilmiştir.

Gerçek olmayan yabancı para borçları bakımından temerrüt faizinin hangi oranda uygulanacağını tespit edebilmek için öncelikle TBK m. 99/f.3 hükmünü incelemek gerekir. TBK m. 99/f.3 hükmü, Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklının, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden, Ülke parası ile ödenmesini isteyebileceğini düzenlemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 83/f.3 hükmü ile aynen ödeme kaydı bulunmayan yabancı para borcunu ödemede temerrüde düşen borçluya karşı, alacaklının vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebileceği yönünde iki seçimlik yetkisi

tanınmıştı²⁰⁸. TBK, alacaklının vade veya fiili ödeme günündeki döviz kuruna göre Türk parası ile isteyebilme imkânlarının yanına ek olarak, aynen ödemeyi talep imkânı da tanımıştır. Özellikle, yüksek enflasyonun olduğu dönemlerde alacaklıyı, döviz kurlarında meydana gelen artışların olumsuz etkilerinden koruma amacı gözetilmekte²⁰⁹ ve alacaklının aşkın zarara ilişkin hükme başvurmasına gerek kalmaksızın kur farkından dolayı oluşan zararını TBK m. 99/f.3 hükmü ile karşılaması sağlanmak istenmektedir²¹⁰.

TBK m. 99 hükmünde ödeme gününden bahsedildiği için, vadenin belirlenmemiş olduğu para borçlarına ilişkin olarak da bu maddenin uygulanacağı kabul edilmektedir²¹¹.

Borçlunun ifasını kolaylaştırmak ve milli para biriminin itibarını korumak amacıyla, borçluya yabancı para borcunu TL karşılığı üzerinden ödeme yapma imkânı tanınması kendisine seçimlik yetki olarak verilmiştir²¹². Seçimlik yetki, herhangi bir şekilde tâbi olmayan, karşı tarafa ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Takip talebi, dava dilekçesi veya ihbar beyanında bulunma suretiyle de seçimlik yetki kullanılabilir. Alacaklının kullanmış olduğu seçimlik hakkını daha sonra değiştirme imkânı olmadığı kabul edilmektedir²¹³.

²⁰⁸ Barlas'a göre, alacaklıya tanınan bu imkân bir seçimlik yetki niteliğinde değildir. Zira, burada asıl edim ve alacaklının seçmeye yetkili olduğu bir yedek edim bulunmadığından alacaklıya yalnızca ifa konusunu miktar bakımından etkileyecek bir tercih imkânı söz konusudur. Bkz.: Barlas, **a.g.e.**, s. 100.

²⁰⁹ Vedat Buz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 2011, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 167.

²¹⁰ Cem Baygın, "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, **EÜHFD**, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 129.

²¹¹ Serozan, **Eleştiri**, s. 207; Karayalçın, **a.g.m.**, s. 201; Yargıtay 15. HD., 13.04.1988. tarihli, E. 1988/328, K. 1988/1475 sayılı kararı (**YKD.**, 1988, S. 10, s. 1411); Yargıtay 9. HD., 03.03.1987 tarihli, E. 1987/399, K. 1987/2604 sayılı kararı (**YKD.**, 1989, S. 5, s. 670); k.g. Barlas, **a.g.e.**, s. 96

²¹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 943; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §8 N. 6; Serozan, **Eleştiri**, s. 206; Buz, "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Makaleler - Tebliğler, Der.: Doç. Dr. Murat İncoğlu, 2011, s. 92; Barlas, **a.g.e.**, s. 92; Karayalçın, **a.g.m.**, s. 190; Cem Baygın, **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 1997, s. 61.

²¹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 588; Aykonu, **a.g.m.**, 149, 150. "Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine eklenen fıkra uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı, yabancı para alacağını aynen

eBK m. 83/f.3 hükmü uyarınca alacaklıya getirilen seçim imkânının, borçlunun seçim yetkisini sınırlayıp sınırlamadığı hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktaydı, kanun koyucu bunu dikkate almış ve vade geçmişse artık borçlunun seçim hakkının kalmayacağına ilişkin görüş²¹⁴ doğrultusunda TBK m. 99/f.3 hükmünü düzenlemiştir. Kısmi temerrüdün gerçekleştiği anda, seçimlik yetki alacaklıya geçmektedir²¹⁵.

Alacaklı, TBK m. 99/f.3 hükmü gereği kendisine tanınmış haklardan hangisini seçerse seçsin, temerrüt süresi ve temerrüt faizine uygulanacak oran değişmeyecektir²¹⁶.

TBK m. 99/f.3 hükmünde yer alan “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının söz konusu seçimlik yetkilerini kullanabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekli değildir; zira bu hükümde düzenlenen alacaklı lehine imkânların doğması, borçlunun ifa zamanında ödemede bulunmamasına bağlı sonuçlardır ve bu nedenle borçlu temerrüdü ortaya çıkmasa bile muacceliyet gerçekleştiği an, alacaklının seçimlik hakları da doğar²¹⁷. Diğer görüş, madde metninde yer alan “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesinin muacceliyeti değil, borçlunun temerrüdü anlamına geldiğini kabul eder. Bu kabulün temelinde borçluyu temerrüde düşürmeyen alacaklıya söz konusu imkânların tanınmasına gerek olmadığı düşüncesi bulunmaktadır²¹⁸. Bunun sonucunda, temerrüde düşmemiş olan, gerçek olmayan

ya da vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden ödetilmesini isteyebilir. Seçimlik hakkını Türk parası yönünde kullanan alacaklı, bu seçimlik hakkından dönerek, yabancı para veya kur farkı adı altında bir talepte bulunamaz. Yasanın alacaklıya tanıdığı bu seçimlik hak, dönülmesi mümkün olmayan hak niteliğindedir. Bu nedenle davacı alacaklının tahsilat yaparken ihtirazı kayıt ileri sürmesi dahi bu sonuca etkili değildir. Bu durum karşısında davanın reddi gerekir.”, Yargıtay HGK., 23.01.2002 tarihli, E. 2002/15-15, K. 2002/19 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²¹⁴ Serozan, **Eleştiri**, s. 211 vd.

²¹⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 551.

²¹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1617.

²¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1638; Barlas, **a.g.e.**, s. 100.

²¹⁸ Ayan, **a.g.m.**, s. 549; Baygın, **Yabancı Para**, s. 75. “*Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine eklenen fıkra uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı, yabancı para alacağını aynen ya da vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden ödetilmesini isteyebilir.*”, Yargıtay HGK., 23.01.2002 tarihli, E. 2002/15-15, K. 2002/19 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

yabancı para borçlusunun, muacceliyet tarihindeki kur üzerinden TL karşılığı olarak ödeme yetkisi devam etmektedir²¹⁹. Bununla birlikte, bu ifadede borcun muaccel olmasının yeterli olduğunun kabulü halinde, TBK m. 99/f.2’de gerçek olmayan yabancı para borçlarında borçluya ödeme günündeki rayiç üzerinden TL olarak ödeme seçimlik hakkı ile TBK m. 99/f.3 düzenlemesinin çelişeceği ve bu nedenle iki fıkradan birinin uygulanmasının mümkün olamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle TBK m. 99/f.3 hükmünün kanundan çıkarılması veya “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesinin, “borçlunun borcunu ifada temerrüde düşmesi durumunda” şeklinde değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır²²⁰. Kanımızca, alacaklının söz konusu seçimlik yetkilerini kullanabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekli değildir; zira bu hükümde düzenlenen alacaklı lehine imkânların doğması borçlunun ifa zamanında ödemede bulunmamasına bağlı sonuçlardır. Gözden kaçırılmaması gereken husus, aşkın zarara ilişkin bir düzenleme varken alacaklıya döviz kurundan kaynaklanan zararının telafi edebilmesi için özel bir düzenleme getirilmesinin söz konusu olmasıdır. Dolayısıyla borçlu temerrüdüne ilişkin aşkın zararın tazminine yönelik düzenlemeden farklı olarak, borçlunun ödeme gününde ifayı gerçekleştirmemiş olması esas alınmıştır. Bu nedenle borcun gününde ödenmemesi ifadesinin bilinçli olarak madde metninde yer aldığı aşikârdır. Başka bir deyişle, alacaklının söz konusu seçimlik yetkilerini kullanabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması aranmamaktadır. Alacağı yabancı para borcu olan alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesi beklenmeden, döviz kuru nedeniyle uğramış olduğu zararın telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Döviz kuru nedeniyle uğranılan zarar, borçlunun temerrüde düşürülmesi sürecinde belki daha da artacak ve alacaklının menfaati çok daha fazla etkilenecektir. Ekonomik yönden yabancı para borcu alacaklısının daha fazla korumak istenmesi ile bu düzenleme getirilmiş ve alacaklı lehine imkânların doğması borçlunun ifa zamanında ödemede bulunmamasına bağlı sonuçlar olduğundan, borçlu temerrüdü ortaya çıkmasa bile muacceliyet gerçekleştiği an alacaklının seçimlik hakları da doğacağı hükme bağlanmıştır.

²¹⁹ K.g. Grassinger, **a.g.e.**, s. 296.

²²⁰ Buz, **İfa**, s. 170.

Her ne kadar konu başlığı doğrudan temerrüt faizi oranı incelemesi ile ilgili olsa da alacaklının seçimlik yetkisini nasıl kullanacağı da kısmi temerrüt açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda, alacaklının seçimlik hakkını kullanırken hangi faiz oranını talep edebileceğine öncelikle yer verilecek, akabinde seçimlik hakkının kullanılmasına ilişkin sair ilgili açıklamalar yapılacaktır.

2.1.5.3.2.1. Alacaklının Aynen İfayı Talep Etmesi

Gerçek olmayan yabancı para borçlarında, alacaklı aynen ödenmesini talep etmişse, borçlunun temerrüdünün gerçekleştiği tarihten itibaren borçlunun fiili ödemede bulunduğu tarihe kadar yabancı para borçlarına uygulanan faiz üzerinden temerrüt faizi talep edilebilecektir²²¹. Başka bir ifadeyle, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz temerrüt faizi oranı olarak esas alınacaktır. Görülmektedir ki, aynen ödemenin talep edildiği bu halde adeta gerçek yabancı para borcu söz konusu varmış gibi kabul edilmekte ve ona göre temerrüt faizi oranı belirlenmektedir. Gerçek olmayan yabancı para borçlarına has olan bu esaslar, borçlunun temerrüdü ya da borçlunun kısmi temerrüdünde herhangi bir farklılık göstermeyeceği için bu hususlar kısmi temerrüt halinde de aynen geçerli olacaktır.

Borçlunun kısmi temerrüdü, gerçek olmayan yabancı para borcunda, seçimlik yetkinin alacaklıya geçmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte; kısmi temerrüt, bu seçimlik yetkiye alacaklının aynen ifayı talep etmesi halinde borçlu lehine bir sınır da belirlemektedir. Böylelikle, alacaklı dilediği tarihteki kur üzerinden TL karşılığını talep etme imkânına sahip değildir. Borçlu, gerçek olmayan yabancı para borcunu, yalnızca, aynen veya vade ya da fili ödeme tarihindeki kur üzerinden TL karşılığını ifa edebilecektir²²². Bu sınırın gerekçesi, borcun özellikle yabancı para olarak ifasının

²²¹ Helvacı, **İfa Engelleri**, s. 41. “*Takipte alacaklı ... fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını istemesi halinde takip konusu alacak tahsil tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendirileceğinden bu alacağa 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesi gereğince vade tarihinden fiilen ödeme tarihine kadar Devlet Bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz isteyebilir...*”, Yargıtay 12. HD., 08.05.2007 tarihli, E. 2007/6900, K. 2007/9369 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²²² Rona Serozan, “Yeni Borçlar Kanunu’nda ‘İfa Zamanı’ ve ‘Zamanında İfa Etmeme’ Konularında Rastlanan Yenilikler”, **Prof.Dr. Tankut CENTEL’e Armağan**, İstanbul, 2011, s. 1079; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 87; Erişir, **a.g.m.**, s. 876, 879. Borçluya aynen veya fili ödeme tarihindeki

istenilmesi halinde, sözleşmenin gerçek yabancı para borcunu konu etmesi gerektiği; oysa burada, taraf iradelerinin bu yönde olmamasından bahisle gerçek olmayan yabancı para borcunun söz konusu olduğudur. Gerçek olmayan yabancı para borcunun aynen ifasının talep edilmesi onun niteliğini değiştirmez, onu gerçek yabancı para borcuna dönüştürmez²²³.

Borçlunun, TL üzerinden yapmış olduğu kısmi ifa, vade tarihinde veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden yabancı paraya çevrilerek alacak miktarı tespit edilecektir.

Borçlunun kısmi temerrüdü üzerine alacaklının icra takibi başlatması durumunda, İİK m. 58/f.3 hükmü gereği, yabancı para üzerinden takip yapılması mümkün olmadığı için, alacaklının iradesi doğrultusunda vade tarihi veya fiili ödeme günü üzerinden TL karşılığının tahsilinin talep konusu yapılması gerekecektir. Alacaklının, ihtar beyanında veya dava dilekçesinde, gerçek olmayan yabancı para borcunun aynen ifasını talep etmiş olduğu durumda, takip başlatıldığında aynen ifaya yönelik önceki kararını, vade tarihindeki TL karşılığının ifası olarak değiştirememesi gerektiği ifade edilmektedir²²⁴. Zaten, ilamlı icra takibi söz konusu ise, takip talebinin içeriğinde ilamda yer alanlara bağlı kalınacağından, alacaklının farklı bir talepte bulunması mümkün olmamaktadır, bu nedenle böyle bir yorumun ayrıca yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Alacaklı gerçek yabancı para borcunda olduğu gibi takip tarihindeki kur üzerinden TL'ye çevirisini yaparak harç ve masrafları öder.

2.1.5.3.2.2 Alacaklının Fiili Ödeme Günündeki Rayiç Üzerinden TL Karşılığı Olarak İfasını Talep Etmesi

Alacaklının fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden TL karşılığı olarak ödenmesini talep ettiği halde, yabancı paraya uygulanacak faiz oranı temerrüt tarihinden itibaren hesaplanacak ve bulunan tutar fiili ödeme günündeki efektif satış

kur üzerinden TL karşılığını ifa imkânı tanındığı 818 sayılı Kanun döneminde bu görüşte, Serozan, **Eleştiri**, s. 212. TBK m. 99/f. 3 hükmünün bu imkânı ortadan kaldırdığı yönünde bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 946.

²²³ Ayan, **a.g.m.**, s. 554.

²²⁴ Ayan, **a.g.m.**, s. 555.

kuru üzerinden TL'ye çevrilecektir. Hesaplama yine aynen ödeme talebinde olduğu gibi yapılacaktır²²⁵. Mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para borçları için hangi faiz oranının uygulanacağı hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, kanımızca, bu yabancı paranın ait olduğu ülkede geçerli olan kanuni temerrüt faizinin uygulanması yoluyla bu boşluk doldurulmalıdır²²⁶.

İcra takibi başlatılması durumunda, belirlenecek harç ve masraflar sadece takip hukuku bakımından hüküm doğurmak üzere hesaplanır; bu ihtimalde de borcun gerçek miktarı, işin doğası gereği, fiili ödeme tarihindeki kura göre, ileriki bir tarihte belirlenecektir²²⁷.

²²⁵ İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**, 5. bs., İstanbul, 2010, s. 163; Helvacı, **a.g.m.**, s. 41; Grassinger, **a.g.m.**, s. 304; Ayan, **a.g.m.**, s. 560. Fiili ödeme tarihini ya da vade tarihini seçtiği için, alacaklının iradesine uygun düşeceği çözümün artık TL faizinin uygulanması gerektiğine yönelik aksi görüşte, Erişir, **a.g.m.**, s. 891. “...*alacaklının seçimlik 0/hakkı mevcut olup, fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını istemesi halinde takip konusu alacak tahsil tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendirileceğinden alacaklı bu alacağı 3095 sayılı Kanunun 4/a maddesi gereğince vade tarihinden ödeme tarihine kadar Devlet Bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz isteyebilir.*”, Yargıtay 12. HD., 23.09.2010 tarihli, E. 2010/8268, K. 2010/20864 sayılı kararı, **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**; “*Asıl ve birleştirilen davada davacılar vekilleri, hasar bedelinin, 3095 Sayılı Yasanın 4/a maddesi uyarınca işlenmiş faiziyle birlikte, fiili ödeme günündeki kur üzerinden TL karşılığının ödenmesini istemiştir. Mahkemece, Euro üzerinden hesaplanan tazminatın ve 3095 sayılı Yasanın 4/a maddesi uyarınca fiili tahsil tarihine kadar işlemiş faizi toplamının fiili ödeme tarihinde T.C. Merkez Bankası'nın efektif satış kuru üzerinden belirlenecek TL karşılığının tahsiline karar verilmesi gerekir.*”, Yargıtay 17. HD., 21.06.2010 tarihli, E. 2009/4357, K. 2010/5732 sayılı kararı, **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**; “*Takipte alacaklı B.K. 'nun 83 ve T.T.K. 'nun 623. Maddeleri uyarınca seçimlik hakkını kullanarak fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını istemesi halinde takip konusu alacak tahsil tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendirileceğinden bu alacağa 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesi gereğince bade tarihinden fiilen ödeme tarihine kadar Devlet bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz isteyebilir. Bir başka ifadeyle her iki halde de işlemiş faiz (vadeden takibe kadar) 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesine göre istenebilecek iken B.K. 'nun 83 ve T.T.K. 'nun 623. maddelerindeki seçimlik hakkını kullanılıp kullanılmaması durumuna göre işleyecek faizin, avans (3095 Sayılı Kanunun 2. md. Koşullarında) veya 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesine göre hesabı gerekecektir.*”, Yargıtay 12. HD., 26.02.2007 tarihli, E. 2007/566, K. 2007/3242 sayılı kararı, **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

²²⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 164, 165.

²²⁷ Grassinger, **a.g.m.**, s. 301 vd.

2.1.5.3.2.3. Alacaklının Vade Günündeki Rayiç Üzerinden TL Karşılığı Olarak İfa Edilmesini Talep Etmesi

Alacaklının vade günündeki rayiç üzerinden TL karşılığı olarak ödenmesini talep etmesi halinde temerrüt faizinin nasıl uygulanacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, alacaklının vade tarihindeki kur üzerinden hesaplama yapılmasını talep etmesiyle birlikte, borç artık muacceliyet tarihi itibarıyla TL'ye dönüşmüş olacağından TL'ye (ülke parasına) uygulanan temerrüt faizi oranı esas alınır²²⁸. Katıldığımız diğer görüşe göre, alacaklı her ne kadar vade tarihindeki kur üzerinden alacağının hesaplanmasını talep etmiş olsa da borcu nitelik olarak değişmemekte ve yabancı para borcu olarak var olmaya devam etmektedir. Bu nedenle, temerrüt faizi yabancı para olarak 3095 sayılı Kanunun m. 4/a hükmü uyarınca hesap edilecek ve bulunacak miktar, vade tarihindeki kura göre TL'ye çevrilecektir²²⁹.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, kanımızca hatalı olarak, süreç ayırımı yaparak farklı oranların uygulanmasını tercih ettiği görülmüştür. Bu kararlarında Yargıtay, takip tarihine kadar işleyecek faizin oranının yabancı para birimi üzerinden, takip tarihinden itibaren ise TL üzerinden hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir²³⁰.

²²⁸ Erden Kuntalp, "Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler-Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 161; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 163; Erişir, **a.g.m.**, s. 889. "Alacaklı vekilinin ayrıca, takip talebinde asıl alacağa (takip tarihinden itibaren işleyecek ticari temerrüt faizinin) uygulanmasını istediği görülmektedir. Bu beyan adı geçenin BK.nun 83/2. maddesindeki tercihinin (borcun vade tarihindeki) rayice göre Türk Parası ile ödenmesi yönünde kullandığını gösterir.", Yargıtay 12. HD., 08.05.2007 tarihli, E. 2007/6900, K. 2007/9369 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); "Somut olayda alacaklı yabancı para alacağını Türk parasına çevirdiğinden ve bunun tahsilini istediğinden takip dayanağı senetlerde öngörülen vade tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını istediğine ve tercih hakkını bu yönde kullandığına göre, dayanak belgenin niteliği dikkate alınarak, takip konusu alacağı 3095 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca vade tarihinden itibaren yasal faiz oranlarına göre faiz hesaplanması gerekir.", Yargıtay 12. HD., 23.09.2010 tarihli, E. 2010/8268, K. 2010/20864 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1640; Barlas, **a.g.e.**, s. 92, 158; Baygın, **Yabancı Para**, s. 50; Ayan, **a.g.m.**, s. 557; k.g. Helvacı, **Faiz**, s. 41; Albaş, **a.g.e.**, s. 166.

²³⁰ Yargıtay 12. HD., 08.05.2007 tarihli, E. 2007/6900, K. 2007/9369 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 12. HD., 26.02.2007 tarihli, E. 2007/566; K. 2007/3242 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 12. HD., 23.02.2010 tarihli, E. 2009/28384, K. 2010/4090 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 12. HD., 11.07.2006 tarihli,

Yargıtay'ın bu kararlarının sebebi, alacaklının yabancı para borcunun ifasında vade tarihindeki TL karşılığını talep etmesinin borcunun niteliğini değiştirmemesidir. Kaldı ki, takip tarihinin uygulanacak faiz türünü değiştirmesinin hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. İcra takibinin başlatılması, alacağın TL olarak çevrildiği anlamında yorumlanıyorsa, bu anlayış fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden TL olarak talep edilmesi durumunda da uygulanmalıdır. Ancak, Yargıtay bu hususta birbiriyle uyumlu bir uygulama içinde değildir²³¹.

Alacaklının kullanabileceği haklar sınırlı olarak sayılmıştır. Yabancı para borcunun TL karşılığının belirlenmesi, sadece muacceliyet veya fiili ödeme tarihindeki kurdan birinin seçilmesi yoluyla yapılabilir; bu iki tarih dışındaki herhangi bir kur üzerinden TL'ye yapılacak çeviri geçersiz olacaktır. Alacaklının muacceliyet veya fiili ödeme tarihinden başka bir tarihteki kur üzerinden çeviri yapılmasını istemeye yetkisi bulunmamaktadır²³². Alacaklının, çeviri tarihi olarak muacceliyet tarihiyle aynı olmadığı sürece, temerrüt tarihindeki veya dava ya da icra takip tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını isteyememesi, bu yetki yoksunluğunun sonucudur²³³.

13 Eylül 2018 tarihli 30534 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan, 85 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı, Türk hukuk sistemine önemli bir değişiklik getirmiştir²³⁴. Yayımlı tarihinde yürürlüğe giren, 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na göre; Bakanlıkça belirlenen haller dışında, döviz ile sözleşme yapılamayacak ve yapılmış olanlar ise yürürlük tarihinden itibaren 30 gün içinde Türk Lirasına çevrilecektir, şüphesiz ki bu durum taraflar aleyhine bir durum yaratıyor ise, TBK m. 138 hükmüne dayanılarak, uyarılma davasının konusu olabilecektir.

E. 2006/12270, K. 2006/15287 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Bu kararların yerinde olmadığı hususunda bkz.: Grassinger, **a.g.m.**, s. 306; Ayan, **a.g.m.**, s. 558, 559.

²³¹ Bkz.: yuk. s. 220 dn. 228.

²³² Serozan, **Eleştiri**, s. 211; Erişir, **a.g.m.**, s. 882.

²³³ Ayan, **a.g.m.**, s. 553.

²³⁴ (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/09/20180913-7.pdf>

Dolayısıyla, artık bu tip sözleşmelerde yabancı para borcu söz konusu olmayacağından, yabancı para borcunda kısmi temerrüt sorunu da ortaya çıkmayacaktır. Kararda anılan, Bakanlıkça belirlenen haller dışında yabancı para borcuna olanak tanınmadığı görülmektedir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın, bu hususa ilişkin, 06.10.2018 ve 16.11.2018 tarihli tebliğleri incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi sözleşmelerin çoğunda Cumhurbaşkanı Kararı'nın uygulama alanı bulacağını görmekteyiz²³⁵.

Bu bağlamda, zikredilen haller dışında, artık bu hukuki düzenlemeden sonra, Türkiye'de yerleşik kişiler tarafından akdedilen sözleşmeler açısından, yabancı para borçlarında kısmi temerrüde ilişkin açıklamalarımız teoride kalmaktadır. Sözleşme özgürlüğüne getirilen bu sınırlamanın kaldırılması neticesinde, bu bilgiler yeniden uygulama alanı bulacaktır.

2.1.6. Zamanaşımı

Temerrüt faizinin talebinin tâbi olacağı zamanaşımına ilişkin Kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı için, TBK m. 146 hükmü gereği on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Temerrüt faizinin işleyeceği asıl alacağın TBK m. 147 hükmünde sayılanlardan olması halinde bu hükmün uygulanmayıp yine on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağı kabul edilmektedir²³⁶.

TBK m. 152 hükmünün asıl alacağın zamanaşımına uğraması halinde ona bağlı olan faiz ve diğer alacakların da zamanaşımına uğramış sayılacağına ilişkin düzenleniş şekli doktrinde farklı kabullere yol açmıştır. Bir görüşe göre, anapara faizi, temerrüt faizi ve ceza koşulu bu hükmün kapsamında yer almaktadır²³⁷. Başka bir görüşe göre, TBK m. 152 (CO m. 133) hükmü uyarınca asıl alacağın ile temerrüt faizi ile aynı anda zamanaşımına uğrayacak olması sebebiyle temerrüt faizinin, asıl alacaktan daha kısa

²³⁵ (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181006-4.htm>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/11/20181116-8.htm>

²³⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 185; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 215 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 151 dn. 235'ten naklen)

²³⁷ Daepfen, **a.g.e.**, s. 194; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1966.

bir zamanaşımı süresine tâbi olması mümkün değildir²³⁸. Bir diğer görüş göre, TBK m. 152 hükmü asıl alacağa bağlı alacakların kesin olarak zamanaşımı sürelerini belirlemeye ilişkin değildir, madde metninde sayılan bağlı alacaklara ilişkin zamanaşımı süreleri işlemeye devam ederken asıl alacağın zamanaşımına uğramış olduğu anda bu sürenin de sona ereceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, bu hüküm ancak asıl alacağın temerrüt faizi ve diğer bağlı alacaklardan daha önce zamanaşımına uğraması durumunda anlam taşır²³⁹.

Kanımızca, ilgili kanun hükmü değerlendirildiğinde, faiz alacağının talep edilebileceği zaman diliminin üst sınırını, bağlı olduğu alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresi oluşturduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, genel olarak on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olan temerrüt faizini talep hakkı, bağlı olduğu alacağa ilişkin farklı bir sürenin kanunen öngörülmüş olması durumunda, bu süreyle bağlı olacaktır.

Temerrüt faizini talep hakkının tâbi olduğu zamanaşımı, TBK m. 149 hükmü uyarınca, alacağın muaccel olmasıyla başlayacaktır. Kısmi temerrüt halinde, temerrüt faizinin doğumu ile muacceliyeti aynı anda gerçekleştiği için, borçlunun kısmi temerrüde düştüğü anda zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Borçlunun temerrüdü halinde de zamanaşımının işlemeye başlayacağı an, temerrüt faizi alacağının doğduğu ve muaccel hale geldiği tarih olan, temerrüdün gerçekleştiği an olarak kabul edilmektedir²⁴⁰. Bir görüşe göre, temerrüt faizleri doğduğu andan itibaren her gün ayrıca muaccel hale gelir, bu nedenle temerrüt süresi boyunca her gün yeni bir muacceliyet gerçekleşeceği yeni bir zamanaşımı süresi başlayacaktır²⁴¹.

TBK m. 121/f.1 hükmünde yer alan alacaklara ilişkin olarak temerrüt faizinin icra takibinin başlatıldığı veya dava açıldığı günden itibaren yürütüleceği öngörüldüğü için zamanaşımı süresinin bu andan itibaren işlemeye başladığı kabul edilebilir. Bir görüşe göre, bu tarihte yalnızca ilk günün temerrüt faizine ilişkin zamanaşımı işlemeye

²³⁸ CR-Thévenoz, Art. 104, N. 5 ve N. 5 (a); Talih Uyar, **a.g.m.**, s. 228.

²³⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1966.

²⁴⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 186.

²⁴¹ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 218 dn. 64 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 153 dn. 244'ten naklen).

başlayacaktır. Tarafların zamanaşımı süresinin temerrüt tarihinden itibaren işlemesini kararlaştırmış olmaları durumunda, hâkimin tenkis etmemesi koşuluyla, temerrüt faizine ilişkin zamanaşımı süresi tarafların iradelerine uygun olarak, temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır²⁴².

2.2. Para Borçlarında Aşkın Zarardan Sorumluluk

2.2.1. Aşkın Zarar Kavramı

Borçlunun temerrüdünde, para borçlarında, alacaklının fazladan korunması için temerrüt faizi öngörülmüş ise de bazen alacaklının zararını temerrüt faizi karşılamakta yetersiz kalabilir, işte bu durumda kanun koyucu, borçlunun aşkın zarardan sorumluluğunu öngörerek alacaklıyı koruma altına almıştır.

Alacaklının zarara uğramış olduğunu ve borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek olmadan temerrüt faizi ile zararını gidermesi mümkün iken, alacaklının zararı temerrüt faizinden fazla olduğu takdirde, aşkın zarar (munzam zarar) söz konusu olacak TBK m. 122 hükmü uygulanacaktır²⁴³.

²⁴² Yıldız, **a.g.e.**, s. 153 dn. 245.

²⁴³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 544; CR-Thévenoz, Art. 106, N. 1; Tercier, **a.g.e.**, §1186; Guhl, **a.g.e.**, s. 170; Engel, **a.g.e.**, s. 469 4; Colin, Capitaint, **a.g.e.**, s. 127; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 389; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1576; Eren, **a.g.e.**, N. 3460; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 122 N. 1; Barlas, **a.g.e.**, s. 187; Vedat Buz, “Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler-Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 162; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1395. “Alacaklının zararı her zaman temerrüt faizi ile karşılanmayabilir ve alacaklı, temerrüt faizini aşar şekilde zarara uğramış olabilir. Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmemiş ve borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan durum arasındaki farktır. Munzam zarardan sorumluluk, borçlunun temerrüde düşmekteki kusuruna dayanan bir sorumluluk olup kural olarak munzam zarar alacaklısı, öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlunun temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmekle yükümlü olup borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Borçlu ancak, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlayarak munzam zarar sorumluluğundan kurtulabilir.”, Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499, K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 13.06.2012 tarihli, E. 2011/18-730, K. 2012/373 sayılı kararı, (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**); “Davacının davalılardan tahsil ettiği anapara ve faiz toplamının, davacının sattığı malı yeniden tedarik etmesi için ödemesi gereken bedelle kıyaslayıp

Alacaklı kısmi ifayı kabul ederek menfaatinin bir kısmını elde etmiş olduğundan, ilk bakışta kısmi temerrütte aşkın zarar ile karşılaşılamayacağı düşünülse de teorik olarak buna bir engel bulunmamaktadır. Paranın sürekli değer kaybettiği dönemlerde, alacaklının kısmi ifaya rağmen aşkın zarara uğraması mümkündür. Bu nedenle, kısmi ifayı kabul ettiği için aşkın zararın söz konusu olamayacağını bir kural olarak kabul etmek ya da kısmi ifanın aşkın zararın varlığını bertaraf ettiğini iddia etmek hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacaktır.

Aşkın zarar, temerrüt faizinde olduğu gibi, kaynağı ne olursa olsun, para borçlarında söz konusu olur²⁴⁴. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 08.10.1999 tarih ve 1997/2 E. ve 1999/1 K. sayılı kararına göre; aşkın zarar, “... yalnız ve sürekli olarak değer kaybettiği dönemlerde paranın değer yitirmesi hukuki nedenine dayanan, bu dönemde paranın sağlayacağı kazanç kaybından doğan zarar istemleri ile sınırlıdır. Zarar bu niteliği ile kaybedilen kazanç, mahrum kalınan kar niteliğindedir”²⁴⁵. Aşkın zarar, borçlunun kısmi temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan hukuki aykırılık sebebiyle, borçlunun kısmi temerrüde düştüğü andan fiili ödeme tarihine kadar geçen süreçte alacaklının uğradığı ve temerrüt faizi ile karşılanamayan

arada davacı aleyhine bir fark varsa davacının munzam zararının bu olduğunun kabulü ile sonucuna göre karar vermekten ibarettir.”, Yargıtay 19. HD., 09.12.2019 tarihli, E. 2017/5217, K. 2019/5474 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁴⁴ **CR**-Thévenoz, Art. 106, N. 1; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 698; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 123, Hüseyin Altaş, “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **AÜHFD**, C. L, S. 1, 2001, s. 122. “Kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faizi yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında munzam zarar gündeme gelebilir.”, Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499, K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁴⁵ Yargıtay İBBGK, 08.10.1999 tarihli ve 1997/2 E. 1999/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

zararı ifade eder²⁴⁶. Aşkın zararın asıl alacaktan bağımsız yeni bir alacak olması²⁴⁷ sebebiyle, alacaklı asıl alacağın temerrüt faizi ile birlikte tahsiline yönelik başlattığı icra takibinde veya açtığı davada aşkın zarar hakkını saklı tutmаса dahi, aşkın zararının tazminini bağımsız bir dava ile ayrıca talep edebilir²⁴⁸. Aşkın zarar alacağının tespiti

²⁴⁶ Doktrinde yer almayan bu tanımı, borçlu temerrüdünde gerçekleşen aşkın zarara ilişkin bilginin kısmi temerrüdün özelliklerine uyarlanması sonucunda ifade etmekteyiz. Borçlu temerrüdündeki aşkın zarara ilişkin tanım için bkz.: İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 623; Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 256. Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499, K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı; Yargıtay 17. HD., 12.03.2019 tarihli, E. 2017/3637, K. 2019/2805 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.11.2012 tarihli, E. 2011/11-418, K. 2012/874 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁴⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 219; Uygur, **a.g.e.**, s. 798; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 146 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 155 dn. 256'dan naklen). “Munzam zarar yükümlülüğü, asıl borç ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan ve asıl borcun ifasına kadar geçen zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur. Munzam zarar borcunun hukuki nedeni asıl alacağın temerrüde uğramasıdır. Alacağın temerrüde uğraması, esas alacağın kaynaklandığı hukuki işlem ve olaydan ayrı ve farklı bir hukuki sebep teşkil etmektedir. Munzam zarara dayalı talep hakkı, esas itibarıyla bir alacak hakkıdır. (Dairemizin 2001/5381 E-2001/8432 K. sayılı kararı) TBK'nın 122. maddesinde düzenlenen munzam (aşkın) zarar, borçlunun mütemerrit olması durumunda, alacaklının, temerrüt faiziyle karşılanmayan ve temerrüt faizini aşan zararıdır ve faizden ayrı talep edilebilir.”, Yargıtay 11. HD., 27.06.2018 tarihli, E. 2016/13484, K. 2018/4895 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499, K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Ticari hayatta, kişi ve kurumların, alacak borç ilişkileri dahilinde, karşılıklı edimlerini ifa aşamasında temerrüde düşmeleri halinde, para alacaklısı yönünden temerrüt faiziyle giderilemeyen birtakım ekstra zararların oluşması mümkündür. İşte bu nitelikte, temerrüt faizini aşan ek (munzam) zararların varlığı halinde dava yoluyla talep edilmesi olanaklı olup, bu konuda açılacak olan davalarda ispat külfeti, munzam zarara uğradığını iddia eden davacıya aittir. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki; munzam zarar alacağının tespiti konusunda anapara alacağının ve temerrüt faizinin tahsil edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu haliyle temerrüt oluşuktan sonra her aşamada munzam zarar iddiasının ileri sürülmesi mümkündür.”, Yargıtay 11. HD., 04.07.2014 tarihli, E. 2014/5363, K. 2014/12928 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁴⁸ Eren, **a.g.e.**, N. 3465; Barlas, **a.g.e.**, s. 219, 220; İnal, Yücel, **a.g.e.**, s. 624; Uygur, **a.g.e.**, s. 799; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410; Evren, **a.g.e.**, s. 132; Öçal, **a.g.m.**, s. 156, 157. “...borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü, asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borç olup bu hukuki niteliği ve karakteri itibarıyla, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak kabul edilemez. Bu nedenle asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazî kayıt dermeyerine da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde her zaman istenmesi mümkündür.”, Yargıtay 11. HD., 27.06.2018 tarihli, E. 2016/13484, K. 2018/4895 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 3. HD.,

konusunda kısmi anapara alacağının ve temerrüt faizinin tahsil edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Asıl alacak hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunsa dahi, aşkın zarar ayrıca talep edilebilir²⁴⁹. Asıl alacak ve temerrüt faizi ile birlikte ya da ayrı olarak talep edilmesi mümkündür²⁵⁰. Aşkın zararın tazmin edilebilmesi için, açıkça talep edilmesi gerekir, hâkim varlığını re'sen gözetemez. Dava dosyasından açıkça alacaklının aşkın zararının bulunduğu anlaşılmasına rağmen, hâkim HMK m. 26/f.1 hükmü gereğince tarafların talep sonuçları ile bağlı olduğu için, bunun fazlasını teşkil eden aşkın zararın tazminine, kesin kanaati o yönde olsa dahi hükmedemez²⁵¹.

Aşkın zararın hukuki niteliği bakımından da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, aşkın zarar olumlu zararın bir türü iken²⁵²; diğer bir görüşe göre aşkın zararı olumlu veya olumsuz zarar türlerinden biri olarak kategorize etmeye gerek bulunmamaktadır, zira somut olayın özelliklerine göre aşkın zarar bazen olumlu zarar bazen de olumsuz zarar olarak ortaya çıkmaktadır²⁵³.

Aşkın zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârı kapsamaktadır²⁵⁴. Alacaklının bakiye alacağını elde etmek için ihtarda bulunması, dava açması, icra takibi başlatması

18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499, K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 13.06.2012 tarihli, E. 2011/18-730, K. 2012/373 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁴⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 219; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410. Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 T. sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 11. HD., 27.06.2018 tarihli, E. 2016/13484, K. 2018/4895 sayılı kararı, (**Lexpera**). BGE 109 II 436.

²⁵⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 219; Uygur, **a.g.e.**, s. 798; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410.

²⁵¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 220; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410, 411. Yargıtay 15. HD, 05.03.1987 tarihli, E. 1987/3503, K. 1987/857 sayılı kararı (Karahasan, **a.g.e.**, s. 410).

²⁵² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 482; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 941; Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m. 105)**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 116.

²⁵³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 699; Ahmet Kılıçoğlu, “Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar-Tartışmalar Kısmı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV**, Bildiriler-Tartışmalar, 5 Haziran 1998, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, s. 6, 7.

²⁵⁴ **CR**-Thévenoz, Art. 106, N. 1. “*Paranın yoğun ve sürekli olarak değer kaybettiği dönemlerde paranın değer yitirmesi hukuki nedenine dayanan, bu dönemde paranın sağlayacağı kazanç kaybindan doğan zarar istemleri ile sınırlıdır. Zarar bu niteliği itibarıyla “kaybedilen kazanç”, “mahrum kalınan kar” niteliğindedir.*”, Yargıtay İBBGK., 08.10.1999 tarihli, E. 1997/2, K. 1999/1 sayılı İBK, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

vb. girişimlerde bulunması nedeniyle ortaya çıkan masraflar aşkın zarar kapsamında ilk akla gelen kalemlerdir²⁵⁵. Alacaklının kazanacağı kesin olan ve büyük oranda kâr elde edeceği ihaleye katılamamasının, iflas etmesinin veya mallarının haczedilmesinin sebebi borçlunun kısmi temerrüde düşmesi ise bu hallerde de aşkın zarardan söz edilecektir²⁵⁶. Alacaklının kendisine zamanında tamamı ifa edilmeyen borç sebebiyle, kendi alacaklısına cezai şart veya daha yüksek oranda bir temerrüt faizi ödemek zorunda kalması ya da borçlunun kısmi temerrüdü sebebiyle daha yüksek faiz ile para sağlamak zorunda kalması hallerinde de aşkın zararının bulunduğu kabulüne, borçlu temerrüdündeki benzer durumlarda alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayacak, o oranı aşan miktarda bir zararının var olduğuna dair anlayışın²⁵⁷ kısmi temerrüt halinde de geçerli olması sebep olmaktadır.

2.2.1.1. Aşkın Zarar Talep Edilebilmesinin Şartları

Kanun koyucu, temerrüt faizi istenebilmesindeki kolaylığı, alacaklıya aşkın zararın tazmini hususunda tanımamıştır. Alacaklı ancak belirli şartların varlığı halinde, aşkın zararın tazminini talep edebilecektir. Somut olayda, alacaklının aşkın zararının tazminini talep edebilmesi için öncelikle para borcunun söz konusu olması, para borçlusunun kısmi temerrüde düşmüş olması, alacaklının aşkın zararının bulunması, borçlunun kısmi temerrüdü ile alacaklının aşkın zararı arasında illiyet bağının bulunması ve borçlunun kusursuz olduğuna ilişkin kanıt getirmemiş olması gerekmektedir²⁵⁸.

²⁵⁵ Kısmi temerrüde uyarlayarak yer verdiğimiz bu zarar kalemlerinin borçlu temerrüdündeki görünümleri için bkz.: Barlas, **a.g.e.**, s. 196 vd.; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 151 vd.

²⁵⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 705.

²⁵⁷ Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, 243; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1629.

²⁵⁸ Kısmi temerrüde uyarlayarak yer verdiğimiz, aşkın zararın talep edilebilmesine ilişkin bu şartların borçlu temerrüdündeki görünümleri için bkz.: **CR**-Thévenoz, Art. 106, N. 5; Engel, **a.g.e.**, s. 469 4; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 149; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1574, 1577; Eren, **a.g.e.**, N. 3466; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 122 N. 5, 7; Barlas, **a.g.e.**, s. 188; Altaş, **a.g.m.**, s. 122 vd.; Ayrancı, **a.g.e.**, s.115; Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 257; “*Borçlar Kanununun 105. Maddesi uyarınca aşkın zararın istenebilmesi için alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın bir zararının gerçekleşmesi, bu aşkın zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun illiyet bağının bulunması en önemlisi borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayamamış olması gerekir.*”, Yargıtay HGK., 07.05.2003 tarihli, E. 2003/15-302, K. 2003/330 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Fransız hukukunda aşkın zararın talep edilebilmesi için borçlunun kötünietli olması aranan bir diğer şarttır. Bkz.: Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 149.

Borçlunun kısmi temerrüde düşmüş olduğunun kabulünde, aşkın zararın varlığını kanıtlamak için, borçlu temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı uğramış olduğu zararın temerrüt faizi ile karşılanamayacağını inanılır, kesin ve net olarak ispatlamalıdır²⁵⁹. Bu kapsamda alacaklı, malvarlığında meydana gelen bir azalmayı ya da malvarlığında gerçekleşecek artışın önlenmiş olmasını kanıtlamalıdır²⁶⁰. Alacaklı, borçlunun kısmi olarak geç ödemesi ile uğramış olduğu zarar arasındaki uygun illiyet bağıını somut delillerle ispatlamalıdır²⁶¹.

Genel olarak, alacaklının, borcun konusu olan paranın kendisine zamanında ve gereği gibi ödenmiş olsa idi, kendisinin bundan kazanç sağlayacağını ispat etmesi gerekmektedir. Alacaklının bu iddiasının yaşam tarzı ile uyumlu olması gerekliliği hususunun yerine getirilip getirilmediği, hâkim tarafından bilirkişi aracılığı ile tespit edilecektir ve akabinde temerrüt tarihi ile ödeme tarihi arasındaki alacaklının kazanç kaybının varlığı ve varsa miktarı belirlenecektir²⁶².

Aşkın zarar, borçlunun kısmi temerrüde düştüğü tarihten sonra gerçekleşen enflasyon nedeniyle, paranın satın alma gücünün azalmasıyla ortaya çıkmakla birlikte, alacaklının enflasyon sebebiyle para değerinin temerrüt faizi oranından fazla düştüğünü ileri sürmesinin, aşkın zararın ispatı için tek başına yeterli olup olmayacağı

²⁵⁹ CR-Thévenoz, Art. 106, N. 6; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 149; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1574; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1631; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 943; Eren, **a.g.e.**, N. 3464; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 705; Barlas, **a.g.e.**, s. 191; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 277; Altaş, **a.g.m.**, s. 123. Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 17. HD., 12.03.2019 tarihli, E. 2017/3637, K. 2019/2805 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 26.10.2016 tarihli, E. 2016/3742, K. 2016/4383 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 12.05.2016 tarihli, E. 2016/1049, K. 2016/2737 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁶⁰ Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 257.

²⁶¹ Kısmi temerrüde uyarlayarak yer verdiğimiz bu anlayışın borçlu temerrüdündeki görünümü için bkz.: CR-Thévenoz, Art. 106, N. 6; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 149; Barlas, **a.g.e.**, s. 193; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 123; Altaş, **a.g.m.**, s. 122, 123; Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 259. Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 17. HD., 12.03.2019 tarihli, E. 2017/3637, K. 2019/2805 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁶² Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 258. Bu hususa ilişkin olarak İsviçre hukuk sistemi nezdinde, alacaklının büyük nitelikte bir işletme olması durumunda (sigorta şirketi, finans kuruluşu vs.) temerrüt konusu para borcunu zamanında elde etmiş olması durumunda, bunu gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceğinin varsayımı neticesince alacaklıya zararın ispatına dair kolaylık tanınması ile ilgili olarak bkz.: Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1575.

tartışma konusudur²⁶³. Bu tartışmanın temelinde yüksek enflasyon olgusu bulunmaktadır. İsviçre’de enflasyon oranı düşük olduğu için, paranın değer kaybı temerrüt faizi oranının altında kaldığından alacaklının aşkın zararı doğmamakta ve bu nedenle İsviçre doktrin ve içtihatlarında, alacaklının aşkın zararı somut olarak ispat etmesi hususunda görüş birliği vardır²⁶⁴. Alman hukukunda da alacaklıya ispat kolaylığının ancak ve ancak hiperenflasyonun gerçekleşmesi halinde verileceği kabul edilmektedir, olağan durumlarda ise paranın satın alma gücündeki kayıpların alacaklının malvarlığında etkisini göstermiş olması gerekmekte ve bunun yanında alacaklının bu zararı somut olarak ispat etmesi halinde aşkın zararı talep edebilmesi mümkündür²⁶⁵.

Enflasyon nedeniyle doğrudan aşkın zararın varlığı kabul edilebilir mi yoksa alacaklı ayrıca bu hususu ispatlamalı mıdır? Türk hukukunda aşkın zararın tazmin edilebilmesi için, alacaklının enflasyon nedeniyle zarara uğramış olduğunu somut olarak ispatlama gerekliliği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; alacaklının aşkın zararının tazmin edilebilmesi için, alacaklının enflasyon nedeniyle paranın değer kaybetmesi sonucunda aşkın zarara uğramış olduğunu somut olarak ispatlaması gerekmektedir, sadece enflasyon nedeniyle paranın satın alma gücündeki kaybın gerçekleştiği iddiası tek başına yeterli kabul edilmemektedir²⁶⁶. Alacaklının, somut olarak, enflasyon nedeniyle zarara uğradığını ispat etmesinin gerekmemesi, alacaklının enflasyon oranında bir zarara uğramış olduğunun kabulü anlamına gelecek ve bu da kanuni temerrüt faizi oranının otomatik olarak enflasyon oranına çıkarılmış olmasına sebebiyet verecektir²⁶⁷.

²⁶³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 943; Serozan, **2009**, a.g.e., s. 222; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 696; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 164.

²⁶⁴ **CR-Thévenoz**, Art. 106, N. 9, N. 10; Buz, “**Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı**”, s. 370-372; Özgür Duman, “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, **Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi**, S. 12, 2018, s. 407 vd.; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 161.

²⁶⁵ Buz, “**Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı**”, s. 376; Ayrancı, **a.g.m.**, s. 161.

²⁶⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 211; Uygur, **a.g.e.**, s. 802; Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 260.; Altaş, **a.g.m.**, s. 125.

²⁶⁷ Altaş, **a.g.e.**, s. 128. Yargıtay’ın, para alacaklarında yaşanan değer kaybının aşkın zarar kapsamında kabul edilmesinin, kanunen öngörülmüş olan temerrüt faizini değiştirme anlamına geleceği görüşüne ilişkin yapılmış olan eleştiri burada da geçerli olabilecektir. Buna göre; Yargıtay’ın yorumu aşkın zararın varlığı ile ilgili olmayıp, kanun koyucunun temerrüt faizi ile öngörülemeyen zararlar için getirmiş olduğu bir düzenlemedir. Yaşanan enflasyonun yüksekliği

Diğer görüş uyarınca, paranın değer kaybı halinde, parasını zamanında elde edemeyen alacaklının enflasyon artış oranı kadar zarara uğramış olduğu fiili karine olarak kabul edilmesi gerektiği savunulduğundan, aşkın zararın somut olarak ispatlanması yükünün alacaklıya bırakılmasının beklenemeyeceği ileri sürülür²⁶⁸.

Bir diğer görüşe göre ise ispat delillerinin esnekleştirilmesi gerekir. Bu düşüncenin temelinde, paranın değer kaybı nedeniyle alacaklının zarara uğramış olduğu iddiasının soyut bir varsayım olması nedeniyle, hâkimin ikna edilmesi için somutlaştırılması gerekliliği bulunmaktadır. Bu varsayımın soyutluğu, alacaklının para borcunun zamanında ve gereği gibi ifasında dahi paranın değer kaybetme olgusundan kaçamayacak olmasından kaynaklanır. Hâkim nezdinde, alacaklının somut zarara uğramış olduğunun kabulü için, bu iddianın somut şekilde ortaya konması gerekmektedir²⁶⁹. Bu doğrultuda, alacaklının daha önce birikimlerini nasıl değerlendirdiği dikkate alınacaktır²⁷⁰. Bu hususta kesin deliller şart olmayıp, hâkimin zararın varlığı konusunda fikir sahibi olması yeterli olmaktadır²⁷¹. Bu kapsamda hâkimin, herkesçe bilinen vakıaların çekişmeli sayılmayacağına ilişkin HMK m. 187/f.2 hükmünden yararlanabileceği ileri sürülmektedir; ancak hâkim burada muhtemel davranışları değil, alacaklının o güne kadar gerçekleştirmiş olduğu somut yaşam tarzını, birikimlerini nasıl değerlendirdiğini dikkate alacaktır²⁷². Yargıtay

ile ters orantılı olarak ispat zorunluluğu aranmasının uygun olacağı ve bunun mülkiyet hakkına etkisi hususunda bkz.: Duman, **a.g.m.**, s. 414.

²⁶⁸ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 943; Buz, “**Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı**”, s. 406; Serozan, “**Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler**”, s. 45; Şeref Ertaş, “Borçların İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. bs., İstanbul, 2012, s. 310.

²⁶⁹ Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 260.

²⁷⁰ Yargıtay 13. HD., 14.10.1996 tarihli, E. 1996/56-16, K. 1996/8714 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**), Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 260.

²⁷¹ Yargıtay 18. HD., 22.03.1994 tarihli, E. 1994/2060, K. 1994/3571 K. sayılı kararı; “*Mücerret, enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin, temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştirdiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemedi dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir.*”, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**), Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 261.

²⁷² Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s. 261

içtihatlarında aşkın zararın ispatına ilişkin her iki görüşe uygun, birbirinden farklı anlayışta kararlar vardır²⁷³²⁷⁴²⁷⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

²⁷³ Aşkın zararın somut olarak ispatlanması gerektiği yönünde karar örnekleri; “...munzam zararın olduğu hususunun alacaklı tarafından ispatlanması gerekir. Diğer bir anlatımla fiilen uğranılan zararın somut veri ve belgelerle tevsik edilmesi gerekir. Zira munzam zarar, alacaklının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış olduğu fiili zarardır (‘GK’nın 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 E.-2007/798 K. ilamı).”, Yargıtay 17. HD., 01.11.2016 tarihli, E. 2014/13329, K. 2016/9629 sayılı kararı, (**Lexpera**); ““alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödmeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir.”, Yargıtay 15. HD., 26.10.2016 tarihli, E. 2016/3742, K. 2016/4383 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Dava konusu somut olaydaki çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlaması gerekir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödmeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir.”, Yargıtay 15. HD., 12.05.2016 tarihli, E. 2016/1049, K. 2016/2737 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, şahsen ve somut olarak geç ödmeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir.”, Yargıtay 18. HD., 11.03.2013 tarihli, E. 2013/370, K. 2013/3521 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “... munzam zarara hükmedilebilmesi için davacının zararını somut olarak kanıtlaması gerekir.”, Yargıtay 15. HD., 09.06.2014 tarihli, E. 2014/3456, K. 2014/3928 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 396-401)

²⁷⁴ Aşkın zararın somut olarak ispatlanması gerekmediği yönünde karar örneği; “...munzam zarar davalarında alacaklı, davacının isbat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel isbat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Örneğin, yaşanan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumları ve fiili karineler, başka bir anlatımla, M.K.nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel kuralın istisnaları şeklinde isbat yükümünü ortadan kaldıran olgular, isbat yükünün açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli; bunların aksini iddia eden borçluya isbat yükünün düştüğü kabul edilmeli, en önemlisi hükmedilecek zarar miktarı ve kapsamının tesbitinde B.K 43/2. madde ve fıkrası hükmünden yararlanılmalıdır. Ülkemizde yıllardır yüksek oranda seyreden enflasyon nedeniyle paramızın değerinin çok düştüğü bir gerçektir. Böyle bir ortamda alacağını zamanında elde eden alacaklının bunu bir an önce banka mevduat faizine veya devlet tahviline yatırması veya dövize dönüştürmesi, yaşanan hayat gerçeklerine uygun bir davranış olur. Buna karşılık, alacağını geç alan alacaklının da zarar göreceği enflasyonun altında kalan faizinde bu alacağı karşılamayacağı açıktır. Bu hal, zararın varlığı için fiili bir karine oluşturur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlar kamuca az veya çok herkesin bildiği, vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile bunlar “maruf ve meşhur” vakıalardır ve bunların isbatına gerek yoktur.”, Yargıtay 13. HD., 16.05.2002 tarihli, E. 2001/7994, K. 2002/5671 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁷⁵ İspat yükü bakımından ortaya çıkan farklılığın munzam zararın doğmuş olduğu dönemde enflasyonun gündemde olup olmadığına ve döviz kurlarının istikrarının etkisine bağlı olduğu yönünde kararlar da bulunmaktadır; “...munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat

08.10.1999 tarihli, 1997/2 E., 1999/1 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında²⁷⁶ görüldüğü üzere; *“kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir ispat vasıtasına bağlanması: hâkimin delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir”*, bu anlayış farklılıkları giderilmemiş ve aksine devam etmesinin önü açılmıştır.

Yargıtay içtihadı ve doktrindeki görüşler ülkenin enflasyonist gerçekliği ile birlikte değerlendirildiğinde, somut ve sübjektif ispat yükünün, alacaklı için oldukça ağır bir durum yarattığının tespiti zor değildir²⁷⁷. Alacaklıya ispat kolaylığı sağlanması amacı güdülerek, zararın oluştuğu yönünde bir fiili karinenin varlığının kabulü gerekir. Borçlu açısından böyle bir kolaylık öngörülmemesinin sebebi, borçlunun zaten aşkın zarardan sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olmasıdır. Yapmış olduğumuz yorum doğrultusunda, bu çalışmanın ortaya çıkış sürecinde Yargıtay, aşkın zararın varlığının ispatı için alacaklının somut delillere dayanması gerektiği yönündeki

yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır... Munzam zararın enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde doğmuş olması halinde ise, ispat yükü bakımından durum farklı olup, buna ilişkin Dairemiz'in uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olarak kanıtlaması gerektiği yönündedir.”, Yargıtay 11. HD., 29.04.2019 tarihli, E. 2018/1512, K. 2019/3201 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁷⁶ Yargıtay İBBGK, 08.10.1999 t., 1997/2 E., 1999/1 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı, (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

²⁷⁷ Serozan, *“Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılmasında Eşitsizlikler”*, s. 45.

içtihadını, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar²⁷⁸ sonucunda değiştirmiştir^{279,280}.

Yargılamanın gecikmesi nedeniyle alacaklının zararının artması, aşkın zarar kapsamında kabul edilmemektedir²⁸¹.

Sonuç olarak, TBK m. 50 hükmü gereği, aşkın zararın ispatlanmasında ispat yükü iddia sahibi alacaklıya, miktarın belirlenmesi hâkime aittir. Bu doğrultuda, hâkim kısmi temerrüt gerçekleşikten sonra, her yıl itibarıyla gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, bu oranin eşya fiyatlarına yansıma durumunu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranlarını, TL karşısındaki döviz kurlarını isteyip, gerekirse ilgili resmi kurum ve kuruluşlardan araştırıp, bilirkişiye de sorduktan sonra, bu süre

²⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, 21.12.2017 tarihli, 2014/2267 başvuru no'lu kararı, RG, 25.01.2018, Sayı 30312.

²⁷⁹ “Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkem'si'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 sayılı başvuru nolu kararına konu uyumsuzlukta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklendiği, bu tesbite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı gözönünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir.”, Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499 K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁸⁰ Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında somut ispat arayan eski anlayış doğrultusunda hüküm verildiği de tespit edilmiştir: “...TBK'nın 122. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan aşkın (munzam) zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma) dışında davacının durumuna özgü somut vakıalarla ispatlanması gerekir. Burada kanıtlanacak olgular; ekonomik şartlar sonucu ortaya çıkan olumsuzluklar gibi genel ve soyut hususlardan ziyade geç ödeme nedeniyle davacının kendisinin, şahsen ve somut olarak uğradığı zarardır.”, Yargıtay HGK., 29.03.2022 tarihli, E. 2021/938, K. 2022/401 sayılı kararı, (**Lexpera**).

²⁸¹ Altaş, **a.g.m.**, s. 128. “...davacının bu alacağını tahsil etmesi yargılamanın uzamasından doğmakta olup, bundan dolayı davalıya atfedilebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Bu durumda davada munzam zarar istenmesinin koşulları bulunmamaktadır”, Yargıtay 13. HD., 22.11.1994 tarihli, E. 1994/8904, K. 1994/10313 sayılı kararı, (Altaş, **a.g.m.**, s. 129'dan naklen).

içinde para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle alacaklının uğradığı zarar miktarını TBK m. 51 hükmünü de dikkate alarak belirleyecek, bulduğu miktardan, eğer daha evvelce tahsil edilmiş temerrüt faizi varsa, onu indirerek, hesaplama sonucunda ortaya çıkan bakiyeye aşkın zarar olarak hükmedecektir²⁸².

Her ne kadar yukarıdaki bilgiler, en sık rastlanılan durum olan, enflasyon nedeniyle alacaklının aşkın zararının doğmuş olmasına ilişkin olarak açıklanmış olsa da söz konusu tazminat miktarının belirlenmesinin hâkime ait olduğu hususu, diğer aşkın zarar halleri için de geçerlidir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, TBK m. 114/f.2 hükmünün yaptığı gönderme doğrultusunda, TBK m. 50-52 hükümlerinde yer alan esaslara uygun olarak tazminatın kapsamını hâkim belirleyecektir. Bu hükümler uyarınca, borçlunun sorumlu olduğu temerrüt süresi boyunca alacaklının temerrüt nedeniyle uğramış olduğu toplam zararı ile temerrüt faizinin işlediği dikkate alınarak hesaplanan zarar arasındaki farkı²⁸³, karşılaştırma yaparak hem varlığını hem de miktarını tespit edecektir. Bu doğrultuda, ilk olarak, temerrüt faizi ile tazmin edilecek tutar belirlenecektir. Daha sonra alacaklının uğramış olduğu toplam zarar miktarı tespit edildikten sonra bu iki tutar arasında bir karşılaştırma yapılarak, bir fark olup olmadığı belirlenmelidir. Toplam zararın temerrüt faizi ile istenebilecek miktardan fazla olması durumunda, bu tutar aşkın zarar kapsamında talep edilecektir. İşleyen temerrüt faizinin oranı, alacaklının talebinden anlaşılan irade beyanı doğrultusunda esas alınır²⁸⁴. Alacaklı, daha yüksek bir oranda talep edebilme hakkı olmasına rağmen bunu tercih etmemiş olmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Borçlunun İİK ilgili maddeleri gereği²⁸⁵, icra inkâr tazminatına mahkûm edildiği hallerde, ödemek zorunda olduğu bu tutarın aşkın zararın hesaplanmasına dâhil edip etmemesi hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İnkâr tazminatının kusur ve zarar karşılığı olması bağlamından yola çıkan görüş uyarınca, inkâr tazminatı miktarı toplam gecikme zararı miktarından çıkartılarak aşkın zararın

²⁸² CR-Thévenoz, Art. 106, N. 6; Zeytinoglu, **a.g.m.**, s. 262.

²⁸³ CR-Thévenoz, Art. 106, N. 6.

²⁸⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 190.

²⁸⁵ İİK m. 67/f. 2, m. 68/f. 7, m. 68 a/f. 8, m. 69/f.5 , m. 169a/f. 6, m. 170/f. 3 hükümleri örnek olarak gösterilebilir.

varlığı ve tutarı tespit edilmelidir²⁸⁶. İcra inkâr tazminatının, kanun koyucusunun iradesi doğrultusunda özellikle ceza niteliği taşıması öngörülerek düzenlendiği gerekçesiyle, her ne kadar bu tutarın alacaklının malvarlığında temerrüt sonucunda yer alacak olsa da aşkın zararın hesaplanmasına dâhil edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁸⁷. Kanımızca, icra inkâr tazminatı usul hukukuna ilişkin bir tazminat türü olup, kendisine yol açan borç, borçlunun kısmi temerrüdünden kaynaklandığı için, elde edilmesi borçlunun kısmi temerrüdü nedeniyle menfaati zedelenen alacaklının malvarlığında bir artışa sebep olacaktır. Alacaklının uğramış olduğu gecikmeden kaynaklanan zararın toplam tutarını matematiksel olarak etkiliyor gibi görünse bile, alacaklının gecikmeden kaynaklı uğramış olduğu zararın toplam miktarı değişmemiştir, borçlu borcunu inkâr etmesi yüzünden kanun koyucunun öngörmüş olduğu bir ceza ile karşı karşıya kalmıştır. Alacaklının malvarlığında artışa sebep olan miktarın niteliği ile gecikmeden doğan zararın ve aşkın zararın niteliği birbirinden farklı olduğu için kıyaslanması, aynı hesaplama dâhil edilmesi mümkün değildir.

2.2.1.2. Borçlunun Kusursuz Olduğuna İlişkin Kanıt Getirmemiş Olması

TBK m. 122 hükmü uyarınca, aşkın zarar talebinin kendisine yöneltildiği borçlunun kusurlu olduğuna ilişkin kanuni karine mevcut olduğundan, borçlu ancak kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Buradaki kusur, borçlunun kısmi temerrüde düşmekteki kusurudur, borçlunun aşkın zararın doğmasına yol açan kusurunu veya kusursuzluğunu ispatlaması, sorumluluğu açısından hiçbir etkiye sahip değildir²⁸⁸. Her ne kadar aşkın zarardan sorumluluk bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiş ve borçluya kurtuluş

²⁸⁶ Hayri Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 72, 73.

²⁸⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 223.

²⁸⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 941; Uygur, **a.g.e.**, s. 799. “ *Munzam zarar sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, buradaki kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur.*”, Yargıtay HGK., 13.06.2012 tarihli, E. 2011/18-730, K. 2012/373 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Borçlunun alacaklının temerrüt faizinin üzerinde bir zarara uğramasında kusursuz olduğunu ispatlayarak TBK m. 122 anlamında sorumluluktan kurtulacağı yönünde bkz.: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 703; Hüseyin Altaş, **a.g.m.**, s.123.

kanıtı getirme olanağı verilmiş olsa da para borçlarında kısmi temerrüde düşmede kusursuz olmadığının ispatı, borçlu temerrüdünde olduğu gibi, çok zor ve hatta neredeyse olanaksızdır²⁸⁹. Borçlunun parasının olmaması kusur olarak değerlendirilmediği gibi, çok sınırlı hallerde borçlunun kusursuz olduğu kabul edilmektedir. Borçlunun mirasçı sıfatıyla borçlu olduğunu, temsilcisinin kendisini borçlandırdığını bilmeme gibi özel bilgisizlik halleri veya ifanın gecikmesinin, ulaştırma sonrasında meydana gelen bir kazaya (postanın gecikmesine) dayandığı haller ile sınırlı olduğu ifade edilirken²⁹⁰, bu örneklerin hepsini kısmi temerrüt özelinde esas almamız mümkün değildir, çünkü borçlu kısmen ifada bulunmuştur. Kısmen ifa edilmiş borcun tamamı belirli ve muaccel olduğundan, borçlunun bilgisizliğine ilişkin bir kurtuluş kanıtı getirilemez, ifanın kısmi temerrüde konu kısmındaki gecikmenin borçluya atfedilemeyecek bir nedenden ötürü meydana gelmesi örnek olarak verilebilir²⁹¹. TBK m. 122 niteliği gereği, düzenleyici bir hüküm olduğundan, taraflar sorumsuzluk anlaşması yapabilecek ve bu sayede borçlunun aşkın zarardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabileceklerdir²⁹².

2.2.1.3. Hüküm Anında Belirlenebilir Olan Müstakbel Aşkın Zararın İstenebilmesi

TBK m. 122/f.2 hükmü ile, görülmekte olan davada temerrüt faizini aşan zarar miktarının belirlenebilir olduğu halde, davacının talebi üzerine, hâkimin esas ile birlikte bu zararın miktarına da karar verebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, kararın kesinleşmesinden ifanın gerçekleşmesine kadar geçen sürede borçlu temerrüdünün devam edecek olmasından dolayı, alacaklının uğramış olduğu aşkın zararın artmasının, dava sürerken belli olması durumunda, alacaklının sarsılmış menfaatini daha da ağırlaştırmamak ve hakkaniyete uygun olarak sağlamak için, hâkimin sadece mevcut

²⁸⁹ Serozan, “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler”, s. 45.

²⁹⁰ Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 768; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 7.

²⁹¹ Bu anlayışın borçlu temerrüdü açısından görünümü için bkz.: **CR-Thévenoz**, Art. 106, N. 5.

²⁹² **CR-Thévenoz**, Art. 106, N. 3; Engel, **a.g.e.**, s. 470 E; Eren, **a.g.e.**, N. 3467; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 122 N. 8.

değil tespit edilmesi mümkün olan müstakbel aşkın zarara da hükmedebilme yetkisi tanınmıştır²⁹³.

Alacaklı bu imkânın tanınması sayesinde, hüküm tarihi ile fiili ödeme günü arasında doğacak zararları için temerrüdün sona ermesini yani fiili ödeme gününü bekleme ve ayrı bir dava açma zorunluluğundan kurtulmuş olacaktır²⁹⁴.

Belirlenebilir müstakbel aşkın zararın tazminine, açılmış olan davada esas hakkında hüküm verirken karar verileceği ifadesinin, aşkın zarara ancak tazminat alacaklısının açık ve ayrı talebi üzerine hükmedilebileceği için, asıl alacağa ilişkin değil mevcut aşkın zarara ilişkin bir hüküm kuruluyor olması anlamına geldiği anlaşılmalıdır²⁹⁵.

Hüküm verildiği anda bu zararın belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, hâkim bir tutar belirleyebileceği gibi, bir hesaplama yöntemi de belirleyebilir (ödemede gecikme yaşanan her gün için ödenebilecek tutar ya da oranın belirlenmesi gibi)²⁹⁶.

Doktrinde, TBK m. 122/f.2 hükmünün hem para borçlarında temerrütten kaynaklanan aşkın zararlara hem de önceden miktarı belirlenebilir olan bütün müstakbel zararlara ilişkin olarak uygulanacağı kabul edilmektedir²⁹⁷. Niteliği uygun olduğu için, bu hüküm kısmi temerrüt halinde de uygulanacaktır.

²⁹³ CR-Thévenoz, Art. 106, N. 12; Engel, **a.g.e.**, s. 470; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 489; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 944; Barlas, **a.g.e.**, s. 224; Karahasan, **a.g.e.**, s. 415; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 147 dn. 29 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 169 dn. 303'ten naklen).

²⁹⁴ CR-Thévenoz, Art. 106, N. 12; k.g. Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, 1988, s. 149 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 169 dn. 304'ten naklen).

²⁹⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 225; Karahasan, **a.g.e.**, s. 410, 411; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 147 dn. 29 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 170 dn. 306'dan naklen).

²⁹⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 489 dn. 26; Barlas, **a.g.e.**, s. 224.

²⁹⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 490; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1634; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 147 dn. 29 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 170 dn. 309'dan naklen).

2.2.1.4. Yabancı Para Borçlarında Aşkın Zarar

Yabancı para borçlarında aşkın zarardan söz edilebilmesi için, kısmi temerrüde konu olan para borcunun gerçek yabancı para borcu olabilmesi gerekmektedir. Bu durumda, alacaklının söz konusu borcun zamanında ifa edilmiş olsaydı bu parayı TL'ye çevireceğini ve bu sayede temerrüt faizini aşan miktarda gelir elde edebileceğini ispatlaması gerekmektedir²⁹⁸. Bu durum bir örnek ile açıklanacak olursa gerçek yabancı para borcu niteliğinde olan ve borçlunun kısmi temerrüdüne konu 1000 ABD Doları temerrüdün gerçekleştiği anda döviz kuru 7 TL iken, borcun ifa edildiği zamanda döviz kuru 5 TL ye düşmüş ise, alacaklı, borç zamanında tamamen ifa edilseydi elde edeceği parayı hemen TL'ye çevireceği için ödeme günü ile temerrüt günü arasındaki kur farkı nedeniyle, temerrüt faizi oranından daha fazla miktarda gelir elde edememiş olduğundan, zarara uğradığını ispat ederek, aşkın zarar kapsamında uğramış olduğu bu zararı talep edebilecektir.

Gerçek olmayan yabancı para borçlarında, borçlunun temerrüde düşmesi halinde, katıldığımız görüş uyarınca, TBK m. 99 hükmünün alacaklıya sağladığı seçimlik hakların yanında ayrıca alacaklı açısından aşkın zararın uygulanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁹⁹. Bu anlayışı kısmi temerrüt açısından da benimsemek mümkündür. Alacaklı kısmi ifa ile menfaatinin birazını karşıladığından, menfaatinin bütününe elde etmesine yönelik tam bir yoksunluk riski dahi doğmayacaktır. Bu nedenle, aşkın zarar ile karşılaşılması çok istisnai olan kısmi temerrüt halinde, alacaklının geri kalan edimin ifasını elde edip, sözleşmesel menfaatinin tam olarak sağlanması için TBK m. 99 hükmü ile alacaklıya sunulmuş üç seçenek yeterlidir. Yargıtay içtihadı, alacaklının TL üzerinden ifayı talep ettiği durumlarda, kur farkı nedeniyle uğranılan zararın, aşkın zarar olarak talep edilemeyeceği yönündedir³⁰⁰.

²⁹⁸ Ayan, **a.g.m.**, s. 563.

²⁹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1633; Eren, **a.g.e.**, N. 3463.

³⁰⁰ “Davacı icra takip tarihi itibarıyla 132.000 Amerikan Doları alacağının fiili ödeme günündeki Türk Lirası karşılığını talep hakkı mevcut iken icra takip tarihindeki Türk parası karşılığını tercih ederek, tercih hakkını bu yolda kullanmıştır. Bu tarihten sonra alacağını artık Amerikan Dolarının fiili ödeme günündeki Türk parası karşılığını isteme hakkını yitirmiştir. Bu nedenle Amerikan Doları alacağının geç ödenmesinden doğan munzam zarar adı altında bir zararı da davalıdan isteyemez...Ne var ki çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca davacı icra takibine konu alacağının geç ödenmesi nedeniyle uğramış olduğu faizi aşan oranda bir zararı mevcut ise bunu

Doktrinde azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise, alacaklının gerçek olmayan yabancı para borcunun aynen veya fiili ödeme ya da vade tarihindeki kur üzerinden TL karşılığının ödenmesinden hangisini tercih etmiş olmasının, aşkın zararı talep etmesi hususunda herhangi bir farklı etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, kur farkının aşkın zarar kapsamında talep edilmesi, bu zararın alacaklının yapacağı seçim ile giderilemeyecek derecede olması şartıyla mümkündür³⁰¹.

2.2.2. Aşkın Zararın Ceza Koşulu ile İlişkisi

Tarafların sözleşmede ifa ile birlikte istenebilecek ceza koşulu kararlaştırmış olduğu durumda, alacaklı temerrüt nedeniyle uğramış olduğu zararının ceza tutarını aşan miktarının aşkın zarar kapsamında tazminini talep etmesi mümkün olacaktır. TBK m. 180/f.2 hükmü uyarınca, kusur karinesi ceza koşulu bakımından geçerli olmadığı için, bu doğrultuda, alacaklının borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ve temerrüt nedeniyle uğramış olduğu zararının ceza tutarından fazla olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Bir görüşe göre, ceza koşulu ve aşkın zarar talep edilebilmesinin benzer amaca yönelik olarak getirilmesi sebebiyle, kararlaştırılmış ceza tutarının aşkın zarar tazminat miktarından indirilmesi amaca uygun olacaktır³⁰². Bir diğer görüş ceza tutarı ile işlemiş olan temerrüt faizi miktarının karşılaştırmasının yapılmasını ve bunun sonucunda ortaya çıkacak yüksek oranın aşkın zarar tazminat miktarından indirilmesinin uygun olacağını belirtmektedir³⁰³.

2.2.3. Zamanaşımı

Doktrinde aşkın zarar talebine uygulanacak zamanaşımına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Aşkın zararın asıl alacağa bağlı olduğunu kabul eden görüşe göre;

talep edebilir. Mahkemece bu yönden bir inceleme ve araştırma yapılarak hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gereklidir.", Yargıtay 13. HD., 15.11.1999 tarihli, E. 1999/7192, K. 1999/8302 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); "Davacı tercih hakkını BK.nun 83/III. md. de, tahsil tarihindeki kur üzerinden kullanmadığı için artık kur farkından dolayı bir dava hakkı kalmadığına bakılmaksızın davanın, reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.", Yargıtay 15. HD., 26.11.1998 tarihli, E. 1998/4379, K. 1998/4426 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁰¹ Ayan, **a.g.m.**, s. 564; k.g., Albaş, **a.g.e.**, s. 217.

³⁰² Barlas, **a.g.e.**, s. 223.

³⁰³ Yıldız, **a.g.e.**, s. 168.

bu özelliği nedeniyle TBK m. 152 hükmü gereği, asıl alacağa uygulanacak zamanaşımı süresine tâbi olacaktır³⁰⁴. Aşkın zararın asıl alacaktan bağımsız olduğu anlayışına göre³⁰⁵, aşkın zararın tazmini ayrı bir talep konusu olduğu için kendisine has bir zamanaşımı süresi tanınmalıdır. BK m. 146 hükmünün gözetilecek olduğu bu durumda, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Asıl alacağın kaynağının ne olduğunun zamanaşımı süresine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı hakkında da farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, zamanaşımı süresi, aşkın zararın doğduğu an olan, tazminat alacağının muaccel hale geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır³⁰⁶. Diğer bir görüş, aşkın zararın doğduğu anı, açılmış ve kesinleşmiş dava sonucunda asıl alacağın temerrüt faizi ile birlikte tahsil edilmiş olduğu tarih olarak kabul ettiği için, zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini tahsilatın yapıldığı gün olarak kabul etmektedir³⁰⁷.

³⁰⁴ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 234; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, N. 2677; Bucher, **a.g.e.**, s. 455; (Yıldız, **a.g.e.**, s. 171 dn. 310 ve 311'den naklen).

³⁰⁵ Domaniç, **a.g.e.**, s. 81; Barlas, **a.g.e.**, s. 226; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 624, Uygur, **a.g.e.**, s. 799; Karahasan, **a.g.e.**, s. 416. Yargıtay 3. HD., 18.10.2021 tarihli, E. 2020/10700, K. 2021/10183 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 06.12.2018 tarihli, E. 2018/3765, K. 2018/4907 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.11.2018 tarihli, E. 2018/3499 K. 2018/4739 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.03.2019 tarihli, E. 2018/1494, K. 2019/932 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.03.2021 tarihli, E. 2020/967, K. 2021/859 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 23.01.2018 tarihli, E. 2016/9487, K. 2018/161 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 13.06.2012 tarihli, E. 2011/18-730, K. 2012/373 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³⁰⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 226; Karahasan, **a.g.e.**, s. 416.

³⁰⁷ Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 73. "... Davacı daha önce açtığı 984/160 esas sayılı davada kur farkından doğacak fazlaya ilişkin talep hakkını saklı tutarak 14.595,55 \$ mal bedelinin o davanın açıldığı tarihteki döviz kuru üzerinden karşılığı olan 4.560.000.-TL'nin tahsiline dair hüküm istihsal etmiş ve bu meblağı faiz ve masraflarla birlikte 6.6.1985 tarihinde icra yoluyla tahsil etmiştir. Davacı bu davada ise önceki davada esas alınan döviz kuru ile alacağı tahsil ettiği 6.6.1985 gününde cari olan döviz kuru arasındaki farktan kaynaklanan munzam zararının BK'nın 105/f.II maddesi hükmü uyarınca tahsilini istemektedir. Davacının tazminini istediği zarar önceki davada hükme bağlanan alacağın tahsil edildiği 6.06.1985 tarihinde doğmuş olduğu ve bu tarihte miktar olarak muayyen ve muaccel hale geldiği cihetle zamanaşımı da ancak mezkûr tarihten itibaren işlemeye başlar." Yargıtay 11. HD., 24.01.1989 tarihli, E. 1988/4444, K. 1989/202 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLUNUN NİTELİKLİ KISMİ TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI (BORÇLUNUN KISMİ TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ ÖZEL SONUÇLARI)

1. Genel Olarak

Borçlunun nitelikli temerrüdü, borçlunun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşen temerrüt halini ifa etmektedir¹. İsviçre hukukunda kullanılan terimin, çalışmada tercih edilmesinin sebebi, kısmi temerrüt halinde de uygulama alanı bulan temerrüdün genel sonuçlarının karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından yetersiz kalması nedeniyle, kanun koyucunun da bu sözleşmelerde gerçekleşen temerrüt halini özel nitelikli olarak kabul edip, taraflara arasında bozulan menfaat dengesini yeniden sağlamak için ek düzenlemeler getirmesi karşısında, ayrıcalıklı bir konumda incelenmeye değer olmasıdır.

Borçlu temerrüdünün bazı özel sonuçları karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından öngörülmüştür. Alacaklı TBK m. 123-126 hükümleri gereğince, mütemerrit borçlu karşısında üçlü seçim hakkına sahiptir; aynen ifayı ve gecikme tazminatını isteme, aynen ifadan vazgeçerek ifa etmemeden kaynaklanan olumlu zararını isteme ve son olarak da aynen ifayı reddederek sözleşmeden dönme ve olumsuz zararını isteme. Bunun temelinde yer alan düşünce, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından menfaat dengesinin korunması için özel önlemler alınması gerekliliğidir. Temerrüdün kısmi olması, öngörülmüş bu sonuçlar açısından kural olarak farklılık göstermemekle birlikte, özellik arz ettiği noktalar yeri geldiğinde açıklanacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi temerrüt, asli edimler

¹ Tercier, **a.g.e.**, §1166; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1372, 1396; **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 8; Chavanne, **a.g.e.**, s. 65; Gauch, Schlupep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1694, 1745.

bakımından söz konusu olabilir². Zira özel sonuçlar öngörülmesine sebep olan, birbirine karşılık esas teşkil eden edimler bakımından kısmi temerrüde düşülmesidir. Buna karşılık İsviçre doktrinde, borçlunun nitelikli temerrüdünde, belirleme ölçütünün dürüstlük kuralı olduğu anlayışıyla, hem asli hem yan borçlarda kısmi temerrüdün gerçekleşebileceği ve TBK m.123 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ek hakların kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Bu görüş uyarınca, yan borcun alacaklıya yarar sağlamadığı ve ikinci planda olduğu durumlarda, dürüstlük kuralı gereği kısmi temerrüt gerçekleşmeyeceği için alacaklının seçimlik haklarını da kullanması mümkün olmayacaktır³. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu tarafından bu hükümler düzenlenirken hem alacaklının hem borçlunun menfaati gözetilmiştir. Kural olarak, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı için alacaklı seçimlik haklarını kullanabilecek olsa da istisnai hallerde alacaklının sözleşmenin tamamına etki edecek şekilde hareket etmesi mümkün olacaktır⁴.

Her ne kadar alacaklının menfaati ön planda görülse de alacaklının söz konusu seçimlik hakları doğrudan kullanması mümkün olmayıp, aşağıda inceleneceği üzere, belirli şartların varlığı aranmaktadır.

Borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak bu düzenlemelerin yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından öngörülmüş olmasının sebepleri her bir seçenek açısından ele alındığında daha rahat belirlenebilir.

Öncelikle alacaklının menfaati açısından açıklama yapılacak olursa; mütemerrit olmayan taraf (alacaklı), bu hükümler sayesinde hem aynen ifa ve gecikme zararının talebi ile yetinmemekte hem de kendi edimini belirsiz bir süre açısından ifaya hazır tutma zorunluluğundan kurtulmaktadır⁵.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep hakkı açısından değerlendirildiğinde; karşılık bir edim yükümlülüğü olmayan alacaklının,

² CR-Thévenoz, Art. 107, N. 8; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1641.

³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 6.

⁴ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1010; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 38, N. 39; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1695.

⁵ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 10; Havutçu, **a.g.e.**, s. 40.

mütemerrit borçluyu tazminat ödemek zorunda bırakması hakkaniyetle bağdaşmayacak sonuçlar yaratacaktır. Örneğin, (A) kendi yapmış olduğu iki tabloyu ve üç antika vazoyu (B)'ye bağışlamayı taahhüt etmiş, ancak bu taahhüdünü, ifası mümkün olmasına rağmen zamanında tam olarak yerine getirmemiştir. (A), (B)'ye sadece bir antika vazoyu teslim etmiştir. Tüm tabloların ve vazoların teslimi mümkün iken, alacaklı teslimat yerine tazminat isteyebilse idi, adalete ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Zira, burada alacaklının menfaati bağışlanan şeyleri elde etmeye yöneliktir, kendisine tazminat hakkı tanınmış olması sayesinde, bu sözleşmeyi akdetmiş tarafların iradelerine aykırı olarak, alacaklı bağışlama konusunun parasal değerini elde etmiş olacaktır. Bu sonuç tarafların iradesine aykırı olduğu gibi, karşı edimi olmayan borçluya tazminat hakkının tanınması hukuk mantığı ile bağdaşmayacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin varlığı halinde alacaklının, borçlunun edimini elde etmek için karşılık bir fedakârlığı göze alması esas alınarak diğer açıdan bakıldığında, alacaklının geciken ifayı reddedip kendisine başka ve daha güvenilir bir sözleşme bulabilmesinin sağlanması için ona imkânlar sunulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁶.

Borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak bu düzenlemelerin yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından öngörülmüş olmasının sebeplerinden bir diğeri, taraflardan yalnız birinin borçlu olması durumunda alacaklının borç ilişkisinden dönmesinin hiçbir anlam ifade etmeyecek olmasıdır. Başka bir deyişle dönme, ancak alacaklıyı kendi edimini ifa yükünden kurtarma ya da alacaklıya kendi ifa ettiğini geri alma imkânlarını veriyor ise anlamlı olacağından, ancak bu durumlara yol açacak borç ilişkileri açısından öngörülmesi yerinde olmaktadır⁷.

Diğer yandan, tüm bu düzenlemeler öngörülürken alacaklının olduğu kadar borçlunun da menfaatinin gözetildiği daha önce ifade edilmiştir. Bu nedenle borçlu açısından da bu hükümlerin düzenlenme sebeplerini ele almak gerekir. Borçlunun menfaatinin korunması, alacaklıya tanınan seçimlik hakların belirlenmesinde değil de, daha ziyade alacaklının bu seçimlik hakları kullanması için uyması gereken usulün

⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 945.

⁷ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 945.

getirilmesinde kendini göstermektedir. Alacaklı TBK m. 125 hükmünde öngörölmüş olan seçimlik haklarını kullanırken iki kurala uymak zorundadır, aksi halde bu seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Alacaklı, öncelikle mütemerrit borçluya aynen ifada bulunması için uygun bir süre vermelidir. Bu süre içinde mütemerrit borçlu, borcunu aynen ifa etmez ise, borçluya artık aynen ifayı istemeyeceğini hemen bildirmelidir. Her iki kuralın öngörölmesinin amacı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifaya hazır olan mütemerrit borçlunun birden daha önceden düşünmediği bir ifa şekline aniden zorunlu tutulmasının borçlunun menfaatinin sarsacağı olgusudur⁸. Sürenin öngörölmüş olduğu bu sistemde borçlu aynen ifa ile yükümlü olmakla birlikte, aynen ifada bulunmaz ise başka bir ifa şekline mecbur tutulacağı hususunda önceden ikaz edilmiş olmaktadır. Böylelikle alacaklı, borç ilişkisinin geleceği hakkında mümkün olduğunca çabuk karar verirken, borçlunun aynen ifaya olan menfaatinin feda edilmesinin önüne geçilmiş olunmaktadır⁹. Kısmi temerrüt halinde, borçlunun kısmi ifada bulunmuş olduğu gerçeği, kendisinin bakiye edim ile yükümlü olduğunun bilincinde olması ve bu nedenle fazladan korunmaya ihtiyacı olmadığı anlamına gelmesine rağmen, yukarıda anılan usullerin getiriliş amacıyla çelişmediğinden, bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Borçlunun kısmi temerrüdünde de geçerli olacak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü bu sonuçların uygulanmasında, ilgili edimlerin karşılıklı değişim içinde olup olmadığı dikkate alınacaktır. Başka bir ifadeyle, kısmi temerrüde konu olan borcun borçlusunun, sözleşmenin diğer tarafının edimini taahhüt etmesine dayanarak mı bu yükümlülüğün altına girmiş olduğu önem taşımaktadır. Eğer mütemerrit borçlu kendi edimini karşı tarafın edimi ile değiştirmeyi amaçlamış ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü bu sonuçların uygulanması mümkün olacaktır¹⁰. Eğer kısmi temerrüde konu borç karşılıklı olarak taahhüt edilmemiş ise; sözleşmenin kurulduğu anda karşı tarafın taahhüt etmiş olduğu edim nedeniyle veya

⁸ Chavanne, **a.g.e.**, s. 66 §174, §175; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 945.

⁹ Chavanne, **a.g.e.**, s. 66 §174, §175, s. 67 §176; Havutçu, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰ Tercier, **a.g.e.**, §1187; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1742; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1396; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 244; Nihat Yavuz, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C. 1, Madde 1-338, 2. bs., Ankara, Adalet, 2015, s. 771.

ondan bağımsız olarak sonradan ortaya çıkmış ise, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için TBK m. 123-126 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹¹.

Bu hakların tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tanınmamasının sebebi; bu tip sözleşmelerde taraflardan biri borçlu diğeri alacaklı sıfatına sahip olduğundan edimler arasında bir karşılık söz konusu olmadığından¹², karşı edimle yükümlü olmayan alacaklının borçluya tazminat yükümlülüğü gibi ağır ve sözleşmenin yapılması esnasında öngörülmeeyen bir sorumluluk yüklemesinin adalete aykırı sonuçlar doğuracak olmasıdır¹³.

2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Alacaklının Seçimlik Hakları Kullanması Bakımından Aranılan Şartlar

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklı menfaatine farklı haklar tanınmış olsa bile kanun koyucu, sözleşmesel ilişkideki menfaatler dengesini gözeterek bu hakların kullanılabilmesi için bazı şartların varlığını aramaktadır. Şüphesiz ki somut olayda ilk bakılacak hususlar, borçlunun kısmi temerrüdünün konu olduğu sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve borçlunun kısmen temerrüde düşmesidir. Her iki taraf hem borçlu hem alacaklı olduğundan, taraflardan birinin asli borcunu ifa etmiş veya ifayı teklif etmiş olması gerekmektedir¹⁴. Karşı taraf buna rağmen edimini kısmen yerine getirmemiş ve temerrüdün diğer şartları da gerçekleşmiş ise borçlunun kısmi temerrüdü gerçekleşmiş olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun synallagma ilişkisine dâhil olan edimi yani asli edimi ifada kısmi temerrüde düşmesidir¹⁵. Kısmi

¹¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. tıpkı bs., İstanbul, Filiz, 2017, §11 N. 13; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1641 dn. 1921; Eren, **a.g.e.**, N. 3470; Havutçu, **a.g.e.**, s. 6.

¹² Eren, **a.g.e.**, N. 3470; Havutçu, **a.g.e.**, s. 6.

¹³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 945. “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmüş sayılabilmesi için BK’nın 101. maddesinde sayılan genel şartların yanında ayrıca özel şartlar da aranmaktadır. Bunun nedeni bu tür sözleşmelerde temerrüdün borçlu yönünden daha ağır sonuçlara bağlanmış olmasıdır.*”, Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615 K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**).

¹⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 490; Eren, **a.g.e.**, N. 3077; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 624.

¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1641; Havutçu, **a.g.e.**, s. 43; Ateş, **a.g.e.**, s. 195. Yargıtay 13. HD., 01.06.1982 tarihli, E. 1982/3745, K. 1982/4031 sayılı kararı, (Turgut Uygur, **Açıklamalı –**

temerrüdün oluşması için asli edim veya yan edim olmasının önemi bulunmazken, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi temerrüdün oluşması için, kural olarak, asli edimde temerrüde düşülmüş olması gerekmektedir. Ancak, yan edim synallagma ilişkisine dâhil ise bu edimin ifasında kısmi temerrüt halinde de alacaklı yine seçimlik haklardan yararlanabilir¹⁶.

2.1. Borçluya Ek Süre Verilmesi

TBK m. 123 hükmünde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde, karşı tarafın borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebileceği veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebileceği düzenlenmiştir. Ek süre verilmesi, alacaklının borçluya belirli bir tarihe kadar ifada bulunması gerektiği yönündeki irade beyanı olup, başka bir deyişle, borçlunun ifaya davet edilmesi anlamına gelir¹⁷. Borçluya ek sürede tanınmış tarihin bitimine kadar borcunun bakiye kısmını ifa etmesi talep edilmektedir. Bu nedenle borcun vadesini ileriye alma sonucunu doğuran, tecil anlaşmasını alacaklının kabul etmesinden farklıdır¹⁸. Borçlu temerrüdünde kanun koyucu, borçluya ek süre verilmesini düzenleyerek hem ifa zamanının belirlenmesini sağlamakta hem de adeta borçlunun borcunu ifa etmesi için son bir şans tanımaktadır¹⁹. Oysa, kısmi temerrütte, ifa zamanı belirlenmiş ve borçlu geçerli bir kısmi ifada bulunduğundan artık onun açısından bir ifa zamanının belirlenmesinin anlamı olmayacaktır; ancak borçluya bakiye kısmın ifası için son bir imkân verilmesi olarak kabul edilebilir. Zira bu süre bitiminde, alacaklı bakiye kısmın aynen ifasını reddederek onun yerine tazminat isteyecek veya

İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. III, Madde 51-108, Ankara, Seçkin 2010, s. 3719, 3720).

¹⁶ Havutçu, **a.g.e.**, s. 44; Ateş, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; Guhl, **a.g.e.**, s. 171; Gauch, Schlupe, Tercier, **a.g.e.**, N. 1748; Demolombe, **a.g.e.**, s. 534 531; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1651, N. 1652; Eren, **a.g.e.**, N. 3472; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 5; Havutçu, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1652, dn. 1926.

¹⁹ Tercier, **a.g.e.**, §1196; François, **a.g.m.**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 494; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 934; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1654; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 946; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13; Eren, **a.g.e.**, N. 3472; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 5; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1405; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1579; Havutçu, **a.g.e.**, s. 45; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 278.

sözleşmeden kısmen ya da tamamen dönecektir, bu durum da aynen ifa için hazırlıklarını yapmaya başlayan borçlunun menfaatini olumsuz etkileyeceği için, böylelikle, adeta bu durum hakkında ikaz edilmektedir.

Her ne kadar TBK m. 123 hükmünün lafzından²⁰ borçluya ek süre verilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerektiği sonucu çıksa da doktrinde hâkim görüşe göre, temerrütten önce ek süre vermek mümkün olmamakla birlikte, alacaklının borçluyu temerrüde düşüren ihtarı ile birlikte ek süre de verebileceği kabul edilmektedir²¹. İhtar ile borçlunun temerrüde düşürülmesi ve süre verilmesi birbirinin peşi sıra gerçekleşeceği için, borçlu temerrüdünün bu durumda ek süre verilmesi için bir ön şart olmadığı ancak ek süre verilebilmesi için borcun muaccel olması gerektiği ifade edilmektedir²². Kısmi temerrüt gerçekleşmeden, mütemerrit olmayan taraf ek süreyi belirleyemez. Aksi durum, süre verilmesinin getirilme amacına ters düşer. Zira olağan sonuç teşkil eden aynen ifa dışındaki seçeneklerde, haklılık anlam taşıyacaktır²³. Kanun'dan kaynaklanan seçimlik haklarından yararlanmak isteyen alacaklı, borçluya keşide edeceği ihtarname ile ek süre tanıyacaktır. Bu ihtarname vasıtasıyla, alacaklı borçlunun bakiye kısmının ifasına olan menfaatini elde etmek için aynen ifa talebinden başka hakları da olduğu ve bunları da kullanabileceği hususunda borçluyu ikaz edip, onu ifasını tamamlamaya davet etmektedir. Kısmi temerrüt gerçekleştikten ne kadar zaman süre içinde borçluya ek süre verilmesi gerektiği hususunda kanunda bir hüküm olmadığından, alacaklı süreyi ne kadar zaman sonra belirleyeceği hususunda özgürdür. Borç muaccel olduktan sonra, kural olarak zamanaşımına uğrayana kadar alacaklının borçluya ek süre vermesi mümkündür²⁴. Bu

²⁰ TBK m. 123 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*”

²¹ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 11; von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1748; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1579; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 244; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948; Eren, **a.g.e.**, N. 3473; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 6; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 936; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 175; Aybay, **a.g.e.**, s. 150. BGE 103 II 105.

²² Eren, **a.g.e.**, N. 3473; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 6.

²³ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 620, 621; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 945; Belen, **a.g.e.**, s. 298.

²⁴ Eren, **a.g.e.**, N. 3475; Ateş, **a.g.e.**, s. 114, 115.

imkânın sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır, bunun sonucunda da alacaklının genel olarak çok beklememesi arzu edilmektedir, borçlunun zararına piyasadaki değişikliklerden yararlanma amacıyla olan alacaklı, bu imkândan yararlandırılmamalıdır²⁵. Alacaklının borçlunun kısmi temerrüde düştüğü anda bakiye borcun ifası için süre belirlenmesi mümkündür; zira bu andan sonra alacaklının ek süre vermesi için bir gün dahi beklemek zorunda bırakılmasının hukuki bir mantığı ve dayanağı yoktur²⁶. Bu durum, uygulamada, pratikliği açısından daha sık tercih edilmektedir.

Ek süre verilmesi beyanı, belirli bir tarihe kadar veya belirli bir zaman süreci içinde borçlunun kalan edimini yerine getirmesini içeren ve borçluyu son defa ifaya davet eden bir beyandır ve edimin ifası için son bir süre içermektedir²⁷.

Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkı, borçlunun kısmi temerrüdünün genel sonuçlarından olduğu ve borçlunun ifasının niteliğini değiştir nitelikte olmadığı için, bu halde borçluya ek süre tanınmasına gerek bulunmamaktadır. O halde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçluya ek süre verilmesi gerekliliğinin temelinde, karşı edimle yükümlü borçludan, yükümlü olmadığı farklı bir edimin ifasının talep edilmesi durumunda, borçlunun menfaatinin gözetildiği sonucuna varılır. Alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi veya sözleşmeden dönmesi hallerinde, borçlunun edim yükümlülüğü tazminat yükümlülüğüne dönüştüğünden, belki de verilecek sürede bu ağır sonuçlarla karşılaşmak istemeyen borçlunun aynen ifada bulunmayı tercih etmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle, borçluya ek süre verilirken, hangi edimin ifasının talep edildiği açıkça belirtilmeli, hangi sürede edimi ifa edebileceği ile verilen bu süre içinde ifanın mutlaka gerçekleştirilmesi gerektiği

²⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 69; Tercier, **a.g.e.**, s. §1200; Daepfen, **a.g.e.**, s. 197; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 937; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1405.

²⁶ Kısmi temerrüde uyarlayarak yer verdiğimiz bu bilginin borçlu temerrüdüne ilişkin hali için bkz.: Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948.

²⁷ Guhl, **a.g.e.**, s. 171; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1748; Eren, **a.g.e.**, N. 3477. Bu hususun, alacaklının beyanının ihtardan farklı olmasına yol açtığı yönünde bkz.: Eren, **a.g.e.**, N. 3477. Bu anlamı taşıyan beyanın alacaklı tarafından yapılması gerekmektedir. Borçlunun belirli vadenin ertelenmesine yönelik talebinin ek süre verilmesi anlamına gelmediği, alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre verilmesini içeren beyanda bulunması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: BGE 110 II 141.

açık ve net olarak ifade edilmelidir²⁸. Başka bir ifadeyle, borçlu ne zamana kadar, borçlanmış olduğu edimin ifasını tamamlayabileceğini bu ifa davetinden kolaylıkla belirleyebilmelidir. Borçluya ek süre verilmesinin hukuki niteliği, hukuki işlem benzeri fiil olmasındandır ki, bu süre içinde ifa gerçekleştirilmez ise sonuçların ne olacağına ilişkin bilginin yer almasına veya bu hususta uyarı yapılmasına gerek olmamaktadır²⁹. Verilen sürenin sona ermesi ile birlikte, alacaklının iradesinden bağımsız olarak, kanun gereği, kendiliğinden sonuçlar ortaya çıkmaktadır³⁰. Ek süre verilmesine ilişkin beyanda, edimin ek süre içinde ifa edilmemesi halinde reddedileceği hakkında uyarı yapılması, ek sürenin hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması niteliğinde bir değişiklik yaratmaz. Bir görüşe göre; bu beyan iki unsura ayrılmakta ve bir kısmı hukuki işlem benzeri sayılırken, bir kısmı yenilik doğurucu işlem sayılmaktadır. Katılmadığımız bu görüşe göre³¹; ek süre verilmesine ilişkin beyan, bünyesinde iki unsur barındırmaktadır; bunlardan zorunlu olanı borçlunun kalan edimi ifaya davet edilmesidir, ikinci unsur ise edimin sonradan ifasının kabul edilmeyeceğinin ifade edilmesi ve hatta borçlunun bu hususta uyarılmasıdır. Zorunlu olan unsur, hukuki işlem olarak nitelendirilmemekte iken; borçlunun uyarılması, alacaklının açık ve kesin olarak sonraki ifayı istemediğini içerdiği ve süre sonunda aynen ifa talebinin sona ermesini doğrudan doğruya, borçlunun iradesine bağlı olmaksızın sağladığı için yenilik doğurucu hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Hatta bu uyarının bir koşula yani edimin ek süre içinde ifa edilmemesine bağlı

²⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; Comment, **a.g.e.**, s. 66, 69; Guhl, **a.g.e.**, s. 171; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 495; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 8; Havutçu, **a.g.e.**, s. 45.

²⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 11; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.495; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 946; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13; Eren, **a.g.e.**, N. 3477; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 10; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1579; Havutçu, **a.g.e.**, 47, Ateş, **a.g.e.**, s. 108. Comment, bu beyanı hukuki durum yaratmadığından bahisle hukuki işlem olarak kabul etmemekle birlikte; bunun basit bir irade beyanı ve bir iletişim olduğunu ifade etmektedir. Comment, **a.g.e.**, s. 69.

³⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 495; Eren, **a.g.e.**, N. 3477; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 10.

³¹ Walter F. Lindacher, **Definität und Revisibilität der Gläubigerentscheidungen nach § 326 BGB JZ.**, 1980, s. 49 vd.; Wolfgang Van den Daele, **Probleme des gegenseitigen Vertrags, Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten**, Diss. Hamburg, 1968, s. 102 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 47, 48 dn. 126'dan naklen). İkiye ayırmaksızın bir bütün olarak yenilik doğuran hak olarak kabul eden Laurent Huillier, **La Notion Du Droit Formateur En Droit Privé Suisse**, Genève, 1947, s. 174.

kılınmasının da yenilik doğuran hukuki işlem niteliğinin kaybına yol açmadığı ifade edilmektedir. Bu görüş her ne kadar kendi içinde tutarlı görünse dahi ek süre verilmesinin getiriliş amacı göz önünde tutulduğunda, ek süre verilmesi beyanının hukuki işlem benzeri niteliği taşıdığı açıktır. Kanun koyucu bilinçli olarak bunu gözetmiş ve ek süre verilirken borçluya bunun sonucunun bildirilmesini şart olarak öngörmemiştir.

2.1.1. Şekle Bağlı Olup Olmadığı

Borçluya ek süre verilmesine ilişkin irade beyanı şekle tâbi değildir, borcun kaynaklandığı sözleşmenin şekle bağlı olması bu hususu değiştirmez³². Taraflar ek süre verilmesinin belirli bir şekle bağlı olduğunu kararlaştırmışlar ise, bu husus sözleşme özgürlüğü kapsamında geçerli olacaktır³³. Geçerlilik şartı olarak kararlaştırılmış bu şekle uyulmaması halinde süre verilmesi geçersiz olur. Başka bir istisna da kanunen bulunmaktadır; tacirler arası ilişkide TTK m. 18/f.3 hükmü gereği, ek süre tayini noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Ek süre alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından; borçlu veya yetkili temsilcisine verilir³⁴. Tek taraflı ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bu irade beyanı, borçlu temerrüdü ihtarından bağımsız olarak yapıldığında kural olarak karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar³⁵. Borçlu temerrüdünde geçerli olan bu husus kısmi temerrüde uyarlandığında, bu beyanın kısmi temerrüdün doğduğu andan başka bir tarihte yapılması halinde, kural olarak karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak olmasını ifade eder. Somut olaya göre sürenin başlaması değişiklik gösterecektir. Alacaklı, sürenin bitimini belirli bir tarih olarak ya

³² Comment, **a.g.e.**, s. 66; Tercier, **a.g.e.**, §1197; **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 11; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1748; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1661; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 7; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1406; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1579; Ateş, **a.g.e.**, s. 113.

³³ Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

³⁴ **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 11; Comment, **a.g.e.**, s. 66; Eren, **a.g.e.**, N. 3475; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 8.

³⁵ Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 245. Ek süreye ilişkin beyanın karşı tarafın öğrenmesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı yönünde bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1661; Comment, **a.g.e.**, s. 70.

da ifanın yapılabileceği sürecin sınırlarını, belirlemekte özgürdür. Bu kapsamda, sürenin başlangıcının alacaklı tarafından belirlenmemiş olması ya da borçlunun alacaklının iradesinden açıkça anlayamıyor oluşu belirsizlik yaratacaktır. Borçlunun menfaatinin zedelenmemesi için, alacaklının süre verilmesine ilişkin beyanının borçluya ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilir³⁶.

2.1.2. Sürenin Uygun ve Belirgin Olması

Borçluya verilen ek süre, borçlunun da menfaatini korumak amacı taşıdığından, uygunluk ile belirginlik olmak üzere iki niteliği haiz olmalıdır³⁷. Ek sürenin uygun olması, borçlunun ve alacaklının menfaatleri ile kalan edimin niteliği dikkate alınarak, borçlunun kalan edimini ifa etmesine yeterli olacak süreyi ifade edeceği için kesin bir kriter belirlenemez³⁸. Tarafların menfaatleri ve sözleşme konusunun doğası dikkate alınarak, bu sürenin, borçlunun ifa edebilmesi için yeterli uzunlukta ve aynı zamanda alacaklının menfaatine hanel getirecek kadar uzun olmaması gerekir³⁹. Somut olayın özelliklerine göre ve dürüstlük kuralı esas alınarak sürenin uygunluğu belirlenir⁴⁰. Bu kapsamda, borçlunun ifa hazırlığına süre verilmesinden önce başlamış olduğu kabul edildiğinden, uygun sürenin üst sınırını borçlunun ifa hazırlığını tamamlamasına yetecek süre oluşturur⁴¹. Bunun tespitinde

³⁶ Havutçu, **a.g.e.**, s. 45. Muhatabın beyanın içeriğini öğrendiği tarihin esas alınması gerektiği yönünde bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1661.

³⁷ Ateş, bu hususun taraflar arasındaki menfaat dengesi ile ilgili olması ile birlikte sözleşmeye bağlılığını devam ettiren alacaklının korunmasının mütemerrit borçlunun korunmasından üstün tutulduğunu ifade etmektedir. Ateş, **a.g.e.**, s. 109, 110.

³⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 68; Guhl, **a.g.e.**, s. 171; Tercier, **a.g.e.**, §1196; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 12; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1749; Birsén, **a.g.e.**, s. 514; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 495; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1656; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 947; Eren, **a.g.e.**, N. 3476; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 9; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1405.

³⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 12; Comment, **a.g.e.**, s. 67; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1580.

⁴⁰ “Temerrüde düşen borçluya alacaklının uygun bir süre vermesi demek, temerrüde rağmen alacaklının belli bir süre içerisinde ifayı kabule rıza gösterdiğini bildirmesi demektir. Kuşku yok ki, Kanun uygun bir süre tayini suretiyle borçluyu temerrüdüün sonuçlarından korumak istemiştir. Verilen sürenin uygun olup olmadığını saptamak için olayın özelliğinin gerektirdiği iyi niyet kurallarına riayet edilip edilmediğine bakmak gerekir.”, Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁴¹ Comment, **a.g.e.**, s. 68; Chavanne, **a.g.e.**, s. 68 §180 vd.; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 947; Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

dürüstlük kuralı, asla gözden çıkarılmamalıdır; örneğin, borçlunun iş ne kadar geri kalmışsa o kadar uzun bir ek süreden yararlanması, adalete aykırı sonuca açacağından, buna izin verilmemelidir⁴². Böyle bir durumda, bir görüşe göre; dürüstlük kuralı gereği, alacaklıdan bu kadar uzun süre vermesi beklenemez ise TBK m. 124/b.1 hükmü kıyasen uygulanır ve süre verme zorunluluğu ortadan kalkar⁴³. Bir diğer görüşe göre ise; hazırlık için ne kadar zaman gerekiyorsa, borçluya o kadar ek süre tanınmalıdır; zira bu konuda ortaya çıkabilecek sakıncaları TBK m. 473/f.1 hükmü⁴⁴ giderecektir⁴⁵. Katıldığımız görüşe göre, borçlunun kalan edimini hazırlayabileceği veya tedarik edebileceği makul süre dikkate alınır⁴⁶. Şayet borçlu, ifa zamanına kadar, kalan edimin ifasına yönelik hiçbir hazırlık yapmamış ise, ona yeniden işe başlayacak kadar uzun bir ek süre verilmesine gerek bulunmamaktadır⁴⁷. Bu husus borçlu temerrüdünde olduğu gibi, kısmi temerrüt halinde de aynı doğrultuda uygulanacaktır.

Alacaklı her zaman uygun nitelikte bir ek süre veremeyebilir; bazen ek süre uygun süreden uzun veya kısa verilmiş olabilir. Alacaklı, uygun süreden uzun bir süre vermiş ise bu süre ile bağlı olacak ve tek taraflı olarak bu süreyi kısaltması mümkün olmayacaktır⁴⁸. Belirlenen sürenin gereğinden fazla uzun olmasına borçlu itiraz edemez; zaten hayatın olağan akışına uygun olarak da kalan edimi ifa ile yükümlü borçlunun kendisine tanınmış sürenin uzun olmasından şikâyet etmesi düşünülemez. Sürenin kısaltılması borçlunun aleyhine bir durum yaratacağı için, ancak borçlunun rızasının alınması ile sürenin kısaltılması mümkün olacaktır. Alacaklı, uygun süreden çok kısa bir süre vermişse, borçlu itirazda bulunarak bu sürenin uzatılmasını talep

⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1656 dn. 1933.

⁴³ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 175.

⁴⁴ **MADDE 473-** *Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.*

⁴⁵ Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 71.

⁴⁶ Aybay, **a.g.e.**, s. 150.

⁴⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 545; Comment, **a.g.e.**, s. 68; Daepfen, **a.g.e.**, s. 196; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 495.

⁴⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 546; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 13; Eren, **a.g.e.**, N. 3476; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 9.

edebilir⁴⁹. Bunun için alacaklıya bir beyanda bulunabileceği gibi mahkemeden de bu sürenin uzatılmasını talep edebilir. Ancak buna gerek olmamaktadır. Zira sürenin çok kısa olmasından dolayı uygun olmaması halinde, borçlu sessiz kalsa bile bu süre geçersiz kabul edilmemektedir; borçlu bu süre geçtikten sonra, fakat işin özelliğine göre uygun olan süre içinde aynen ifayı teklif edebilir; alacaklının bu durumda aynen ifayı reddedip tazminat isteme ya da sözleşmeden dönme imkânı bulunmamaktadır⁵⁰. Her ne kadar uygun olmayan kısa bir süre verilmiş olsa dahi, objektif olarak uygun süre işlemeye başlayacak, ancak uygun sürenin bitiminde hala borçlu aynen ifada bulunmamışsa, alacaklı aynen ifayı reddedip seçimlik haklarını kullanabilecektir. Benimsediğimiz bu anlayışın yanı sıra doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, borçlunun, sürenin uygun olmadığını anladığında bunu derhâl, mümkün olan en kısa süre içinde alacaklıya bildirmesi gerektiği, aksi halde, sürenin yetersizliğini ileri süremeyeceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır⁵¹. Bu çözümün, her ne kadar, alacaklı uygun olmayan, yetersiz bir ek süre vermiş ise de buna borçlunun temerrüde düşmek suretiyle borcunu ihlâl etmesi sebep olduğu için, “kimsenin kendi sebep olmadığı bildirime cevap vermeye mecbur tutulamayacağı” ilkesine ters düşmeyeceği ifade edilmiştir⁵². Bununla birlikte, verilmiş olan sürenin kısa olması durumunda, borçlunun ifaya zorunlu olmadığı ya kendine uygun zamanda ifa edeceği ya da derhâl karşı çıkması gerektiği, borçlunun sessiz kalması durumunda sürenin uygun olmadığı hususundan yararlanamayacağı da ifade edilmektedir⁵³.

Alacaklı her ne kadar uygun olmayan süreyi verirken, bu süre içinde gerçekleşmeyen ifayı kabul etmeyeceğini beyan etse veya bu süre geçtikten sonra ama

⁴⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 546; Chavanne, **a.g.e.**, s. 69 §186; Daepfen, **a.g.e.**, s. 196; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1659; Eren, **a.g.e.**, N. 3476; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 9.

⁵⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 65, 68; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1749; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13; Eren, **a.g.e.**, N. 3476; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 9; Havutçu, **a.g.e.**, s. 46. BGE 46 II 251. Kanun, beyanın uygun bir süre için hüküm ifade etmesini değil, verilen sürenin uygun olmasını aradığından, bu çözümün kanuna uygun olmadığı, bu nedenle uygun olmayan süre verilmesi halinde alacaklının seçimlik haklarını kullanamayacağı ve eğer seçimlik haklarını kullanmak isterse yeniden, bu kez uygun süre vermesi gerektiği hususunda bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1659.

⁵¹ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 13; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 175, 176.

⁵² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1659, dn. 1936.

⁵³ Comment, **a.g.e.**, s. 66, 68; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1580.

uygun sayılabilecek süre henüz dolmadan önce tazminat talebinde bulunur ya da sözleşmeden dönerse ek süre vermesi geçersiz sayılacaktır⁵⁴. Bunun sonucunda borçlu ifa teklifinde bulunmasa dahi, alacaklı aynen ifadan başka bir talepte bulunamayacaktır⁵⁵. Ek süre verilmesi yenilik doğuran bir hak olmadığından, alacaklı yeniden ek süre verip seçimlik haklarına başvurma imkânına sahiptir⁵⁶.

Alacaklı süre verirken belirsiz bir ifade kullanmış olabilir; örneğin, “uygun bir süre içinde kalan borcunuzu yerine getiriniz” cümlesine yer vermiştir, bu durumda bu beyanı geçersiz saymak mümkün değildir, zira işin niteliğine göre uygun bir süre belirlenebilecektir⁵⁷.

Bazı hallerde, taraflar anlaşarak kısmi temerrüt halinde verilecek ek sürenin ne kadar olacağını kararlaştırabilirler, böyle bir durumda borçlu kararlaştırılan süre ile bağlı olduğundan ek sürenin uygunluğunu araştırmaya gerek bulunmadığı gibi bu hususa ilişkin itiraz da kabul edilmeyecektir⁵⁸. Bunun istisnasını kanunen öngörölmüş asgari süreler oluşturur (TBK m. 260, 288/f.1, 315/f.2, 362/f.2 hükümlerinde olduğu gibi); taraflar sosyal ve ekonomik açıdan sözleşmedeki zayıf tarafı koruyan bu düzenlemelerden ayrı, bir ek süre belirleyemezler. Sözleşmede kararlaştırılan süre, uygun süreden çok daha kısa ise, kararlaştırılmış süre hükümsüz sayılmayacak, söz konusu süre uygun süreye kadar uzatılacak ve böylelikle alacaklı seçimlik haklarını uygun sürenin sonunda kullanabilecektir⁵⁹. Alacaklının sözleşmede kararlaştırılmış olan ek süre geçtikten sonra, fakat uygun ek süre henüz dolmadan borçlunun aynen

⁵⁴ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948.

⁵⁵ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948.

⁵⁶ Ek süre verilmesinin yenilik doğuran bir hak olmadığı hususu hakkında bkz.: Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005, s. 166-170.

⁵⁷ Kısmi temerrüde uyarlayarak verdiğimiz bu örneğin borçlu temerrüdündeki halinde, borcun uygun bir süre içinde yerine getirilmesine yönelik ifadeler kullanılmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948; Aksi görüşte, von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 667; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 495; Eren, **a.g.e.**, N. 3476.

⁵⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

⁵⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 495. Baştuğ, **a.g.e.**, s. 278; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 248. Verilen ek sürenin uygun olmaması halinde bu sürenin hükümsüz sayılacağı ve alacaklının TBK m.125'teki seçimlik haklardan yararlanabilmesi için borçluya yeniden uygun bir ek süre vermesi gerektiği yönünde bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1659; Serozan, **2009**, s. 227.

ifayı teklif etmesi halinde alacaklı bunu reddedemeyecektir ve yine alacaklı uygun süre dolmadan diğer seçimlik haklarından da yararlanamayacaktır⁶⁰.

Ek sürenin belirgin ve açık olması niteliği, borçlunun ne zaman ifada bulunacağını kesin olarak bilmesini ifade eder. Alacaklının beyanında “derhâl”, “vakit geçirmeksizin”, “yakında” veya “uygun bir süre içinde” ifadelerinin yer almasının, verilen ek sürenin belirgin olmadığı için beyanı geçersiz kılacağı düşüncesine⁶¹ katılmıyoruz; çünkü alacaklının uygunluk kriterini karşılamayacak nitelikte kısa süre öngörmesi halinde, objektif olarak uygun bir sürenin kendiliğinden başladığı kabul edilirken, borçlunun ivedilikle ifayı yerine getirmesine yönelik bu ifadelerin kullanılması da objektif olarak uygun bir sürenin başlatılmasını sağlayabilir, kaldı ki aynı zamanda alacaklının bu beyanlarında, çerçevesi dürüstlük kurallarına göre tayin edilebilecek bir süreçte aynen ifayı istediği aşikârdır. Alacaklının borçluya verdiği ek sürenin çok kısa olması halinde, süre hükümsüz olmayıp uygun süreye uyarlanırken, verilen sürenin belirgin olmaması halinde sürenin hükümsüz sayılmasının çelişki yarattığı haklı olarak eleştirilmektedir⁶². Kanımızca, her somut olayın özelliklerine göre uygun süre belirlenmeli ve hem alacaklının vermiş olduğu kısa ek süre hem de muğlak ifadeli ek sürede de bu uygun süre esas alınmalıdır.

Tanınmış olan bu ek süre sona erdikten sonra, borçlunun talebi üzerine bu süre uzatılamaz ya da yeni süre tayin edilemez, süre tayini ve uzatma yetkisi yalnızca alacaklıya aittir⁶³.

Son olarak ifade edilmelidir ki, borçluya edimini ifa etmesi için ek süre verilmesi, borçlunun kısmi temerrüdünü sona erdirmedeğinden ve bu süre boyunca da

⁶⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948.

⁶¹ Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 244; Eren, **a.g.e.**, N. 3476; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 123 N. 9; Yavuz, **Şerh**, s. 772.

⁶² Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 948.

⁶³ Comment, **a.g.e.**, s. 65. Fransız hukukunda, hâkim tarafından verilen sürenin sona ermesinden sonra, hâkimin yeniden süre veremeyeceği ancak alacaklı tarafından süre verilmiş olması durumunda mütemerrit borçluya yeni bir süre verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 421 §49, §50.

borçlunun temerrüt hali devam ettiğinden, bu süreçte borçlunun gecikme tazminatı ödeme yükümlüğü ve beklenmedik hâlden sorumluluğu devam etmektedir⁶⁴.

2.2. Borçluya Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

Borçluya ek süre tanınmasının amacı, borçlunun borcunun bakiye kısma ilişkin aynen ifayı gerçekleştirmesi için son bir şans tanınmasıdır. Aynen ifanın gerçekleşmesinin zorlaştığı durumlarda ek süre verilmesinin anlamı kalmayabileceği düşüncesi ile kanun koyucu TBK m. 124 hükmü ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçluya ek süre verilmesine gerek olmayan durumları düzenlemiştir⁶⁵. Bu hükme göre; borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur. Yararsızlık, kalan borcun bir kısmına ilişkin ise, bu kısmın sözleşmenin esasını oluşturması halinde süre vermeye gerek olmayacaktır; ama, eğer esas kısımda alacaklının menfaati varsa o zaman süre verilmesine gerek bulunmaktadır. Eğer bölünebilir edimler birden fazla ise, alacaklı açısından hangileri hakkında ifanın yararsız olduğunun anlaşılması için süre tanınması kaçınılmazdır⁶⁶. Borçlunun kısmi temerrüdü, alacaklıya hala yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri gereği gibi yerine getirmeyeceğini (ifayı tamamlamayacağını) ciddi olarak düşündürmelidir⁶⁷. Bu ağırlığa sahip olmayan durumlar için bu hüküm uygulanamayacaktır. Taraflar da ek süre verilmesine gerek olmadığını sözleşmede kararlaştırabilirler; bu halde borçlu temerrüde düşer düşmez alacaklı aynen ifayı reddederek tazminat talebinde bulunacak ya da sözleşmeden

⁶⁴ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 620; Demogue, **a.g.e.**, s. 266 §238; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 494; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1654; Eren, **a.g.e.**, N. 3472.

⁶⁵ Borçluya ek süre verilmesine gerek olmayan hallere ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında yalnızca farklılık arz ettiği noktalarda detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir.

⁶⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 89.

⁶⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 546; CR-Thévenoz, Art. 108, N. 4; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1010; Comment, **a.g.e.**, s. 85, 87.

dönecektir⁶⁸. Bu üç halden birinin varlığı yeterlidir, hepsinin bir arada bulunması gerekmez. Bu haller borçludan, alacaklıdan ve sözleşmenin doğasından kaynaklanmaktadır.

TBK m. 124 hükmünün ilk bendinde, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması, ek süre verilmesine gerek olmayan hallerin ilki olarak sayılmıştır. Esasen borçlunun davranışlarından ek süre verilse de borcunun kalan kısmını ifa edemeyeceği veya etmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa süre verilmesinin anlamı kalmayacak ve alacaklının böyle bir beyanda bulunması yararsız olacaktır. Borçlunun kalan edimi ifa etmeyeceğini ve ifa edemeyeceğini açık ve kesin olarak bildirmesi bu duruma verilecek ilk örneklerdir⁶⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mütemerrit borçlunun ifası mümkün olan, bakiye edimi ifa etmeyeceğini ifade etmesidir. Zira imkânsızlıkta temerrüt sona ereceğinden, artık ek süre verilmesinin yararını tartışmaya lüzum yoktur. Başka bir husus ise borçlunun bu beyanda bulunurken ifa edemeyeceğini veya ifa etmeyeceğini, hangi zaman aralığı için öngörmüş olmasıdır. Süre verilmesinin yararsız kalması hususunda sadece tahminde bulunulabilmesi, süre verilmesini ortadan kaldırmaya yeterli olmadığından, alacaklının aynen ifayı elde edemeyeceği hususunda, tahminden öte ağırlıkta bir kesinliğin varlığı gereklidir⁷⁰. Borçlu bu beyanını muacceliyetten önce yapma imkânına sahip olmakla birlikte, bunu muacceliyete kadar geri alabilir, eğer muacceliyete kadar geri almazsa beyanı geçerli olacak, hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁷¹.

Borçlunun ödemelerini tatil etmesi, borçlu aleyhine yürütülen icra takibinin sonuçsuz kalması, borçlunun kalan borcun ifası için hiçbir ön hazırlık yapmamış olması ya da bu süre içinde ifa edemeyecek kadar ifa hazırlıklarına başlamamış olması

⁶⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 949.

⁶⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 546; CR-Thévenoz, Art. 108, N. 4; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1752; Colin, Capitani, **a.g.e.**, s. 114 §153 B; Chavanne, **a.g.e.**, s. 72 §196; Daepfen, **a.g.e.**, s. 195, 197; Birsén, **a.g.e.**, s. 592; Arsebük, **a.g.e.**, s. 827; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 496; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 938, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.257; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1720; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 950; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13; Eren, **a.g.e.**, N. 3479; Havutçu, **a.g.e.**, s. 50.

⁷⁰ Havutçu, **a.g.e.**, s. 51.

⁷¹ Comment, **a.g.e.**, s. 87.

halleri de örnek olarak verilmektedir⁷². Borçlunun kalan borcun ifasını haklı olmayan kayıt ve şartlara tâbi tutması, borcu ifa ettiğini ileri sürmesi veya sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin geçersizlik iddiasında bulunması gibi hallerde de ek süre vermenin yararsız olacağı kabul edilmektedir⁷³. Başka bir ifadeyle, borçlunun bu sübjektif beyanının, borçlunun kalan kısmı ifa etmeyeceği hususunda alacaklıyı mantıken ikna etmiş olması gerekmektedir⁷⁴.

İkinci bentte yer alan durum ise, alacaklı tarafından bir değerlendirme yapılmasını gerektirir⁷⁵. Bu hükme göre; borcun temerrüdü sonucunda borçlunun ifası artık alacaklı için yararsız hale gelmiş ise ek süre verilmesine gerek yoktur. İyiniyet ilkesi bağlamında yapılan değerlendirme kapsamında, ifanın alacaklı için yararsız hale gelmesi, mütemerrit borçlunun kalan edimini kabul etmekte ve karşı edimini ifa etmekte alacaklının hiçbir menfaatinin kalmamasını ifade eder⁷⁶. Başka bir ifadeyle, alacaklının sözleşmenin yerine getirilmesine olan menfaatinin ortadan kalkması bu duruma sebebiyet verir⁷⁷. Burada dikkat edilecek husus, alacaklının sözleşme yapıldığı sırada taşıdığı amaçtır⁷⁸. Alacaklı borçlanılan edimi alışılmış amaç doğrultusunda kullanma niyetini taşıyabileceği gibi özel bir amaç da güdebilir; bu durumda menfaat yokluğu bu amaca göre değerlendirilmelidir⁷⁹. Zamanında yerine getirilmeyen, kalan edimin sadece alacaklı açısından yararsız olması yeterlidir, objektif olarak herkes için

⁷² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 938; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 950; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 382; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 278; Havutçu, **a.g.e.**, s. 50.

⁷³ Kısmi temerrüde uyarlayarak verdiğimiz bu bilgilerin borçlu temerrüdündeki hali için bkz.: Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 752; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 950; Eren, **a.g.e.**, N. 3479.

⁷⁴ Kısmi temerrüde uyarlayarak aktardığımız bu anlayışın borçlu temerrüdündeki hali için bkz.: Comment, **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁵ Bu hususa ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında genel bilgilerin ele alınmasında kısmi temerrüde uyarlama, farklılık arz ettiği noktalarda ise detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir.

⁷⁶ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, s. 622; von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 546; CR-Thévenoz, Art. 108, N. 6; Comment, **a.g.e.**, s. 88; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1010; Havutçu, **a.g.e.**, s. 52.

⁷⁷ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 951; Havutçu, **a.g.e.**, s. 51.

⁷⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 88; Havutçu, **a.g.e.**, s. 51.

⁷⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 498; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 950; Eren, **a.g.e.**, N. 3480; Havutçu, **a.g.e.**, s. 52. Aksi görüşte; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13.

yararsız hale gelmiş olması aranmaz⁸⁰. Alacaklının hiçbir menfaatinin kalmamış olması gerekli olmayıp, alacaklı için önemli derecede yarar kaybının gerçekleşmiş olması yeterlidir⁸¹. Şüphesiz ki, kalan kısmın ifasının alacaklı için yararsız hale gelmesi ile borçlunun kısmi temerrüdü arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir⁸². Aynen ifanın yararsız hale gelmesi başka bir sebebe dayanıyorsa, alacaklı bu durumda ek süre verme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.

Borçlunun ifayı tamamlamada gecikmesi nedeniyle alacaklının söz konusu edimi başkasından tedarik etme mecburiyetinde kalması halinde de kalan kısmın ifasının alacaklı için yararsız hale gelmesi söz konusu olabilecektir⁸³. İnşaat sahibi alacaklının, borçlu tarafından kendisine taahhüt edilen çimentoların tamamı vaktinde teslim edilmediğinden, başka birinden çimentoyu tedarik etmesi ve bu nedenle kalan kısmın ifasının önemini yitirmesi bu duruma örnek olarak verilmektedir⁸⁴. Kısmi temerrüt halinde, geçerli bir kısmi ifanın gerçekleştirilmiş olması, borçlunun ifa zamanından haberdar olduğunun bir kanıtıdır. Bu zamanda ifasının tamamını gerçekleştirmeyen borçlunun, artık alacaklının ikame alım yapması karşısında korunacak bir menfaati kalmadığından, ek süre verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Borçlunun gecikmiş ifanın alacaklı için yararsız hale geleceğini önceden bilmesi veya bilebilecek durumda olmasının gerekliliği, kanun koyucu tarafından öngörülmediği gibi doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre; kanunda ek süre verilmesinin faydasız olacağı hallerin düzenlenmesinde borçlunun anlayabilmesi şart olarak aranmadığı için, temerrüt sonucunda edimin ifasının yararsız hale geleceğinin borçlu tarafından öngörülememesi ve anlaşılamaması hallerinde süre verilmesine

⁸⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 498; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 950; Eren, **a.g.e.**, N. 3480; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 124 N. 3. İsviçre doktrinde aynı durumdaki herkes için yararsızlığın arandığı yönünde bkz.: Comment, **a.g.e.**, s. 88, 89. Comment, sözleşmenin kişiler arası özel olduğu gerekçesi ile bir genelleme yapılmasının gereksiz olduğu gerekçesi ile bu genel kabule katılmamaktadır.

⁸¹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 951; Havutçu, **a.g.e.**, s. 51.

⁸² Comment, **a.g.e.**, s. 88, 90; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 498; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 939; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 951.

⁸³ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 622.

⁸⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 497; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 279.

gerek olmadığı savunulmaktadır⁸⁵. Bu görüş, kısmi temerrüt haline uyarlandığında; kısmi temerrüt sonucunda, kalan edimin ifasının yararsız hale geleceğinin borçlu tarafından öngörülememesi ve anlaşılamaması hallerinde süre verilmesine gerek olmadığı savunulacaktır. Bu doğrultuda, alacaklının gecikmiş kısmi ifanın kendisi için yararsız hale geleceğini borçluya özellikle bildirmiş olmasına da gerek bulunmamaktadır; çünkü kanun koyucu mütemerrit borçlunun korunması amacıyla seçimlik haklara başvurulmadan önce süre verilmesi gerekliliğini düzenlemiştir, edim konusunun yararsız hale gelmesi durumunda alacaklının aciliyet ve önem taşıyan menfaati karşısında bu yükümlülük ortadan kalkmalıdır⁸⁶. Alacaklının geç ifanın kendisi açısından yararsız olacağını borçluya bildirmemesinin, tazminat tutarının belirlenmesinde bir indirim sebebi olabileceği ifade edilmektedir⁸⁷. Katıldığımız diğer bir görüşe göre, ek süre verilmesinin gereksiz olduğu hallerden birinin varlığını kabul edebilmek için, gecikmiş ifanın alacaklı için yararsız olacağı açık olmalı ve borçlu tarafından önceden bilinmelidir⁸⁸. Zira zaten ek süre verilmesinin amacı, aynen ifa hazırlığında olan borçlunun, aniden alacaklının seçimlik hakları doğrultusunda ağır bir sonuçla karşılaşmasının engellenmesidir. Bu görüşe göre; ek süre tayinine gerek olmaması için borçlunun kısmen geç ifada bulunmasının, alacaklı açısından yararsız kalacağını öngörülmüş olması lazımdır. Aksi durum, ek süre verilmesinin borçluyu koruma amacıyla getirilmiş olmasına ters düşer. Borçlu, sözleşme yapılırken alacaklının taşıdığı afaki amacı bilemeyeceği ve böyle bir durumda ek süre verilmesinin faydasız kalacağı sonucuna varamayacağı düşüncesi, bu görüşün çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu düşünce özellikle, alacaklının sözleşmede alışılmış olan dışında özel bir amaç taşıdığı hallerde daha net olarak anlaşılabilir⁸⁹. Şöyle ki, borçlu eğer bu özel amacı bilmiyor veya öngöremiyor ise, gecikmiş bakiye ifanın alacaklı

⁸⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 939; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1724, Eren, **a.g.e.**, N. 3480; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 124 N. 3; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 151; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 108, N. 4; Max Keller, Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Aufl., Basel und Frankfurt, 1988, s. 273 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 52 dn. 151'den naklen).

⁸⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 939; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 151 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 200 dn. 166'dan naklen). Karş. Eren, **a.g.e.**, N. 3480.

⁸⁷ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 151 dn. 63 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 200 dn. 167'den naklen).

⁸⁸ CR-Thévenoz, Art. 108, N. 8; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 499; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1725.

⁸⁹ CR-Thévenoz, Art. 108, N. 8; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1725.

açısından yararsız olacağını belirleyebilecek durumda olmadığından ve borçlunun korunması esas olduğundan ek süre verilmesine gerek olacaktır. Örneğin; alacaklı, borçludan bir beyaz elbise, beyaz eldivenler ve beyaz ayakkabı satın almıştır, ancak borçlu anlaştıkları tarihte sadece beyaz eldivenleri ve ayakkabıları teslim etmiştir. Kural olarak, borçlunun kısmi temerrüdü gerçekleştikten sonra, ancak ek süre verilmesi halinde alacaklı seçimlik haklarına başvurabilecektir; eğer alacaklı bu sözleşmeyi, satışa konu malları kendi nikâhında giymesi için yapmış olduğunu borçluya bildirmiş ise ya da borçlu bunu biliyorsa artık ek süre verilmesine gerek olmaksızın alacaklı seçimlik haklarını kullanabilecektir; çünkü borçlunun kısmi temerrüdü sonucunda borcun kalanının ifası alacaklı için yararsız kalmıştır. Bu nedenle, edimin niteliğinden anlaşılamaması halinde, sözleşmenin akdedilme aşamasında alacaklının borçluya gecikmiş ifanın kendisi için yararsız kalacağını açıkça ifade etmiş olması beklenmektedir⁹⁰. Bu görüş, kabulünün halinde TBK m. 124/f.3 hükmünün uygulama alanının kalmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir, bu eleştiriyi yapan yazarlara göre, temerrütten sonra edimin ifasının alacaklı için yararsız hale geleceğinin borçlu tarafından önceden bilinmesine gerek yoktur⁹¹.

Diğer bir görüş ise, kanunda bu hususta bir çözüm düzenlenmediğinden ortada hâkim tarafından doldurulması gereken bir boşluk olduğunu kabul eder⁹². Bu görüş uyarınca, taraf menfaatlerinden hangisinin üstün tutulacağı, borçlunun temerrüde düşmesindeki kusur derecesine göre belirlenmelidir. Bu doğrultuda, borçlu kastı veya ağır ihmali nedeniyle temerrüde düşmüşse, geciken ifanın alacaklı için yararsız olacağını önceden bilmesi veya bilebilecek durumda olmasa bile kendisine ek süre verilmesi gerekmez. Eğer borçlunun temerrüde düşmede hafif kusuru varsa borçlunun, temerrüdün sonucunda alacaklı açısından borcun ifasının yararsız kalacağını bilmemesi veya öngörememesi halinde ek süre verilecektir. Bu görüşün savunulması, niteliği uygun olduğundan kısmi temerrüt halinde de mümkündür. Bu durumda, tespit

⁹⁰ Becker, **a.g.e.**, Art. 108, N. 9 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 200 dn. 163'ten naklen).

⁹¹ von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, s. 622; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 499; Eren, **a.g.e.**, N. 3480.

⁹² Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 952.

yapılırken esas alınacak olan, gecikmiş bakiye ifanın alacaklı için yarar taşıyıp taşımadığıdır.

Borçlu, ifa zamanında borcunun tamamını yerine getirmek için her şeyi yapmakla yükümlüdür ve borca aykırı davranarak sebep olduğu kısmi temerrüdün tüm sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bir defa bakiye kısmın ifası alacaklı için yararsız hale geldiğinde, artık her durumda alacaklı ek süre belirlemekten muaf olmalıdır. Bunun istisnasını, alacaklının kötüniyetli olması oluşturur; buna bir örnek, alacaklının kalan kısmın ifasını yararsız hale getirmek için sözleşmenin amacını sonradan değiştirmiş olması verilebilir⁹³.

Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi durumunda, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa da borçluya ek süre verilmesine gerek olmamaktadır. TBK m. 124/f.3 düzenlemesinde yer alan bu son hal, tarafların borcun muacceliyeti için kesin vade kararlaştırmış olduğu durumlara ilişkindir. Taraflar kesin vade belirleyerek, ifa zamanını kesin olarak belirlediğinden ve taraf iradelerinden açıkça veya örtülü olarak belirlenmiş tarihte veya sürede gerçekleşmeyen ifanın bundan böyle kabul edilmeyeceği anlaşılmak suretiyle sonraki ifanın peşinen önlendiği görülmektedir⁹⁴⁹⁵.

⁹³ Comment, **a.g.e.**, s. 90.

⁹⁴ **CR-Thévenoz**, Art. 108, N. 9; Comment, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1754; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 550; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 639; Önen, **a.g.e.**, s. 57; Seliçi, **Kesin Vadeli İşlemler**, s. 92; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 13; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 248; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 953; Eren, **a.g.e.**, N. 3481; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 124 N. 4; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1581.

⁹⁵ Thévenoz, İsviçre hukuk doktrinde, kesin vadenin sadece muacceliyet ile değil, ifa edilebilirlik ile ilgili olduğu ve borçlunun artık bu tarihten sonra alacaklının rızası olmadan ifa edemeyeceği düşüncesine karşı çıkmaktadır. Zira, İsviçre hukukunda alacaklı edimden vazgeçtiğini veya sözleşmeden döndüğünü beyan edene kadar borçlunun ifada bulunması mümkündür. Kesin vadenin varlığı, kendiliğinden borçlunun ifa etmesini yasaklamaz, alacaklıya anında ifayı reddetme imkânı tanıyan yenilik doğuran hak verir. Belirlenmiş tarihin geçmesi yetmez, alacaklının açık bir beyanı ya da kesin eylemi gerekir. Kanun koyucu bu kuralı ticari satışlar için uygulamaz, vade sona erdiğinde alacaklı teslimden vazgeçer ve olumlu zararın tazminini talep eder. **CR-Thévenoz**, Art. 108, N. 13. Yazar, aynı zamanda, Alman ekolünün etkisinde kalarak vade kavramının ikili ayırımı sonucunda yapılan hukuki yorumu da eleştirmektedir. Eleştirdiği görüşe göre, mutlak kesin vadenin olduğu durumda, alacaklının seçimi nedeniyle değil, imkânsızlık sebebiyle temerrüt konusu borç ortadan kalkacaktır. Bu husus, Alman hukuku için gereklidir; çünkü orada temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hali borçlunun kusurunu gerektirmekteydi, ancak 2001 reformuyla bu zorunluluk ortadan kalkmıştır. Buna karşılık, İsviçre hukuk sistemine karşı ve yararsızdır, burada ne temerrüt için ne de alacaklının aynen ifayı

Bu bağlamda, sözleşmede ifanın gecikme süresi boyunca işlemesi öngörülen bir cezaî şartın kararlaştırılmış olması, tarafların kesin vade belirlemedikleri anlamına gelir⁹⁶. Kesin vade, kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde, borçlunun ifasını tamamlamasına ilişkin olduğundan, kısmi ifanın ne zaman gerçekleştiği önem taşımaktadır. Belirlenmiş tarihte kısmi ifanın gerçekleşmesi durumunda artık bu tarihten sonra ifanın tamamlanması imkânı kalmadığından; diğer olasılıkta ise kısmi ifanın, kararlaştırılmış süreç içinde gerçekleşmiş olması durumunda, süre bitimine kadar bakiye ifanın tamamlanması beklenerek, o süreç sona erdiğinde bakiye kısmın ifası gerçekleştirilmemiş ise, TBK m. 124/f.3 hükmü kısmi temerrüt halinde de uygulama alanı bulacaktır. İfa zamanından sonra edimin yalnızca borçlu tarafından ifa edilebilirliği ortadan kalktığından ve edimin alacaklı tarafından talep edilebilirliği ifanın gecikmesinden etkilenmediğinden alacaklının kendisine tanınmış olan seçimlik haklara başvurması imkânı devam edecektir⁹⁷. Böylelikle alacaklı, borçluya ek süre vermeye gerek kalmaksızın seçimlik haklara başvurabilecektir. Alacaklının, her ne kadar ek süre veremeyecek olsa da seçimlik hakka başvuracağını hemen borçluya bildirme yükümlülüğü devam etmektedir⁹⁸⁹⁹. Kanımızca, ek süre vermesine gerek olmaksızın seçimlik haklarına başvurma imkânına ilişkin istisna, alacaklının menfaatini daha çabuk elde edebilmesi için, onun lehine öngörülmüştür. Borçlu, zaten borcunun tamamını zamanında ifa etmeyerek, alacaklının ifaya olan menfaatini zedelemiştir. Tespit edilecek çözümün, sözleşmesel menfaat dengesini koruyacak nitelikte olacağına şüphe yoktur. Bu doğrultuda, zaten alacaklının seçimlik hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uyacağı aşîkârdır. Kendisinin hemen beyanda bulunmaya zorlanması beklenemez. Aksini kabul, TBK m. 124 hükmünün getiriliş

reddetmesi için borçlunun kusuru gereklidir, hatta borçlu kusurlu olmasa dahi sözleşmeden dönülebilir. **CR-Thévenoz**, Art. 108, N. 14.

⁹⁶ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178, not 23.

⁹⁷ Eren, **a.g.e.**, N. 3481; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 124 N. 5; Havutçu, **a.g.e.**, s. 56; Ateş, **a.g.e.**, s. 68. Alacaklının açık veya örtülü olarak aynen ifa yerine tazminat ya da sözleşmeden dönme hakkını kullandığına ilişkin beyanda bulunmadığı durumda, borçlunun edimin ifasını gerçekleştirme imkânının olduğu yönünde bkz.: **CR-Thévenoz**, Art. 108, N. 13.

⁹⁸ Seliçi, **Kesin Vadeli İşlemler**, s. 92 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1733; Eren, **a.g.e.**, N. 3481; Öz, **a.g.e.**, s. 177, 178.

⁹⁹ Bu yükümlülüğüne aykırı davranarak borçluya hemen bildirimde bulunmazsa ne olacağına ilişkin olarak bkz.: aş. 277.

amacına ters düşer. Bu hallerde, ifa artık beklenemez, anlamsız veya yararsız olduğundan, zaten ifanın istenmeyeceği açıkça anlaşılmaktadır. Borçlunun, herhangi bir kafa karışıklığı yaşamaması söz konusu olamaz. Aynı zamanda, sözleşmeyi ihlâl eden borçlunun bunun sonuçlarına katlanması gerektiğinden fazladan bir korunmaya da ihtiyacı bulunmamaktadır.

Belirli vadeli sözleşmelerde ifa zamanı belirli olmasına karşın, taraflar ifa zamanından sonra edimin ifasının kabul edilmeyeceğini peşinen kabul etmemektedir. Bu nedenle, ihtara gerek olmamasına karşılık borçluya ek süre verilerek ifa için son bir şans tanınmalıdır¹⁰⁰. Buna, kısmi temerrüt halinde gerek yoktur; çünkü zaten belirli vade tarihinde, borçlu aynen ifasını kısmen yerine getirmiştir, geri kalan kısmın ifasını gerçekleştirebilmesi için ayrıca korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır. Oysa kesin vadeli sözleşmelerde borçlunun kısmi temerrüdü sonuçlarından yararlanmak için ne ihtara ne de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa için ek süre vermeye gerek vardır. Bu doğrultuda da alacaklının edimin aynen ifasından vazgeçtiğini hemen bildirmesine gerek yoktur. Alacaklının seçimlik haklarını kullanırken TMK m. 2 hükmü gereği dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorunda olması, borçlunun menfaatini korumaya yeterli olacaktır.

Kesin vade geçmesine ve ifa gerçekleşmemiş olmasına rağmen, alacaklı hemen harekete geçmezse, ifa için yeni bir süre verirse, ifayı kabul ettiğini açıklarsa sadece kesin vadeli sözleşme özelliğini yitirir, yeni bir sözleşme haline gelmez.

TBK m. 124 hükmünde sayılan ek süre verilmesine gerek olmayan hallerden birinin varlığı halinde, alacaklının ek süre tanınması için herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda borçluya ek süre vermesinin, TBK m. 124 hükmü ile tanınmış hakkından vazgeçmiş olduğunun kabulü sonucunda, alacaklı seçimlik haklarını kullanabilmesi için bu sürenin sona ermesini beklemek zorundadır¹⁰¹.

¹⁰⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1729; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 383; Eren, **a.g.e.**, N. 3481; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 124 N. 5; Ateş, **a.g.e.**, s. 69; k.g. Comment, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁰¹ **CR-Thévenoz**, Art. 108, N. 2; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 938.

Ek süre verilmesine gerek olmayan bir durumun varlığını, TMK m. 6 gereğince, alacaklı ispat etmelidir¹⁰².

Sonuç olarak, ek süre verilmesine gerek olmayan tüm bu hallerde alacaklı doğrudan seçimlik haklarını kullanabilir. Borçluya ek süre verilmesi gereken hallerde ise, borçlu verilen ek süre içinde iki şekilde hareket edebilir. İlk olarak borçlu, taahhüt ettiği ediminin kalan kısmını ifa eder ve bu durumda kısmi temerrüt hali sona ereceğinden alacaklı artık TBK m. 125 hükmünde yer alan aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep veya sözleşmeden dönme ve olumsuz zararının tazminini talep haklarından yararlanamaz. Diğer varsayımda, borçlu ek süre sona ermesine rağmen, kalan edimini ifa etmeyebilir. Bu halde alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilir, aynen ifadan vazgeçerek TBK m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklarına başvurur ve sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek sözleşmenin geçerli olmasına duyduğu güvenin ihlâlinden dolayı uğramış olduğu zararın giderilmesini talep edebilir.

3. Ek Süre İçinde Bakiye Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları

3.1. Ek Süre İçinde Bakiye Borcun İfa Edilmemesi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun kısmi temerrüdünün gerçekleşmesi halinde, alacaklının kanun tarafından öngörülmüş olan seçimlik haklarına başvurabilmesi için borçluya vermiş olduğu ek sürenin bitimine kadar borçlunun kalan ifayı gerçekleştirmemiş olması gerekmektedir¹⁰³. Ek süre içinde borçlu, alacaklıya edimi ifa ettiği takdirde alacaklının bunu kabul etmesi zorunludur; aksi halde, alacaklı temerrüde düşer. Şüphesiz ki, edim alacaklıya gereği gibi ifa edilmelidir; alacaklıya sunulan edim, borçlanılan kalan edimin niteliklerine uygun değilse alacaklı bunu kabule zorunlu değildir. Bu durumda borçlu ek sürenin bitimine kadar, kalan edimi gereği gibi ifa etmelidir, eğer kalan süre açısından bunun mümkün

¹⁰² CR-Thévenoz, Art. 108, N. 1.

¹⁰³ Verilmiş olan ek süre sona ermeden borçlunun ediminin ifasını tamamlama imkânı bulunduğu için, bu süreçte meydana gelen zararların olumlu zarar kapsamında talep edilememesi hususunda bkz.: BGE 45 II 283.

olmadığı açıkça anlaşılacak ise borçlu alacaklının seçimlik haklarını kullanmasına engel olamayacaktır¹⁰⁴.

Ek süre içinde ifa edilmeme hususu açısından, edim fiilinin mi edim sonucunun mu anlaşılacağı önem taşımaktadır; çünkü ifa için edim fiilinin mi edim sonucunun mu arandığının tespiti, geçerli bir kısmi ifanın varlığının belirlenmesinde rol oynar. Edim fiili aranıyorsa borçlunun özenli ama kısmi edim fiilinde bulunması kısmi ifa için yeterli ve geçerli olacaktır. Eğer edim sonucu aranıyorsa, alacaklının menfaatinin kısmen gerçekleşmiş olması halinde kısmi ifa söz konusu olacaktır. Borçlunun edim fiilinin tamamını ya da bir kısmını yerine getirmesi bir farklılık yaratmayacaktır. Bu durumda dikkat edilecek nokta, alacaklının ifaya olan menfaatinin tamamının değil, bir kısmının gerçekleşmiş olmasıdır.

Bunun için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılır, buna ilişkin bir hüküm varsa bu uygulanır. Eğer taraflar bu hususta anlaşmamışlar ise, genel kural, edim fiilinin ifa edilmemede esas alınacağıdır¹⁰⁵. Bu durum para borçlarında ve mesafeli satışlarda özellikle önemlidir; kalan paranın veya gönderilecek malın ek süre içinde gönderilmesi, ifanın ek süre içinde gerçekleştirilmiş sayılması için yeterlidir; edim sonucunun daha sonra gerçekleşecek olmasının yani paranın veya malın alacaklının eline daha sonra geçecek olmasının bu hususta önemi yoktur¹⁰⁶.

Takvime göre belirli veya belirlenebilir bir gün olarak kararlaştırılmış olan ek sürenin son gününde çalışma saatinin bitimine kadar, borçlunun edimi ifa etmesi

¹⁰⁴ Volker Emmerich, **Münchener Kommentar zum BGB, Band. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, §§ 241-432, München, 1985, §326, N. 57; Julius von Staudinger, **Julius von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Kommentar Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 12. Aufl, §§ 255-327, Berlin, 1979, (Staudinger, Otto), §326, N. 108 vd. (Havutçu, **a.g.e.**, s. 58 dn. 176'dan naklen).

¹⁰⁵ Emmerich, **a.g.e.**, §326, N. 52; Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 3. Aufl., München, 1991, s. 202; Volker Emmerich, **Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts**, München, 1974, s. 400; Staudinger, Otto, **a.g.e.**, § 326, N. 105a; Walter Erman, **BGB Handkommentar**, I. Band, §§ 1-853, 8. Auflage, Münster, 1989, § 326 N. 29; Franz Wieacker, **Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für NIPPERDEY zum 70. Geburtstag**, Band I, Berlin, 1965, s. 797, 798; Esser, **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil**, Karlsruhe, 1970, s. 350 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 57 dn. 173'ten naklen).

¹⁰⁶ Emmerich, **Münchener Kommentar**, §326, N. 52; Emmerich, **Leistungsstörungen**, s. 202; Staudinger, Otto, **a.g.e.**, § 326, N. 105a; Frank Peters, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Vezug beim gegenseitigen Vertrag, NJW**, 1979, s. 689 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 57 dn. 175'ten naklen).

mümkündür (TBK m. 94). Alışılmış iş saatinin dışında edimin ifasını alacaklı kabule mecbur olmadığından, çalışma saati sona erdikten birkaç saat sonra ifa gerçekleşse dahi bunu reddedebilir, borçlunun bunu engel olması söz konusu olamaz, borçlu bu durumda edimini süresi içinde ifa etmemiş kabul edildiğinden, borçlunun ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşmez.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, mütemerrit borçlu kendisine verilmiş ek süre içinde kalan borcunu ifa etmezse, alacaklı TBK m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklarından birini kullanabilir. Bu seçenekler; aynen ifada ısrar etme ve gecikme tazminatı talep etme, aynen ifayı reddederek borcun ifa edilmemesinden doğan olumlu zararının tazminini talep etme ve aynen ifayı reddederek sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazminini talep etmedir. TBK m. 125/f.2 uyarınca alacaklının aynen ifayı istemediği her iki seçenekte de verilmiş olan süre sona erer ermez, “hemen” yani vakit geçirmeden, artık aynen ifayı kabul etmeyeceğini borçluya bildirmesi gerekir.

3.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etme Hakkı

Alacaklının aynen ifa ile gecikme tazminatı talep etme hakkı, borçlunun kısmi temerrüdünün genel sonuçlarından olduğu¹⁰⁷ ve daha önce açıklandığı¹⁰⁸ için burada yalnızca özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır¹⁰⁹. TBK m. 124 hükmünde aynen ifa talebine yer verilmesinin sebebi, her ne kadar borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından olsa da ek süre verilmesi durumunda da geçerli olduğunun vurgulanmak istenmesidir¹¹⁰. Alacaklının edimi bölünebilir nitelikte ise, ifasını kabul ettiği kısma

¹⁰⁷ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 26; Comment, **a.g.e.**, s. 98; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 501; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 944; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1676.

¹⁰⁸ Bkz.: yuk. s. 158 vd., 163 vd.

¹⁰⁹ Bu hususa ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında genel bilgilerin ele alınmasında kısmi temerrüde uyarılama, farklılık arz ettiği noktalarda ise detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir.

¹¹⁰ Robert Blass, “Zum Wahlrecht nach OR. Art. 107”, **SJZ**, 1917/1918, s. 81 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 59 dn. 178’den naklen).

karşılık olacak oranda kendi edimini ifa etmekle yükümlü olacaktır. İfa edilmeyen kısım için aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır¹¹¹.

Alacaklının, her zaman, ifa davası açarak veya cebri icraya başvurarak, kalan borcun aynen ifasını ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür. Bu imkânın temelinde, borçlunun kısmi temerrüde düşmesinin ve borçluya ek süre verilmesinin, sözleşmenin varlığını ve geçerliliğini etkilememesi bulunmaktadır¹¹². Borçluya ek süre vermesine gerek olmaksızın her zaman alacaklı aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Borçluya ek süre verilmesi alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz¹¹³. Borçlunun kusuru, alacaklının aynen ifayı talep etmesi bakımından önem taşımazken; gecikmeden doğan zararının tazmini için önem taşır. Borçlunun kısmi temerrüde düşmekte kusurlu olması, alacaklının borçludan gecikmeden doğan zararının tazminini talep edebilmesi için şarttır¹¹⁴. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede, kısmi temerrüde konu borç, para borcu ise aynen ifa talebinde bulunan alacaklı borçluya ek süre vermiş olsa bile kısmi temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçlarına başvurabilir.

Alacaklının kendisine tanınan ve her zaman başvurabileceği seçimlik haklarını kullanmaması halinde, sözleşmenin yerine getirilmesi ve gecikme tazminatını istediği yönünde bir karinenin varlığı kabul edilir¹¹⁵. Bu nedenle borçluya verilmiş olan ek sürenin sonunda aynen ifa talebinde bulunmak isteyen alacaklının, kural olarak diğer iki seçimlik hakkı kullanmayacağını borçluya bildirme zorunluluğu

¹¹¹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 971.

¹¹² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 501; Eren, **a.g.e.**, N. 3487; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 3; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 280.

¹¹³ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 3; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 722; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 384. Alman hukukunda ek süre verilmesi temerrüt ihtarını ve ifadan vazgeçme uyarısını içerdiği kabul edilir. Bkz.: Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler”, **İÜHF**, C. LVIII, S.1-2, 2000, s. 243. Alacaklı, Alman hukukunda, borçluya ek süre tayin etmekle aynen ifaya başvurma hakkını kaybetmektedir. Bkz.: Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 943; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

¹¹⁴ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 961; Devlev W Belling, Herdem Belen, “Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 4, S. 46, İstanbul, Legal, 2006, s. 3034.

¹¹⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 943; Eren, **a.g.e.**, N. 3487; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 4; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 280.

bulunmamaktadır¹¹⁶. Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunmak istemiyorsa bunu hemen borçluya bildirmelidir, bunu bildirmediği takdirde aynen ifada ısrar ettiği kabul edilen alacaklının borçluya yeniden ek süre vererek diğer seçimlik haklara başvurması mümkündür¹¹⁷.

Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunduktan sonra da borçlu ile aralarındaki borç ilişkisi devam eder, dolayısıyla alacaklının taahhüt etmiş olduğu karşı edim yükümlülüğü aynen devam etmektedir. Alacaklının karşı edimi para borcu ise, gecikme tazminatı alacağı ile kendi borcunu takas edebilir ve borcunun sona ermesini bu yolla sağlayabilir¹¹⁸. Eğer aynen ifa mümkün değil ise verme borcu söz konusu ise, doğrudan tazminat talebine döner¹¹⁹.

3.3. Aynen İfadan Vazgeçme Beyanı

3.3.1. Genel Olarak

Verilmiş sürenin bakiye kısmın aynen ifası gerçekleşmeden sona ermesi durumunda, alacaklının sessiz kalması başka bir ifadeyle hangi seçimlik hakkına başvuracağını vakit geçirmeden borçluya bildirmemiş olması, onun aynen ifayı

¹¹⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 961. Bu kuralın istisnasını, taşınır satışlarında satıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 212 hükmü oluşturmaktadır. Alıcı (alacaklı) aynen ifayı talep ediyorsa bunu sürenin bitiminde derhâl satıcıya (borçluya) bildirmelidir. *“Hukuk Öğretisindeki yerleşmiş görüşe göre: Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa halinde) alacaklı, BK’nun madde 106/II deki hakkını “her zaman” kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle, alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı (Kural olarak 10 sene) süresi içinde isteyebilir... Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği (birinci seçimlik hak) yolunda “bir karinenin varlığı kabul edilir... Bu karine, yasa koyucunun alacaklının borcun ifasını ve gecikme sebebiyle zarar ve ziyanını “her zaman” isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur.”*, Yargıtay HGK., 22.05.2013 tarihli, E. 2012/15-1493, K. 2013/731 sayılı kararı, **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

¹¹⁷ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 5. *“Somut olaya gelince; iş sahibince, 29.06.2008 tarihinde kesin vadenin dolmasıyla yüklenici temerrüdü gerçekleşmesine karşın seçimlik hak, ifayı beklemek şeklinde olmuş, böylece sözleşme kesin vadeli olmaktan çıkmıştır. O halde, fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesi zorunlu halde gelmiştir. Süre verilmeden 16.01.2009 tarihinde yapılan fesih yukarıda belirtilen ilkelere uygun değildir, bu bakımdan eser sahibinin sözleşmeyi fesihte haklı olduğu kabul edilemez.”*, Yargıtay HGK., 15.01.2014 tarihli, E. 2013/15-1947, K. 2014/13 sayılı kararı, **(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)**.

¹¹⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 961.

¹¹⁹ Comment, **a.g.e.**, s. 99.

istemekte ısrar ettiğine kesin bir karine teşkil eder¹²⁰. Alacaklıya ek süre tanıma zorunluluğunun getirilmiş olması gibi, alacaklının hangi seçeneği tercih edeceği hususunu borçluya bildirmesini ifade eden bu husus da borçlu lehinedir. TBK m. 125 hükmünün eleştirilmesinin sebebi, alacaklının hemen beyanda bulunacağını bilmiyorsa diğer seçimlik haklardan vazgeçmiş sayılmasının makul olmayacağıdır¹²¹. Ancak bu eleştiriyi bir ölçüye kadar kabul etmek mümkündür, zira alacaklı bu durumu öğrenir öğrenmez borçluya yeniden ek süre vererek, ek süre bitiminde aynen ifadan vazgeçip seçimlik haklarını kullanacağını bildirebilecektir¹²².

Alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirmesi gerekliliğinin bu hükümle düzenlenmesi, her ne kadar borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından biri olsa da ek süre verilmesi halinde de bu talep hakkına sahip olduğunu ifade etme amacını taşır¹²³.

Belirtilmesi gereken başka bir husus da her ne kadar zorunlu olmasa da, alacaklının ek süre verirken, edimin ifa edilmemiş kısmının bu süre bittikten sonra ifa edilmesi halinde kabul edilmeyeceğini borçluya bildirmiş olması durumunda, süre içinde bakiye edimin ifası gerçekleşmediği takdirde aynen ifa talebinin de ortadan kalkacağıdır. Artık süre bitiminde, borçlu temerrüdündeki anlayışın kısmi temerrüde uygulanması doğrultusunda, alacaklı doğrudan seçimlik haklarını kullanacaktır¹²⁴.

Bakiye borcun ek süre içinde ifa edilmemesi üzerine alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmesi, borçlunun halen devam eden aynen ifa yükümlülüğünü sona erdirici etkiye sahip, yenilik doğurucu bir hukuki işlem

¹²⁰ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 17; Guhl, **a.g.e.**, s. 172; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1764; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 955; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 4; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60, 62 vd.

¹²¹ Paul Lemp, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Diss., Bern, 1939, s. 34; Roger Secretan, Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure, **JdT**, 1947, I, s. 34 (Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 955 dn. 27'den naklen).

¹²² Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 956; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 386; Havutçu, **a.g.e.**, s. 62; Yargıtay 13. HD., 22.10.1981 tarihli, E. 1981/5738, K. 1981/6690 sayılı kararı (**YKD.**, 1982, S. 2, s. 220 vd.).

¹²³ Felix R. Ehrat, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 109 OR**, Diss. Zürich, 1990, s. 96; Peter Gauch, Walter R. Schluep, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II**, 9. Aufl., Zürich 2008, N. 3020, 3023, 3044 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 59 dn. 178'den naklen).

¹²⁴ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 19; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 7; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

niteliğinde, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bir beyan ile gerçekleşir¹²⁵. Aynen ifadan vazgeçme hakkını kullanan alacaklı, bir hak üzerinde tasarrufta bulunduğu için fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olmalıdır¹²⁶.

Alacaklı vazgeçme iradesini ya açıkça aynen ifayı istemediğini ya da ek seçimlik haklarından birini kullanacağını ifade ederek beyanda bulunabilir¹²⁷. Vazgeçme beyanı geçerlilik şekline bağlı değildir¹²⁸. Tarafları tacir olan sözleşmede kısmi temerrüt halinde alacaklının yapmış olacağı vazgeçme beyanının TTK m. 18/f.3 hükmüne uygun olarak gerçekleştirilmesi, ispat şekli olması açısından değerlendirilmelidir.

Borçlunun, alacaklının hemen vazgeçme beyanında bulunmadığı için olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazminini talep hakkının bulunmadığını ileri sürmesi halinde kendisinin de aynen ifaya hazır olması gereklidir. Bakiye borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmeye devam eden borçlu, aynen ifadan vazgeçme beyanının kendisine hemen yapılmadığı yönünde savunma yapamaz¹²⁹.

Vazgeçme beyanı, borçlunun hâkimiyet alanına girdikten sonra istenilen hukuki sonucu doğurur ve alacaklı, karşı tarafın rızası olmaksızın bunu geri alamaz¹³⁰. Alacaklının bakiye karşı edimin aynen ifasına olan talep hakkını yitirdiği madalyonun diğer yüzünde, borçlunun taahhüt etmiş olduğu bakiye asli edimi ifa yükümlülüğünden kurtulması yer alır¹³¹.

¹²⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 548; Comment, **a.g.e.**, s. 80; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1762; Chavanne, **a.g.e.**, s. 76 §216; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 943; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1408; Eren, **a.g.e.**, N. 3490; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 7.

¹²⁶ Eren, **a.g.e.**, N. 3490; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60, 61.

¹²⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 549; Havutçu, **a.g.e.**, s. 63..

¹²⁸ **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 19; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 107, N. 86 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 207 dn. 207'den naklen).

¹²⁹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 956.

¹³⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 80; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 7.

¹³¹ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 154; Bucher, **a.g.e.**, s. 372 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 61 dn. 186'dan naklen). Borçlunun borca aykırı davranışı devam ettiği için alacaklının kendi karşı edimini ifadan kaçınma

Alacaklının aynen ifade ısrar etmesi, diğer seçimlik haklarına başvurma imkânını her durumda kesin olarak ortadan kaldırmamaktadır. Alacaklı aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunmadığı durumda, yeniden süre verip yeni süre sonunda hemen olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilir¹³². Eğer alacaklı seçimlik haklarından birini kullanırsa, yenilik doğuran hak niteliklerinden dolayı artık bunu geri alamayacağı gibi bir daha aynen ifayı talep etme imkânı ortadan kalkar.

Alacaklının borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini “hemen” bildirmesi, tarafların menfaat dengesi gözetilerek, somut olayın özelliklerine ve dürüstlük kuralına göre belirlenecektir¹³³. İşin niteliğinin gözetilerek uygunluk niteliğinin belirlenecek olması, kısa sürede gerçekleştirilmiş her vazgeçme beyanının yapılmamış sayılması riskini ortadan kaldıracaktır¹³⁴. Sürenin belirlenmesinde dikkate alınan husus, alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapması imkânını sağlamamaktır¹³⁵. Bunun aksine olanak tanıyan bir zaman dilimi sonucunda gerçekleştirilen vazgeçme beyanı uygun zamanda yapılmamış kabul edilecektir¹³⁶. Süre verilmesine gerek olmayan bir halin varlığı halinde, vazgeçme beyanının hemen yapılması gerekliliğinin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Süre verilmesi gerekliliğini ortadan kaldıran, aciliyet barındıran bu durumda vazgeçme beyanının yapılmasına gerek bulunmadığı savunulan görüşlerden biridir¹³⁷. Diğer bir görüşe göre, süre verilmesine

hakkı bulunduğu ve borçlunun aynen ifa yükümlülüğünün vazgeçme beyanıyla ortadan kaldırılmasının buna olan etkisi hususunda bkz.: Ateş, **a.g.e.**, s. 201.

¹³² Comment, **a.g.e.**, s.78; Tercier, **a.g.e.**, §1200; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1764; Daepfen, **a.g.e.**, s. 196, 198. Yargıtay HGK., 27.03.1963 tarihli, 4/3-39 sayılı kararı (Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 955 dn. 31’den naklen).

¹³³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 549; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 17; Comment, **a.g.e.**, s. 78; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1762; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 8.

¹³⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 944.

¹³⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 549. Bazı yazarlar Kanunda yer alan “hemen” ifadesinin bu anlama geldiğini ifade etmektedir. Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 107, N. 32 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 214 dn. 245’ten naklen)

¹³⁶ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 18.

¹³⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 64, 65.

gerek olmayan durumda bile, alacaklı vazgeçme beyanını hemen gerçekleştirmelidir¹³⁸. Başka bir görüş uyarınca, süre verilmesine gerek olmayan halin varlığının, vazgeçme beyanının hemen yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırdığı ifade edilir¹³⁹. Süre verilmesine gerek olmayan bir halin mevcudiyetinin vazgeçme beyanının hemen yapılmasına etkisini farklı bir yaklaşımla ele alan görüşe göre, doğası gereği alacaklının sözleşmeden dönme hakkını tercih ettiği kabul edilebilecek olduğu için alacaklının iradesinin bu sonuca yönelik olduğu durumda ayrıca beyanda bulunmasına gerek yoktur. Ancak ifa yerine tazminat talep hakkını kullanmak istiyor ise hemen vazgeçme beyanında bulunmalıdır¹⁴⁰. Alacaklının vazgeçme beyanını hemen yapmaması durumunda, iradesinin aynen ifayı ve gecikme tazminatı istemesine yönelik olduğu kabul edilir ve temerrüdün devam ettiği süre boyunca alacaklı yeniden süre verip süre sonunda ya da süre verilmesine gerek olmayan bir halin varlığı halinde hemen vazgeçme beyanında bulunabilir ve ardından seçimlik haklarını kullanabilir.

Alacaklının aynen ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçmiş olduğunu bildirmesi için, vermiş olduğu ek sürenin bitimini beklemesine ihtiyacı yoktur. Alacaklı ek süre verirken de vazgeçme beyanında bulunabilir. Hatta alacaklı bu durumda hangi seçimlik hakkı kullanacağını da belirtir. İki tane farklı hukuki sonuca yönelik irade beyanı tek bir beyanda toplanmış olsa da alacaklının borcun içeriğini değiştirmek veya borç ilişkisini tamamen ortadan kaldırmak isteği nedeniyle hukuki sonuca yönelmiş bir irade olduğundan, yalnızca buna yönelik beyan hukuki bir işlem niteliğini taşır. Vazgeçme beyanında, ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar tazminatı seçimlik haklarından hangisinin tercih edildiğinin bildirilmesi bu açıdan önem taşır¹⁴¹. Kanunda, alacaklının vazgeçme beyanı ile birlikte seçimlik haklardan hangisine ilişkin tercihinin yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gibi bu hususta doktrinde bir görüş birliği de bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, vazgeçme beyanı sonucunda gerçekleşecek hukuki durumda, borçlunun kendi edimi ve karşı edimlerine ilişkin büyük bir değişim

¹³⁸ Voser, **a.g.e.**, s. 89; Becker, **a.g.e.**, Art. 108, N. 1 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 214 dn. 246'dan naklen).

¹³⁹ **CR-Thévenoz**, Art. 107, N. 20; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 960.

¹⁴⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1733.

¹⁴¹ Comment, **a.g.e.**, s. 72; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 958.

yaşanacağı için bunlara ilişkin gerçekleşecek durumu hemen öğrenmekte hukuken korunmaya değer acil bir menfaati olması sebebiyle, borçlu tarafından bu beyanın içeriğinin kesin ve net olarak anlaşılabilmesi için, alacaklının seçimlik hakkına ilişkin tercihinin de yer verilmesi gerekmektedir¹⁴². Kanunen hemen gerçekleştirilmesi gerekenin sadece ifadan vazgeçme beyanı olduğunu kabul eden görüşe göre, seçimlik hakların kullanılması beyanı daha sonra da gerçekleştirilebilir. Alacaklının seçimlik hakkına ilişkin bu beyanı, dürüstlük kuralına aykırı olacak nitelikte uzun bir süre sonra gerçekleştirmiş olması durumunda, hâkim ortak kusuru bulunduğunu kabul edip tazminat miktarında indirim sebebi olarak değerlendirebilir¹⁴³. Alacaklının kendi edimini ifa etmesi hususundaki iradesi doğrultusunda yorum yapan bir diğer görüşe göre, alacaklının kendi edimini ifa etmek istememesi halinde bunu derhal borçluya bildirmelidir, kendi edimini aynen ifa etmemek istememesine yol açacak seçimlik haklarından hangisine başvuracağını sonra da bildirmesi mümkündür¹⁴⁴.

Taraflar, borçluya bildirilen beyanla bağlı olup, kanunda öngörülenlerden başka bir seçenek sunamazlar¹⁴⁵. Genel olarak bu seçenekler anılacak olursa; ilk durumda sözleşme ayaktadır, borçludan aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edilir, ikinci olasılıkta da sözleşme ayaktadır ancak aynen ifa borcu para borcuna dönüşmektedir, son seçenekte ise sözleşme ilişkisi çözülmekte ve alacaklı sözleşmenin geçersizliğinden ötürü borçluyu dava etmektedir.

Bu beyan, borçluya, alacaklının aynen ifanın talep edilip edilmeyeceği hususunda bilgilendirme amacı taşır, bu nedenledir ki ancak alacaklının kanunda düzenlenmiş olan üç seçenek arasında tercih yapma imkânı varsa hemen beyanın anlamı vardır¹⁴⁶. Eğer, somut olayda, bu imkân mevcut değilse, borçlu alacaklıya karşı hemen beyanda bulunmadığını ileri süremeyecektir. Alacaklı vazgeçme beyanında açık veya örtülü olarak aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirir. Alacaklının

¹⁴² CR-Thévenoz, Art. 107, N. 21.

¹⁴³ Becker, **a.g.e.**, Art. 107, N. 36; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 255, N. 17 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 208 dn. 216 ve 217'den naklen).

¹⁴⁴ Bucher, **a.g.e.**, s. 374 dn. 176 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 208 dn. 218'den naklen).

¹⁴⁵ Comment, **a.g.e.**, s. 80, 81.

¹⁴⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 83, 84.

beyanının içeriğinin tespitinde, beyanın nasıl düşünülmüş olduğu, borçlu tarafından nasıl anlaşılacağı dürüstlük kuralına göre belirlenecektir¹⁴⁷. Bu yorum yapılırken, alacaklının tavrı, iki tarafın menfaati ve işin koşulları rol oynayabilir. Alacaklının beyanının yorumunda, kanuni terimler kullanılmışsa metnin dikkate alınmasında herhangi bir problem olmamaktadır, başka terimler kullanılmışsa sözleşmenin yapıldığı şartlar, beyanın kime yöneltildiği göz önünde bulundurularak tespit yapılmalıdır¹⁴⁸. Alacaklının beyanda bulunurken kullanmış olduğu ifadelerin yorumlanmasında TBK m. 19/f.1 hükmü de gözetilecektir. Alacaklının beyanı açık, net olmalı ve alacaklının seçimini net olarak ortaya koymalıdır¹⁴⁹. Burada alacaklının seçiminden kasıt, aynen ifayı tercih edip etmediği yönündeki tavrıdır. “Sizi tüm zararlardan sorumlu tutacağım”, “sonuçlarına katlanırsınız” gibi ifadeler alacaklının tavrı hususunda açıklığa sahip olmadığı için yeterli kabul edilmemektedir. Alacaklının seçimlik haklardan hangisini seçtiğini belirtmesine gerek bulunmamaktadır, bakiye kısmın ifasını reddettiğini söylemesi yeterli olmaktadır¹⁵⁰. Bununla birlikte, aynen ifadan vazgeçtiğini açıkça ifade etmeyip tazminat veya sözleşmeden dönme haklarından hangisini kullanacağını belirtmiş olması da alacaklının vazgeçme beyanında bulunduğunu gösterir¹⁵¹. Alacaklı beyanında, kalan kısmın bir bölümüne ilişkin olduğunu ifade etmişse, sadece ilgili kısım hakkında geçerli olacaktır; ancak, eğer borçlunun alacaklının kalan kısmın tamamını kastettiği ama yanlış ifade kullandığını kolayca anlayabilecek durumda ise, kalan kısmın tamamı hakkında beyan geçerli olacaktır¹⁵². Eğer, kalan kısmı aşan ifade kullanılmış ise, beyan yalnızca kalan kısım hakkında geçerli olacaktır¹⁵³. Hâkimin, beyanın içeriğini tespit ederken alacaklının menfaatini çok geniş ölçüde gözetmemesi gerekmektedir; zira, eğer

¹⁴⁷ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 22; Comment, **a.g.e.**, s. 74, 77.

¹⁴⁸ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 22; Comment, **a.g.e.**, s. 74, 77.

¹⁴⁹ Yeterli açıklıkta olmayan irade beyanının geçerliliği problemine ilişkin tartışmalar için bkz.: Comment, **a.g.e.**, s. 73 vd.

¹⁵⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 72, 73.

¹⁵¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁵² Comment, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁵³ K.g. Comment, **a.g.e.**, s. 78. Comment borcun tamamının geçilmesi halinde borcun içeriğinin etkisiz olacağını ifade etmektedir.

alacaklı yapması gereken seçiminde yanılırsa bu hatasını hâkimin düzeltmesi için bir gerekçe olamaz¹⁵⁴.

3.3.2. Vazgeçme Beyanına İhtiyaç Olmayan Durumlar

Süre tanınması, borçluyu korumak için düzenlenmiştir, ona son bir kez ifa şansı tanımaktadır, eğer ifa öngörülmemekte ise bu imkânın tanınmasının gereği ortadan kalkmaktadır. TBK m. 124 hükmü süre verilmesini gerektirmeyen durumları düzenlerken, vazgeçme beyanının akıbetine yer vermemiştir. Süre verilmesine gerek olmayan durumlarda vazgeçme beyanında bulunulmasının gerekliliği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. İlk görüşe göre¹⁵⁵, vazgeçme beyanı olumlu zararın tazminini ve sözleşmeden dönme ile olumsuz zararın tazminini talep haklarının zorunlu şartını oluşturmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu bilinçli olarak, sadece süre şartı bakımından, süre verilmesine gerek olmayan durumları düzenlemiş ve bunların arasında özellikle vazgeçme beyanına yer vermemiştir. Seçimlik haklarına başvurmak isteyen alacaklı, süre verilmesine gerek olmayan bir durum olsa dahi aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmelidir, aksi halde seçimlik haklarını kullanamayacaktır.

İlk görüşü, süre verilmesine gerek olmayan hallerde, alacaklının temerrüde düşen borçluya hemen bildirmezse, aynen ifaya mahkûm olacağı ve bunun sonucunda menfaatinin ağır biçimde zedeleneyeceği gerekçesi ile eleştiren diğer görüşe göre; süre tayinine gerek olmayan hallerde vazgeçme beyanına da gerek olmadığı savunulur¹⁵⁶. Vazgeçme beyanında bulunmaması alacaklının aynen ifada ısrarcı olduğunu kabul anlamına geldiği için, süre verilmesine gerek olmayan bu istisnai durumlarda, alacaklı kendisi için faydası kalmayan veya kesin vadede ifa edilmeyen edimi kendisine teklif edildiğinde kabul etmek zorunda kalacak ve kendi karşılık edimini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Ancak alacaklının böyle istisnai bir durumda kendi karşılık edimini yerine getirmekten kaçınması, kendi menfaati açısından daha uygun ve yerinde olacaktır. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin yararsız olduğunun

¹⁵⁴ Comment, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁵⁵ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 9; Ateş, **a.g.e.**, s. 204. BGE 54 II 30.

¹⁵⁶ Chavanne, **a.g.e.**, s. 72 §198; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 960; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 261; Havutçu, **a.g.e.**, s. 64.

anlaşıldığı haller, aynen ifade bulunmama niyetini borçlunun açıkça bildirmesinden kaynaklandığı ve alacaklının karşılık edimi ile hiçbir illiyet bağı olmadığı için, bu durumda da vazgeçme beyanına gerek bulunmamaktadır¹⁵⁷. Bu nedenlerle TBK m. 124 hükmünde öngörülmüş durumlarda, alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için vazgeçme beyanında bulunmasına gerek yoktur. Dürüstlük kuralı, bu durumlarda da denge unsuru olarak varlığını sürdürecektir.

Alacaklının talebi doğrultusunda ikili bir ayırım yapan görüşe göre, süre verilmesine gerek olmayan hallerde kural olarak alacaklının sözleşmeden dönmüş sayılması gerektiği için vazgeçme beyanına gerek yoktur. Alacaklının vazgeçme beyanına ilişkin hemen bildirim zorunluluğunun yalnızca ifa yerine tazminat talep etmesi durumunda ortaya çıkacağı ifade edilmektedir¹⁵⁸.

Ek süre verilmesine gerek olmayan durumlar bakımından ayırım yapan görüş uyarınca; borçlunun davranışlarından süre verilmesinin yararsız olacağı anlaşılıyorsa vazgeçme bildirimine gerek yoktur, diğer istisnai hallerde ise alacaklının vazgeçme beyanında bulunması gereklidir¹⁵⁹.

Kanaatimizce, kanunen öngörülmüş olan süre verilmesine gerek olmayan hallerde, alacaklının bakiye edimin sonradan ifasında menfaati kalmamış olması esastır. Bir yandan alacaklının edimin aynen ifade menfaatinin kalmaması nedeniyle süre verilmesine gerek duyulmazken diğer yandan aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesini şart olarak öngörmek birbiri ile çelişmektedir. Bu nedenle lafzi yorumdan ziyade amaçsal yorum yapmak suretiyle, süre verilmesine gerek olmayan istisnai bu hallerde, vazgeçme beyanına gerek olmadığı kabul edilmelidir. Bu sonuç ile aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirmeyen alacaklının, kesin vadeye ve menfaat yokluğuna rağmen borçlunun kendi kalan edimini teklif etme yetkisine sahip olması karşısında, alacaklının bunu kabul etme ve kendi karşılık edimini yerine getirme zorunluluğu bertaraf edilmiş olacaktır. Bu durum daha yerinde ve adaletli bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.

¹⁵⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁵⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1733.

¹⁵⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 375; Ehrat, **a.g.e.**, s. 97 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 64 dn. 206'dan naklen).

3.4. Alacaklının Seçimlik Haklardan Hangisini Tercih Ettiğine İlişkin Beyan

Alacaklı, kısmi temerrüt halinde, kural olarak, sadece edimin ifa edilmeyen kısmına ilişkin olarak seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak istisnai hallerde kısmi ifade menfaati olmadığı durumlarda seçimlik haklarını edimin tamamı için kullanabilir¹⁶⁰¹⁶¹. Kısmi temerrüt halinde de uygulanacak olan TBK m. 125 hükmünde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarına özgü olarak alacaklıya tanınmış olan olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme ile olumsuz zararın tazmini seçimlik hakları yenilik doğuran hak niteliğinde olup, bu hakların kullanılması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁶². Kanundan doğan bu yenilik doğuran haklarda, alacaklı, yenilik doğuran hak sahibi olarak, tek taraflı bir hukuki işlem ile borçlunun dâhil olduğu hukuki ilişkiye müdahalede bulunma gücü ile donatılmıştır¹⁶³. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede aynen ifa dışındaki ifa çeşitleri ile borçlu yükümlü değil iken, kanunun alacaklıya tanımış olduğu bu seçimlik haklar sayesinde alacaklı, mütemerrit borçludan yükümlü olmadığı ve normal bir hukuki ilişkide ancak borçlunun rızası alınarak isteyebileceği edimlerin ifasını, tek taraflı bir beyan ile talep edebilmektedir. Alacaklı seçimlik haklarını karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanır. İhtar ve ek süre verilmesi hukuki işlem benzeri

¹⁶⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.158; Lemp, **a.g.e.**, s. 61 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 137 dn. 4'ten naklen). Bu istisnai durumlar ilgili seçimlik hakkın başlığı altında açıklanacaktır.

¹⁶¹ Fransız hukukunda, sözleşmenin kısmi ifa edilmemesinde, sözleşmeden dönmeye ilişkin bir hüküm bulunmadığından, tarafların kendi edimlerini ifaya yönelik iradesi dikkate alınacaktır. Kısmi ifa etmemenin ağırlığının sözleşmeyi etkileme derecesini dikkate alarak, tazminatı ya da sözleşmeden kısmen veya tamamen dönmeyi gerektirdiğine hâkim karar vermektedir. Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 418 §21, §23, 419 §27, 421 §46 §55.

¹⁶² Comment, **a.g.e.**, s. 110; Tercier, **a.g.e.**, §1202; Eren, **a.g.e.**, N. 3486; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 2; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1410; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97. Tacirler arasındaki tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bu beyan TTK m. 18/3 hükmü gereği şekle tâbidir. “Ancak, fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür. Davacı yüklenici, davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin (menfi zarar) ve uğradığı kar kaybının (müsbet zarar) tahsilini talep etmiştir. Davacı yüklenici, imalat bedelini istediğinden bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır.”, Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615 K. 2021/1102 sayılı kararı, (Lexpera).

¹⁶³ Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, s. 64.

fiil iken, alacaklının seçimlik haklarını kullanması tek taraflı bir hukuki işlemdir, bu nedenle hukuki sonuçların doğması için alacaklının iradesi önem taşır¹⁶⁴.

Alacaklının seçimlik haklarının kullanımında yenilik doğuran hakların özelliği gözetildiğinden, bu hakların kullanımını alacaklı şarta bağlayamaz ve beyanı ile bağlı olduğundan borçlunun onayı olmadan bu beyanından dönemez¹⁶⁵.

Alacaklının seçimlik haklarından hangisini tercih ettiğine ilişkin beyanını ne zaman yapması gerektiğine dair kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynen ifadan vazgeçen alacaklının, borçluyu keyfi olarak bekleterek zarara uğramasına sebep olmaması için, borçluyu korumak amacıyla, bu bildirimin hemen yapılması kabul edilmektedir¹⁶⁶. Ancak doktrinde, “hemen” kavramına yüklenen anlamların farklılık barındırması sebebiyle değişik görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, seçim hakkına ilişkin beyanın somut olayın özelliklerine göre mümkün olan en kısa sürede yapılması gerekmekte iken; diğer görüş hemen kavramının bu bildirimin vazgeçme beyanı ile yapılması gerektiği sonucuna yol açtığını ileri sürer.

Katıldığımız ilk görüş uyarınca, vazgeçme beyanı ile seçim hakkına ilişkin beyanı arasında herhangi bir bağlantı kurulmamaktadır. Alacaklı hangi seçimlik hakkını kullandığını, TBK m. 123 hükmü uyarınca ek süre verilmesi gereken bir durum söz konusu ise sürenin bitiminde hemen, TBK m. 124 hükmü uyarınca ek süre verilmesi gerekmeyen bir durumda söz konusu ise ek süre verilmesinin yararsız

¹⁶⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 943; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 2; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁶⁵ Birsen, **a.g.e.**, s. 516; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 491; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 260; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 386; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1584.

¹⁶⁶ “TBK 125/2 maddesi hükmüne göre ifa yerine geçen olumlu zararın tazmini yönündeki seçimlik hakkın, işin sözleşmede kararlaştırılan süreden sonra derhal kullanılması gerekmektedir. Bu durumda asıl davada teslim edilmeyen bağımsız bölümün değerinin, sözleşmenin ifa edilmesi gereken tarih itibarıyla belirlenip hüküm altına alınması, faizin de bu tarih itibarıyla işletilmesi gerekmektedir.”, Yargıtay 6. HD., 15.11.2021 tarihli, E. 2021/478, K. 2021/1467 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Sözleşmede kesin vade (teslimi gereken tarih) kararlaştırılmış olduğunda davacı iş sahibi Türk Borçlar Kanunu’nun 123. maddesi hükmüne yeniden süre verilmesine gerek olmaksızın aynı Yasa’nın 125/son fıkrası uyarınca sözleşmeden dönme ve ifa ettiği edimi geri isteme hakkını kazanmıştır. Davacı iş sahibinin bu hakkı zamanaşımı süresi içerisinde kullanması mümkün olup geç kullanmasının ‘MK’nın 2. maddesine ve dürüstlük kuralına aykırı hareket olarak nitelendirilmesi ve kabulü mümkün değildir.”, Yargıtay 15. HD., 15.04.2019 tarihli, E. 2018/4367, K. 2019/1782 sayılı kararı, (**Lexpera**).

olduğunu öğrendiği andan itibaren gecikmeksizin borçluya bildirmelidir¹⁶⁷. TBK m. 125 metninde hemen ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, BK döneminde aynısı geçerli olan kural açıklanırken “derhâl” ve “gecikmeksizin” ifadelerine yer verilmiştir, bu kavramlardan da somut olaydaki şartlara göre alacaklının hal ve duruma göre bir karar verebilmesi için ihtiyacı olan, mümkün olan en kısa zaman anlaşılmalıdır¹⁶⁸. Alacaklının, borçluya ek süre verirken hangi seçimlik hakkı kullanacağını bildirmesine bir engel bulunmadığı gibi ek süre sona ermeden de, bu süre bitiminde başvuracağı hakkı içeren ayrı bir beyanda bulunabilir¹⁶⁹. Doğal olarak, bu hallerde alacaklının artık ek sürenin sonunda bir kez daha beyanda bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Seçimlik haklardan hangisine başvurulduğunun zaman geçirmeksizin bildirilmesi kuralı, borçluyu korumak amacı güdülerek getirilmiştir. Alacaklının, edimin değerinin alçalıp yükselmesine göre seçtiği hakkı değiştirmek suretiyle, borçlu aleyhine bir durum veya spekülasyon yaratması endişesi bu kuralın getirilmesini sağlamıştır¹⁷⁰. Alacaklının bir süre bekleyerek, sözleşme konusu edimin fiyatı yükselmişse borçludan aynen ifayı talep etmesi, buna karşılık fiyatı düşmüşse edimin ifasından vazgeçmek suretiyle belirsizlik yaratmasının bu kural ile önlenmek istenmiş olduğu örnek olarak gösterilmektedir¹⁷¹.

Diğer görüşe göre; alacaklı, kısmi temerrüde düşen borçluya karşı TBK m. 125 hükmünden kaynaklanan haklarını kullanabilmek için eğer aynen ifa ve gecikme tazminatı istemiyor ise bakiye borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen borçluya bildirmelidir. TBK m. 125/f.2 hükmünde yer alan “hemen” ifadesinin aynen ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçme beyanına ilişkin olduğu ve alacaklının tercihini ne zaman borçluya bildireceğine ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, borçlunun alacaklının yapması muhtemel

¹⁶⁷ Chavanne, **a.g.e.**, s. 75 §207; Daepfen, **a.g.e.**, s. 199; Birsan, **a.g.e.**, s. 515; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Eren, **a.g.e.**, N. 3492; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178, 179; Havutçu, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁶⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 944.

¹⁶⁹ Chavanne, **a.g.e.**, s.75 §209, §210; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 386; Aybay, **a.g.e.**, s. 151; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178, 179; Serozan, **2009**, § 17, N. 13. Yargıtay 11. HD., 08.05.1983 tarihli, E. 1983/1709, K. 1983/3467 sayılı kararı, (Uygur, **C. III**, s. 3609); k.g. Comment, **a.g.e.**, s. 79.

¹⁷⁰ Chavanne, **a.g.e.**, s. 75 §208; Birsan, **a.g.e.**, s. 516; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 491.

¹⁷¹ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 756.

spekülasyona karşı korunması amacıyla bu beyanla birlikte hangi hakkı seçtiğini belirtmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷². Alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi, doğası gereği, ifa yerine olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönmeyi ve olumsuz zararın tazminini istemeye yol açacaktır. Bununla birlikte her ne kadar alacaklının bu haklardan hangisini seçtiğinin aynen ifadan vazgeçme beyanında belirtilmesi zorunluluğu bulunmasa da bir görüşe göre seçimlik hakkın tercihini içermeyen aynen ifadan vazgeçme beyanı hüküm ifade etmeyecektir¹⁷³. Bu görüş, tercih hakkının hemen yapılarak, alacaklının yapması olası spekülasyonunu engellemek ve borçluyu buna karşı korumak için savunulmaktadır. Aynen ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu, alacaklının seçim hakkı doğrultusunda hareket etmelidir. Aynen ifa yükümlülüğünden vazgeçildiği için ona göre hareket eden borçlu belirsizlik içinde bakiye edimini değerlendirme fırsatını kaçırabilir. Alacaklı hemen seçim hakkını kullanmadığında, kendisine, edimin değerinde yaşanacak değişim doğrultusunda, kendisi için en uygun fırsatı değerlendirmek amacıyla zaman tanınmış olacak, bu belirsiz süreçte beklemek durumunda olan borçlu, bakiye edimi aynen ifa edip sorumluluktan kurtulamayacağı için sözleşmesel menfaat dengesi borçlu aleyhine bozulmuş olacaktır. Seçim hakkını hemen kullanan alacaklı, edimin değerinin değişmesinden kaynaklanacak riski üstlenmek zorunda kalacaktır ama borçluyu belirsizlik içinde bırakmayacaktır.

Kanımızca, kısmi temerrüde düşen borçluya, alacaklının olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazminini talep etme haklarından hangisini seçtiğine dair beyanını ne zaman yapması gerektiğine dair kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK m. 2 hükmü ışığında yapılacak yorumla alacaklının bu beyanda ne zaman bulunacağı tespit edilebilmelidir. Bu doğrultuda, TBK m. 125 hükmünde, aynen ifa ve gecikme tazminatı hakkından vazgeçme beyanı için öngörülmüş olan “hemen” ifadesinden bu hususta da değerlendirme kıstası olarak yararlanılacaktır. Sonuç olarak, kısmi temerrüde düşen

¹⁷² Comment, **a.g.e.**, s. 71, 72; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1768; Chavanne, **a.g.e.**, s. 75 §207; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 14; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178, 179; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1583.

¹⁷³ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178, 179. Aksi görüşte, Becker, **a.g.e.**, Art. 107, N. 36; Guhl, **Festgabe Wieland**, Basel, 1934, s. 142 (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1668 dn. 1944’ten naklen).

borçluya, aynen ifadan vazgeçen alacaklı, hangi seçimlik hakkını tercih ettiğini, somut olayın şartlarına göre bir karar verebilmesi için ihtiyacı olan, mümkün olan en kısa zamanda bildirmesi gerekmektedir¹⁷⁴.

Alacaklının, seçimlik haklarından yalnızca birini, kanunda belirtildiği şekilde, kullanması mümkündür. Başka bir ifadeyle, alacaklı kendisine tanınmış hakların ikisini veya hepsini birden kullanılması mümkün değildir¹⁷⁵. Alacaklı seçimlik haklarını, kanunda kendisine tanınmış haliyle kullanmak zorundadır, kendince yorumlayarak veya birbirine harmanlayarak kullanması mümkün değildir.

Aynen ifadan vazgeçmesine rağmen henüz seçim hakkını kullanmamış alacaklının, aynen ifayı ve gecikme tazminatı talep etme hakkı devam etmektedir. Alacaklı için bakiye edimin ifasını elde etmenin önem taşıdığı durumunda, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep ederse beyanda bulunulmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁶. Ancak, kanımızca, alacaklının bakiye kısmının aynen ifasından vazgeçme iradesini beyan etmesi üzerine, bunun gereği doğrultusunda hareket eden borçluyu korumak gerektiğinden bu görüş benimsenemez. Borçlu, aynen ifa etme yükümlülüğünden kurtulduğunu düşünerek bakiye edim üzerinde serbestçe tasarruf hakkını kullanmış olabilir. Bu edimi tüketmiş, elinden çıkartmış olabilir, artık aynen ifa yükümlülüğü bulunmadığı için aynen ifasının kendisi açısından imkânını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmiş olabilir. Bu durumda beyana gerek olmaksızın, alacaklının aynen ifayı talep edebileceğini kabul etmek TMK m. 2 hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Alacaklı iradesini vazgeçme beyanı ile ortaya koymuşken ya değiştirirse diye uygun bir süre olarak tanımlanacak olsa bile, belirli bir zaman dilimi boyunca borçlunun aynen ifasından vazgeçilmiş ediminin üzerinde tasarruf edilmesi

¹⁷⁴ Thévenoz'un ifade etmiş olduğu, CO Art. 107 II hükmünün Fransızca metninin Almanca metninden farklı olan yazımının yol açmış olduğu değişik anlayış bu görüşümüzü destekler niteliktedir. İlgili madde hükmü, alacaklıyı ifa edilmemiş edimin ve sözleşmenin kaderine ilişkin olmak üzere iki seçimin belirlenmesine davet etmektedir. Alacaklı, bu doğrultuda aynı anda iki tercihe karar vermek zorundadır (borcun ifası ya da aynen ifanın reddi ve sözleşmeyi ayakta tutma veya sözleşmeden dönme); çünkü sözleşmeden doğan tüm borçlarının kaderinin gecikmeksizin belirli olmasında borçlunun haklı çıkarı bulunmaktadır. Alacaklı ifadan hemen vazgeçip sözleşmenin kaderine ilişkin kararı sonraya bırakamayacaktır. CR-Thévenoz, Art. 107, N. 21.

¹⁷⁵ Baştuğ, **a.g.e.**, s. 280; Ateş, **a.g.e.**, s. 206.

¹⁷⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1667, N. 1669.

hakkı elinden alınmış olacaktır. Böyle bir durumun hukuki dayanağı olmadığı gibi hakkaniyetle de bağdaşmamaktadır. Alacaklının bakiye kısmın ifasından vazgeçtiği her durumda, eğer aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep etmek istiyorsa, borçluya hangi seçimlik hakkını kullandığını açıklamasından önce, değişmiş olan iradesine uygun olarak yeni bir beyanda bulunması yerinde olacaktır.

Alacaklının bakiye edimin aynen ifasından vazgeçmesinden sonra hangi tazminat hakkını seçeceği olumlu zarar ve olumsuz zarar miktarlarının karşılaştırılması ile belirlenebilir. Alacaklının ifa etmiş olduğu karşı edimini geri alması, kendi açısından tazminat elde etmesinden daha kıymetli ise sözleşmeden dönmeyi tercih edecektir¹⁷⁷. Kısmi dönme veya sözleşmenin tamamından dönme ihtimali, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilip karar verilecek bir husus olup, kısmi dönme halinde alacaklının, kısmi ifası gerçekleşmiş kısma denk gelen karşı edimini geri alması mümkün olmayacağından bu söylem farklı şekilde anlaşılmalıdır. Kısmi dönme halinde, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmından dönüldüğü için, ancak bu kısma ilişkin alacaklının karşı edimini ifa etmiş olması halinde bunun iadesini elde etmesi mümkün olmaktadır. Bu nedenle, olumlu zararın olumsuz zarar miktarından fazla olmasına rağmen, alacaklının sözleşmeden kısmen dönmeyi tercih edebilmesi için, alacaklının bu kısma ilişkin ifa etmiş olduğu edimi geri almasının kendisi için, elde etmeyi umduğu tazminattan daha önemli olması beklenir.

Alacaklının seçim beyanında bulunurken açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde iradesini ortaya koyması gerekir. Alacaklının beyanının açık olmaması durumunda, yorum yapılırken, kullanılan ifadelerle sıkı sıkıya bağlı kalınmaz, her somut olayın hal ve şartları özel olarak değerlendirilir ve buna göre makul ve dürüst bir beyan muhatabının vermesi beklenen anlam dikkate alınır¹⁷⁸. “*Müspet, menfi bütün zararların tazmininin istenmesi*” ve “*Sözleşmeden dönülerek olumlu(müspet) zararın istenmesi*” ifadeleri örnek olarak gösterilebilir. Bir görüşe göre; borçlunun kısmi

¹⁷⁷ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 179 vd.

¹⁷⁸ Daepfen, **a.g.e.**, s. 199; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1672 dn. 1954; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 181 vd.; Roger Secretan, “Satıcının Müttemerrit Müşteriye Karşı Hakları ve Bilhassa Ticarî Olmıyan Satışlarda Uygulanan Fark Nazariyesi”, çev. Ferzan Arif Aras, **AD**, C. XXXVIII, S. 4, Nisan 1947, s. 235.

temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda artık tazminat talep etmesi mümkün olamayacağı için, alacaklının beyanı, yalnızca sözleşmeden dönmeyi istemeye yönelik olarak yorumlanabilecektir¹⁷⁹. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesinin tazminat sorumluluğunu ne kadar etkilediğine ilişkin olarak kabul edilecek görüşe göre farklı bir yorum yapılabilecektir¹⁸⁰. Borçlunun kurtulabildiği tazminat sorumluluğunun, bakiye edimin değerini aşan kısmı için söz konusu olacağının kabulü halinde, alacaklının beyanının sadece sözleşmeden dönmeye yönelik olduğu savunulamayacaktır, bu durumda somut olayın özelliklerine bakılarak, dürüstlük kuralınca bir yorum yapılması gerekecektir.

Alacaklının beyanı yorumlanırken, kısmi temerrüt nedeniyle zedelenen menfaatinin sağlanması için neyi tercih ettiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır¹⁸¹. Alacaklı, zedelenmiş menfaatinin zarar olarak yansımalarının tazminini istiyorsa, kullanmış olduğu kelimeye bakılmaksızın, beyanının ifa yerine olumlu zararının tazminini talep hakkına dair olduğu kabul edilmelidir¹⁸². Aynı doğrultuda, alacaklı için bakiye edimin ifası önem taşımayıp, kendi ifa etmiş olduğu edimin iadesi ön planda ise beyanının sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya yönelik olduğu anlaşılmalı ve her ne kadar olumlu zararın tazminini talep ettiğini belirtmiş ise de kullanılan ifade ile bağlı kalınmayacaktır¹⁸³.

Alacaklının TBK m. 125 hükmünden kaynaklanan seçimlik haklardan hangisini seçtiğine ilişkin beyanının hüküm ifade edeceği an, nasıl hüküm ifade edeceği, ne zamana kadar geri alınabileceği vb. hususlar, genel kurallar olan TBK m. 11 ve 10 hükümlerine kıyasen belirlenecektir¹⁸⁴. Buna göre; alacaklının beyanı

¹⁷⁹ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 181 not 133.

¹⁸⁰ Bkz.: aş. s. 308 vd.

¹⁸¹ Bu hususlar, borçlu temerrüdünde geçerli olan anlayışın kısmi temerrüde uyarlanmış halidir.

¹⁸² von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 73, V, s. 154 N. 83 (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1672 s. 542 dn. 1954'ten naklen); Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 181.

¹⁸³ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 182 vd.

¹⁸⁴ Bu hususun istisnası ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılaşılmaktadır. “*Arsa payı karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiklerinden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları, Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamaları ve bir dönem bu davalara bakmakla görevlendirilen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararlarında tek taraflı fesih-dönme irade beyanı ve bu beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sonuç doğurmayıp, tarafların fesih-dönme konusunda irade beyanlarının birleşmesiyle ya da açılacak dava sonucunda mahkemece verilecek*

borçluya ya da yetkili temsilcisine ulaştığı andan hüküm ifade etmeye başlar, beyanın yapıldığı andan itibaren etkili olur ve borçlu öğreninceye kadar geri alınabilir. Borçlunun öğrenmesi ile alacaklı beyanından dönme imkânını yitirir. Alacaklı beyanı ile bağlı olacağından, ifa yerine tazminat istemiş olması durumunda artık aynen ifayı talep edemeyeceği gibi sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazminini de talep edemez; sözleşmeden dönmeyi ve olumsuz zararının tazminini istemiş ise artık aynen ifayı veya ifa yerine olumlu zararın tazminini talep edemeyecektir¹⁸⁵. Beyanın bağlayıcılığının borçlu açısından görünümü ise alacaklının beyanı doğrultusunda hareket etme zorunluluğunda olmasıdır, kendi bakiye edimini aynen ifa ederek sorumluluktan kurtulamaz, alacaklı arz edilen bu ifayı kabul zorunda değildir¹⁸⁶. Alacaklı, ya aynen ifayı tercih etmesi nedeniyle ya da uygun zamanda beyanda bulunmaması yüzünden yalnızca bakiye edimin ifasını ve gecikme tazminatını talep hakkını kullanmak zorunda kalırsa, her zaman borçluya yeniden süre verip diğer haklara başvurma imkânı bulunmaktadır; ancak borçlu da bu süre içinde bakiye edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir¹⁸⁷.

Doktrinde, alacaklının kullanmış olduğu seçimlik hakkını geri alıp yeniden bir tercih yapması imkânının varlığı tartışmalara sebep olmuştur¹⁸⁸. Alacaklının seçimlik

fesih-dönme kararının kesinleştiği tarihte gerçekleşeceği kabul edilmektedir.”, Yargıtay 15. HD., 10.10.2019 tarihli, E. 2019/2727, K. 2019/3877 sayılı kararı, (**Lexpera**); “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devrini de içerdiğinden, yapılması özel şekil şartına tabi olduğu gibi, dönme suretiyle sona ermesi de, tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasıyla mümkün değildir. Ancak tarafların tamamının katılım ve dönme konusundaki uygun iradelerinin birleşmesiyle sona erdirilebileceği gibi, açılacak dava sonucu verilecek dönme nedeniyle sona erme kararının kesinleşmesiyle sona erecektir.*”, Yargıtay 15. HD., 01.03.2021 tarihli, E. 2020/1271, K. 2021/555 sayılı kararı, (**Lexpera**).

¹⁸⁵ Yargıtay 13. HD., 26.12.1986 tarihli, E. 1986/5508, K. 1986/6649 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3596); Yargıtay 15. HD., 04.03.1980 tarihli, E. 1980/390, K. 1980/526 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3775).

¹⁸⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1673.

¹⁸⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1673; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178; Yargıtay 13. HD., 22.10.1981 tarihli, E. 5378, K. 6690 sayılı kararı (**YKD.**, 1982, S. 2, s. 220); Yargıtay 13. HD., 26.12.1988 tarihli, E. 1988/6557, K. 1988/6417 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3602).

¹⁸⁸ Fransız hukukunda alacaklının ifayı ya da sözleşmeden dönmeyi talep edebilmesine ilişkin olarak, açık veya örtülü olarak birinden vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Bu durum, sözleşmeden dönmeyi kendiliğinden gerçekleşmemesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte birinin seçimi diğerinin seçimini üstü örtülü olarak dışlamamaktadır; önce sözleşmeden dönme talep eden alacaklı bundan vazgeçip ifayı isteyebilir ya da talep konusu aynen ifa ise bunu geri alıp sözleşmeden dönmeyi tercih edebilir. Sözleşmeden dönme hâkim kararı ile gerçekleşir. Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 420 §30, §31 §34.

hakkını kullanmasına ilişkin beyan TBK m. 10 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla geri alınabilir¹⁸⁹.

Alacaklının seçimlik hakkının bir yenilik doğuran hak olması nedeniyle , bu hakkın bir defa kullanılması ile geri alınmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır¹⁹⁰. Bir diğer görüşe göre, yenilik doğuran hak niteliği taşımasına rağmen, her iki tarafın da rızasının olması şartının sağlanması ile bu seçimin geri alınabileceği kabul edilmektedir¹⁹¹. Sözleşmeden dönme beyanının geri alınmasının, ancak dönme beyanı muhatabı tarafın beyandan dönülmesinde menfaatinin olması durumunda mümkün olduğu, başka bir görüş kapsamında savunulmaktadır¹⁹². Alacaklının seçimlik hakkının tercihine ilişkin beyanının irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmesinin mümkün olduğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır¹⁹³. Başka bir görüş uyarınca, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek seçim hakkını bir kez kullandığı takdirde bundan dönememesi, artık aynen ifayı talep edememesine sebep olmaktadır¹⁹⁴. Bir diğer görüşe göre, alacaklının seçim hakkının içeriğini değiştirmesi de mümkün değildir, zira aksi durumda seçim hakkı beyanından vazgeçip yeni bir beyanda bulunmuş olacaktır¹⁹⁵.

Doktrinde, seçimlik hakkını kullanmış alacaklıya bazı hallerde değişim hakkı (**ius variandi**) tanınması mümkün olmaktadır¹⁹⁶. Borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulması hallerinde

¹⁸⁹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 464; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 254, dn. 381.

¹⁹⁰ **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 16.

¹⁹¹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1584; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 312; Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 107, N. 36 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 209 dn. 223'ten naklen).

¹⁹² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 464. Bu hususun borçlunun vazgeçme beyanına ilişkin olarak ve borçlunun bu durumda itiraz etmemiş olması koşuluyla geri almanın mümkün olacağı yönünde bkz.: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 311; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1584.

¹⁹³ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 312.

¹⁹⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 946; Eren, **a.g.e.**, N. 3490; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 311; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 154 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 210 dn. 224'ten naklen).

¹⁹⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 946; Havutçu, **a.g.e.**, s. 98; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 154 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 210 dn. 225'ten naklen).

¹⁹⁶ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 14; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 463 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 306-312.

alacaklıya değişim hakkının tanınmasının pratik açıdan fayda sağlayacağı kabul edilmektedir¹⁹⁷. Bu hususu sözleşmeden dönme hali açısından değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır¹⁹⁸. Buna göre, sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olan alacaklı, ifa etmiş olduğu kendi karşı edimini aynen elde etmesinde menfaatinin olduğu ve bu edim konusunun imkânsızlaşması sonucunda aynen iade edilemediği için onun değeri ile yetinmek zorunda olacağını öngörebilmesi durumunda, sözleşmeden dönmeyeceğinin kabul edilebileceği hallerde, kendisine değişim hakkının tanınması anlamlı olacaktır.

Değişim hakkının tanınmasının içeriği yalnızca ek seçimlik haklara ilişkindir, alacaklı olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden dönme hakları arasında değişim yapabilecektir, aynen ifadan vazgeçme beyanı ile bağlı olduğu için, değişim hakkı tanınmasına rağmen aynen ifayı talep etmesi mümkün değildir¹⁹⁹. Bunun istisnasını, seçimlik hakların kullanılmasından vazgeçilmesinin borçlunun menfaati lehine olması ve borçlunun buna itiraz etmemiş olması koşuluyla, alacaklının vazgeçme beyanını geri alıp aynen ifayı talep edilebilecek olması oluşturur²⁰⁰. Alacaklının seçimlik hakkını kullandığı andaki durumu dikkate alınarak bir tespit yapılması gerektiği ve hangi seçimlik hakkın yalnızca kendisi için uygun olduğunu belirleyemediği durumlarda, bir kereye özgü olarak bu hak tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Alacaklıya tanınmış olan değişim hakkının süre olarak sınırını, borçlunun seçimlik hakkın kullanılması doğrultusunda kendisinden talep edilenlerin kesin olduğuna ilişkin kanaatinin olduğu an belirleyecektir. Alacaklıya değişim hakkı tanınmış olmasına rağmen henüz bunu kullanmamış ise, borçlu kendisine yöneltilmiş olan seçimlik hakkının içeriği doğrultusunda ifada bulunarak değişim hakkının sona ermesine sebebiyet verecektir²⁰¹.

Tarafların sözleşmede, ifada gecikme halinde, bu süreç boyunca yüksek meblağlı bir cezai şart işlemlerini kararlaştırmış olmaları halinde, alacaklının daha

¹⁹⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 464; Ergüne, **a.g.e.**, s. 254 dn. 381.

¹⁹⁸ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 310.

¹⁹⁹ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 14; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 311.

²⁰⁰ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 311.

²⁰¹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 312.

fazla tutar elde edebilmek amacıyla seçim hakkına ilişkin beyanda bulunmasını geciktirmesi TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu durumun dürüstlük kuralına aykırılığı hususunda doktrinde ve uygulamada görüş birliği bulunmasına rağmen, buna ilişkin bir yaptırım bulunmadığı gibi bunu önleyebilecek bir ortak bir yöntem de belirlenmiş değildir²⁰². Yargıtay'ın, alacaklının bu davranışını değerlendirirken, TBK m. 52 hükmünü kıyasen uyguladığı ve bu kapsamda müterafık (birlikte) kusur olarak kabul ederek, hâkimin bu oranda ceza tutarından indirim yapması gerektiği veya alacaklının sözleşmeden dönmesi beklenebilecek bir tarihin dürüstlük kuralı gereğince belirlendikten sonra, artık bu tarihten sonra cezai şartın işletilmemesi ya da alacaklının sözleşmeden dönmüş sayılması yollarından birine göre hüküm verilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır²⁰³. Bir görüşe göre; alacaklının beyanda bulunmasının gecikmesi makul bir süre için kabul edilebilir, artık bu aşamayı geçtikten sonra borcun imkânsızlaştığı kabul edilmelidir, artık bu andan itibaren cezai şartın işlemesi durmakta ve TBK m. 112 (BK m.96) hükmü uyarınca sonuca varılması gerekmektedir²⁰⁴. Yapma borçları açısından ele alan görüşe göre; borçlu kesin olarak ifada bulunmayacağını ifade etmedikçe veya davranışlarından anlaşılmadıkça temerrüt halinin ve cezanın işlemeye devam etmesinin önlenmesi

²⁰² Bu hususa dair, alacaklının bu davranışının TBK m. 52 hükmüne kıyasen “birlikte (müterafık) kusur” olarak değerlendirilmesi sonucunda bu oranda ceza tutarının indirilmesi; dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının artık sözleşmeden dönmesi beklenebilen bir tarihten sonra cezanın işletilmemesi veya sözleşmeden dönmüş sayılmasına yönelik farklı görüşler bulunmaktadır. Karar örnekleri için bkz.: Yargıtay 15. HD., 13.11.1977 tarihli, E. 1977/1750, K. 1977/5714 sayılı kararı (Mustafa Reşit Karahasan, **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, İlgili Mevzuat – Doktrin-Yargı Kararları, C. I**, İstanbul, Beta, 1999, s. 1208); Yargıtay 15. HD., 02.10.1974 tarihli, E. 1974/633, K. 1974/829 sayılı kararı (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1209); Yargıtay 15. HD., 06.12.1973 tarihli, E. 1973/ 939, K. 1973/329 sayılı kararı (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1209); Yargıtay 15. HD. 15.10.1973 tarihli, E. 1973/175, K. 1973/139 sayılı kararı (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1213). Katlanılabilir bir gecikmeden sonra borcun imkânsızlaştığının kabul edilerek, cezanın işlemesinin durup TBK m. 112 (eBK m. 96) hükmü uyarınca sonuca varılacağı görüşü için bkz.: Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 75, 76; yapma borçlarında borçlu kesinlikle ifada bulunmayacağını ortaya koymadıkça temerrüt halinin ve cezanın işlemeye devam etmesinin önlenemeyeceği görüşü için bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178 yönünde değişik kabuller bulunmaktadır.

²⁰³ Yargıtay 15. HD., 13.11.1977 tarihli, E. 1977/1750, K. 1977/5714 sayılı kararı, (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1208); Yargıtay 15. HD., 02.10.1974 tarihli, E. 1974/633, K. 1974/829 sayılı kararı, (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1209); Yargıtay 15. HD., 06.12.1973 tarihli, E. 1973/939, K. 1973/329 sayılı kararı, (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1209); Yargıtay 15. HD., 15.10.1973 tarihli, E. 1973/175, K. 1973/139 sayılı kararı (Karahasan, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, s. 1213).

²⁰⁴ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 75,76.

mümkün değildir²⁰⁵. Dolayısıyla, alacaklının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu davranışını engellemenin bir yolu bulunmamaktadır. Kanımızca, TBK m. 52 hükmü kıyasen uygulanmalı ve alacaklının bu davranışı birlikte kusur kapsamında değerlendirilip, tazminat miktarında indirim yapılmalıdır. Kısmi ifayı kabul etmiş alacaklının, daha fazla ceza tutarı elde etmek için beyanda bulunmayı geciktirmesi TMK m. 2 hükmüne açıkça aykırılık oluşturmaktadır ve bunun yaptırımını da TMK m. 52 hükmünün uygulanması ile kendisinin tazminat alacağını az elde etmesi ile sağlanmalıdır.

3.4.1. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

3.4.1.1. Olumlu Zarar Kavramı

Alacaklı, TBK m. 125/f.2 hükmünün kısmi temerrüde uyarlanmasıyla, ifa zamanında, borçlunun ediminin tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Alacaklının talep edeceği zarar, olumlu zarardır. Olumlu zarar (**P'intérêt positif**), tazminini talep eden alacaklının, borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi sebebiyle menfaatini sağlayamaması nedeniyle uğradığı zarardır. Olumlu zararın tazmini, alacaklının tam, doğru ve gereği gibi ifaya olan menfaatini korumayı amaçlar²⁰⁶. Olumlu zarar, borçlunun taahhüt ettiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının

²⁰⁵ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 178.

²⁰⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 550; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 28, N. 29; Tercier, **a.g.e.**, N 1214; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1602; Stanislas, **a.g.e.**, s. 39; Ramoni, **a.g.e.**, N. 72; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 378; Daepfen, **a.g.e.**, s. 201; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 426; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 949; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1414; Eren, **a.g.e.**, N. 3494; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 11; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 352; Havutçu, **a.g.e.**, s. 69; “Alacaklının isteyebileceği olumlu zarar tazminatının konusu“, “ifadaki çıkarı”ır” yani sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkardır.”, Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 377-377). “Alacaklının isteyebileceği müspet zarar tazminatının konusu ifadaki menfaattir. Diğer bir anlatımla sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda elde edeceği değerlerdir.”, Yargıtay 23. HD., 05.12.2019 tarihli, E. 2016/4932, K. 2019/5121 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Net ve gerçek zarar, malvarlığındaki gerçek eksilmeyi ifade eder. Bu nedenle müspet zararın tazmini halinde malvarlığının ulaşacağı değer, sözleşmenin ifası halinde malvarlığının ulaşacağı değeri geçmemesi gerektiği gözetilerek hesaplama yapılmalıdır.”, Yargıtay 15. HD., 04.07.2019 tarihli, E. 2018/3513, K. 2019/3182 sayılı kararı, (**Lexpera**).

uğradığı zararı ifade eder²⁰⁷. Başka bir ifadeyle, alacaklının malvarlığının, borçlanılan edimin ifa edilmemesi sonucu olan mevcut durumu ile borçlu edimini ifa etmiş olsaydı içinde bulunacağı varsayılan durumu arasındaki fark olumlu zararı oluşturur²⁰⁸. Bu bağlamda, kısmi temerrüt halinde olumlu zararı, tazminat talep eden alacaklının malvarlığının, taahhüt edilen edimin ifa zamanında tam olarak ifa edilmemesi sonucu içinde bulunduğu mevcut durumu ile borçlu edimin tamamını ifa etmiş olsaydı içinde bulunacağı varsayılan durumu arasındaki fark oluşturacaktır. Alacaklının edimin tamamına olan menfaatinin kısmi ifa nedeniyle zedelenmiş olması olumlu zarara sebebiyet vermiştir. Bu nedenle, alacaklının edimin tamamına olan menfaatini tam olarak elde ettiği varsayımı yapılarak malvarlığının dönüşeceği halin belirlenmesinin ardından, alacaklının kısmi ifanın yol açtığı mevcut malvarlığı durumu ile arasındaki fark tespit edilerek olumlu zararın varlığı ve miktarı değerlendirilmiş olur.

²⁰⁷ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1602; Ergüne, **a.g.e.**, s. 55; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 754. “Müşpet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müşpet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müsbet zarar, akdın hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir.”, Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.5.2018 tarihli, E. 2015/4122, K. 2018/3320 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 18.02.2014 tarihli, E. 2013/2030, K. 2014/1053 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²⁰⁸ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1602; Chavanne, **a.g.e.**, s. 76 §216; Comment, **a.g.e.**, s. 114; Stanislas, **a.g.e.**, s. 39; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 745; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 426; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 949; Eren, **a.g.e.**, N. 3495; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 11, 12; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1595. “Müşpet zarar (olumlu zarar), sözleşme tam olarak ifa edilmiş olsa idi alacaklının mal varlığının oluşacağı durum ile sözleşmeden dönülmüş olması nedeniyle mevcut durum arasındaki farktır.”, Yargıtay 6. HD., 06.10.2021 tarihli, E. 2021/155, K. 2021/655 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**). “Borçlu adayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mamaleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eymeli durum arasındaki fark müsbet zarardır.”, Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 426-431). “...olumlu zarar; alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine tekabül eder. Yani borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idiyse bu vaziyetle mamelekin hali hazır vaziyeti arasındaki fark şeklinde anlatılmaktadır.”, Yargıtay 14. HD., 14.10.2008 tarihli, E. 2008/6528, K. 2008/11628 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Benzer anlayışta olmakla birlikte, hem temerrüde düşürmeye gerek olmaksızın istenebileceği hem de yalnızca aynen ifanın gerçekleştirilemeyeceği zaman talep edilebilecek olması yönünde bkz.: Demolombe, **a.g.e.**, s. 559 §567, 560 §570, 561 §572; **Dictionnaire du Droit Privé**, (Çevrimiçi) <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dommages-interets.php>.

Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın yani olumlu zararın tazminini talep hakkı bir değiştirici yenilik doğuran hakktır²⁰⁹. Tazminat alacaklısının bu hakkını kullanması ile sözleşme sona ermez sadece içerik değiştirir; borçlunun taahhüt ettiği asli borç olan edimin aynen ifası, tali edim yükümlülüğü olan tazminat borcuna dönüşmektedir²¹⁰. Kısmi temerrüt halinde alacaklı ifa yerine tazminat talep ettiğinde, borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin bakiye kısmının aynen ifasına ilişkin asli borcu tazminat borcuna dönüşmektedir.

3.4.1.2. Olumlu Zararın Unsurları

Kısmi temerrüt halinde, olumlu zararın kapsamında öncelikle ifa edilmeyen bakiye edimin değeri ve edimin tamamının ifa zamanında ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu diğer zararlar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olarak yer alacaktır²¹¹. Alacaklının ifa için yaptığı masraflar, seçim hakkını kullanmak üzere yaptığı masraflar, dava giderleri, borçlunun temerrüdü nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar ile para borcu söz konusu ise aşkın zarar olumlu zararın kapsamındadır²¹². Yoksun kalınan kârın da olumlu zarar

²⁰⁹ Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, s. 193; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97.

²¹⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 109; Ramoni, **a.g.e.**, N. 72; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1769, 1770; Chavanne, **a.g.e.**, N. 216; Guhl, **a.g.e.**, s. 172; Tercier, **a.g.e.**, §1203; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 378; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1414; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1594; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 754; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Aybay, **a.g.e.**, s. 150, 151; Eren, **a.g.e.**, N. 3493; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 11; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 280; Havutçu, **a.g.e.**, s. 67. “*Borçlar Kanunu'nun 106/II. maddesi uyarınca "İfa yerine olumlu zararın" istenmesi durumunda da yanlar arasındaki sözleşme yürürlükte kalır; ancak vazgeçilen asıl borcun yerini "olumlu zarar" tazmini alır.*”, Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 373-377). “*Olumlu zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini olumlu zararının tazminine dair talep hakkı olmaktadır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.*”, Yargıtay HGK., 14.01.2015 tarihli, E. 2014/3-8, K. 2015/10 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Asıl alacak olan eserin tamamlanmış olarak teslim alınması alacağına bağlı olan teminatların, artık iş sahibinin tazminat alacağının teminatı olarak varlığını sürdürmesinin borç ilişkisinin varlığının sürmesinin bir sonucu olduğu hususunda bkz.: Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul 2010, s. 101.

²¹¹ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29; Chavanne, **a.g.e.**, s. 77 §217; Daepfen, **a.g.e.**, s. 201; Eren, **a.g.e.**, N. 3495; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 12; Ateş, **a.g.e.**, s. 220.

²¹² Comment, **a.g.e.**, s. 112; Eren, **a.g.e.**, N. 3495; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 12. “*Munzam zarar, borcun hiç veya kararlaştırılan sürede ifa edilmemesinden doğmaktadır. Bu özelliğinden*

kapsamında talep edilebileceğine örnek olarak; satış sözleşmesine konu malların kendisine zamanında teslim edilmiş olması halinde, onları daha fazla fiyatla satabilecek olan alacaklının, yoksun kaldığı kârı talep edebilecek olması gösterilebilir²¹³. Kısmi temerrüde bu örnek, satış sözleşmesine konu malların tamamının kendisine zamanında teslim edilmiş olması halinde, onları daha fazla fiyatla satabilecek olması şeklinde verilebilir.

3.4.1.2.1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri

Aynen ifadan vazgeçen tazminat alacaklısının menfaati, taahhüt edilen edimin tamamının ifa edilmemesi sebebiyle zedelendiği için, kanun koyucu tarafından giderilmesi öngörülen olumlu zararın asgari miktarını ifa edilmeyen bakiye edimin değeri oluşturacaktır. Borçlu, ediminin tamamını ifa etmiş olsaydı yani ifasında geciktiği bu kısmı ifa etmiş olsaydı buna ilişkin değer de alacaklının malvarlığında yer alacak ve böylelikle alacaklı sözleşmenin ifası ile amaçladığı menfaati sağlamış olacaktı.

3.4.1.2.2. Gecikmeden Doğan Diğer Zararlar

Olumlu zararın tazmini ile amaçlanan, menfaati zedelenen alacaklının, borçlunun ediminin sözleşmeye uygun olarak, gereği gibi, tam ve doğru olarak ifa edilmesine ilişkin menfaatini sağlamaktır. Bu nedenle, alacaklının sadece edimin değil buna ilaveten alacaklının edimin tamamının ifasındaki gecikme yani temerrüt nedeniyle uğradığı ve gecikme ile uygun illiyet bağı içindeki tüm zararları tazmine

dolayı da munzam zarar olumlu zarardır.”, Yargıtay 14. HD., 07.10.2008 tarihli, E. 2008/10043, K. 2008/11109 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

²¹³ Comment, **a.g.e.**, s. 114; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 353; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 279; “... olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.” Yargıtay 3. HD., 25.02.2014 tarihli, E. 2013/19821, K. 2014/2816. sayılı kararı; “...ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının olumlu zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.”, Yargıtay 14. HD., 12.05.2009 tarihli, E. 2009/3404, K. 2009/6006 sayılı kararı; “...mahkemece davacının yeni bir sözleşme yapabilme imkânı dikkate alınarak kâr kaybı ve diğer olumlu zararlarının tespit edilerek bu zarar miktarlarına hükmedilmesi ve diğer taleplerin ise reddine karar verilmesi gerekirken...”, Yargıtay 13. HD., 29.09.2011 tarihli, E. 2011/5417, K. 2011/13280 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

konu olmalıdır²¹⁴. Söz konusu bu zararlar, fiilî zarar (**damnum emergens**) ve yoksun kalınan kâr (**lucrum cessans**) olarak ortaya çıkabilir.

Alacaklının hangi zamana kadar uğramış olduğu zararları isteyebileceğine ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, borçluya süre verilmiş olması halinde, sürenin bitimine kadar ifanın tamamlanması mümkün olduğu için, alacaklı bu süreçte meydana gelen zararları talep edemeyecektir²¹⁵. Katıldığımız diğer bir görüşe göre, süre ayırımı yapmaksızın, alacaklının ifadan vazgeçme beyanına kadar gerçekleşmiş tüm zararlarını talep edebileceği, temerrüdün doğmuş olan sonuçlarının vazgeçme anına kadar devam edecek olması gerekçesiyle, kabul edilmektedir²¹⁶.

3.4.1.2.2.1. Fiili Zarar

Olumlu zarar kapsamında, zarar gören tazminat alacaklısının malvarlığındaki azalmayı ifade eden fiilî zararın tazmini gerçekleşeceğinden, bunun malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış olarak gerçekleşmesi herhangi bir fark yaratmamaktadır²¹⁷. Alacaklının ifayı elde etmek için yaptığı masraflar, ifa beklentisi ile yaptığı masraflar, ifayı tamamlamak için yapmış olduğu masraflar, seçim hakkını kullanmak üzere yaptığı masraflar, dava giderleri, borçlunun temerrüdü nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar ile para borcu söz konusu ise aşkın zarar olumlu zararın kapsamındadır²¹⁸. Alacaklının ifayı elde etmek

²¹⁴ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29, Tandoğan, C. II, s. 140; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191; Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 102; Havutçu, **a.g.e.**, s. 69; Ayan, **a.g.e.**, s. 240; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3. bs., İstanbul, 2014, s. 76, 77; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1595.

²¹⁵ Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 107, N. 25, Becker, **a.g.e.**, Art. 107, N. 41 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 224 dn. 284 ve 285'ten naklen).

²¹⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1678; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, N. 3498; Havutçu, **a.g.e.**, s. 70, 71; Göschke, **a.g.m.**, s. 87 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 224 dn. 287 ve 288'den naklen).

²¹⁷ Michel Monod, **La Résolution des Contrats Synallagmatiques Parfaits**, Étude Comparative de Droit Suisse et de Droit Français, Tolochenaz, Imprimerie Chablot S.A., 1987, s. 163.

²¹⁸ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29; Comment, **a.g.e.**, s. 112; Ramoni, **a.g.e.**, N. 993, 25; Stanislas, **a.g.e.**, s. 40; Eren, **a.g.e.**, N. 3495; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 12; Havutçu, **a.g.e.**, s. 74, 75. Yargıtay da satım sözleşmelerinde iki ihale arasındaki farkın müsbet zarar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. “Olayımızda davacı idare davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalmıştır. İşte bu iki fiyat arasındaki fark (iki ihale arasındaki fark) onun müsbet zararıdır. Davacının mamaleindeki,

için yaptığı masrafları talep etmesi halinde, kendisinin kısmi ifa sayesinde menfaatinin bir kısmını elde ettiği için, zaten bu masrafları yapmak zorunda olduğu gerekçesini barındıran itirazla karşılaşılabilir. Bu itiraz, alacaklının esas menfaatinin ifanın tamamının gereği gibi ifasına yönelik olduğu ve ifa edilmeyen bu kısım olmasaydı bu masrafları hiç yapmayacak olması gerekçesiyle bertaraf edilebilecektir. Somut olayın özelliklerine göre, bu masrafların bir bölümünün kısmi ifa için gerekli olması durumunda, bu masraflar hariç tutularak geri kalan olumlu zarar kapsamında istenebilecektir. Alacaklının ifa beklentisi ile yaptığı masraflar ifadesi alacaklının ifanın tamamının gereği gibi, zamanında ifa edileceği beklentisi içinde hareket etmesine yöneliktir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yapının (eserin) vadede tamamlanmaması nedeniyle teslim edilememesi neticesinde işsahibi başka bir yere kira ödemek zorunda kalırsa, vade tarihinden sonra muaccel olmak kaydıyla bu kira bedelleri de olumlu zarar kapsamında talep edilebilir²¹⁹.

3.4.1.2.2.2. Yoksun Kalınan Kâr

Alacaklının ifa edilmeyen edimin değeri ile yetinmesi her durumda beklenemez. Alacaklının ifa edilmeyen bakiye edimi kazanç getirecek şekilde tekrar değerlendirebilecek olması önem taşır, bu durumda ifa edilmeyen edim üzerinde tasarrufta bulunarak kazanç sağlasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum ile ifa etmeme sonucu malvarlığının içinde bulunduğu mevcut durum arasındaki farkın tazmin edilmesi sağlanarak, alacaklının ifa menfaati yerine getirilmelidir. Bu hususa ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında

sözleşme yerine getirilseydi, bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. Davacı idare, 18750 kg incir için davalıya 4757 lira ödeyecekken davalının edimini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru taciri 7.875 liradan almak zorunda kalmıştır; işte müspet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.”, Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (Kostakoğlu, a.g.e., s. 426-431). “Davacı, (...) teslim edilmeyen malzemenin ikinci ihale sonucunda daha yüksek fiyatla satın alındığını, bu yüzden zarara uğradığını ileri sürerek iki ihale bedeli arasındaki farkın tazminat olarak ödetilmesini istemiştir. Davacının bu isteğinin müsbet zarara ilişkin bulunduğu açıktır.”, Yargıtay 13. HD., 16.02.1999 tarihli, E. 1999/504, K. 1999/908 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Munzam zarar, borcun hiç veya kararlaştırılan sürede ifa edilmemesinden doğmaktadır. Bu özelliğinden dolayı da munzam zarar olumlu zarardır.”, Yargıtay 14. HD., 07.10.2008 tarihli, E. 2008/10043, K. 2008/11109 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²¹⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 191; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, a.g.e., N. 1595.

genel bilgilerin ele alınmasında kısmi temerrüde uyarlama, farklılık arz ettiği noktalarda ise detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir.

Yoksun kalınan kâr, zarar veren olay yani kısmi temerrüt gerçekleşmemiş olsaydı, alacaklının malvarlığında ortaya çıkacak artışı ifade etmektedir²²⁰. Alacaklının malvarlığının artma imkânının kaybı yoksun kalınan kâra yol açar²²¹. Yoksun kalınan kâr, malvarlığının aktif kısmının artmamasına ya da pasif kısmının azalmamasına engel olunmasından kaynaklanır²²².

Kısmi temerrüt halinde, alacaklı yoksun kalınan kârı ile ifa edilmemiş kısmı değerlendirme imkânını kaçırdığı için malvarlığında meydana gelemeyen artışın tazminini talep etmektedir. Bu değerlendirme iki şekilde olabilir. İlk olarak, değerlendirme imkânı sadece ifa edilmemiş bakiye edim için söz konusu olabilir. Alacaklı, ifasını elde edemediği bakiye edimi elde edeceği düşüncesi ile hareket ederek sadece o kısım üzerinde tasarrufta bulunarak kazanç sağlamak istemiş olabilir. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi sebebiyle, alacaklı bakiye kısmı elde edemediği için onu değerlendiremeyecek ve bu doğrultuda edinmesi kuvvetle muhtemel kazançtan yoksun kalacağı için bunun tazminini borçludan talep edebilecektir. Bir diğer durum ise, alacaklının üçüncü kişiyle akdettiği ya da akdetmeyi düşündüğü sözleşme açısından ifa edilmemiş edimin ifa edilmiş kısım ile birlikte bir bütün olarak anlam taşıması durumunda, alacaklının kısmi ifa nedeniyle elde edemediği kısım yüzünden edimin tamamının değerlendirilmesi imkânını kaçırmasıdır. Bu varsayımda, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme açısından edimlerin bütünlük teşkil etmesi gerekmemektedir, hatta alacaklının kısmi ifayı kabul edebilmesi açısından ayrıca kabul edilebilecek nitelikte olması uygundur. Ama alacaklının ifa edilmemiş bakiye kısmı da değerlendirmek üzere yapmış olduğu sözleşmede yer alan taraflar açısından hem ifa edilmiş hem ifa edilmemiş kısmın bir bütünlük arz etmesi ve ifa edilmeyen kısım olmaksızın bu sözleşmenin yapılmamış olacağının kabul edilmesi

²²⁰ Stanislas, **a.g.e.**, s. 40; Monod, **a.g.e.**, s. 163.

²²¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1284, 1285, 1684; Eren, **a.g.e.**, N. 1635, 3307; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 287 vd.

²²² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1285; Eren, **a.g.e.**, N. 1637, 3307; Peter Schlechtriem, Martin Schmidt-Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005, N. 276 (Ş. Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, On İki Levha, 2020, s. 85 dn. 363'ten naklen).

gerekmektedir. Bu durumda alacaklı, hem ifa edilmiş kısma ilişkin elde etmeyi düşündüğü kârı hem de ifa edilmemiş bakiye kısma ilişkin kârı elde edememiştir. Bu duruma borçlunun kısmi temerrüde düşmesi sebep olmuştur, borçlu ifa zamanında ve tam olarak ifa etmiş olsaydı, yapması kuvvetle muhtemel olan sözleşme ile edimin tamamını değerlendirerek amaçladığı kârı elde edecekti. Alacaklı, kısmi temerrüt nedeniyle edimin sadece bir kısmını elde etmiş olduğu için, yalnızca edimin tamamının bir anlam ifade ettiği sözleşmeyi akdetmesi veya buna uygun davranması mümkün olmayacaktır. Bundan dolayı, borçlu, alacaklının yoksun kaldığı kârı tazminle yükümlü olacaktır. Bir örnekle açıklanacak olursa; 2500 TL bedel karşılığında boya setinin, 1500 TL bedel karşılığında fırça setinin teslimi olmak üzere (A) ile (B) arasında satış sözleşmesi akdedilmiş olması ve (B)'nin ifa zamanında fırça setini teslim edip boya setini teslim etmemesi üzerine, (A)'nın bakiye edimi değerlendirme imkânını kaçıрма şekline göre (B)'den talep edeceği yoksun kaldığı kârın miktarı değişiklik gösterecektir.

İlk olarak, alacaklının sadece bakiye edimi değerlendirme imkânını yitirmesi açısından bir örnek gösterilecek olursa; (A), 1800 TL karşılığında fırça setini (C)'ye satması hususunda bir anlaşma yapacakken, (B)'nin teslim etmemesi üzerine bu sözleşmeden vazgeçilmesi durumunda, (A), $1800 \text{ TL} - 1500 \text{ TL} = 300 \text{ TL}$ tutarındaki yoksun kalınan kârını (B)'den talep edebilecektir.

Alacaklının bakiye edimi değerlendirme imkânının ifa edilmiş edimin kısmını da içermesini kapsayan bir örnek verilecek olursa; (A)'nın (D) ile 2700 TL karşılığında boya setini ve 1800 TL karşılığında fırça setini, ancak bir bütün olarak, set halinde, birlikte teslimini konu edinen bir satış sözleşmesini akdedecekken, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi üzerine fırça setini teslim edememesi nedeniyle, boya setini de tek başına teslim etmesinin bir anlamı olmaması dolayısıyla bu sözleşme yapılmamışsa, alacaklı (B)'den yoksun kaldığı kâr kapsamında $(2700 \text{ TL} - 2500 \text{ TL}) + (1800 \text{ TL} - 1500 \text{ TL}) = 200 \text{ TL} + 300 \text{ TL} = 500 \text{ TL}$ talep edecektir. Görülmektedir ki, borçlunun kısmi temerrüdü ile alacaklının bu yoksun kaldığı kârı illiyet bağı içinde olduğu için, borçlunun ifa edilmiş kısmının değerlendirilme imkânının kaçırılması da bu hesaplama katılmakta ve ifa edilmiş kısma ilişkin olan kârını da isteyebilmektedir.

Alacaklının, ifa zamanında edimin tamamı ifa edilmediği için yani kısmi temerrüt nedeniyle yoksun kaldığı kâr da bir zarar olup, gecikme ile uygun illiyet bağı içinde olduğu için olumlu zarar kapsamında talep edilebilmektedir²²³.

İfa zamanında edimin tamamı gerçekleştirilmiş olsaydı, alacaklının elde edebileceği parayla ölçülebilen tüm avantajlar kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının malvarlığının artmayan toplam miktarını oluşturmakta ve yoksun kalınan kâr olarak tazminata konu olmaktadır. Bu nedenle, alacaklının sağlamayı amaçladığı olumlu menfaatinin borçlunun eksik olarak yerine getirilmiş olan ediminin objektif değeriyle sınırlı olmadığı, haklı olarak, ifade edilmiştir. Bunun sonucunda da fiilî zararın yanında yoksun kalınan kârın da tazmin edilebilmesi mümkün olmaktadır²²⁴.

Kısmi temerrüt halinde ifa yerine olumlu zararın tazmini kapsamında talep edilebilecek yoksun kalınan kâra birkaç örnek vermek yerinde olacaktır. En sık karşılaşılan hal olan, kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının kaçırmış olduğu yararlanmaya ilişkin kayıplar, örneğin sözleşme konusunu değerlendirmeyi konu edinen sonraki satış veya sonraki kira sözleşmesi dolayısıyla elde edebileceği kazanç bu kapsamda ifade edilebilir²²⁵. Sözleşmenin kısmi ifa edilmemesi nedeniyle ihlâl edilmiş olması sonucunda, alacaklının bakiye edimi ya da ediminin tamamını değerlendirme fırsatını kaçırmış olması talep edilebilirlik açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır.

(A) ile (B), (B)'nin zeytinliğinde bulunan zeytinlerin tamamını 2000 TL karşılığında toplama hususunda anlaşmışlardır. (A)'nın sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanında zeytinlerin yalnızca $\frac{3}{4}$ 'ünü toplamış olması sonucunda, (B) $\frac{1}{4}$ zeytinini düşük fiyattan değerlendirmek zorunda kaldığında, (A)'nın kısmi ifada bulunması (B)'nin kârdan yoksun kalmasına yol açacağından, bu varsayım, yapma borcunun kısmi

²²³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29; Eren, **a.g.e.**, N. 1636. “...*müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.*”, Yargıtay HGK., 17.1.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 K. sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 426-431).

²²⁴ Niklaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Freiburg, Universitäts Verlag, 1999, s. 54, N. 151 (Gündüz, **a.g.e.**, s. 384 dn. 144'ten naklen).

²²⁵ Eren, **a.g.e.**, N. 3307; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191; Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin, 2012, s. 211, 260. Yargıtay 15. HD., 23.10.2003 tarihli, E. 2003/1873, K. 2003/4992 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

temerrüt konusu olması durumunda da yoksun kalınan kârın talep edilebileceğine bir örnek olarak gösterilebilir. Aynı doğrultuda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yapının bir bölümünün tesliminde kısmi temerrüde düşülmesi sebebiyle, iş sahibinin bu bağımsız bölümlere ilişkin uğrayacağı kira kaybı da olumlu zararın tazminine konu olabilecektir²²⁶.

Alacaklının işletmesindeki imalatın kısmi temerrüt yüzünden düşmesi, örneğin satın alınan makinaların bir kısmının teslim edilmemesi ve yerine yeni makinalar konuluncaya kadar işletmenin durdurulmasına bağlı olarak bu süre içerisinde elde edileceği varsayılan kârdan yoksunluk; alacaklının, üretim fabrikasında değerlendirmek için satın almış olduğu makinenin tesliminde gerçekleşen kısmi temerrüt nedeniyle iş yapamadığı için, üreteceği mallardan elde edeceği varsayılan kazancın kaybı anlamına gelip olumlu zararın tazmini konusu olacaktır²²⁷.

Kısmi temerrüt halinde, alacaklının olumlu zararının tazmini kapsamında talep edilebilecek yoksun kalınan kârın sık karşılaşılan örneklerine yer verilirken bunların sınırlı sayıda gösterilmediği unutulmamalıdır.

Alacaklının kârdan mahrumiyetine sebep olabilecek, borçlunun kısmi temerrüdü esnasında, yaşanacak edimin değerindeki değişiklikleri de bu kapsamda

²²⁶ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191. “Davacı arsa sahipleri yararına hüküm altına alınan 5.520.000.000 lira ise mahrum kalınan kira alacağıdır. Gecikmeden ötürü kira tazminatı ise müsbet zarar kapsamında kalır ve davacılar BK 106. maddesindeki seçimlik hakkını fesih doğrultusunda kullandığından talep edilemez.”, Yargıtay 15. HD., 23.10.2003 tarihli, 2003/1873 E., 2003/4992 K. sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**). Bununla birlikte, Yargıtay içtihadında görüş birliği bulunmadığından, olumlu zararın tazminini talep eden iş sahibinin kira tazminatı talep edemeyeceğine hükmedilmiş kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı: “...aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde, ayrıca gecikme-kira tazminatı istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Borçlar Kanunu’nun 106/II. maddesinde düzenlenen “... akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep...” etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi davacılarına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müspet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez. (Y. 15. H 18.3.1998, 1998/93 Esas ve 1998/1059 sayılı kararı)... Buna göre mahkemece yapılacak iş ... ve her halde kira tazminatı istenemeyeceğinden buna yönelik davanın reddine karar vermekten ibaret olmalıdır.”, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 373-377).

²²⁷ Tandoğan, **C. II**, s. 134; Eren, **a.g.e.**, N. 3307; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 208; Kurt, **a.g.e.**, s. 211, 260.

istenebilecektir²²⁸. Edimin değeriindeki azalma ve artış da alacaklının kâr mahrumiyetine sebep olabileceği gibi, etkileri farklı olacaktır. Örneğin, yeniden satarak değerlendirmeyi düşünerek borçlu ile satım sözleşmesi yapan alacaklı, bu fırsatı kaçırmışsa, teslim edilmemiş edimin (bakiye kısmın) değerinin artmış olması halinde, artan kısmı yoksun kalınan kâr kapsamında isteyebilecektir. Eğer kısmi temerrüt konusu edimin tamamının bir bütün olarak önemli olması sebebiyle değerlendirilme imkânı kaçırılmışsa, teslimi gerçekleştirilmiş kısım da dâhil olmak üzere edimin tamamındaki değer artışı dikkate alınarak yoksun kalınan kârın hesaplaması yapılmalıdır.

Borçlunun kısmi temerrüdü sürecinde, edimin değeri azalmış ise; bu eksilme, kâr mahrumiyetine yol açacağı için olumlu zararın tazmini kapsamında yer alacaktır. Bunun dayanağı, borçlunun ifayı zamanında ve tam olarak yerine getirmiş olsa alacaklıya sağlayacağı her türlü menfaati gecikme zararı kapsamında talep edebilecek olması ve kârdan yoksun kalmanın da bu menfaatlerden biri olmasıdır. Bu eksilmenin, yoksun kalınan kâr kapsamında borçludan talep edilebilmesinin şartı, ifa edilmeyen edimin değerinin kısmi temerrüt sürecinde meydana gelen fiyat düşüşü nedeniyle azalmış olması ve alacaklının ifa zamanında ve tamamen gerçekleştirilseydi o edimi hemen elinden çıkaracağını makul ve kabul edilebilir nitelikte olmasıdır²²⁹. Alacaklının edimi elinden çıkarması için öngörülen hemen kriteri, somut olayın şartları MK m. 2 hükmü çerçevesinde değerlendirilerek tespit edilmeli ve mümkün olan en kısa zaman olarak anlaşılmalıdır. Alacaklının, edimin tamamının ifası zamanında ve tam olarak gerçekleşeydi, bakiye edimi elinden hemen çıkaracağı ve değerlendireceği hususunda hâkimde kanaat uyandırılmalıdır.

Olumlu zarar talebinde bulunan alacaklı, elde edemediği edim kısmını (somut olayın özelliklerine göre, bazen sadece bu kısmını bazen de edimin tamamını) değerlendirmek amacıyla bu sözleşmeyi akdetmiş ve kısmi temerrüt nedeniyle

²²⁸ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 550; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1595.

²²⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 923, von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 144; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.**, N. 2673 (Gündüz, **a.g.e.**, s. 387 dn. 155 ve s. 388 dn. 156'ten naklen).

sözleşme ile ifa menfaatini sağlamak istediği edimi elde edememesi sebebiyle bu değerlendirmeyi gerçekleştiremediği için kârdan yoksun kalmış olmalıdır. Alacaklının kâr yani kazanç sağlayabilme yetisine sahip olması her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Tacir olmayan, nihai tüketici durumundaki alıcının işlerin olağan akışına göre kazanç sağlayacağı beklenemeyeceğinden; alacaklının tacir olmaması halinde, yoksun kalınan kârı talep etmesi mümkün değildir²³⁰. Tacirin kazanç sağlama niyeti bir karine olarak kabul edilmektedir. Hayatın olağan akışına göre; tacir alacaklının ifa edilmeyen edimi üçüncü kişiye tekrar satma, kiraya vermesi vb. yoluyla kendi faaliyet alanıyla ilgili olarak değerlendireceği ve bu sayede kazanç sağlayacağı kabul edilir. Borçlunun bu karinenin aksini ispat etmesi mümkündür. Bu doğrultuda alacaklı tacirin, malı kendi işletmesinde veya kişisel ihtiyacı için kullanmak amacıyla satın aldığını borçlu ispatlarsa, alacaklının kazanç sağlama niyeti olmadığı gerekçesi ile alacaklı yoksun kalınan kârı talep edemez²³¹. Yine bu doğrultuda, tüketicinin nihai kullanıcı olduğu tüketici sözleşmelerinde, kural olarak gelir elde etmesi mümkün olmadığından, tüketici işlemlerinde yoksun kalınan kârın talep edilmesi söz konusu olamaz²³².

Yoksun kalınan kârın talep edilebilmesi için, varsayımsal olarak yoksun kalınan kârı elde etme imkânının bulunması yeterli değildir, somut olayda da bu kazancı elde etme olasılığının bulunması gereklidir²³³. Başka bir ifadeyle, alacaklının kısmi temerrüt sebebiyle elde edemediği için değerlendirme fırsatını kaçırdığı bakiye edime ilişkin amaçladığı işlemleri yapacağının kuvvetle muhtemel olduğu kanaatini hâkimde uyandırmalıdır. Yoksun kalınan kâr, işlerin olağan akışına göre belirlenebileceği gibi, somut olaydaki özel hal ve şartlara göre gerçekleştirilebileceği olası görülen kazanç da bu kapsamda değerlendirmeye alınır²³⁴. Hatta somut olayda,

²³⁰ Ulrike Bardo, **Die abstrakte Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag**, Berlin, Duncker&Humbolt, 1989, s. 126, 127 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 132 dn. 182'den naklen).

²³¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924; Havutçu, **a.g.e.**, s. 132.

²³² Bekir Akıncı, **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Konya, Sayram Yayınları, 2014, s. 102.

²³³ Comment, **a.g.e.**, s. 124, 125; Albaş, **a.g.e.**, s. 209.

²³⁴ Alman Medeni Kanunu'nun 252. paragrafında bu durum açıkça hükme bağlanmıştır.

alacaklı kendisine zamanında teslim edilmeyen malı üçüncü kişiye satmış olması durumunda, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeyi kanıtlaması halinde yoksun kaldığı kârı somut duruma dayandıracağından, somut hesaplama yapılacaktır²³⁵. Borçlunun kısmi temerrüdü sürecinde, edimin değeri en yüksek değere ulaşmışsa, alacaklı bunu ispatlayarak yoksun kaldığı kârın bu bedel üzerinden hesaplanmasını talep edebilecektir²³⁶.

Somut olayda, alacaklının kendisine zamanında teslim edilmeyen malı üçüncü kişiye satmış olması durumunda, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeyi kanıtlaması halinde yoksun kaldığı kârı somut duruma dayandıracağından, somut hesaplama yapılacağı görüşüne²³⁷ katılmak mümkün değildir. Burada, yoksun kalınan kârın varlığının inceleneceği değerlendirme imkânı satım sözleşmesine indirgenerek ele alınmamalıdır. Her türlü sözleşme tipi sayesinde alacaklının ifa edilmeyen edimi değerlendirme fırsatının olduğu kabul edilmelidir. Alacaklının, ifa edilmemiş bakiye edimi değerlendirmek için bir sözleşme akdetmiş olması durumunda bunu ispatlaması yoksun kalınan kârını talep ederken faydalı olacaktır. Ancak burada yapmış olduğu sözleşme ikame işlem değildir, alacaklı bu sözleşmeyi elde edemediği bakiye kısmı sağlamak için yapmamıştır, bu edimi elde edeceği düşüncesi ile hareket ederek bu edimi değerlendirmek üzere yani malvarlığına bu edim sayesinde ek bir kazanç sağlama amacıyla bu sözleşmeyi akdetmiştir. Olumlu zararın hesaplanmasında kullanılan somut yöntem gerçekleştirilmiş bir sözleşmenin verilerinden yararlanmaya ilişkin olduğu için, burada da alacaklının üçüncü kişiyle akdetmiş olduğu sözleşmedeki bedelin yoksun kalınan kârın belirlenmesinde esas alınması nedeniyle benzerlik kurulabilir; ama Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri incelendiğinde somut yöntemin hesaplamada kullanılmasının belirleyici unsurunun, tazminat alacaklısının temerrüde konu elde edemediği edimi bir üçüncü kişiden temin etmesinin gerçekleşmesi olduğu görülmektedir. Oysa burada, böyle bir ikame işlem bulunmadığı

²³⁵ Havutçu, **a.g.e.**, s. 131.

²³⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 483; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 924; Önen, **a.g.e.**, s. 73. Hakimin, en yüksek değer üzerinden yoksun kalınan kârın hesaplanması hususunda karar verebilmesi için her somut olayın hal ve şartlarını değerlendirmesi gerekliliği hakkında bkz.: Oser, Schönerberger, **a.g.e.**, Art. 103, N. 5 (Gündüz, **a.g.e.**, s. 389 dn. 163'ten naklen).

²³⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 131.

için burada somut yöntemin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Alacaklının bu sözleşmeyi ispat etmesi, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında esas alınacak bir husustur, bir yöntemin uygulanmasına yönelik değildir.

Alacaklının elde edememiş olduğu bakiye edimin malın borsa değerinin veya piyasa fiyatının bulunması sebebiyle soyut yöntemin uygulanacağı görüşüne²³⁸ ise katılıyoruz. Yoksun kalınan kâr, bakiye edimin kısmi temerrüt nedeniyle elde edilmemesi yüzünden bir değerlendirme fırsatının kaçırılması durumunda ortaya çıkacağı için ispatı zor bir husustur. Hâkimde, değerlendirmeye ilişkin işlemin yapılmasının kuvvetle muhtemel olduğu hususunda kanaat yaratabilmek için, yoksun kalınan kârın ilişkili olduğu edimin borsa değeri veya piyasa fiyatı varsa bundan yararlanılacaktır. Ancak, alacaklının yoksun olduğu kâr miktarı bu değerden daha yüksekse bunu ispatlamak zorundadır; aksi durumda elde edebileceği yoksun olduğu kârın en üst sınırı bu olacaktır. Yoksun kalınan kâr, edimin ifa edilmiş olması üzerine üçüncü kişiyle sözleşme yaparak elde etmeyi amaçladığı kazancı ifade eder. Yoksun kalınan kârın tazminat kapsamında talep edildiği her durumda, her edim konusu için uygulanacak somut bir değer olmadığından, malın satılabileceği borsa veya piyasa fiyatı hesaplamada esas alınacaktır. Hangi tarihteki borsa veya piyasa fiyatının esas alınacağını belirlemek için alacaklının ifaya olduğu kadar ifanın zamanında gerçekleştirilmesine de menfaati olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Edim, zamanında ifa edilmelidir ki, alacaklı üçüncü kişiyle bu edimi değerlendirerek sözleşme yaparak bir kazanç elde edebilmelidir. Bu nedenle kısmi temerrüdün başlangıç tarihi dikkate alınır²³⁹.

Bir görüşe göre; yoksun kalınan kâr, ifa edilmeyen edimin değeriyle birlikte değil, onun yerine talep edilebilir²⁴⁰. Alacaklının, ifa edilmeyen edimin borsa veya piyasa değerini tazminat olarak elde etmesi durumunda, yoksun kalmış olduğu bir kâr

²³⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 128; Lemp, **a.g.e.**, s. 182; Bardo, **a.g.e.**, s. 128; Brigitte Keuk, **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, 1972, s. 183 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 132 dn. 185'ten naklen).

²³⁹ Comment, **a.g.e.**, s. 136; Bardo, **a.g.e.**, s. 131, karış.: Keuk, **a.g.e.**, s. 184 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 132 dn. 188'den naklen).

²⁴⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 123; Bardo, **a.g.e.**, s. 125 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 131 dn. 179'dan naklen).

söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle alacaklı ifa edilmeyen edimin değeri ile birlikte yoksun kalınan kârı talep edemez²⁴¹.

Bu görüşü savunanlar iki farklı açıdan yaklaşarak gerekçelendirme yapmaktadır²⁴². Bu gerekçelerden ilki; somut yönleme göre olumlu zararın hesaplanması durumunda, alacaklının ikame alım yapmak suretiyle satıcının ifa etmemiş olduğu bakiye edime kavuşmuş olduğu için, bunu satarak yine kâr elde edebilecek olmasıdır. Soyut yöntem açısından getirilen gerekçeye göre ise, alacaklının ikame işlem yapmamasına karşın, değerlendirilmediği için yoksun kalınan kâra yol açan ifa edilmeyen bakiye edimin borsa değerinin veya piyasa fiyatının bulunması durumunda, bu mal yerine piyasadan tedarik edebileceği başka bir mal ile amaçladığı kazancı sağlaması mümkün olduğu için, yoksun kaldığı kâr söz konusu olmayacaktır, zaten malın piyasa fiyatını veya borsa değerini tazminat olarak elde etmiş olacaktır, bu nedenle yoksun kaldığı kârın sebebi borçlunun ifa etmemesi değildir.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir, nedenleri her bir gerekçe ayrı ayrı değerlendirilerek ortaya konacaktır. İlk olarak, ikame işlemin sadece satış sözleşmesi olması üzerinden gerekçelendirme yapılmış olması eleştirilmelidir. Yoksun kalınan kâr her ne kadar parasal değer olduğu için sadece satış sözleşmesinde değerlendirilmesi söz konusu olabilecek gibi yorumlansa da bu satış değil kira sözleşmesi, vb. de olabilir, edimi değerlendirmesi için yapmayı arzuladığı sözleşmenin tipinin bir önemi bulunmamaktadır, yeter ki alacaklı bu sözleşme sayesinde parasal olarak malvarlığında artış sağlayabilsin. Yoksun kalınan kârın bir tanımına bakınca, kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının malvarlığının artmayan toplam miktarı olduğu ifade edildiği için, bunun doğal olarak ifa edilmeyen edimin değerini de içermesi gerektiği sonucu çıkmakla birlikte; esas ayırt edici nokta alacaklının ifa edilmemiş bakiye edimi değerlendirme fırsatını kaçırmaması sonucu elde etmeyi amaçladığı kârdan mahrum olmasıdır. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişiyle akdetmesi kuvvetle muhtemel olan sözleşmede bakiye edimin değerine ek bir değer katmış olmalı ki kâr etmesi söz

²⁴¹ Comment, **a.g.e.**, s. 125; Tandoğan, **C. I/1**, s. 147.

²⁴² Havutçu, **a.g.e.**, s. 130, 131; Keuk, **a.g.e.**, s. 184; Bardo, **a.g.e.**, s. 123 vd. (Şefika Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET001096.pdf>, s. 411 dn. 399'dan naklen).

konusu olabilsin. Bu doğal mantık doğrultusunda alacaklı, ifa edilmeyen edimin değeri ile birlikte doğası gereği yoksun kaldığı kârın tazminini talep edebilecektir.

İfa edilmeyen bakiye edimin değeri ile onu değerlendirmesi sonucunda elde etmeyi umduğu ama yoksun kaldığı kazancın iki farklı tazminat kalemi olması her iki gerekçelendirme açısından bu görüşe katılmadığımızın çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Alacaklının ikame işlem yaptığı durumda yoksun kalınan kârı isteyememe hususu değerlendirildiğinde; bakiye edimi bu yolla elde eden alacaklının bu malı satarak yine kâr edebilecek olması sonucu kabul edilemez. Alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye aykırı davranan borçlunun kısmi temerrüdü sebebiyle bu malı alacaklı başkasından ikame sözleşme yoluyla elde etmek zorunda kalmıştır. Alacaklı borçluyla akdettiği sözleşmenin ifasıyla menfaat elde edip daha sonra bundan kâr etmek için hareket etmektedir. Ama borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden menfaati zedelenmiştir. Bu durumda kendisinin ikame sözleşmeyle bakiye edimi elde etmesi durumunda yoksun kaldığı kârın söz konusu olmayacağını kabul hakkaniyete aykırı olacaktır. Borçlu gereği gibi hareket etmediği için, alacaklı kendi menfaatini sağlamak amacıyla doğal olarak başkasından satın alacaktır, eğer daha yüksek bedele alırsa bu fiilî zararını oluşturacak; borçlunun kısmi temerrüdü yüzünden elde edememiş olduğu bakiye edimi değerlendiremeyip kâr etme imkânını yitirirse bunu da talep edebilecektir. Bunlar iki farklı husustur, birbirine karıştırılmaması gerekir. Bakiye edimin ikame işlem ile elde edilmesi, hayatın olağan akışına uygundur; ikame işlem sayesinde elde ettiği bakiye edimi değerlendirmesi nedeniyle yoksun kaldığı kâr olmadığının kabulü halinde, borçlu kısmi temerrüde düşmesi durumunda alacaklının menfaatini sağlama imkânı adeta elinden alınmış olacaktır. Tacir alacaklının, kâr elde etmek için değerlendireceği malı tedarik etmek için yapmış olduğu bu sözleşmede borçlunun kısmi temerrüdü nedeniyle kâr elde etme fırsatını kaçırmamak için ikame sözleşme yapması hayatın olağan akışına uygundur, hareketsiz kalması beklenemez. Borçlu sebep olduğu, alacaklının bakiye edimi elde edememesinin sonucuna katlanmalıdır. Bunun sonucunda, alacaklı bu edimi değerlendirme imkânını yitirdiği için, bunu tazminle yükümlüdür. İlliyyet bağına bakılarak, mantık doğrultusunda bu sonuca varılmaktadır.

Kısmi temerrüt nedeniyle, alacaklının elde edemediği malın piyasa fiyatının ya da borsa değerinin bulunması sebebiyle bu değeri tazminat olarak alacağı için kârı elde etmiş olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği ve seçim hakkını kullandığı andaki borsa değerinin ya da piyasa fiyatının tazminat kapsamında elde edilmesi ifa edilmeyen edimin değerinin karşılığıdır, temerrüt nedeniyle alacaklının bu edimi değerlendirememesi nedeniyle elde etmekten mahrum kaldığı kazancı telafi edebilecek bir olgu olmayıp, bunlar da iki farklı husustur. Bu değerlerin elde edilebilecek en üst sınır olarak düşünülmesi mümkündür; ancak alacaklı bu tutarın üzerinde bir sözleşme akdettiğini veya bunu yapmış olma imkânını yitirdiğini ispat ederse, bunu yoksun kalınan kâr kapsamında talep edebilecektir.

Sonuç olarak yoksun kalınan kârın olumlu zarar kapsamında talep edebilmesi imkânı, alacaklı açısından sarsılmış menfaatinin başka bir kısmını telafi etmek için öngörülmüştür. İfa edilmeyen bakiye edimin değeri, alacaklının menfaati açısından telafi edilmesi gereken başka bir unsurdur. Bu nedenle, somut olayın şartları değerlendirildiğinde, olumlu zararın tazmini kapsamında ifa edilmeyen bakiye edimin değeri ile birlikte yoksun kalınan kâr da istenebilmelidir.

3.4.1.3. Olumlu Zararın Tazmini Talebinin Borçlunun Kusuru ile İlişkisi

3.4.1.3.1. Kusur Şartı

Olumlu zararın tazminine, hukuki niteliklerinin aynı olması gözetilerek, borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesinden kaynaklanan olumlu zararın tazminine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanır²⁴³. Her ne kadar TBK m.

²⁴³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 29; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1677; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 14; Eren, **a.g.e.**, N. 3497; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 15; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Havutçu, **a.g.e.**, s. 67; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1596. “Somut olayda, başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkânsızlaşan bir edim söz konusudur. Bu durumda mahkemece, davacının gerçek ve güncel olumlu zararının yukarıda açıklanan ilkelere göre bilirkişi marifetiyle araştırılıp tespit edildikten sonra, buna hükmedilmesi gerekir.”, Yargıtay HGK., 29.09.2010 tarihli, 2010/14-386 E., 2010/427 K. sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlâlinde, olumlu zararın giderimi söz

125/f.2 hükmünde öngörülmemiş olsa dahi, borçlunun kısmi temerrüde düşmede kusurunun olması, alacaklının olumlu zararını tazmin edebilmesi için şarttır²⁴⁴. Tazminat sorumluluğu için kusur sorumluluğu esas olduğundan ve kanun koyucunun istisnaları öngördüğü kanun düzenlemeleri arasında temerrüt hükümleri yer almadığından bu sonuca varılmaktadır²⁴⁵. Kanun, borçlu aleyhine kusur karinesi öngörmüştür; buna göre kusursuz olduğunu ve olumlu zararı tazmin etmekle yükümlü olmadığını iddia eden borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, bu iddiasını ispatlaması gerekmektedir²⁴⁶. Borçlunun kısmi temerrüdünün anlık bir sözleşme ihlali olmayıp bir borca aykırılık süreci oluşturması sebebiyle, mütemerit borçlu temerrüde düşmekte kusursuz olsa yani başlangıçta sorumlu olmasa bile sonradan kusurunun ortaya çıkması nedeniyle temerrüdün devam ettirilmesi bakımından sorumlu olabilecektir²⁴⁷. Bu doğrultuda, alacaklı borçluya yeniden süre vermeli ve süre bitiminde seçimlik hakkını kullanmalıdır.

Kısmi temerrüde, borçlunun kendisi değil de edimin ifasında yardımcısı sebep olmuşsa, borçlu TBK m. 116 hükmü gereği sahip olduğu sorumluluğundan ancak

konusu olur.", Yargıtay HGK., 05.07.2006 tarihli, 2006/13-499 E., 2006/507 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁴ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 31; Ramoni, **a.g.e.**, N. 73; Chavanne, **a.g.e.**, s. 77 §217; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1677; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, N. 3497; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 15; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1596.

²⁴⁵ Fransız hukukunda da aynı anlayış telafi edici tazminat açısından benimsenmiş olduğu ve nitelikleri birbirine benzediği için, olumlu zararın tazmininde de bu bilgilerden yararlanılması mümkündür. Kastın varlığı halinde borçlu sorumlu iken, ihmalde ağırlığına göre değerlendirilme yapılmaktadır. Bu doğrultuda, hafif ihmal ve dikkatsizlikten borçlu sorumlu tutulmamaktadır. Alacaklının borçlu ile sözleşmeyi yaparken bunları göze alması beklenir. Borcun kaynağı veya sözleşmenin türü ne olursa olsun bu kabul mevcuttur. Gaudemet, **a.g.e.**, s. 380.

²⁴⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 135; Ramoni, **a.g.e.**, N. 73; Chavanne, **a.g.e.**, s. 77 §218; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1677; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Eren, **a.g.e.**, N. 3497; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 15; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1596. "*Kusuru ile temerrüde düşen borçlu, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi ve izleyen maddeleri çerçevesinde alacaklının müsbet zararını tazminle sorumlu tutulur. Borçlunun, tazmin sorumluluğundan kurtulabilmesi için borçlu temerrüdüne düşmesinde kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir.*", Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 373-377).

²⁴⁷ Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Etilmesi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 190.

yardımcı kişinin fiili bakımından kendisine yüklenebilecek farazi bir kusurun bulunmadığını ispat ederek kurtulabilir²⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 125 hükmü düzenleyici nitelikte olduğundan, taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilecekleri gibi sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler²⁴⁹.

3.4.1.3.2. Borçlunun Temerrüde Düşmekte Kusursuz Olduğunu İspatlaması

Alacaklı aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiği ancak borçlunun kısmi temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat ettiği durumda, tazminat talebi hâkim tarafından reddedilecektir. Eğer tazminat talebi mübadele teorisine göre yapılmışsa, alacaklı kendi menfaatinin tamamını elde edemediği gibi, kendi karşı edim yükümünü gereği gibi yerine getirmeye zorunlu olacaktır²⁵⁰. Diğer yandan, hâkimin kusur derecesine göre indirim yapabilmesi imkânı da kendi edimini tam olarak ifa etmeye zorunlu olan alacaklının daha az tazminat elde edebilmesine yol açabilecektir. Alacaklı aleyhine gelişen ve sözleşmesel menfaat dengesini ciddi derecede sarsan bu durumların aşılabilmesi için doktrinde borçlunun temerrüdü nezdinde çeşitli çözümler ileri sürülmüştür. Bunlar arasından kısmi temerrüt açısından kabul edilebilecek olan, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi halinde, alacaklının vazgeçme beyanı ile bağlılığı devam ettiğinden alacaklıya tekrar seçim hakkına geri dönmesi imkânının tanınması ve böylelikle sözleşmeden dönebilmesidir²⁵¹. Bir diğer görüşe göre ise tazminat sorumluluğunun var olabilmesi için borçlunun kusurunun varlığı bir şart iken, borçlunun kusursuzluğuna rağmen alacaklının olumlu zararının tazminini talep etmesi, aslında var olmayan bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğundan hukuki durumda

²⁴⁸ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 31.

²⁴⁹ Engel, **a.g.e.**, s. 470 E; Eren, **a.g.e.**, N. 3499.

²⁵⁰ Kemal Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri, C. I**, Genişletilmiş 4. bs., İstanbul, 1987, s. 325, 326.

²⁵¹ Chavanne, **a.g.e.**, N 219 dn. 179; Ayan, **a.g.e.**, s. 296. Öz, bu durumda, alacaklının doğmamış bir hakkını seçmiş olacağını ve bu beyanın sözleşmeden dönme olarak yorumlanamaz ise hiçbir sonuç doğurmayacağını; bu halde alacaklının yeniden ek süre vererek sözleşmeden dönebileceğini ifade etmektedir. Bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 181, not 133.

bir değişiklik yaratmayacaktır. Bu nedenle sadece göstermelik bir hak kullanımı olduğundan, aynen ifayı talep hakkı ortadan kalkmış olmayacaktır. Dolasıyla, alacaklının aynen ifayı ya da sözleşmeden dönmeyi talep hakkı bulunmaktadır²⁵². Bu görüş, aynen ifadan vazgeçmenin olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme arasında seçim yapmanın bir ön şartı olmakla birlikte aynı zamanda bağımsız bir seçim olduğu için, alacaklının vazgeçme beyanını gerçekleştirmesi ile bağı olduğu ve bu beyanın hukuki durumda değişiklik yaptığı gerekçesiyle borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesinin alacaklının tazminat talebinin hukuki değişiklik yaratmamasına yol açtığının kabulünün mümkün olmadığı ileri sürölerek eleştirilmiştir. Bu eleştiri uyarınca, alacaklı aynen ifadan vazgeçerken borçlunun gerek olumlu gerek olumsuz zarar tazminatı sorumluluğundan kurtulma riskini de göze almış olması gerekmektedir²⁵³. Bu görüş de kısmi temerrüt açısından savunulabilir, kısmi ifa sayesinde sözleşmesel menfaatinin bir kısmını sağlayan alacaklı, bakiye kısmın aynen ifasından vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiği durumda, borçlu kusursuzluğunu ispat ederek bu sorumluluğundan kurtuluyorsa, kendisine aynen ifayı talep hakkının tanınması mümkün olmalıdır. Kısmi temerrüt halinde sözleşmeden dönme çok ağır bir çözüm iken, alacaklıya öncelikli olarak aynen ifanın talep edilebilmesi imkânı verilmelidir. Bu görüşün eleştirisindeki aynen ifanın bağımsız bir seçim hakkı olduğu ifadesine katılmakla birlikte, kısmi temerrüdün özellikleri dikkate alındığında sadece bunun bağımsız bir hak olduğu için alacaklının bununla bağı olduğu ve borçlunun sorumluluktan kurtulma riskine katlanması gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Kısmi temerrüt, temerrüt kadar ağır menfaat kaybına uğratan bir durum olmadığı için, sözleşmenin tarafları arasındaki bozulan menfaat dengesinin sağlanması açısından getirilecek çözümler de daha özellikli olmalıdır. Kısmi ifa sayesinde alacaklının menfaatinin bir kısmını elde etmiş olması, bunun toplam menfaatine oranı, çözüm önerileri belirlenirken dikkat edilmesi gereken unsurlardır. Borçlunun temerrüdü halindeki gibi elde edilmemiş bir değer olmadığı için, “yok” değer ya da “sıfır” değerin dikkate alınması söz konusu olmayacaktır.

²⁵² Havutçu, **a.g.e.**, s. 108; Ayan, **a.g.e.**, s. 296; Kurt, **a.g.e.**, s. 262.

²⁵³ Jean-Claude Werz, **Delay in Construction Contracts**, Freiburg, 1994, N 374 (Kurt, **a.g.e.**, s. 262 dn. 358’den naklen).

Aynen ifa ile bakiye kısmın tamamlanması mümkün olacaktır. Zira, borçlunun bakiye edimi geçerli, ifası mümkün ve muacceldir. Borçlunun temerrüdü halinde aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep edilmesi ile borçlunun kısmi temerrüdü halinde talep edilmesi farklıdır. Esas olarak, ilkinde alacaklı hiçbir menfaat elde etmeyip zarara uğramış iken, diğerinde menfaatinin bir kısmını elde etmiş olmasına rağmen zarara uğramış olması söz konusudur. Alacaklı, ifa zamanında ifa edilmeyen bakiye edimi başka yerden edinmiş ise veya kendi edimini başka türlü değerlendirme fırsatı bulmuşsa artık edimin aynen ifasına gerek duymadığı için aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmiş olabilir. Borçlu kusursuzluğunu ispat edip bu sorumluluğundan kurtulursa, alacaklıya aynen ifayı talep hakkını tanımamak için herhangi bir makul sebep yoktur. Alacaklı esas olarak, aynen ifaya konu olacak bakiye edim dâhil olmak üzere toplam edimi elde etme menfaati ile ilgili sözleşmeyi akdetmiştir. Kısmi ifa nedeniyle yalnızca bir kısmını elde etmiştir. Akabinde, kendi menfaatine daha iyi olacağını düşündüğü için aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmiştir. Ama borçlunun kusursuzluğunu ispatlayarak tazminat sorumluluğundan kurtulması neticesinde zedelenmiş menfaatini düzeltmesi mümkün olmamaktadır. Bunu telafi için kendisine yeniden aynen ifayı talep hakkı tanınmalıdır. Alacaklının, bir kez aynen ifadan vazgeçtiği için bir daha bu hakkı kullanamayacak olmasının kabulü hakkaniyete aykırılık oluşturacaktır. Aynen ifadan vazgeçme beyanı ile bağlı olması, alacaklıyı sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya yönlendirecektir. Borçlu temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispatladığı için, alacaklının olumsuz zararının tazminini talep etmesi de mümkün olmayacaktır. Kısmi temerrütte sözleşmeden dönme halinde kısmi dönme ve tam dönme söz konusu olabilir. Genel olarak ifade edilecek olursa, bu hakkın kullanılması ile, ya ifa edilmemiş kısma ilişkin olarak sözleşme hiç yapılmamış sayılacak ya da tamamen sözleşme hiç yapılmamış gibi olacaktır. Sözleşmeden dönmeyi tercih eden alacaklının iradesi kendi karşılık edimini ifa etmemektir. Oysa kısmi temerrüt sebebiyle menfaati zedelenen alacaklının iradesi, kendi karşılık edimini ifa etme yönündedir ve buna karşılık aynen ifayı istememekte olumlu zararının tazminini talep etmektedir. Olumlu zararının hesaplanmasında tercihinin göre kendi edimini ya aynen ya da bedel olarak ifa edecektir. Olumlu zararın tazminini talep ettiğinde alacaklının iradesi bu yönde iken, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi neticesinde sorumluluktan kurtulması

durumunda kendisine aynen ifayı talep hakkının tanınmaması neticesinde, uğradığı mağduriyeti gidermek isteyen alacaklının başvurabileceği tek seçenek, kendi iradesi doğrultusunda olmayan sözleşmeden dönmedir. Bu hususun kabul edilmesi mümkün değildir. Alacaklının iradesine uygun olarak, kendi edimini ifa edebileceği imkân olan, aynen ifayı talep hakkı tanınmalıdır. Aynen ifadan vazgeçme bir yenilik doğuran hak olduğu için geri alınamayacağı ileri sürülebilecek ise de, yenilik doğuran hakkın kullanılarak hukuki sonucun meydana gelmesinden sonra geri alınamayacağı²⁵⁴ ve burada her ne kadar alacaklı aynen ifayı talepten vazgeçip olumlu zararının tazmini talep etmiş ise de borçlu kusursuzluğunu ispatlamak suretiyle istenilen sonucun doğmasını bertaraf ettiği için hukuki sonuç meydana gelmediğinden alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanını geri alması mümkün olacaktır. Diğer bir çözüm önerisi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edim yükümünün kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona ermesi durumunda diğer tarafın da karşı edim yükümünün sona ermesini gerektiren TBK m. 136/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda alacaklının kendi karşı edim yükümünden kurtulmasıdır²⁵⁵. Bu çözüm önerisi, kısmi temerrüt açısından kabul edilemez; çünkü geçerli olan kısmi ifa sayesinde alacaklı kısmen menfaatini elde etmiştir ve buna denk gelen kendi karşı edimini ifa ile yükümlü olmaya devam etmektedir. Bu görüşün dayanağı ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 136/f.2 hükmüdür; oysa kısmi temerrütte ifasında gecikme yaşanan kısmın ifası mümkün olmalıdır, aksi takdirde kısmi temerrütten söz edilemez, bu nedenle ifa imkânsızlığından kaynaklanan bir görüşün savunulması mümkün olamaz. Kısmi temerrüt açısından kabul edilebilir başka bir çözüm önerisi ise, borçlunun kusuruna dayanan sorumluluğunun kapsamının, kendi ediminin değerini aşan kısımlardan oluşmasıdır. Bu görüş uyarınca, borçlunun edim yükümünün değeri oranında sorumluluğu kusur şartına bağlı olmaksızın var olmalıdır, ancak bu değeri aşan kısım için borçlu kusursuz olduğunu ispat edip sorumluluktan kurtulma imkânına sahip

²⁵⁴ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 569; Dural, Sarı, **a.g.e.**, N. 1059.

²⁵⁵ **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 24; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 949. Bu görüş, temerrüt hükümleri uygulanmak suretiyle çözüm bulunması mümkün iken ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasına başvurulmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Chavanne, **a.g.e.**, N 219 dn. 179.

olabilmelidir²⁵⁶. En son çözüm önerisi ise, alacaklıya sonraki ifayı talep edebilme hakkının tanınması veya yeniden süre vermesi imkânı verilerek, süre sonunda sözleşmeden dönebilmesinin sağlanmasıdır²⁵⁷. Türk hukuk sisteminde müeccel borçlar için temerrüt hükümlerine dayanılması imkânı bulunmadığı için bu son görüşü kısmi temerrüt açısından da değerlendirmek mümkün değildir.

Kanaatimizce, bu durumda alacaklıya, bakiye kısmın aynen ifasının talep edilebilmesine ve sözleşmeden dönmeye ilişkin seçim hakkı tanınmalıdır. Zaten kanun koyucu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklıya aynen ifanın yanına ek seçimlik haklar tanımıştır. Borçlunun kusursuz olması nedeniyle, alacaklının bu seçimlik haklardan birinden yararlanamayacak olması durumunda, ilk olarak o hakka başvurmamış olmasına rağmen yine de tercih edebilmesi imkânının tanınması, sözleşmesel menfaat dengesinin korunması bakımından yerinde olacaktır.

Bir görüşe göre; alacaklının fark teorisine göre tazminat talep etmesi ama borçlunun kusursuzluğu nedeniyle tazminat isteminin yerine getirilemeyecek olması durumunda, bu riske alacaklı katlanacaktır. Alacaklı kendi karşılık edimini ifa etmek istemediği için bu teoriyi seçmiş olduğundan, artık aynen ifa talebinde bulunması imkânı da kendisine tanınmaz. Kendi edimini yerine getirmeyecek olması, bu risk karşısında sözleşmeden dönme hakkını tanınmasını da gereksiz bırakmaktadır²⁵⁸. Ancak bu açıklamanın borçlunun temerrüdü açısından yapıldığı gözden kaçmamalıdır. Borçlu kendi edimini hiç ifa etmemiş ve alacaklı bu nedenle uğramış olduğu olumlu zararının tazmini isterken kendi karşılık edimini aynen ifadan kaçınmak için fark teorisini tercih etmiştir, ancak borçlu kusursuz olduğunu ispatlayarak tazminat sorumluluğundan bertaraf etmiştir ve alacaklı herhangi bir menfaat elde edememiştir. Bu mağduriyetinin giderilmesi amacıyla görüşler ileri sürülmektedir. Oysa alacaklı, kısmi temerrüt halinde, kısmi ifaya denk gelen kendi karşılık edimini her zaman ifa ile yükümlüdür, geri kalan kısma ilişkin kısmını aynen yerine getirmek istemediği için fark teorisini tercih etmiş ve kendi bakiye karşılık ediminin değerinin bedelini olumlu

²⁵⁶ Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 276; Ehrat, **a.g.e.**, s. 106 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 105 dn. 43'ten naklen)

²⁵⁷ Schenker, **a.g.e.**, s. 237 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 105 dn. 44'ten naklen)

²⁵⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 108.

zararın hesaplanmasında dikkate alınmasını talep etmiştir. Kısmi ifa sayesinde, alacaklı sözleşmenin ifa edilmesine ilişkin menfaatinin bir kısmını elde etmiştir, borçlu temerrüdündeki borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunda yaşadığı ağırlıkta bir zarara uğramayacaktır. Öte yandan kısmi temerrüt açısından, genel bir ifadeyle, karşılıklı menfaatlerin bir kısmının sağlanmış olması sebebiyle sözleşmeden dönme ağır ve daha az tercih edilebilecek bir sonuçtur. Tüm bu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, kısmi temerrütte sadece kendi bakiye edimini aynen ifadan kaçınmak için fark teorisini tercih eden alacaklıya, borçlunun kusursuz olduğunu ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulduğu varsayımında sözleşmeden dönme imkânının elinden alınmasının mantıki ve hukuki herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır. Alacaklının fark teorisini tercih ederek kendi bakiye karşılık edimini aynen ifadan vazgeçerek bedel olarak ifa etmek istemesi hak olarak tanınmakta iken, borçlunun kusur sorumluluğundan kurtulma imkânı onu adeta bir cezaya dönüştürmemelidir. Somut olayın özelliklerine göre, kısmi ifanın büyüklüğüne bakılarak sözleşmeden dönme imkânının tanınması hakkaniyete uygun olabilir. Tüm bu nedenlerle, bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Alacaklı, olumlu zararının tazmininin hesaplanmasında fark teorisinin uygulanmasını tercih ettiğinde, borçlunun sorumluluktan kaçınma riskine katlanmak zorunda değildir. Bakiye kısmın ifa edilmemesinden zedelenen menfaatini sağlamak için kendisine yeniden seçim hakkı tanınmalıdır. Bu doğrultuda, alacaklı bakiye kısmın aynen ifasını talep edebilecek ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

3.4.1.3.3. Borçlunun Kusur Derecesine Göre Tazminat Miktarında İndirim Yapılması

Borçlunun kusur derecesine göre tazminat miktarında indirim yapılması hususu dikkate alınarak ileri sürülen farklı görüşler bulunmaktadır. Olumlu zarar kapsamında, ifa edilmeyen kısım tutarında borçlunun kusursuz sorumluluğu olduğu, bu kısmı aşan miktar için borçlunun kusur sorumluluğunu kabul eden görüşe göre; asli edimin değeri oranında değişme olmayacağından tam değer tazmin edilecektir²⁵⁹.

²⁵⁹ Schenker, **a.g.e.**, s. 232-234 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 106, 108 dn. 48 ve 52'den naklen); Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 276 (Kurt, **a.g.e.**, s. 262 dn. 355'ten naklen).

Sadece gecikmeden doğan zararlara ilişkin olarak kusur aranması gerekmektedir, ifa edilmeyen değere karşılık gelen kısım için borçlunun kusuru gerekmemektedir. Bu nedenle, alacaklı kusursuz borçludan yalnızca ifa etmediği edimin değerini talep edebilecektir, gecikmeden kaynaklı zararlarının tazminini isteyemeyecektir. Kanun koyucunun ifa imkânsızlığı durumunda, ifa riskini alacaklıya yükleyip, kusursuz borçluyu alacaklıya taahhüt etmiş olduğu edimin tam değerine karşılık oluşturacak bir bedeli tazminat olarak ödemekle yükümlü tutmamışken, bu görüşün kabulü halinde kusursuz olarak temerrüde düşmesi durumunda ifa riskini borçluya yüklemiş olacağından iradesine aykırılık oluşturacağı ve bunun da kanun sistematığına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁶⁰.

Bu görüş, kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde, tazminata konu olanın bakiye edimin tam değeri olduğu görülmektedir. Eleştiriler kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde, burada geçerli ve ifası mümkün bir borç kısmen ifa edilmiş olduğu için ifa imkânsızlığı mantığına göre hareket edilemeyecek olması bu eleştirilerin yapılamayacak olmasına yol açar. Dolayısıyla ileri sürülen görüş, kısmi temerrüt kapsamında kabul edilebilir.

Diğer görüşe göre ise, somut olayda tazminatta yapılacak indirimin alacaklının elde edeceği menfaati etkilemesinin ağırlığına bakılmasını önerir. Buna göre, alacaklı uygulanacak bu indirim sonrası ifa edilmeyen edimin değeri oranında karşılık elde edebilecek ise tazminatta indirimde bir sakınca bulunmamaktadır. Alacaklı aynen ifa yerine edimin değerini elde ederek menfaatini sağlayacaktır. Eğer indirim miktarı alacaklının ifa edilmeyen edimin değerini elde etmesine imkân vermeyecek nitelikte ise, olumlu zararın tazmini talebinin varlığı ortadan kalkacağından; bu durumda olumlu zararın tazmini talebi geçerli olarak seçilmemiş sayılacak ve alacaklı aynen ifayı talep edebilecek veya süre vererek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁶¹. Bu doğrultudaki diğer görüşe göre ise, sadece alacaklının karşı ediminde indirim yapılması gerektiği savunulur²⁶². Menfaatler dengesinin sağlanması

²⁶⁰ Chavanne, **a.g.e.**, N 219 dn. 179.

²⁶¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 109; Schenker, **a.g.e.**, N 649 (Kurt, **a.g.e.**, s. 264 dn. 361'den naklen).

²⁶² Werz, **a.g.e.**, N 375 (Kurt, **a.g.e.**, s. 264 dn. 362'den naklen).

ve borçlunun temerrüde düşmesinin kazanç elde etmesi için bir araç olmasını engellemek için, alacaklının karşı ediminde (özellikle para borcu ise) indirim yapılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Yeniden aynen ifayı talep veya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasına gerek görülmemektedir. Hâkimin, tazminata konu olumlu zararın miktarına karar verirken, tarafların menfaatlerini adilane değerlendirmesi gerektirdiği için zaten ifa edilmeyen edimin değerinin altında bir belirleme yapılmasının mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir²⁶³. Kısmi temerrüt halinde, uygulanacak indirim miktarının etkisi belirlenirken, alacaklının taahhüt edilen edimin ifa edilmemiş, bakiye kısmının tam değerini elde edip edemeyeceği esas alınacaktır. Hâkim, alacaklının söz konusu bu değeri elde edemeyeceği sonucuna vardığında alacaklıya seçimlik hakkı verecektir. Alacaklı her ne kadar aynen ifayı ve sözleşmeden dönmeyi talep etme hususları arasında seçim yapmakta özgür ise de sözleşmeden dönme istisnai olarak başvurabileceği bir haktır. TMK m. 2, kısmi temerrütte sözleşmeden dönme hakkının kullanılma alanını daraltan, dengeleyici bir hüküm olarak varlığını sürdürmektedir.

3.4.1.4. Olumlu Zarar Tazminatının Hesaplanması

Olumlu zararın tazminine, hukuki niteliklerinin aynı olması gözetilerek, borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesinden kaynaklanan olumlu zararın tazminine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanır²⁶⁴. Bu hususa ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında genel bilgilerin ele alınmasında kısmi temerrüde uyarılama, farklılık arz ettiği noktalarda ise detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir. Zararın belirlenmesi ve hesaplanmasında,

²⁶³ Lemp, **a.g.e.**, s. 202; Werz, **a.g.e.**, N 375 (Kurt, **a.g.e.**, s. 364 dn. 363'ten naklen).

²⁶⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Eren, **a.g.e.**, N. 3497; “Somut olayda, başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkânsızlaşan bir edim söz konusudur. Bu durumda mahkemece, davacının gerçek ve güncel olumlu zararının yukarıda açıklanan ilkelere göre bilirkişi marifetiyle araştırılıp tespit edildikten sonra, buna hükmedilmesi gerekir.”, Yargıtay HGK., 29.09.2010 tarihli, E. 2010/14-386, K. 2010/427 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlâlinde, olumlu zararın giderimi söz konusu olur.”, Yargıtay HGK., 05.07.2006 tarihli, E. 2006/13-499, K. 2006/507 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

alacaklının vazgeçme beyanını borçluya bildirdiği tarih esas alınır²⁶⁵. Bu tarihin esas alınmasının sebebi, kısmi temerrüdün borca aykırılık oluşturması ve bu nedenle alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği ana kadar, kısmi temerrüt sebebiyle uğramış olduğu zarar dâhil ifa etmemenin sebep olduğu bütün zararların karşılanması gerektiği için, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği andaki olumlu zararının dikkate alınması zorunluluğudur. Vazgeçme beyanına gerek olmayan durumlarda, borçlunun kısmi temerrüdünün gerçekleştiği tarih esas alınır²⁶⁶. Kısmi temerrütten sonra, ancak alacaklının vazgeçme beyanından önce, edimin değeri yükselmişse, alacaklı sözleşme konusunu satarak değer artışından yararlanacağını ispat ederse, bu değer alacaklının olumlu zararı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Alacaklının vazgeçme beyanından sonra meydana gelen, edimin değerindeki değişimler dikkate alınmayacağından olumlu zararın miktarını etkilemeyecektir²⁶⁷.

Kısmi temerrüt nedeniyle tazmini talep edilecek olumlu zararın kapsamında yer alabilmesi için, edimin değerinin artışının edimin tamamına mı yoksa yalnızca ifa edilmemiş kısma ilişkin olarak mı gerçekleşmesi gerektiği sorusunun yanıtlanabilmesi için farklı açılardan ele alınarak incelenmesi gerekir. İncelemenin kapsamı, edim konusunun tek bir edimden veya aynı nitelikte birden fazla edimden ya da farklı nitelikte birden fazla edimden oluşması hallerine ilişkin olacaktır.

Bu doğrultuda, edim konusunun tek bir edimden oluşması durumu değerlendirilecek ilk husustur. Alacaklı ile borçlu arasındaki akdedilmiş geçerli bir satış sözleşmesi gereğince, kararlaştırılmış olan ifa zamanında, satıcının ifa etmekle

²⁶⁵ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 30; Comment, **a.g.e.**, s. 136; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1771; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 502; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 385; Eren, **a.g.e.**, N. 3498. “Müsbet zarar hesaplanırken, kaideten alacaklının ifadan vazgeçtiği an esas ittihaz edilir.”, Yargıtay 13. HD., 28.06.1985 tarihli, E. 1985/1899, K. 1985/4520 sayılı kararı, (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, İstanbul, 2002, s. 532). Bu tarihin belirlenmesinde ifa edilmeyen edimin değerinin tespiti ile diğer olumlu zarar kalemleri arasında bir ayırım yapılması gerekliliğine ilişkin görüş için bkz.: Ateş, **a.g.e.**, s. 229 vd.

²⁶⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 136; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962. “Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. (...) yanlar arasındaki sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür (BK. madde 107/3).”, Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 373-377).

²⁶⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 949, 950.

yükümlü olduğu 20 dalış fenerinin 15'ini teslim etmiş olduğu ve edim konusunun değerinin artmış olması nedeniyle alacaklının zararının doğmuş olması varsayımına dair bir örnek ile açıklanması yerinde olacaktır. Sözleşmede taahhüt edilmiş olan 20 adet dalış fenerinin teslimi borcu, aynı nitelikteki malların teslimini içeren tek bir edimin içeriğidir ve 15 dalış feneri yani geçerli olarak bir kısmı ifa edilmiştir, alacaklının aynen ifasından vazgeçtiği ama bu arada değer artışına uğramış kısım da aynı borcun bir parçasıdır. Edim konusunun bir kısmında değer artışı meydana gelmiştir. Borçlu, ifa zamanında, edimin tamamını yerine getirmiş olsaydı, alacaklı menfaatinin tam olarak elde edeceğinden, bu değer artışından yararlanacak ve zarara uğramayacaktı. Bu nedenle borçlu, alacaklının uğramış olduğu bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Sonuç olarak, taahhüt edilmiş borcun konusunun tek bir edimden oluşması durumunda, kısmi ifanın oranına bakılmaksızın, bakiye kısmın değerinin arttığı her durumda, alacaklının bu değer artışından yararlanacağını ispat edebilmesi şartıyla, bu değer olumlu zarar kapsamında istenebilecektir.

Kısmi temerrüde konu olan ve bünyesinde değer artışı gerçekleşen edimin birden fazla edimden oluşması durumu, bu edimlerin niteliğinin aynı veya farklı olmasına göre değişik sonuçlara yol açacak olması sebebiyle özellik arz etmektedir.

Edim konusunun aynı nitelikte birden fazla edimden oluşması halinde, ilk olarak kısmi ifanın hangi edimde veya edimlerde gerçekleştiğinin tespiti gerekir. Eğer kısmen ifa edilmiş olan tek bir edimde değer artışı gerçekleşmiş ise, edim konusunun tamamının ifa zamanında yerine getirilmesi halinde alacaklının ifaya olan menfaatinin tamamını elde edeceği için bu zarara uğramayacak olması sebebiyle, alacaklı bu değer artışından kaynaklanan zararının tazminini olumlu zararın kapsamında talep edilebilecektir.

Kısmi ifa birden fazla edimde gerçekleşmiş ise, değer artışının hangi edimlerde gerçekleştiği tespit edilmelidir. Bu olasılıkta, esasen, değer değişikliklerinin tamamı dikkate alınmalıdır. Somut olayda, değer artışları ile birlikte değer azalması da meydana gelmesi mümkündür. Değer artışının alacaklının zarara uğramasına yol açmasının olumlu zarar kapsamında talep edilebilmesine etkisi açısından inceleme yapılan bu anda, değer azalmasının zarara neden olmayabileceği ileri sürülebilecek ise

de bir örnek ile yapılacak açıklamada daha net anlaşılabileceği üzere, bu değer değişimini de dikkate almak gerekmektedir. Belirli bir bedel karşılığı, bir bütün teşkil eden farklı mallar olan 200 çerçeve ve 500 fırça setinin teslim edilmesinin edim konusu olduğu bir satış sözleşmesi örneğinde; sadece 120 çerçeve ve 200 fırça seti teslim edilmiş olması ve sadece çerçeve fiyatlarında bir değer artışı meydana gelmesi durumunda olumlu zararın talep edilebilmesi mümkün olacak mıdır? Borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin konusu, 200 çerçevenin teslimi ve 500 fırça setinin teslimidir, her iki edimin içeriğinin de ilgili malların zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu olması aynı nitelikte olduğunu göstermektedir. Aynı nitelikteki edimlerin bir bütün teşkil ediyor olması hususu odak noktasına alınarak düşünülmelidir. Edim bir bütün oluşturduğu içindir ki, satış konusu malların bir kısmının ifa edilmesi kısmi temerrüde yol açmaktadır. Kısmi temerrüt nedeniyle, alacaklının menfaatinin zedelenmiş olması, bir bütün teşkil eden edimin tamamının ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, alacaklının menfaatinin sağlanması için, değer artışının olumlu zararının kapsamında tazmin edilebilmesine ilişkin yapılacak değerlendirmede, edim bir bütün olarak esas alınmalıdır. Edim konusunu oluşturan ve kısmi ifanın gerçekleştiği edimlerde meydana gelen değer artışı yüzünden, alacaklının bu edimleri elde etmesi için ödemek zorunda kaldığı, sözleşmede kararlaştırılmış olan miktarı aşan bedelin tazmin edilmesinin söz konusu olduğu bu durumda, alacaklının olumlu zararı talep edebilmesi için zedelenmiş menfaatinin giderilmesi amaçlanmalıdır, değer artışı nedeniyle kâr elde edebilecek olması dikkate alınacak bir husus değildir. Bu dengenin titizlikle sağlanması gerekmektedir. Bu açıklamalara uygun olarak, teslim edilmemiş 80 çerçeveye ilişkin değer artışı olumlu zarar hesaplamasında dikkate alınacaktır; çünkü kısmi ifa nedeniyle ifa menfaatini sağlayamadığı 80 çerçeveyi elde etmek için, gerçekleşen değer artışı nedeniyle daha fazla bedel ödemek zorunda kalmıştır, değerinde farklılık olmayan 300 fırça setini elde etmek için fazla bedel ödemek zorunda kalmadığından bundan dolayı bir zararı da doğmamıştır. Eğer çerçevelerin değeri artarken, fırça setinin değeri düşmüşse ve bu nedenle bir bütün teşkil eden edimin değerinde herhangi bir farklılık meydana gelmemişse artık söz konusu değer artışı olumlu zarar kapsamında istenemeyecektir. Başka bir deyişle, aynı edim konusunu oluşturan farklı edimlerin her birinde meydana gelen değer değişimlerinin doğrudan edimin

konusunun değerini, ancak bir bütün halinde hesaplanırsa etkileyebilmesinin sonucunda alacaklının değer artışı nedeniyle uğramış olduğu bir zarar ortaya çıkabilir. Bu nedenle, edimin ifa edilmemiş kısmının içeriğinde yer alan kalemlerin her birinin değer tespiti yapılmalı ve bunun neticesinde alacaklının bakiye edimin tamamı nezdinde bir zarara uğrayıp uğramadığı belirlenmelidir. Bu hesaplama sonucunda alacaklının, edim konusunda yaşanan değer artışı nedeniyle bir zarara uğradığı tespit edilirse, bu miktar olumlu zarar kapsamında talep edilecektir.

Edim konusunu farklı nitelikteki birden fazla edimin oluşturduğu hal, son olarak inceleme konusu olacaktır. Farklı nitelikteki edimlerin her birinin kısmi temerrüde konu olabilecek nitelikte olması gerekmemektedir, kısmi ifasının gerçekleşebileceği tek bir edimin bulunması yeterli olacaktır. Zira burada önemli olan, farklı nitelikteki birden fazla edimin sözleşme amacı doğrultusunda tek bir edim konusu oluşturmasıdır. Bu incelemede, hukuki mantık çerçevesinde ve aşamalar doğrultusunda irdeleme yapılacaktır. İlk olarak, kısmi ifanın hangi edimde gerçekleştiği tespit edilir. Farklı nitelikteki edimlerden yalnızca bir tanesinde kısmi ifanın gerçekleştirilmiş olması durumunda, sözleşmenin geçerli olarak ifa edilmiş kısmının ayakta olması sebebiyle bu kısma ilişkin ifa menfaatini sağlamış olması nedeniyle, eğer değer artışı tamamen ifa edilmemiş bu edimin bakiye kısmında meydana gelmiş ise, olumlu zararın tazmini kapsamında talep edilebilecektir. Değer artışının, yalnızca sözleşmenin ifa edilmiş kısmında yer alan edimlere (birine, birkaçına veya tamamına) ilişkin olarak gerçekleşmesi durumunda, alacaklı bu kısma ilişkin menfaatini kısmi ifa sayesinde elde etmiş olacağı için, değer artışından zarar görmesi söz konusu olamayacağından bu değer artışını zarar olarak nitelendirip tazminini talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bu hususların dayanağını, aynen ifadan vazgeçen tazminat alacaklısının, borçlunun kısmi temerrüdü ile uygun illiyet bağı içinde olan, uğramış olduğu tüm zararları olumlu zarar kapsamında tazminini talep edebilmesi oluşturmaktadır.

Borçlunun, ediminin konusunu oluşturan farklı nitelikteki birden fazla edimi kısmen ifa etmesi durumunda, değer artışının olumlu zarar kapsamında talep edilebilmesi imkânı, kısmi temerrüdün özelliği dikkate alınarak, farklı açılardan değerlendirilmelidir. Kısmi temerrüdün gerçekleşmesiyle sözleşmenin ifa edilmiş ve

ifa edilmemiş kısmı olmak üzere adeta ikiye ayrılması çıkış noktasını oluşturacaktır. Bu olasılıkta edim konusunu oluşturan birden fazla edimde (ve hatta edimlerin tamamında), ifa zamanında kısmi ifanın gerçekleştirilmesi sebebiyle, alacaklı, zedelenmiş olan ifa menfaatinin, sağlanması için olumlu zararın tazminini talep etmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin ifası gerçekleşmiş kısmına ilişkin menfaatini sağlamış olması sebebiyle, alacaklı bu kısma ilişkin gerçekleşecek değer artışlarından bir zararının doğması söz konusu olamayacağı için tazminini talep edemeyecektir. İfa zamanında bu edimler tamamen ifa edilmiş olsaydı alacaklı ifaya olan menfaatini tam olarak sağlayacağı için, borçlunun ediminin ifa edilmemiş kısmına ilişkin gerçekleşen değer artışından dolayı bir zarara uğramayacak olduğundan, kısmi ifanın gerçekleşmiş olduğu bu durumda bakiye kısma ilişkin meydana gelmiş değer artışını olumlu zarar kapsamında tazminini talep edebilecektir.

Farklı nitelikteki edimlerin edim konusunu oluşturduğu ve birden fazla edimde (ve hatta edimlerin tamamında) kısmen ifanın gerçekleşmiş olması durumunda, kısmen ifa edilmemiş edimlerin değerlerinde meydana gelen artış ve azalmalar sonucunda ortaya çıkacak değişimin, olumlu zarar kapsamında talep edilmesinin mümkün olabilmesi için, sözleşmenin esası doğrultusunda inceleme yapmak gerekir. İfa edilmemiş ya da kısmen ifa edilmiş edimlerin değerindeki artışları talep edilebilmesi mümkün olan alacaklının, bu edimlerde yaşanacak değer azalmalarından bir zararı doğmayacağı için tazminini talep edemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak, alacaklı kendi edimi karşılığında bu edimleri elde etmek için bu sözleşmeyi akdetmiştir. Sözleşmesel dengenin temelinde alacaklı ve borçlunun karşı edimlerinin, kendi iradeleri doğrultusunda belirledikleri, değeri bulunmaktadır. Borçlunun edim konusunu oluşturan edimlerin değerinde yaşanacak değişimlerin, kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının ifa menfaati tam olarak sağlanmadığı için sarsılmış olan dengenin daha fazla bozulmasına sebebiyet vermemesi gerekir. Olumlu zararın tazmini imkânı da bozulan dengeyi düzeltmek için getirilmiş olduğundan, değer artışı nedeniyle alacaklının zarara uğraması halinde bu kapsamda tazminini talep edebilecektir. Bu doğrultuda, aralarındaki sözleşme uyarınca, borçlunun edimlerinin değerinin karşılığını alacaklının ediminin değeri oluşturduğu anlayışından yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Değer noktasından bakıldığında, borçlunun

edimin konusunun toplam değeri ile alacaklının edim konusunun değeri birbirine karşılık oluşturmaktadır. Bu nedenle, borçlunun edim konusunu oluşturan değerlerin toplamında meydana gelecek değişiklik sebebiyle alacaklının aleyhine bir durum ortaya çıkıyorsa, alacaklı değer dengesinin bozulmasından ötürü bu değer değişikliğinden kaynaklanan bir zarara uğramış olacağı için bunun tazminini talep edebilecektir. Bu doğrultuda, edim konusunu oluşturan her bir edimde meydana gelen değer değişimi tek tek hesaplanmalı ve bunun toplamının değerlendirilmesi sonucunda alacaklının ifa edilmemiş kısma ilişkin olarak değer artışından kaynaklanan bir zararının varlığı ve içeriği belirlenmelidir. Bu hesaplama sonucunda, edim konusunun değeri bir bütün olarak ele alınacağı için, eğer sözleşmede gözetilen dengede bir değişiklik meydana gelmediyse, edim konusu içeriğindeki edimlerde yaşanmış olan değer artışları tekil olarak olumlu zarar kapsamında talep edilemeyecektir.

Aynen ifadan vazgeçen alacaklı, eğer kısmi ifasını kabul etmiş olduğu edimin ancak tamamını elde etmesinin kendisi açısından anlam taşıdığını kabul ediyorsa, başka bir ifadeyle bakiye kısım ifa edilmezse, ifa edilmiş edimlerin kendisi için hiçbir anlamı bulunmayacaksa, kendi edimini ifa edecek ve olumlu zararının tazminini tüm sözleşmeye ilişkin olarak isteyebilecektir. Alacaklı elde etmiş olduğu edimleri, mümkün ise aynen, mümkün değilse parasal karşılığını ödemek suretiyle iade ederek olumlu zararının tazminini talep edebilecektir. Değer artışı bu açıdan incelendiğinde, alacaklının, ifaya ilişkin menfaatini hiç elde etmemiş olduğunu varsayarak hareket etmesi doğrultusunda, sözleşme hiç ifa edilmemiş gibi olumlu zararın tazminini talep edeceği için, ifa edilmiş kısma ilişkin olarak meydana gelen değer artışını da bu kapsamda da talep etmesi mümkün olacaktır. Alacaklı, kendi edimini ifa etmek istediği için aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep hakkını kullanmaktadır. Daha detaylı bakılacak olursa, alacaklı bu durumda, borçlunun ediminin ifasına olan menfaatini hiç sağlamadığı varsayımında hareket etmekte, bu doğrultuda elde etmiş olduğu edimleri iade etmektedir. Alacaklının tazminini talep ettiği olumlu zararı, kısmi temerrüt nedeniyle uğramış olduğu zarar olmakla beraber, sözleşmenin tamamına ilişkin olarak bu talepte bulunması halinde, edinmiş olduğu kısmi menfaatten vazgeçmekte, adeta onu hiç sağlamamış gibi bir durumdan ilerlemektedir. Bunun sonucunda, alacaklının kısmi menfaatini sağlamış olduğu edim konusunu iadesiyle

birlikte, bu değerler malvarlığından çıkmış olmaktadır, bu durumda edim konusunu oluşturan tüm edimlerdeki değer artışlarından dolayı zarara uğramış olacaktır. Kısmi menfaati kendisi için faydasız ve anlamsız olduğu için sözleşmenin tamamına ilişkin olarak tazminat talebinde bulunduğu için, kısmi menfaatini sağlayan edimlerle bağlantısını kesmektedir. Söz konusu bu edimler hiç ifa edilmemiş gibi sayılacağından, bunlarda meydana gelen değer artışları nedeniyle alacaklının zarara uğraması durumunda alacaklı bunların tazminini talep edebilecektir.

Alacaklı aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiğinde, hesaplama yapılırken öncelikle borçlunun ifa etmediği bakiye edimin değeri esas alınacaktır, yine bu kapsamda alacaklının, vazgeçme beyanına kadar meydana gelmiş, borçlunun ediminin bakiye kısmının ifasının gecikmesi ile arasında illiyet bağı bulunan zararları da istenebilecektir. Genel bir ifadeyle, olumlu zararın, ifa edilmemiş bakiye edimin değerine gecikmeden doğan zararlar eklenerek hesaplanacağı söylenebilir²⁶⁸. Bu sonuca, vazgeçme beyanı anına kadar doğmuş olan kısmi temerrüdün sonuçlarının bu andan sonra da saklı olacağı hususu yol açmaktadır²⁶⁹.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istemesi sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmedeği veya sözleşmesel ilişkiyi tasfiye sürecine döndürmeye yol açmadığı için, sözleşmenin ayakta kalmasının hem borçlunun hem alacaklının taahhüt etmiş oldukları edimlerin akıbeti açısından farklı etkileri bulunmaktadır. Öncelikle, mütemerrit borçlunun aynen ifa yükümlülüğü artık tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmüştür. Talep edilen olumlu zararın hesaplanması buna ilişkindir. Vazgeçme beyanına kadar borçlu bakiye kısmın aynen ifasını her zaman gerçekleştirebilecektir. Bu nedenle, olumlu zararın hesaplanmasında dikkate alınacak olan, ifa edilmeyen bakiye edimdir²⁷⁰. Kısmi temerrüdün varlığı, ifa edilmiş kısmın kabul edilebilir nitelikte olmasını gerektirdiği için, borçlu temerrüdünde kısmen ifa edilmiş edimin alacaklı açısından kullanılabilir nitelikte olup

²⁶⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 114, Eren, **a.g.e.**, N. 3495. Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/392, K. 1990/1 sayılı kararı (**Lexpera**).

²⁶⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1678; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, N. 3498.

²⁷⁰ Pierre Tercier, **Termes et Délais Dans La Construction**, Journées Suisses du Droit de la Construction 1995, Institut Pour Le Droit Suisse et International de la Construction, Fribourg, 1995, s. 13.

olmamasına göre hesaplamaya dâhil edilip edilmeyeceğine dair yapılan ayırım burada değerlendirme konusu olmayacaktır.

Sözleşme sona ermediğinden, alacaklının kendi karşı edimini ifa yükümlülüğü aynen devam etmektedir. Ancak, alacaklının olumlu zararın hesaplanmasında uygulanması söz konusu olan mübadele ve fark teorilerinden hangisini tercih edeceğine bağlı olarak ya kendi edimini aynen ifa edecek ya da kendi karşı ediminin değerinin hesaplanması gerekecektir (somut ve soyut yöntemler). Bu nedenle fark teorisi uygulanacak ise alacaklının karşı ediminin değeri hesaplamaya katılacak iken, mübadele teorisi uyarınca alacaklı kendi karşı edimini aynen ifa etmek zorunda olduğu için bunun bedel olarak tespit edilip olumlu zararın hesaplanmasına dâhil edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Alacaklının olumlu zararın hesaplanmasında hangi teoriyi tercih ettiğinin ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin ve gecikmeden kaynaklı zararların belirlenmesinin hesaplanmasında herhangi bir önemi bulunmamaktadır²⁷¹. Bu iki teori, alacaklının karşılık ediminin hesaplamada dikkat alınıp alınmayacağına ilişkindir.

3.4.1.4.1. İfa Edilmeyen Edimin Değerinin Hesaplanması

Olumlu zararın hesaplanmasında belirlenmesi gereken ilk unsur olan ifa edilmeyen edim değerinin ne olduğuna ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlar eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü nezdinde irdelenmiştir. Kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde, bu görüşlerin kabul edilebilir olduğu sonucuna varılmaktadır. Alacaklı, sözleşmede borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin bir kısmının ifası sayesinde buna ilişkin menfaatini elde ettiği için geri kalanına dair ifa edilmeyen edimin değerinin ne olduğu tespit edilecektir. Bir görüşe göre, bunun eserin tamamlanmış halinin değeri olduğu kabul edilmektedir²⁷². İnşaat sözleşmeleri bakımından bağımsız bölümlerin rayiç satış bedeli örnek olarak verilmektedir. Yargıtay'ın bu yönde kararları bulunmaktadır²⁷³. Bu hususun kısmi temerrüde

²⁷¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 115.

²⁷² Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 102; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 376.

²⁷³ “Alacaklının isteyebileceği müspet zarar tazminatının konusu ifadaki menfaatidir. Diğer bir anlatımla sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda elde edeceği

uyarlanması mümkündür. Teslim edilmemiş bağımsız bölümler açısından değerlendirmeye tâbi olacaktır. Diğer görüşe göre, temerrüde konu işin tamamlanması için gereken masraflar ifa edilmemiş edim değeri olarak kabul edilecektir. Tamamlanmış eserin değeri bu kapsamda yer almamaktadır; zira eser tamamlanınca zaten kendiliğinden eserin tamamlanmış halinin değerine sahip olacaktır²⁷⁴. Bu durumda işsahibi ifa edilmeyen edimin değerine karşılık, yükleniciden tamamlama giderlerinin tazmini kapsamında eseri tamamlamak için gerekli masrafların tümünü talep edebilir²⁷⁵. Bu görüş de kısmi temerrüt açısından kabul edilebilir; zira bakiye kısmın ifasının tamamlanması için gereken masraflar, doğası gereği olumlu zarar kapsamında talep edilebilecektir. Her iki görüşün de kabulünün mümkün olduğu ancak genelleme yapılmaması gerektiği ve somut duruma göre seçim yapılması gerektiğini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır²⁷⁶. Bu görüşe göre, ifa edilmeyen edimin değerinin ne anlama geldiğinin belirlenmesinde, bu değeri sağlamak için yapılması gerektiği düşünülen ikame işlemin ne olduğuna ilişkin kabulün bu görüşlerin farklılığına yol açtığı ifade edilmektedir. Bu görüş farklılıkları eser sözleşmesi odağında yapıldığı için, eser sözleşmesinin niteliği gözetilerek yorum yapılmıştır. Buna göre; ifa edilmeyen edimin değeri olarak piyasadaki rayiç bedel kabul edildiğinde, ikame işlemin her durumda satış sözleşmesi olduğu öngörülmüş olacaktır;

değerlerdir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu değer, davacı arsa sahiplerine devri taahhüt edilen dairelerin bitmiş haldeki rayiç bedelleridir.”, Yargıtay 23. HD., 05.12.2019 tarihli, E. 2016/4932, K. 2019/5121 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 19.11.2019 tarihli, E. 2019/1080, K. 2019/4676 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...Davacı BK’nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifadan vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir...”, Yargıtay 15. HD., 18.07.2005 tarihli, E. 2005/6922, K. 2005/4298 sayılı kararı, (Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2008, s. 710, 711); “Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan “ifa yerine geçen olumlu zararının” tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.1.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir.”, Yargıtay 15. HD., 14.10.2005 tarihli, E. 2005/5335, K. 2005/5448 sayılı kararı, (Kostakoğlu, **2015**, s. 373-377).

²⁷⁴ Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 191; Gümüş, **a.g.e.**, s. 77.

²⁷⁵ Bu hususun sözleşmeden dönme halinde talep edilebileceği zarardan farkı oluşturduğu yönünde bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 214. Sözleşmeden dönme durumunda, iş sahibi ancak eseri sözleşmede kararlaştırılan tutardan daha yüksek bir bedele yaptırmak zorunda kalırsa, yükleniciden masrafın ancak fazlalık oluşturan kısmını talep edebilir.

²⁷⁶ Kurt, **a.g.e.**, s. 267 vd.

oysa alacaklının (işsahibinin) üçüncü kişiye eseri tamamlatması veya imal ettirmesi mümkün olduğundan, ikame işlemi yine bir eser sözleşmesi niteliğinde olacağından bu görüşün her daim, bir kural olarak savunulması mümkün değildir. Bu görüşlerin daha farklı bir eleştirisi, inşaat sözleşmesinin farklı türleri ele alınarak yapılmıştır. Bu doğrultuda, ilk olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işsahibinin aynı zamanda arsa sahibi olmasından yola çıkılmıştır. Temerrüt konusu bağımsız bölümün rayiç bedeli hem arsa payının değeri hem de o bağımsız bölümün herhangi bir yükleniciye imal ettirilme veya tamamlatılma masraflarını kapsamaktadır. Sözleşmenin ifa edilip edilmemesinin, alacaklının (işsahibinin) kendisine kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere özgülenecek arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkına bir etkisi bulunmamaktadır. Alacaklının mülkiyetinde olan arsa paylarının değerine ilişkin temerrüt nedeniyle zedelenen bir menfaati söz konusu olmadığı için, alacaklı buna ilişkin değeri tazminat kapsamında talep edemez. Alacaklı bu değerlere ilişkin bir zarara uğramamış olduğu için tazminat olarak kendisine ödenmesinin herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın, bazı kararlarında²⁷⁷, işsahibinin söz konusu bağımsız bölümlerin rayiç bedellerini içeren olumsuz zararını talep edebilmesi için söz konusu bağımsız bölümlere özgülenmiş arsa paylarını yükleniciye devretmiş olmasını şart olarak kabul etmesi haklı olarak eleştirilmiştir. Bu yönde bir karar, bağımsız bölümlerin teslimindeki temerrüt nedeniyle menfaati zedelenen alacaklının, bunlara özgülenen arsa payları ile hukuki bağıni kesmekte ve dolayısıyla alacaklının (işsahibinin) bağımsız bölümlerin tamamlatılıp kendisinin faydalanmasının imkânını ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle, alacaklının iradesine aykırı ve menfaatini daha çok zedeleyen bir durum meydana gelmektedir. Eserin (yapının) yüklenicinin arsası üzerine yapılmasını konu edinen bir inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ve satış sözleşmesini bünyesinde barındıran bir bileşik sözleşme olup inşaatın tamamlanması ve akabinde yapının üzerinde bulunduğu arsa payının mülkiyetinin tapuda işsahibine devredilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, işsahibi

²⁷⁷ “...ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa olunmaması nedeniyle tazminat talep eden davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi gerekir. Zira davacı arsa sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına kavuşmuş olacaktır.”, Yargıtay 15. HD., 14.03.2008 tarihli, E. 2008/240, K. 2008/1632 sayılı kararı, (İzzet Karataş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet, 2009, s. 152, 153).

(alacaklı) ancak tamamlanmış yapının piyasadaki rayiç bedelini elde edince, ifa edilmeyen edimin değerini elde etmiş olacaktır. Sadece inşaatın tamamlanmış olması, alacaklının ifa edilmemesinden dolayı zedelenen menfaatini gidermeye yeterli değildir. İfa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesi için dikkate alınacak ikame işlem burada eser sözleşmesine konu olan nitelikte bir eseri satın almak olacaktır. İş sahibi, ifa edilmeyen edimin değerini ancak eserin tamamlanmış halinin piyasadaki rayiç bedelinin değeri kendisine verilirse elde etmiş olur.

Bu eleştirel görüşe dair açıklamalarda geçen yapı, inşaat ve bağımsız bölüm kavramları edimin bakiye kısmını oluşturanlar olarak ele alınıp değerlendirildiğinde borçlunun kısmi temerrüdü açısından tüm bilgilerin uyuştugu ve herhangi bir farklılık yaratacak bir etki bulunmadığı anlaşıldığından kısmi temerrüt açısından savunulabilir olmaktadır.

Sonuç olarak, ifa edilmeyen edimin değerinin ne anlama geldiği her ne kadar eser sözleşmesi nezdinde ele alınmış olsa da her tür sözleşme açısından bu farklı görüşlerin uygulanma alanı bulacağı, hesaplamaların nasıl olacağına dair açıklamalarla birlikte düşünüldüğünde daha iyi anlaşılacaktır. Kısmi temerrütte, ifa edilmeyen edimin değerinin bakiye edimin değeri olduğu hususu tartışmaya kapalıdır; ancak rayiç bedelin mi yoksa tamamlatma masraflarının mı isteneceği tartışmalı olabilir. Buna ilişkin bir kural koymak mümkün değildir, çünkü sözleşmenin türüne ve somut olayın özelliklerine göre alacaklının bakiye edimin değerini elde etmesi farklılık gösterebilir. İster rayiç bedel talep edilsin ister üçüncü bir kişiye imal ettirme veya tamamlatma masrafları talep edilsin, amaçlanan alacaklının bakiye kısmın ifasına ilişkin menfaatini sağlamasıdır. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı ve alacaklının ifa edilmeyen edimin yani bakiye edimin değerini tamamen elde edeceği yol seçilmelidir.

Olumlu zarar kapsamında, ifa edilmeyen bakiye edimin değeri, alacaklının tercihiyle göre somut veya soyut yöntem kullanılarak hesaplanacaktır²⁷⁸. Somut ve soyut yöntemler, TBK m. 213 ve 236. maddelerinde satış sözleşmesinde alıcının veya satıcının temerrüde düşmesi halinde, olumlu zararın tazmininde uygulanması için

²⁷⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 865.

öngörülmüştür. Bu hükümlere göre; bir taraf temerrüde düştüğünde, tazminat alacaklısı diğer taraf, borçlunun ediminin değeri ile kendi karşılık ediminin değeri arasındaki farkı olumlu zarar kapsamında talep edebilmektedir. Bu zararın hesaplanmasında kullanılacak yöntemler madde metinlerinde açıkça düzenlenmiştir. Satış sözleşmeleri bağlamında kanun koyucu tarafından öngörülmüş düzenlemeler, tüm sözleşme tipleri bakımından uygulanabilecektir. Burada öngörülen, hesaplama yapılırken uygulanacak teknik bir düzenleme olduğu ve bütünün bir kısmına da uygulanması halinde herhangi bir farklılık gerektirmeyeceği için, kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının olumlu zararının tazminini talep ettiği durumda da hesaplama, alacaklının tercihi uygun olarak, bu iki yöntemden birine göre yapılacaktır. Bu hususa ilişkin esaslar, doktrinde borçlu temerrüdü kapsamında açıklanmış olmakla birlikte, kısmi temerrüt halinde de genel olarak geçerli olacakları için, çalışma kapsamında genel bilgilerin ele alınmasında kısmi temerrüde uyarılma, farklılık arz ettiği noktalarda ise detaylı yorum yapılması tercih edilmiştir.

3.4.1.4.1.1. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması

Alacaklının bakiye edime ilişkin asgari ifa menfaatinin tespiti için öngörülen somut yöntemin uygulanmasında, ifa edilmeyen bakiye edimin konusuna uygun şey üçüncü kişiyle sözleşme yapılarak temin edildiği için, bu ikame işlemi için yapılan tedarik giderleri alacaklının asgari ifa menfaatini belirlerken esas alınır²⁷⁹. Bu kapsamda alacaklının dürüstlük kuralına göre ikame edim elde etmek için yapması gereken tüm masraflar dikkate alınır. Yeni bir sözleşme yapma amacıyla yapılan masraflar da yapılan ikame sözleşmesi için gerçekleştirilen masraflar gibi hesaba katılır²⁸⁰. Kanun koyucu taşınır satışlarında TBK m. 213/f.2 hükmü ile satıcının temerrüdünün ve TBK m. 236/f.2 hükmü ile alıcının temerrüdünün sonuçlarında bu yöntemi tercih etmiştir. TBK m. 213/f.2 hükmüne göre; “*satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre*

²⁷⁹ Keuk, **a.g.e.**, s. 109 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 115 dn. 82’den naklen).

²⁸⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 112, 114; Lemp, **a.g.e.**, s. 172 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 116 dn. 91’den naklen).

hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilecektir". TBK m. 236/f.2 hükmü uyarınca, taşınır satışında borçlu temerrüdünde satıcı, "*satış bedelini ödemedede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir*". Bu hükümlerde düzenlenmiş olan olumlu zararın bünyesinde ifa edilmeyen edimin değerinin tespitinde esas alınacak yöntemler somut (müşahhas) metod olarak ifade edilmektedir²⁸¹. Somut metod uygulanarak hesaplanan olumlu zararlar, somut (müşahhas) zarar olarak da adlandırılmaktadır²⁸². Bu hükümler her ne kadar borçlunun temerrüdü için düzenlenmiş ise de bünyesine uygun düştüğü için kısmi temerrüdün gerçekleştiği durumlarda da uygulanabilecektir. Bu kuralların fark teorisi gözetilerek düzenlenmiş olması, tazminat talebinin mübadele teorisine göre yapılmasına engel oluşturmaz²⁸³. Bu duruma, bu iki teorinin alacaklının kendi karşı ediminin olumlu zararın hesaplanmasına dâhil edilip edilmeyeceğine ilişkin olup, ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin hesaplanması ile herhangi bir ilgisi olmadığı yol açmaktadır.

Alacaklı bu yöntemi kullanarak olumlu zararının tazmini talebinde bulunabilmek için üçüncü kişiyle sözleşme yapmış olmalıdır, sözleşmenin yerine getirilmesi şart olmamakla birlikte ikame sözleşme gerçek olmalıdır, göstermelik olmamalıdır²⁸⁴. Başka bir ifadeyle, sözleşme geçerli olarak kurulmalı ve hüküm ifade etmelidir. Alacaklı dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmelidir. TMK m. 2 hükmü uyarınca gereken dikkat ve özeni göstererek uygun bir zamanda ikame sözleşme yapmalıdır. Bu nedenle keyfi hareket etme özgürlüğü TMK m. 2 hükmü ile sınırlandırılmıştır, bunun sonucunda ise aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirdikten uygun bir süre sonra veya istisnaen somut olayın gereklerine göre aynen ifadan

²⁸¹ Tandoğan, C. I/1, s. 140.

²⁸² Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 1311.

²⁸³ Schenker, a.g.e., s. 240 (Havutçu, a.g.e., s. 115 dn. 83'ten naklen).

²⁸⁴ Tandoğan, C. I/1, s. 136; Zarife Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara, 2002, s. 187.

vazgeçme beyanından önce ikame sözleşmeyi yapmalıdır²⁸⁵. Alacaklının bu sözleşmeyi yaparken taşıdığı amaç değil, bu ikame işlemin edimin ifa edilmemesi sonucu yapılmış olması önem taşımaktadır. Alacaklı edim ifa edilmiş olsa yine de bu sözleşmeyi yapacak idiyse ifa etmeme ile ikame sözleşme arasında illiyet bağı olmadığından artık bu işlem tazminat talebine dayanak olarak gösterilemeyecektir²⁸⁶. Alacaklının üçüncü kişiden elde ettiği edim, borçlunun taahhüt etmiş ama ifa etmemiş olduğu bakiye edimin niteliklerine uygun olmalıdır. Aksi halde, alacaklının dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilir ve bunun sonucunda makul ve dürüst bir alacaklının ikame işlem için yapacağı harcamalar tazminatın hesaplanmasında esas alınır²⁸⁷. Bu doğrultuda, alacaklı, aynı edimi ifa döneminde teslimin olduğu yerde sağlamalı veya elde etmelidir. Aynı yer kriteri sağlanamıyorsa, mümkün olan en yakın yerde teslim esas alınır. Aynı mal olmamakla birlikte, aynı özelliği sağlayacak benzer bir malı elde edebiliyor ise, örneğin aynı hizmeti veriyor ve aynı avantajları sağlıyor ise, bu satın almayı geçerli kabul etmek gerekir. Alacaklının teslim süresi sona erer ermez harekete geçmesi gerekir; geç hareket etmesi halinde borçlunun erken başvursa idi zararı azalmış olacağına ilişkin savunması ile karşı karşıya gelebilir²⁸⁸. Adil bir süre, somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir.

İfa edilmeyen bakiye edimin değeri, esas olarak, alacaklının bu değeri elde etmek için akdettiği ikame sözleşmede taahhüt ettiği bedel olmaktadır²⁸⁹. Edimin bakiye kısmının ifasının makul düzeydeki tamamlanmasına ilişkin tüm giderlerin tazmini gerektiğinden, ikame işlem masrafları kapsamı geniş tutulacak ve alacaklının bu yeni sözleşmeyi akdetmeye yönelik yeniden teklif hazırlama harcamaları, bu

²⁸⁵ Tandoğan, C. I/1, s. 135, 141. Borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin temin edilmesinin zorlaşacağının öngörülebildiği durumda, verilmiş olan süre dolmadan yapılmış olan ikame sözleşmenin dikkate alınabileceği hususunda bkz.: BGE 44 II 516.

²⁸⁶ Lemp, a.g.e., s. 172; Hans Rudolf Barth, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Zürich, 1957, s. 156 (Havutçu, a.g.e., s. 117 dn. 97 ve 98'den naklen).

²⁸⁷ Comment, a.g.e., s. 115; Tandoğan, C. I/1, s. 136; Şenocak, a.g.e., s. 187; İbrahim Kaplan, "Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları", **BATİDER**, C. XIII, 1985, s. 8, 9.

²⁸⁸ Comment, a.g.e., s. 114, 115.

²⁸⁹ Chavanne, a.g.e., N 217 dn. 175.

sözleşmenin kurulma masrafları gibi harcamalar da olumlu zarar hesaplamasına dâhil edilecektir²⁹⁰.

Kanun koyucu, iyiniyetli alacaklıyı korumaktadır. Alacaklı, ölçülü davranmalı ve borçluyu zarara uğratmamalıdır²⁹¹.

3.4.1.4.1.2. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması

Alacaklı aynen ifadan menfaat elde edemediği her durumda ikame bakiye edim tedarik edemeyebilir, böyle bir yükümlülüğü olmadığı gibi, kendisi de bunu istemeyebilir, bu durumda soyut yöntem tercih edilerek, alacaklının ifa menfaatinin belirlenmesi için ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin tespit edilmesi gerekecektir.

Alacaklının uğramış olduğu zarar belirlenirken ortaya çıkan zarar miktarı değil, gerçekleştiği varsayılan objektif zarar tespit edilecektir. Söz konusu soyut zarar, gerçekte alacaklının uğramış olduğu zarardan az veya çok olabilir²⁹². İfa edilmeyen bakiye edimin değerinin soyut yöntemle belirlenmesinde, kanunun öngörmüş olduğu objektif kriterler uygulanacaktır²⁹³.

Kanun koyucu taşınır satışlarında TBK m. 213/f.3 hükmü ile satıcının temerrüdünün ve TBK m. 236/f.3 hükmü ile alıcının temerrüdünün sonuçlarında bu yöntemi tercih etmiştir.

Kanun koyucu TBK m. 213/f.3 hükmüne göre; taşınır satışlarında satıcının temerrüdünde, “*satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini*

²⁹⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 112, 114; Lemp, **a.g.e.**, s. 172 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 116 dn. 91’den naklen); Werz, **a.g.e.**, N. 367 (Kurt, **a.g.e.**, s. 270 dn. 383’ten naklen).

²⁹¹ Comment, **a.g.e.**, s. 116.

²⁹² Comment, **a.g.e.**, s. 116; Havutçu, **a.g.e.**, s. 118.

²⁹³ Chavanne, **a.g.e.**, N. 217 dn. 175; CR-François Chaix, Du contrat d’entreprise, Art. 363-379, Luc Thévenoz, Franz Werro, Code des Obligations I, **Commentaire romand**, Genève-Bâle-Munich 2003, Art. 366, N 23; ZK-Theodor Bühler, **Der Werkvertrag, Art. 363-379, Zürcher Kommentar**, V2d, Zürich 1998, Art. 366, N 54; Schenker, **a.g.e.**, N 657 (Kurt, **a.g.e.**, s. 271 dn. 388’den naklen).

isteyebilir". Bu düzenlemeye göre, ifa edilmeyen bakiye edimin değeri, alıcının temerrüt konusu malın borsa veya piyasa fiyatını esas alarak yapacak olduğu varsayılan farazi ikame işlemiyle tespit edilmektedir. Alacaklının bizzat bir ikame sözleşme yapması gerekmemektedir.

Kanun koyucunun soyut yöntemin kullanılmasını tercih etmiş olduğu bir diğer hüküm olan TBK m. 236/f.3 hükmüne göre; taşınır satışında satıcının temerrüdünde, *"satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir"*. Bu hükümde, taşınır satışında, olumlu zararının tazmini kapsamında hesaplanması gereken ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin tespit edilebilmesi için, satıcının ikame sözleşme yapmasının gerekmediğini, temerrüt konusu malın borsa veya piyasa fiyatını esas alarak yapacak olduğu varsayılan farazi ikame işlemiyle bu tespitin yapılacağı düzenlenmiştir.

Her iki hüküm incelendiğinde, tazminat alacaklısının ikame işlem yapmasına gerek olmaksızın, ifa edilmeyen bakiye edimin borsada kayıtlı veya piyasa fiyatının olması sebebiyle ikame işlem yapmış gibi varsayılp, kendisine bu değeri olumlu zararı kapsamında talep edebilme imkânı tanınmıştır. Bu hükümlerde düzenlenmiş olan olumlu zararın bünyesinde ifa edilmeyen edimin değerinin tespitinde esas alınacak yöntemler soyut (mücerret) metod olarak ifade edilmektedir²⁹⁴. Soyut metod uygulanarak hesaplanan olumlu zararlar, soyut (mücerret) zarar olarak da adlandırılmaktadır²⁹⁵. Bu hükümler her ne kadar borçlunun temerrüdü için düzenlenmiş ise de bünyesine uygun düştüğü için kısmi temerrüdün gerçekleştiği durumlarda da uygulanabilecektir. Bu kuralların fark teorisi gözetilerek düzenlenmiş olması tazminat talebinin mübadele teorisine göre yapılmasına engel oluşturmaz²⁹⁶. Bu duruma, bu iki teorinin alacaklının kendi karşı ediminin olumlu zararın

²⁹⁴ Daepfen, **a.g.e.**, s. 192; Tandoğan, **C. I/1**, s. 141 vd.;

²⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1312.

²⁹⁶ Lemp, **a.g.e.**, s. 176; Schenker, **a.g.e.**, N 658 (Kurt, **a.g.e.**, s. 271 dn. 385'ten naklen).

hesaplanmasına dâhil edilip edilmeyeceğine ilişkin olup, ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin hesaplanması ile herhangi bir ilgisi olmadığı yol açmaktadır.

Sonuç olarak, soyut yöntemde ikame işlem farazi olarak belirlenmiş olur ve değeri piyasa ve borsadaki tekrar satılabileceği değil, piyasa ve borsada tedarik edilebileceği değer esas alınarak tespit edilir²⁹⁷.

Soyut yönteme göre hesaplama yapılırken, öncelikle edimin borsa veya piyasa fiyatının mevcut olması gerekir. Borsa fiyatı; *“tacirlerin belli zamanlarda paraya çevrilebilen belli mallar özellikle misli şeyler ve menkul kıymetler üzerinde alışveriş yaptıkları, kanunla özel şekilde örgütlenmiş pazarlarda serbest arz ve talebe göre oluşan fiyat”*tır. Piyasa fiyatı; *“belirli türde bir malın belirli bir ticari çevrede serbest arz ve talep kuralına göre oluşan fiyatı”*dır. Bu nitelikte bir fiyatın olmaması durumunda satılabileceği belli bir değer bulunması yeterlidir²⁹⁸. Dürüstlük kuralı uyarınca malın tedarik edilebileceği varsayılan en yakın yerdeki, borsa veya piyasa fiyatı esas alınır²⁹⁹.

Hesaplama yapılırken, somut yöntemde olduğu gibi alacaklının ifa talebinin ortadan kalktığı tarih esas alındığından; süre verilmesini gerektiren durumlarda aynen ifa talebinden vazgeçme beyanı tarihindeki, borsa ve piyasa fiyatı, eğer süre verilmesi beyanı vazgeçme beyanını da içeriyorsa, verilmiş olan sürenin sona erdiği tarihteki borsa ve piyasa fiyatı ifa edilmeyen bakiye edimin değerini oluşturacaktır³⁰⁰.

Söz konusu yöntem, hakkaniyet duygusu ile getirilmiştir, bu yöntemin uygulanabilmesi için malın, normal koşullarda yeniden satılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu hesaplamalarda, tacirin yeniden satabileceği bedel esas alınır. Somut olayın şartlarına göre, uygun olan en kısa zamanda satılacak olması önemlidir; bunun yanı sıra kuralı belirleyen, malın yeniden satılacağı yerdeki fiyatıdır³⁰¹.

²⁹⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 123 vd.

²⁹⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 124; Tandoğan, **C. I/1**, s. 142. BGE 105 II 87, BGE 65 II 173, 176.

²⁹⁹ Comment, **a.g.e.**, s. 121; Lemp, **a.g.e.**, s. 177 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 126 dn. 149’dan naklen).

³⁰⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 119; Lemp, **a.g.e.**, s. 177, Schenker, **a.g.e.**, s. 243 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 126 dn. 151’den naklen); Şenocak, **a.g.e.**, s. 188.

³⁰¹ Comment, **a.g.e.**, s. 124.

İfadan vazgeçildiği tarihteki borsa ve piyasa fiyatını ispat yükü alacaklıdadır³⁰².

Soyut metot, somut metottan bağımsız olduğundan, onun yokluğunda uygulanması gerekmemektedir, alacaklı dilediğine başvurabilir³⁰³.

Sonuç olarak, olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı somut veya soyut yöntemden dilediğini tercih edebilecektir. İkame işlem yapmış olması ya da borsa veya piyasa fiyatı olan bir malın var olması tercihine etki edemeyecektir. Başka bir deyişle, ikame işlem yapmış olması alacaklının somut yönetime göre hesaplama yapılmasını zorunlu kılmadığı gibi, borsa veya piyasa fiyatı olan bir mal olsa da ikame işlem yapma yolunu tercih edebilir³⁰⁴. Hatta, alacaklının ikame işlem yapma iradesi olmasa dahi, ifa edilmeyen bakiye edimin değerini soyut yönetime göre talep edebilecektir. Somut yöntem ve soyut yöntemin uygulama kolaylığı açısından belirgin farkı budur. Somut yönetime göre ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin hesaplanmasını talep edebilmek için alacaklının bir ikame işlem yapmış olması gerekmektedir, oysa soyut yönetime ilişkin alacaklının böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır³⁰⁵. Ancak alacaklı açısından birtakım sakıncalar ortaya çıkabilir. Alacaklının ikame işlemi yapmış olmasına rağmen, soyut yöntemi tercih etmesi durumunda, borçlunun alacaklının gerçek zararın daha az olduğunu kanıtlama imkânı vardır. Borçlu, ikame işlemi yapılması imkânı varken, alacaklı bunu tercih etmediği için alacaklının ikame işlemi yapsa idi zararın azaltılabileceğini ya da istisnaen alacaklının kendisinden beklenmesine rağmen bu ikame işlemini gerçekleştirmediğini kanıtlarsa, alacaklının ikame işleminin yapılmasında müterafık (birlikte) kusurunun bulunduğu kabul edilir³⁰⁶.

Olumlu zararın hesaplanmasında, soyut yöntemin uygulanmasının da mümkün olduğu durumda alacaklının somut yöntemi tercih etmesi sonucunda, ikame işlemin

³⁰² Comment, **a.g.e.**, s. 126; Barth, **a.g.e.**, s. 168 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 127 dn. 155'ten naklen).

³⁰³ Comment, **a.g.e.**, s. 122

³⁰⁴ Lemp, **a.g.e.**, s. 180, Voser, **a.g.e.**, s. 74 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 127 dn. 156 ve 157'den naklen anılan yazarlar).

³⁰⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 187, 188.

³⁰⁶ Lemp, **a.g.e.**, s. 181, Schenker, **a.g.e.**, s. 244 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 127 dn. 159'dan naklen).

yapıldığı ispat edilemediği için ifa edilmeyen bakiye edimin değerini elde edememesi durumunda soyut yönetime başvurabilme hakkı ortadan kaybolmamaktadır, alacaklı soyut yöntemin kullanılarak hesaplama yapılmasını talep edebilecektir. Hatta alacaklının bakiye edimin bir kısmı için ikame işlem yapmış ise bu kısım hakkında somut yönetime göre hesaplama yapılmasını talep edebilecekken kalanı için soyut yöntemin uygulanabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁰⁷.

İfa edilmeyen bakiye edimin değerinin hesaplanmasında tercih edilmesi söz konusu olan somut ve soyut yöntemler yalnızca alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda uygulama alanı bulacaktır, alacaklının sözleşmeden dönme ve buna bağlı olarak olumsuz zararının tazmini talep etmesi halinde bu yöntemlere başvurulması mümkün değildir³⁰⁸.

İfa edilmeyen bakiye edimin değerinin bu yöntemlere göre hesaplanan miktardan farklı olduğunun ispatlanması durumunda, ispat olunan zarar olumlu zarar olarak kabul edilecektir³⁰⁹. Gerçek zararın alacaklı veya borçlu tarafından ispat edilmesi mümkündür. Zararın gerçek değerinin, alacaklı soyut veya somut yönetime göre hesaplanan miktardan fazla olduğunu, borçlu ise soyut yöntem uyarınca belirlenen değerden daha az olduğunu ispat edebilecektir.

3.4.1.4.1.3. Borçlunun İfa Etmediği Bakiye Edimin Değerinin Somut veya Soyut Yöntemle Hesaplanamadığı Durumlar

Olumlu zararı oluşturan ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin somut veya somut yöntemler uygulanarak belirlenmesi mümkün değilse, genel hüküm olan TBK m. 114/f.2 hükmünün yollamasıyla TBK m. 50/f.2 hükmü uygulanarak belirleme yapılacaktır³¹⁰. Buna göre; ispat edilemeyen bakiye edimin değeri tam olarak ispat edilemediğinde, hâkim somut olayın özelliklerini değerlendirerek, olayların ve işlerin

³⁰⁷ Tandoğan, C. I/1, s. 147; Barth, a.g.e., s. 147 (Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 1316 dn. 1443'ten naklen).

³⁰⁸ Tandoğan, C. I/1, s. 147; Oğuzman, Öz, a.g.e., N. 1314.

³⁰⁹ Tandoğan, C. I/1, s. 147.

³¹⁰ Chavanne, a.g.e., N 217 dn. 175; Tandoğan, C. I/1, s. 147; Tekinay, v.d., a.g.e., s. 865.

olağan akışını ve tazminat alacaklısının aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

3.4.1.4.2. Gecikmeden Doğan Zararların Hesaplanması

Borçlunun kısmi temerrüde düştüğü tarihten itibaren meydana gelen ve bakiye edimin ifasındaki gecikmeden kaynaklanan zararlar, olumlu zararın kapsamında da istenebilecektir³¹¹. Hangi tarihe kadar meydana gelen gecikme zararlarının talep edilebileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Alacaklının ifa menfaatinin tam olarak sağlanacağı anı esas alan görüşe göre; bakiye edimin tamamlanması için gereken uygun sürenin sonuna kadar gerçekleşen tüm gecikme zararları tazminat konusu olacaktır. Bu sürenin sonunda bakiye edimin ifası sağlandığı için, alacaklının ifanın zamanında tam olarak gerçekleşmesine ilişkin menfaatinin tamamını elde etmesi mümkün olacaktır³¹². Bu görüş, ifa edilmeyen bakiye edimin sağlanması için gerekli sürenin sonuna kadar gerçekleşecek gecikme zararlarının talep edilebildiğinin kabulü ile kısmi temerrüt bakımından da savunulabilir. Ancak, kısmi temerrütte de olumlu zararın tazmininde yapılacak hesaplamada alacaklıya somut ve soyut yöntemler arasında seçim özgürlüğü tanınmışken, bu görüşün dayanağı olan, ikame sözleşmesi yapılarak bakiye edimin sağlanması zorunluluğu, alacaklının bu özgürlüğünü elinden almak anlamına geleceği ve bu hususun kabul edilemeyeceğinden bu görüşe katılmak mümkün değildir. İkame işlem yapma zorunluluğu olmayan alacaklı, bakiye edimin ifasının gerçekleşeceği makul ana kadar meydana gelen gecikme zararlarını talep edebilecek olamaz; çünkü zaten böyle bir anın tespiti mümkün değildir. Bir ikame sözleşme yoktur ki, o ifanın gerçekleştiği tarih tespit edilsin. Var olmayacak bir tarihin varsayımsal olarak kabul edilip hesaplamada esas alınması mümkün olmadığından bu görüş kabul edilemez.

³¹¹ Kısmi temerrüde uyarlayarak yer verdiğimiz bu bilginin borçlu temerrüdündeki uygulama için bkz.: Ayan, **a.g.e.**, s. 241; Elisabeth Glättli, Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen i zweiseitigen Verträgen, in: **SJZ** 93/1997, s. 197 (Kurt, **a.g.e.**, s.272 dn. 395'ten naklen).

³¹² Ayan, **a.g.e.**, s. 241; Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 102 dn. 92. Eser sözleşmesi örneğinde bu sürenin nasıl uygun nitelikte olacağı tanımlanmıştır. Uygun sürenin, temerrüt konusu işin tamamlanması için iş sahibinin işi yapabilecek nitelikte yeni bir yüklenici bulması ve bu işin tamamlanması için gereken elverişli zaman dilimlerinin toplanarak hesaplanması ile bulunacağı hususunda bkz.: Ayan, **a.g.e.**, s. 241.

Katıldığımız diğer görüşe göre; alacaklı, temerrüt tarihinden itibaren vazgeçme beyanında bulunduğu tarihe kadar meydana gelmiş tüm gecikme zararlarını isteyebilecektir. Bu sonuca, temerrüdün gerçekleştiği tarihten alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunduğu ana kadar doğmuş olan temerrüdün sonuçlarının bu andan sonra da saklı olacağı hususu yol açmaktadır³¹³. TBK m. 125 hükmünde düzenlenmiş olan gecikme zararlarının tazmini, aynen ifaya bağlı bir sonuç olduğu için aynen ifadan vazgeçildiği andan sonrası için talep edilemez³¹⁴. Borçlunun kısmi temerrüdü, alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını seçtiği anda sona erer ve bu tarihe kadar doğmuş olan gecikme zararları bu seçim hakkının kullanılmasıyla ortadan kalkmayacağı için bunları da talep edebilecektir. Alacaklının borçlunun kısmi temerrüde son verdiği an olan vazgeçme beyanının tarihi, istenebilecek gecikme tazminatı kapsamının belirlenmesi için esas alınacaktır.

3.4.1.4.3. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Hesaplanması

Alacaklı aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını talep ettiğinde, sözleşme ilişkisi sona ermediği için kendi karşı edimini ifa ile yükümlü olmaya devam edecektir³¹⁵. Bakiye kısma denk gelen kendi karşı edimini aynen ya da parasal karşılığı olarak ifa edecek olması ise alacaklının olumlu zararının hangi teori uyarınca hesaplanmasını talep ettiğine göre değişecektir. Alacaklı mübadele (değişim) teorisine göre olumlu zararının tazminini talep ettiğinde, alacaklı kendi karşı edimini aynen ifa ile yükümlü olacaktır. Olumlu zararın hesaplanmasında fark teorisinin seçilmesi durumunda, alacaklı kendi karşılık edimini aynen ifa yükümlülüğünden kurtulduğu için onun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekken, bu edimin değeri parasal karşılık olarak tespit edilip olumlu zararın belirlenmesinde hesaplama katılır. Bu değer, olumlu zarar tazminat alacağından mahsup edilir. Alacaklının karşılık ediminin konusunun para olması durumunda herhangi bir hesaplama gerek bulunmamaktadır;

³¹³ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, N. 3498; Gümüş, **a.g.e.**, s. 76, 77. Bu hususun olumlu zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair bkz.: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1678 dn. 1964.

³¹⁴ Kurt, **a.g.e.**, s. 273.

³¹⁵ Tercier, **a.g.e.**, N. 1316; Chavanne, **a.g.e.**, N. 216; Ramoni, **a.g.e.**, N. 74; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 14; Ateş, **a.g.e.**, s. 219.

çünkü zaten bu bedel esas alınıp, mahsup konusu olacaktır³¹⁶. Alacaklının karşılık ediminin konusunun para dışında başka bir şey olması durumunda, bu edimin değerinin tespiti için somut veya soyut yöntemlere göre hesaplama yapılması gerekmektedir. Alacaklı her iki yöntemden birini seçmekte özgürdür³¹⁷. Borçlunun ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin somut ve soyut yöntemlere göre belirlenmesine ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

3.4.1.4.3.1. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması

Borçlunun ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin somut yonteme göre belirlenmesine ilişkin açıklamalar, alacaklının bakiye kisma denk gelen karşılık ediminin değerinin belirlenmesi hakkında da geçerlidir. Dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı uygun süre içinde, kendisine en uygun teklifte bulunan üçüncü kişi ile ikame işlemi yapmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan ikame işlemi söz konusu ise, bu sözleşme dürüstlük kuralına uygun yapılmış olsa idi elde edilebilecek değer hesaplama esas alınacaktır³¹⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin yükleniciye devretmeyi taahhüt etmiş olduğu arsa paylarını daha pahalıya satma olanağına sahip olmasına rağmen dürüstlük kuralına aykırı olarak bu olanağı değerlendirmemesi, daha düşük teklifte bulunan kişi ile sözleşme yapması örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda alacaklının fiilen akdetmiş olduğu sözleşmedeki bedel değil, benzeri sözleşme dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olsa idi alacaklının elde edebileceği değer, karşı ediminin değeri olarak kabul edilecektir.

³¹⁶ “Davacılar aynen teslim yerine daire bedelinin ödetilmesine istediklerinden (...) Mahkemece yapılacak iş; davacılara verilmesi gereken 1, 2 ve 3 numaralı dairelerin amaca uygun kullanmaya elverişli duruma getirilmiş haliyle dava tarihindeki değerini saptama, bundan 23.1.1978 tarihli sözleşmenin 1. maddesinde yükleniciye verilmesi öngörülen 100.000 lira düşülmek, yine sözleşmede belirtilen teminat senetleri davalılara iade edilmek ve teminat ipotekleri de kaldırılmak suretiyle (...) dava konusu üç adet dairenin bedelinin ödetilmesine karar vermek olmalıdır.”, Yargıtay 15. HD., 28.03.1985 tarihli, E. 1984/4056, K. 1985/1056 sayılı kararı, (Kostakoğlu, 2008, s. 712, 713).

³¹⁷ Lemp, **a.g.e.**, s. 193; Bardo, **a.g.e.**, s. 153, 154 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 130 dn. 172’den naklen); Schenker, **a.g.e.**, N 688 (Kurt, **a.g.e.**, s.275 dn. 403’ten naklen).

³¹⁸ Lemp, **a.g.e.**, s. 190; Barth, **a.g.e.**, s. 176; Schenker, **a.g.e.**, s. 263; (Havutçu, **a.g.e.**, s. 129 dn. 167’den naklen).

3.4.1.4.3.2. Alacaklının Karşı Ediminin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması

Alacaklı, kendi karşılık edimi üzerinde henüz tasarruf etmemiş ve bir ikame sözleşme yapmamışsa, kendi ediminin değeri soyut yönteme göre hesaplanacaktır. Borçlunun ifa edilmeyen bakiye edimin değerinin soyut yönteme göre belirlenmesine ilişkin açıklamalar, alacaklının bakiye kısma denk gelen karşılık ediminin değerinin belirlenmesi hakkında da geçerlidir. Buna göre, alacaklının karşı ediminin değeri belirlenirken esas alınacak borsa veya piyasa fiyatı edimin tedarik edilebileceği fiyat değil, elden çıkarabileceği fiyattır³¹⁹. Alacaklının dürüstlük kuralına uygun olarak, üçüncü kişiyle yapacağı varsayılan bir ikame sözleşmesi gereğince elde edebileceği miktarın kendi karşı ediminin değerini oluşturduğu da ifade edilmektedir³²⁰. Alacaklının karşı ediminin değerinin mahsubu, aynen ifa talebinin sona erdiği yani aynen ifadan vazgeçme beyanının yapıldığı tarihteki borsa ve piyasa fiyatı esas alınarak yapılır³²¹.

Sonuç olarak, alacaklı somut veya soyut yöntemden dilediğini tercih edebilecektir. Alacaklının kendi edimi üzerinde üçüncü kişiyle ikame işlemi yapmış olması halinde soyut yöntemi tercih etmesi için herhangi bir engel bulunmamakla birlikte borçlunun somut değerini soyut değerden fazla olduğunu ileri sürme imkânı bulunmaktadır. Bazı durumlarda her ne kadar bir zorunluluk hali oluşturmaya da dürüstlük kuralı gereğince alacaklıdan somut yöntemi tercih etmesi beklenebilir³²². Borçlu, somut yöntemin tercih edilmiş olduğu durumda, ikame işleminin iyiniyetle yapılmadığını iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür³²³.

³¹⁹ Bardo, **a.g.e.**, s. 150 vd. (Havutçu, **a.g.e.**, s. 129 dn. 171'den naklen).

³²⁰ Schenker, **a.g.e.**, N 685 (Kurt, **a.g.e.**, s. 276 dn. 405'ten naklen).

³²¹ Lemp, **a.g.e.**, s. 193; Bardo, **a.g.e.**, s. 153, 154 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 130 dn. 172'den naklen).

³²² Barth, **a.g.e.**, s. 179; Lemp, **a.g.e.**, s. 197 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 130 dn. 174 ve 175'ten naklen).

³²³ Barth, **a.g.e.**, s. 180 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 130 dn. 176'dan naklen).

3.4.1.5. Alacaklının Borçlandığı Edimin Akıbeti

Alacaklı, kısmi temerrüt nedeniyle aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını talep ettiğinde, yalnızca borçlunun borcu içerik değiştirip bakiye edimi ifa yükümlülüğü yerini tazminat ödeme yükümlülüğü aldığı ve sözleşme ilişkisi sona ermediği için kendi karşı edimini ifa ile yükümlü olmaya devam edecektir³²⁴.

3.4.1.5.1. Alacaklının Karşı Edimini Aynen Yerine Getirmek Zorunda Olup Olmadığı Meselesi

Vazgeçme beyanında bulunan alacaklının, kendi karşı edim yükümünü yerine getirmek zorunda olup olmadığına ilişkin tartışma, doktrinde mübadele (değişim) ve fark teorileriyle savunulmaktadır.

Alacaklının aynen ifa yerine tazminat talebinde bulunması, sözleşmenin ifa edilmesi amacına hizmet eder, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi taraflarca istenilen bir sonuç değildir³²⁵. Sözleşme yürürlükte kalmakta iken temerrüde düşen borçlunun borcu içerik değiştirerek, tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmektedir³²⁶. Mübadele teorisini savunanlara göre, temerrüt konusu borcun aynen ifasından vazgeçmek sözleşme ilişkisini sona erdirmedeğinden, mütemerrit borçlu kendi edimini ifa yerine tazminat ödemekle yükümlü iken, alacaklının da kendi edimini yerine getirme veya yerine getirmeye hazırlıklı olma yükümlülüğü devam etmektedir³²⁷. Alacaklı kendi karşı edimini daha önce ifa etmiş ise, bu seçimlik hakka başvurduğunda daha önce ifa etmiş olduğu edimin iadesini borçludan talep edemeyecektir³²⁸. Mübadele teorisinde esas alınan, temerrüde düşen borçlu açısından

³²⁴ Tercier, **a.g.e.**, N. 1316; Chavanne, **a.g.e.**, N 216; Ramoni, **a.g.e.**, N. 74.

³²⁵ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1013; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 447; Secretan, **a.g.m.**, s. 239.

³²⁶ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 32; Guhl, **a.g.e.**, s. 172, 173; Tercier, **a.g.e.**, N 1316; Chavanne, **a.g.e.**, N 216; Ramoni, **a.g.e.**, N. 74.

³²⁷ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 32; Gauch, Schlupe, Tercier, **a.g.e.**, N. 1776; Guhl, **a.g.e.**, s. 172; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1013; Daepfen, **a.g.e.**, s. 200; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1597; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 950; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 192; Eren, **a.g.e.**, N. 3496; Aybay, **a.g.e.**, s. 150; Gümüş, **a.g.e.**, s. 407; Yargıtay 13. HD., 12.07.2004 tarihli, E. 2004/3108, K. 2004/11101 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

³²⁸ Birsen, **a.g.e.**, s. 516; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 503; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 950.

ifa etmemenin sözleşmenin ifa edilmemesi değil, yalnızca edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olduğudur. Bu nedenle alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğünün bertaraf edilmesi sözleşmenin ifasına olan menfaati ile ilgili olup amacı alacaklının edimin ifasına ilişkin menfaatinin karşılanması olan tazminat talebi ile bağdaşmaz. Borçlunun asli ediminin yerini alan tali edim yükümlülüğü ile alacaklının edimi arasındaki karşılıklı bağlılık devam ettiğinden alacaklı ifa yükümlülüğünden kaçamayacaktır³²⁹. Bu teoriye göre, borçlunun ödeyeceği tazminat ile alacaklının edimi değiş tokuş edileceğinden, alacaklının zararı sadece borçlunun ifa etmediği edim dikkate alınarak hesaplanacaktır³³⁰. Bu bağlamda, alacaklının kendi ediminin bölünebilir nitelikte olması gerekmemektedir.

Doktrinde ve uygulamada hâkim görüş olan fark teorisi, genel olarak, alacaklının kendi karşılık edimini yerine getirmemiş olması durumunda uygulanacak olup³³¹, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etmesi ile birlikte sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin yerini alacaklının tek taraflı tazminat talebinin aldığını ve sözleşme ilişkisinin adeta özel bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünü kabul eder³³². Bu nedenle, artık taraflar arasında son bulan edim yükümlülüklerinin karşılıklı bağlılığı söz konusu olamayacaktır. Alacaklı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulur ve alacaklının talep edeceği olumlu zarar, borçlunun ifa etmediği edimin değeri ve alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararları ile alacaklının kendisinde tutup alıkoyabileceği kendi karşı ediminin değeri arasındaki farktan ibaret olur³³³. Başka bir ifadeyle, alacaklı fark teorisini tercih ederek, taahhüt etmiş olduğu ediminin, borçlunun borcunun kısmen ifa edilmiş bölümüne denk gelen kısmı hariç olmak üzere, aynen koruyarak, bu edimin değerinin tespit edilip, olumlu

³²⁹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 78.

³³⁰ Guhl, **a.g.e.**, s. 173; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1776; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 447.

³³¹ Comment, **a.g.e.**, s. 113; Guhl, **a.g.e.**, s. 173; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1014; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1413.

³³² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 508; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. s. 1299; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, N. 3496; Havutçu, **a.g.e.**, s. 77. Fark teorisine dair, sınırlı ve mutlak ayrımı hususunda bkz.: Ateş, **a.g.e.**, s. 232.

³³³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 33; Comment, **a.g.e.**, s. 113; Tercier, **a.g.e.**, §1205; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1777; Daeppen, **a.g.e.**, s. 200; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1597; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 870; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §16 N. 12; Eren, **a.g.e.**, N. 3496; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 14; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1413.

zarar tazminatı alacağı miktarından mahsup edilmesini ve kalan farkın kendisine ödenmesini istemektedir. Her ne kadar borçlunun edimi tazminat borcuna dönüştüğü için para borcu niteliği taşısa da, karşı edim her zaman para borcu olmayacağı için burada farkın tespiti için yapılacak işlem mahsup işlemi olacaktır³³⁴. TBK m. 139 hükmüne göre, takas edilecek karşılıklı edimlerin özdeş nitelikte olması takasın şartlarından biri olduğundan burada takas işleminden bahsetmek mümkün olmayacağından tartışma konusu yapılamayacaktır. Fark teorisine göre; edimin kalan kısmı için olumlu zararın tazminini isteyebilmesi için, alacaklının kendi ediminin bölünebilir nitelikte olması gerekmektedir; çünkü borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin ifa edilmiş kısmına karşılık, alacaklının taahhüt etmiş olduğu edim kısmı bulunmalıdır³³⁵. Alacaklının kalan kısım için karşılık gelen taahhüt etmiş olduğu edim yükümünden kurtulması söz konusudur³³⁶. Tazminat alacaklısının kendi karşı edimini ifa etmiş olması durumunda, bunun iadesini talep edip edemeyeceğine dair doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; alacaklı TBK m. 136/f.2 hükmüne kıyasen sebepsiz zenginleşme kapsamında iade talep edebilecektir. İfasını gerçekleştirmiş olduğu edimin aynen iadesi mümkün değilse mübadele teorisi uygulanacaktır³³⁷. Edimin aynen iadesinin mümkün olmaması açısından, edimin aynen iade edilemez nitelikte olması veya ifasının sonradan imkânsız hale gelmesi herhangi bir fark yaratmamaktadır. Diğer görüşe göre; alacaklının ifası gerçekleşen karşı ediminin iadesinin mümkün kılınması halinde sözleşmeden dönme ile aynı sonuçlar ortaya çıkacağından, ayrı bir hak olarak olumlu zararın tazminini talep imkânının öngörülmesinin bir hukuki mantığı ve gereği kalmayacağından, ifa edilmiş karşı edimin iadesi kabul edilemez³³⁸. Alacaklının kabul etmiş olduğu kısmi ifaya denk gelen karşı edimini yerine getirme yükümlülüğü devam etmektedir³³⁹.

³³⁴ Eren, **a.g.e.**, N. 3496; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 14; Gauch, Schluep, **Band II**, N 2779 (Kurt, **a.g.e.**, s. 277 dn. 411'den naklen).

³³⁵ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1014.

³³⁶ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1014.

³³⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1306; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §16 N. 13.

³³⁸ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 870.

³³⁹ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1014.

Bir görüşe³⁴⁰ göre ise, alacaklının aynen ifadan vazgeçip tazminat talebinde bulunması durumunda, kendi bölünemeyen edimini yerine getirmekle yükümlü tutulamaz; ancak alacaklı kabul ettiği kısmi ifanın bedelini ödemek suretiyle, fark teorisine göre tazminat talebinde bulunabilir. Bu kurala, alacaklının kabul etmiş olduğu kısmi ifanın, edimin büyük bir kısmını kapsaması hali bir istisna oluşturur. Bu durumda, dürüstlük kuralı uyarınca mübadele teorisine göre tazminat talep edilmesi mümkün olacaktır. Eğer karşı edimin değerinin tamamı verilirse, alacaklı ayrıca zarar talebinde bulunamayacaktır. Bu da göstermektedir ki, alacaklının alabileceği maksimum tutar karşı edim miktarı ile sınırlıdır³⁴¹.

Mübadele ve fark teorisinin uygulama alanına ilişkin fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre, fark teorisi ancak alacaklının karşı ediminin konusu para ise veya alacaklı, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşme konusunu paraya dönüştürmüş ise uygulanır³⁴². Borçlunun tazminat ödeme borcu ile alacaklının para borcunun takas edilmesini esas alan bu görüşe göre; TBK m. 139 hükmünde, takas koşullarından biri, takas edilecek karşılıklı edimlerin özdeş nitelikte olmasıdır, buna göre; tazminat ödeme borcu para borcu niteliğinde olduğundan, bunun karşı ediminin de para borcu niteliğinde olması veya para borcuna dönüştürülmüş olması gerekir. Olumlu zararın hesaplanması için yapılan mahsup işleminin takas niteliği taşımadığı da savunulmaktadır³⁴³. Buna göre, alacaklının karşı edimi ile borçlunun tazminat ödeme borcunun mahsubu, tazminatın kapsamıyla ilgilidir. Mübadele teorisi uygulandığında, hem alacaklının aynen ifa ile yükümlü olduğu karşı edim hem de borçlunun asli ediminin dönüştüğü tazminat borcu para borcu olduğundan, taraflardan biri takas beyanında bulunursa bu iki borç, aradaki fark doğrultusunda tek borca inmiş olacaktır³⁴⁴. Tek borca dönüşmesinden ötürü fark teorisindeki sonuçla benzerlik taşıdığı kabul edildiğinden artık hangi teorinin seçildiğinin öneminin olmadığı

³⁴⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972.

³⁴¹ Comment, **a.g.e.**, s. 113.

³⁴² Guhl, **a.g.e.**, s. 173; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1779; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 950; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 755.

³⁴³ Eren, **a.g.e.**, N. 3496.

³⁴⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1307.

söylenmektedir³⁴⁵. Fark teorisinde, alacaklı kendi edimini koruma amacı taşıdığı için aynen ifası yerine değerinin tespit edilmesini isteyip olumlu zarar tazminatının hesaplanmasına katılmasını istemektedir. Alacaklının kendi karşılık ediminin değerinin, olumlu zarar alacağından mahsup yoluyla düşürülmesi yoluyla tazminat miktarı tespit edilir. Burada gerçekleştirilen, hesaplama teknik bir işlemdir. Oysa, mübadele teorisinde, taraflardan birinin takas beyanı sonucunda gerçekleştirilen bir hukuki işlemdir. Her ne kadar, sonuçları benzese de her iki işlem nitelik olarak farklıdır. Her iki teorinin tercih edilmesi durumunda da uygulanacak işlem aynı matematik işlemi olduğundan ve karşılıklı para edimlerinin arasındaki farkın tespit edilmesi sonucunu elde etmek için yapıldığından, pratik açıdan hangi teorinin seçildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

Fark teorisinin, alacaklının kendi edimini ifa etmemiş olduğu her halde uygulanabileceği de kabul edilmektedir³⁴⁶.

Her ne kadar hukukumuzda, sadece muaccel borçlar için temerrüt hükümlerine dayanılarak tazminat talep edilmesi mümkün ise de İsviçre hukukunda, müccel borçlar için alacaklının sözleşmenin devamında yerine getireceği edimlerin bulunması halinde, sadece fark teorisine göre tazminat talep edebileceği ve bu tazminat talebinin bir sonraki vadeye kadar yerine getirilmesi gereken borçlunun edimi ile kendi karşı müccel ediminin değeri arasındaki farkı kapsadığı kabul edilmektedir³⁴⁷. CO 107/f.2 hükmünün amacı, sözleşmeyi ve bununla birlikte temerrüdü sona erdirmek olduğu için mübadele teorisinin bu hususta kabul edilmesi düşünülemez. Aksi halde, bir yandan alacaklının borçlunun gelecekteki bütün edimlerinden vazgeçecek olması ile diğer yandan kendi ediminin ifasını takip etmek zorunda kalmasının bağdaşmaması nedeniyle bu sonuç kabul edilmiştir³⁴⁸. Alacaklının vazgeçmiş olduğu kısmi ifaya denk gelen, kendi karşılık edimini yerine getirmesi durumunda fark teorisine göre tazminat talep edemeyeceği ileri sürülmektedir; zira bu seçenek, alacaklıya kendi karşılık

³⁴⁵ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1601; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §16 N. 12; Havutçu, **a.g.e.**, s. 88; Ateş, **a.g.e.**, s. 234.

³⁴⁶ Guhl, **a.g.e.**, s. 174; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1598.

³⁴⁷ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1015.

³⁴⁸ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1017.

edimini tamamen ifa etmemesini sağlamakla birlikte, yerine getirilmiş olan bir edimin iadesine izin vermez³⁴⁹. Bu durum, alacaklı için avantajlı bir durum sağlamayacağından tercih edilmesi beklenilmeyecektir. Alacaklının vazgeçmiş olduğu kısmi ifaya denk gelen, kendi karşılık edimini yerine getirmesi durumunda mübadele teorisi de sınırlı olarak uygulanacaktır; çünkü, CO 107/f.2 hükmü, alacaklının borçlunun taahhüt etmiş olduğu bütün edimlerin değerinin toplamını derhâl elde etmesini amaçlamaktadır; ama bu husus borçlu açısından çok sıkıntılı, çok dezavantajlı bir durum yaratmaktadır; çünkü borçlunun birbirini takip eden şekilde ödemesi gereken miktarları bir seferde ödemesine yol açacaktır ve böylelikle de alacaklı, sözleşmenin devamını isterken, sözleşmenin sonunda elde edeceği menfaate tazminat isteme yoluyla birden kavuşacaktır. O zaman burada, mübadele teorisini sınırlı bir şekilde, ancak bir sonraki vadeye kadar olan menfaatine ilişkin olarak talep edebileceği kabul edilmektedir³⁵⁰.

Diğer görüşe göre ise; fark teorisi istisnasız olarak uygulanmalıdır. Mübadele teorisinin somut olay adaletini sağlamadığı düşüncesi ve ayrıca özel hükümlerde, taşınır satışına ilişkin TBK m. 213 ve TBK m. 236 hükümlerinde fark teorisinin kabul edilmiş olması, bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır. Bu hükümler, tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere kıyas yoluyla uygulanabilir³⁵¹.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise, alacaklı, zararın hesaplamasında mübadele teorisinden veya fark teorisinden birini seçme imkânına sahiptir³⁵². Bu görüş de kendi

³⁴⁹ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1016.

³⁵⁰ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1017.

³⁵¹ **CR-Thévenoz**, Art.107, N. 33; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 263; Eren, **a.g.e.**, N. 3496; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1301 (Oğuzman'ın görüşü bu yöndedir, Öz ise ikili bir ayırım yapmakta ve temerrüt nedeniyle olumlu zararın tazmininin talep edildiği durumda mübadele teorisinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 183, not 138). “Kısmi temerrüt halinde de, alacaklı kural olarak, kalan borç kısmı için de, BK. m. 106 - 108'deki hükümler çerçevesinde hareket edecek ve iki taraflı sözleşmelerde BK. m. 103'deki seçimlik haklardan yararlanacaktır. Kısmi temerrüt içinde bulunan borçludan bakiye kısım için ifa yerine tazminat isteyebilme yetkisi kullanıldığında (fark teorisi) kuralları gereği ifa edilmeyen kısımla kendisinin bölünemeyen ediminden onu karşılayan hesabı yapılır.”, Yargıtay 15. HD., 04.06.1984 tarihli, E. 1984/711, K. 1984/1967 sayılı kararı, (**Lexpera**).

³⁵² **CR-Thévenoz**, Art.107, N. 33; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1783; Tandoğan, **C. I/1**, s. 141; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 962; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §16 N. 12; Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 102, 103; Eren, **a.g.e.**, N. 3496, 1074; Havutçu, **a.g.e.**, s. 93.

içinde, alacaklının seçim hakkını kullanması hususunda farklılıklar barındırmaktadır. Bir görüşe göre, alacaklı ister önceden kendi edimini ifa etmiş olsun, isterse etmemiş olsun, her halde fark teorisine göre zararın tazminini talep edebilir. Diğer görüşe göre, alacaklının fark teorisine göre zararının tazminini talep edebilmesi için, henüz kendi edimini ifa etmemiş olması gerekmektedir³⁵³.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki menfaatler dengesinin sonucu olarak; alacaklı, mübadele teorisine göre edimin ifasına olan tam menfaatinin karşılanması talebi ile, fark teorisine göre borçlunun ödemesi gereken tazminat tutarından kendi karşılık ediminin değerini düşürerek farkın tazmini talebi arasında seçim hakkına sahiptir³⁵⁴. Esas olan, menfaatler dengesine uyumlu olanın seçilmesidir.

Kanımızca, kısmi temerrütte alacaklının olumlu zararının tazminini talep ettiği her durumda kendi karşılık edimini ifa etmekten kaçınmasını istediği bir kural olarak düşünülemez. Alacaklı, kendi karşılık edimini yerine getirmekte özgürdür, bunu tercih edebilir. Zaten kısmi ifaya denk gelen kısmı ifa ile yükümlü olduğu için, geri kalan kısmı saklamayı mı yoksa ifa etmeyi mi tercih edeceği hususunda alacaklı özgür olmalıdır. Alacaklının, bakiye edimin oranına bakıldığında kendi kalan edimini ifa etmek istemesi çok doğaldır; çünkü kısmi temerrüdün varlığı için kabul edilebilir oranda bir kısmi ifanın gerçekleşmiş olması şart olduğu için, bakiye kısmın ifasının öncelikle tercih edilebilecek olması tahmin edilebilir ancak buna mecbur tutulamaz. Aynen ifa etme imkânının, alacaklıyı koruma amacıyla, en baştan bir kural getirilerek engellenmesi düşünülemez. Aksi durum, mesnetsiz ve hukuka aykırı olacaktır. Alacaklı, kendi ediminde serbestçe tasarruf edebileceği gibi sözleşmenin bir gereği olarak, borçluya ifa suretiyle kendi karşılık ediminden de kurtulmaya hakkı vardır. Kaldı ki, alacaklının kendi karşılık edimini ifa etmesi, hayatın olağan akışına uygundur, adeta sözleşme gereğince yerine getiriliyormuş gibi kendi edimini ifa eden alacaklı, borçlunun menfaatini zedelemeyeceği gibi, aksine sözleşmenin ihlâl edilmemiş olması halinde elde edeceği menfaati ona yine sağlayacaktır. Borçlunun lehine olacak bu duruma borçlunun da karşı çıkması beklenemez. Borçlu da kendi

³⁵³ Birsen, **a.g.e.**, s. 516; Havutçu, **a.g.e.**, s. 92. Fark teorisinin mutlak, nisbi ve sınırlı olarak ayrımı hakkında bkz.: Havutçu, **a.g.e.**, s. 89 vd.

³⁵⁴ Van den Daele, **a.g.e.**, s. 92 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 93 dn. 112'den naklen).

edimini kısmen de olsa ifa etmiş ve alacaklının bunu kabul etmiş olmasına rağmen, alacaklının bundan dolayı uğramış olduğu zararı para ödeyerek gidermek zorunda kalmasının sebebi, kendi kusuru ile kendi edim yükümünü ihlâl etmesidir. Bu durumda, alacaklı açısından ise sözleşmesel menfaatlerin yerine getirilmesi için öngörölmüş tazminat mübadele teorisi yöntemi ile hesaplanacaktır. Alacaklının karşılık edimi ile borçlunun tazminat yükümü arasındaki değiş-tokuş ilişkisi artık asli edimler arasında olan karşılık ilişkisinin devamı değildir, bu ilişki içerik değiştirmiştir. Alacaklının kendi edimini aynen yerine getirerek ifaya olan tam menfaati karşılığı tazminat istemesi olgusu bir haktır, bir yükümlölük değildir. Bu nedenle de alacaklı istediğı gibi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir.

Kendi karşı edimini kısmen ifa etmiş (ifa etmek zorunda olduğı için ifa etmiş olarak kabul ediyoruz) alacaklı, geri kalan kısmını aynen ifa etmeyerek menfaat elde edebilir. İş sahibinin arsa payı devretmeyi taahhüt etmiş olduğı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kısmi temerrüde düşmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Arsa paylarının bir kısmını devretmiş olan iş sahibinin fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazmin edilmesini istemesinde menfaati bulunabilir. İş sahibi karşı ediminin parasal değerini tazminat alacağının hesaplanmasına katılmasını sağlar ve söz konusu arsa paylarının mülkiyeti kendinde kalacağı için bunları ileride daha iyi değerlendirme fırsatı olabilir.

Her ne kadar alacaklı tercihinde özgür olsa da bakiye kısmın oranına bakılarak alacaklının seçiminin hangi yönde olacağına ilişkin bir analiz yapılması, kısmi temerrüt halinin farklılık yaratmasını yansıtmaması açısından faydalı olacaktır. Bakiye kısmın oranına bakılmasının sebebi, tazminat alacaklısının kısmi ifa sayesinde, sözleşmenin ifasına yönelik elde etmeyi amaçladığı menfaatinin bir kısmını sağlamış ve buna denk gelen kendi karşı edimi ile borçluya menfaatinin bir kısmını yerine getirmiş olmasıdır (getirmek zorunda olduğı için böyle kabul ediyoruz).

Eğer borçlu borcunun tamamına oranla çok az bir kısmını yerine getirmişse yani bakiye miktar ifa edilmiş miktara göre çok daha büyükse, alacaklının aynen ifayı tercih etmesi düşük bir olasılıktır. Zaten sözleşme gereğı, ifa edilmiş kısma denk gelen kendi edimini aynen ifa ile yükümlüdür. Alacaklının kendi bakiye edimini muhafaza

edip aynen ifa yerine değerinin tespit edilip tazminat alacağından mahsup edilmesini talep etmesi daha makul görünmektedir. Bu doğrultuda, ediminin geri kalanı için alacaklı fark teorisine göre hesaplama yapılmasını talep edebilir. Kendi bakiye ediminin değeri hesaplandıktan sonra, borçlunun bakiye ediminin değeri ve gecikme zararlarının miktarından mahsup edilecek ve kalan fark kendisine olumlu zarar tazminatı kapsamında ödenecektir.

Eğer borçlunun borcunun ifa edilmemiş bakiye kısmı, ifa edilmiş kısma oranla çok küçükse, alacaklının mübadele teorisine başvurusu daha yerinde olacaktır. Borçlunun ifa edilmiş edimi ve karşılık ediminin ifa edilmiş olması (henüz ifa edilmemiş olsa bile ifa edilmek zorunda olduğu için böyle kabul ediyoruz) dikkate alındığında, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı ifa edilmiş kısma oranla çok küçükse, alacaklının aynen ifa yükümlülüğünden kurtarılıp, kendi ediminin değerini tespit ettirip borçlunun ediminin değerinden mahsup edilmesini sağlamak zorunda bırakılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecektir. Zira sözleşme akdedilirken her iki taraf da belirli menfaatleri sağlama amacı taşımışlardır. Kısmi temerrüt sebebiyle, ifanın büyük kısmının gerçekleştirilmesine rağmen, ifa zamanında ifanın tamamının gerçekleştirilmesinde gecikmenin yol açtığı zararların giderilmesi esnasında hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açılmaması gerekir. Sözleşme akdedilirken amaçlanan tarafların aynen ifasıdır, ifa zamanında sözleşmenin büyük kısmı ifa edilmiştir, geriye kalan kısmın ifasında esas olan aynen ifa olmalı ve istisnai durumlarda aynen ifadan vazgeçen tazminat alacaklısının kendi karşılık ediminin değerinin olumlu zararın hesaplanmasına katılmasını talep edeceği kabul edilmelidir. İstisnai durumlar, ancak somut olayın şartları değerlendirilerek tespit edilebileceği için, bu hususta genel bir kural belirlemek mümkün değildir. Ancak, kısmi temerrüdün gerçekleştiği sözleşmenin büyük bir kısmının ifa edilmiş olduğu durumlarda, somut olayın özellikleri değerlendirilerek, dürüstlük kuralına uygun olarak, alacaklının değişim veya fark teorisini tercih etmesi gerekmektedir.

Tazminat alacaklısı hangi teorinin uygulanmasını talep ettiğine dair bir seçim yapmamışsa, borçların aynen ifasının esas olması ilkesinden yol çıkılarak mübadele teorisinin uygulanacağı kabul edilmelidir.

Yargıtay'ın mübadele ve fark teorileri arasından birini seçip mutlak olarak uygulanması gerektiği doğrultusunda bir anlayışı yoktur. İctihadı, farklı sözleşme tipleri açısından fark veya mübadele teorisinin uygulanmasının değişiklik gösterdiği yönündedir. Satış sözleşmeleri açısından fark teorisi uygulanacağı yönünde olan Yargıtay'ın içtihadının³⁵⁵, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kanuni düzenleme doğrultusunda olduğu ifade edilmelidir. Yargıtay, eser sözleşmeleri bakımından hangi teorisinin uygulanacağına karar verirken tazminat alacaklısının karşı ediminin para borcu olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre; Yargıtay, tazminat alacaklısının karşı edimi para borcu ise fark teorisinin³⁵⁶, para borcundan başka bir şey karşı edimin konusu ise mübadele teorisinin³⁵⁷ uygulanmasını kabul etmektedir.

³⁵⁵ “...Doktrinde müspet zararın hesabı ile ilgili, mübadele teorisi ve fark teorisi olmak üzere iki teori vardır... Mübadele teorisinde mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorundadır. Doktrin ve uygulamada daha fazla benimsenen fark teorisine göre ise alacaklı mütemerrit borçluya karşı borçlandığı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı, tazminat alacağından kendi borcunu düşürür ve geri kalan kısmı ister. Özellikle somut dava konusu olayda olduğu gibi, edimini yerine getirmede temerrüde düşen, hatta mali bakımdan acz içerisinde olduğu bilinen borçluya, bakiye satım bedelinin peşinen ödenmesini istemek hakkaniyet ilkeleri ile de bağdaşmaz. Böyle olunca mahkemece, davacının sözleşmeye aykırılık nedeniyle olumlu (müspet) zararını talep edebileceği kabul edilerek, satışa konu edilen aracın, ihtar tarihindeki... rayiç değerinin uzman bilirkişi vasıtası ile tespiti ile bundan davacının kalan taksitlerinin mahsup edilmesi ve bakiye zarardan davalıların sorumlu tutulması gerekirken...”, Yargıtay 13. HD., 12.07.2004 tarihli, E. 2004/3108, K. 2004/11101 sayılı kararı, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

³⁵⁶ “135.000.000 TL. olarak kararlaştırılan bedelden 17.500.000 TL. dışındakinin ödendiği çekişmeli değildir...Davada ifadan vazgeçerek zararının tazminini isteyen davacının bu isteminin BK m. 108 çerçevesinde “müsbet” zarar olarak değerlendirilmesi gerekir...mahkemece yapılacak iş...davacının müsbet zararını bu tarihe göre hesaplattırmak, bundan iş bedelinden ödenmemiş 17.500.000 TL. düşüldükten sonra kalan alacağına hüküm kurmaktan ibarettir.”, Yargıtay 15. HD., 29.05.2003 tarihli, E. 2003/6248, K. 2003/2832 sayılı kararı, (Karataş, a.g.e., s. 151).

³⁵⁷ “...Bu durumda, ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa olunmaması nedeniyle tazminat talep eden davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi gerekir. Zira davacı arsa sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına kavuşmuş olacaktır.”, Yargıtay 15. HD., 14.3.2008 tarihli, E. 2008/240, K. 2008/1632 sayılı kararı, (Karataş, a.g.e., s. 152, 153); Yargıtay 15. HD., 03.10.2011, tarihli, E. 2011/1467, K. 2011/5568 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 15., HD. 04.06.2012 tarihli, E. 2012/2766; K. 2012/4181 sayılı kararı, (Lexpera).

3.4.1.5.2. Alacaklının Karşı Edimini Yerine Getirmiş Olması Hali

Alacaklı kısmi ifaya denk gelen karşı edimini yerine getirmek zorunda olduğundan burada değerlendirilecek husus, bakiye kısma denk gelen kendi karşı edimini ifa etmiş olması durumunda, fark teorisine göre tazminat talep edebilme imkânına sahip olup olmadığıdır. Alacaklının ifa etmiş olduğu ediminin iadesini istemesi ve bunun üzerine bu edimin değerinin tazminatın hesaplanmasına katılmasını sağlaması hakkında fikir birliği bulunmamaktadır.

Alacaklının ifa etmiş olduğu edimin iadesinin mümkün olduğunu savunan ve azınlıkta olan görüşe göre, alacaklı edimin iadesini sağlayıp bunun değerinin olumlu zararın hesaplanmasında değerlendirilmesini talep edebilir³⁵⁸. Bu görüş, aynen ifadan vazgeçtiğinde iki farklı sonuca yönelik olarak düzenlenmiş olan, olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme arasından birini tercih eden alacaklıya, iradesine uygun olmayacak doğrultuda sözleşmeden dönme sonucu yaratacak yöntemle olumlu zarar tazminatı kapsamını değiştirecek şekilde, adeta bir sözleşmeden dönme hakkı yaratıyor olması gerekçesiyle, haklı olarak, eleştirilmektedir³⁵⁹.

Hayatın olağan akışına uygun olarak, sözleşmeden doğan edimini ifa etmesi gereken ve olumlu zararının tazminini talep eden alacaklıya, ifa etmiş olduğu edimin iadesini elde etme ve devamında olumlu zarar tazminatı miktarının, sanki kendi bakiye karşılık edimini hiç ifa etmemiş gibi, edim değerinin belirlenerek hesaplanması imkânının tanınmasının mantığı bulunmamaktadır. Edimin iadesinin tanınması sözleşmeden dönme kurumuna has bir özellik olduğundan, alacaklıya ifa edilmiş ediminin iadesi imkânının verilmesinin kabul edilmesi durumunda, adeta olumlu zarar tazminatı açısından da aynı sonuçların doğmasına sebebiyet vereceği için böyle bir anlayışın benimsenmesi mümkün değildir. Bu teori sadece alacaklının ifa etmemiş olduğu edimine ilişkin olarak uygulanabilir ve alacaklının bu edimi aynen ifadan

³⁵⁸ Alfred Koller, “Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR. Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff.”, in: **ZSR**, 1997, I, s. 500 vd.; Glättli, **a.g.e.**, s. 238 vd. (Kurt, **a.g.e.**, s. 279 dn. 419’dan naklen).

³⁵⁹ **CR**-Thévenoz, Art. 107 N. 34; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 870; Havutçu, **a.g.e.**, s. 91.

kaçınmasını ve bedelinin tespit edilerek olumlu zarar hesabına katılmasını sağlar. Sonuç olarak, katıldığımız ve hâkim olan görüşe göre; ancak alacaklının bakiye kısma denk gelen karşı edimini henüz ifa etmediği durumlarda fark teorisinin uygulanması talep edilebilmelidir³⁶⁰. Alacaklı kendi edimini ifa etmiş ise, artık bunun iadesini talep edip olumlu zararının tazmininin fark teorisine göre hesap edilmesini isteyemeyecektir, böyle bir durumda mübadele teorisi uygulama alanı bulacaktır ve olumlu zararın hesaplanmasında alacaklının ediminin değeri hesaplama katılmayacaktır.

3.4.1.5.2.1. Olumlu Zararın Mübadele Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukuki Durumu

Mübadele teorisine göre olumlu zararın tazmini söz konusu olduğunda, olumlu zararın kapsamında sadece ifa edilmeyen bakiye edimin değeri göz önüne alınıp alacaklının kendi ediminin değeri bulunmamakla birlikte, alacaklının edimi tazminat miktarıyla değiş tokuş edilmektedir³⁶¹. Alacaklı aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiğinde, borçlunun bakiye edimi ifa borcunun yerini tazminat borcu almıştır. Mübadele teorisine göre; alacaklının kendi edimini aynen ifa etmesi gerektiğinden edim konusunun para borcu olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirilmelidir. Her iki olasılıkta da alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmekle yükümlü olmaya devam edecektir. Alacaklının ediminin para borcu olması durumunda, aynen ifa ile yükümlü olacaktır ve karşılıklı edimlerin her ikisi de para borcu niteliğinde olduğu için taraflardan birinin beyanı üzerine takas gerçekleştirilecektir. Takas sebebiyle borcu sona eren taraf, diğer taraftan takas sonucunda kalan miktarı talep edebilecektir. Bu taraf, alacaklı veya borçlu olabilir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin olumlu zararının miktarının, kendi karşı edimi olan bedel ödeme borcundan fazla olması durumunda, takas sonucunda iş sahibinin borcu sona ereceği için yüklenicinin tazminat borcunun kapsamı arta kalan miktar ile sınırlı olacaktır³⁶². Alacaklının kendi karşı ediminin para

³⁶⁰ CR-Thévenoz, Art. 107 N. 34; Comment, **a.g.e.**, s. 113; Havutçu, **a.g.e.**, s. 91, 92.

³⁶¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1299; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 447.

³⁶² Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 192; Ayan, **a.g.e.**, s. 236; Gümüş, **a.g.e.**, s. 76.

dışında bir borç olması durumunda, artık özdeş nitelikteki borçlar söz konusu olmadığı için takasa konu olmayacaktır. Bu durumda, menfaat dengesinin sağlanması amacıyla, alacaklının kendi karşı ediminin tamamını ifa edecek olması karşılığında, borçlunun alacaklının bakiye kısmın ifa edilmemiş olmasından dolayı uğramış olduğu zararının tamamını tazmin edecek olması sonucunda ortada gerçekleştirilecek bir mahsup işlemi olmaması nedeniyle her iki tarafın kendi borçlarını tam olarak yerine getirecek olması ifadesi ortaya çıkmaktadır. Örneğin arsa payını devretmeyi taahhüt etmişse, kısmi temerrüt döneminde arsa paylarının değeri artmış olsa dahi, tamamını devretmek zorundadır, bunun karşılığında yüklenici de tam tazminatı ödeyecektir³⁶³. Alacaklı ifasının tamamını gerçekleştirmekle yükümlü olduğu için bunun parasal değerinin bir önemi, mübadele teorisine göre olumlu zararın tazmini açısından, bulunmamaktadır³⁶⁴.

3.4.1.5.2.2. Olumlu Zararın Fark Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukuki Durumu

Fark teorisine göre olumlu zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, alacaklının kendi karşı edimini aynen ifa yükümlülüğü olmadığı ve bu edimin değerinin hesaplama katılması sebebiyle özellikli bir durum ortaya çıkmaktadır. Borçlunun ifa etmediği bakiye edimin değeri ve alacaklının gecikme zararları toplandıktan sonra, bu tutardan alacaklının bakiye kısma denk gelen karşı ediminin parasal değeri çıkartılarak, kalan değer olumlu zarar kapsamında tazminata konu olacaktır. Bu çıkartma işlemi, taraflardan birinin takas beyanında bulunmasına gerek olmaksızın, hâkimin kendiliğinden yapması nedeniyle bir mahsup işlemi olup, takas niteliği taşımamaktadır³⁶⁵. Bu fark, lehine ortaya çıkacağı tarafa göre değişik sonuçlara sebep olacaktır. Alacaklının lehine olması durumunda, bu farkın borçludan olumlu zararın tazmini olarak talep edileceği aşîkârdır. Farkın borçlu lehine çıkması durumunda, hukuk mantığı ve hakkaniyet gereği bu farkın borçluya ödenmesi gerektiği söylenebilecektir. Aynen ifadan vazgeçmiş ve olumlu zararının tazminini

³⁶³ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 193; Ayan, *a.g.e.*, s. 236; Gümüş, *a.g.e.*, s. 77.

³⁶⁴ Kurt, *a.g.e.*, s. 280.

³⁶⁵ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 194; Eren, Dönmez, *a.g.e.*, Madde 125 N. 14.

talep eden ve aynen ifa konusu olacak karşı edimi kendinde kalması kendisi için daha avantajlı olacağı için alacaklı, fark teorisini kendi iradesi doğrultusunda seçmiştir, sözleşmeden doğan borcu doğrultusunda kendi ediminin değerinin hesaplamaya katılmasını istemiştir, bunun sonucunda borçluya fazladan ödeme yapacak olması riskine katlanmalıdır. Bu doğrultuda, kendi karşı edimi kendisinde kaldığı için ayrıca bir zarara uğramadığı kabul edilmelidir. Eser sözleşmesine ilişkin olarak Yargıtay'ın yüklenici lehine fark çıkması durumunda ne yapılacağına ilişkin kararlarına katılmak mümkün değildir. Yargıtay, hukuki bir gerekçeye dayandırmaksızın³⁶⁶, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, işsahibinin aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmini talebinde bulunması ve yapılan hesaplama sonucunda yüklenicinin lehine bir fark çıkması durumunda, işsahibinin devretmesi gereken arsa paylarından indirim yapılmasını öngörmektedir³⁶⁷. Olumlu zarar olarak ifade edilmesine karşın, sözleşmenin feshinde ve aynen ifadan vazgeçildiğinde talep edilen zarar aynı olmadığından bu anlayışın kabulü mümkün değildir. Her ne kadar hukuki dayanağı olmadığı için bu yönde karar verilemeyecek olsa da sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, olumlu zararın tazmini için yükleniciye devredilecek arsa payları oranında indirim yapılmasını kararlaştırabilirler³⁶⁸.

3.4.1.6. Borçlunun Ediminin Tamamına İlişkin Olarak Olumlu Zararın Tazmini Talebinde Bulunma İmkânı

Alacaklının, elde etmiş olduğu kısmi ifada menfaatinin bulunmaması halinde, edinimini iade etmek şartıyla, borçlunun ediminin tamamına ilişkin olarak olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkündür³⁶⁹. Borçlunun ifa etmemiş olduğu bakiye edimin, ifa etmiş olduğu kısımdan daha önemli ve daha değerli olması ya da borcun tamamının ifa edilmiş olmaması halinde alacaklının ediniminin tek başına herhangi bir değer ifade etmediği durumlarda alacaklının kısmi ifaya menfaatinin olmadığı kabul

³⁶⁶ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 195; Gümüş, *a.g.e.*, s. 77; k.g. Ayan, *a.g.e.*, s. 250.

³⁶⁷ Yargıtay İBBGK., 25.01.1984 tarihli, E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı İBK (*Lexpera*), (27.02.1984 tarihli, 18325 sayılı RG.)

³⁶⁸ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 195.

³⁶⁹ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, *a.g.e.*, N. 1602. Bunun ileri sürülebilmesi için alacaklının kısmi ifayı kabul ederken bu hakkını saklı tutması gerektiği görüşü için bkz.: CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39.

edilmektedir³⁷⁰. Alacaklının, kısmi ifaya olan menfaatinin yokluğu objektif olabileceği gibi sübjektif de olabilir; tarafların edimi bölünemez olarak kararlaştırmış olduğu durumda da menfaat yokluğu ile karşılaşılır³⁷¹. Başka bir ifadeyle, kısmi ifanın değer taşımamasının, alacaklı ya da herkes açısından aynı anlamı ifade etmesi farklı bir etki yaratmamaktadır. Alacaklının kısmi ifaya değil, ancak tam ifaya menfaati olduğunu ileri sürmesi gerekir³⁷². Borçlunun ediminin tamamının ifasını elde etmekten vazgeçip olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı, dönme hükümlerine (TBK m.125/f.3) kıyasen, borçlunun kısmen ifa edilmiş edimini iade etmek zorundadır³⁷³. Tazminat talebinin fark teorisine veya mübadele teorisine göre istenmiş olması sonucu değiştirmeyecektir.

Alacaklı, borçlunun ediminden vazgeçmesi ve edinmiş olduğu kısmi iade etmesi karşılığında borçlunun kısmi temerrüde düşerek, sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararın giderilmesini talep etmektedir. Borçlu, borca aykırı davranışının sorumluluğunu üstlenmelidir. Her ne kadar kısmi temerrüt nedeniyle, gerçekleştirilmiş kısmi ifanın durumu hafifletebileceği düşünülse de, alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması adeta borçlunun sözleşmeden doğan borcunun tamamını hiç ifa etmemiş gibi bir etki yarattığı için alacaklı bu hakkını kullanmaktadır. Borçlu açısından, ifa edilmiş ediminin iadesinin sağlaması ve ifa edilmemiş edim kısmına ilişkin ifa yükümlülüğünden kurtulması sözleşmeden dönme kavramını çağrıştıracaktır. Ancak, burada durum, açıkça çok farklıdır. Alacaklı açısından, edimin tamamının aynen ifasından vazgeçilip olumlu zararın tazmininin talep edilmesi incelendiğinde; sözleşmenin geçerliliğini yitirmediği için kendi ifa yükümlülüğünün hiçbir değişikliğe uğramadan, aynen devam ettiği görülmektedir. Alacaklının kendi karşı edimini ifa yükümlülüğünün ortadan kalkmasını gerektiren hiçbir hukuki gerekçe bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme geçerli ve hüküm ifade etmektedir,

³⁷⁰ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1740, dn. 2065; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, N. 46.

³⁷¹ Becker, **a.g.e.**, Art. 107, N. 46; Lemp, **a.g.e.**, s. 62 (Havutçu, **a.g.e.**, s. 139 dn. 15'ten naklen).

³⁷² CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972.

³⁷³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Comment, **a.g.e.**, s. 135; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1740.

borçlu borca aykırı davranışı sebebiyle sözleşmeyi ihlâl etmiştir ve bunun sonuçlarına katlanmalıdır, alacaklının sözleşmeden kaynaklanan borçları varlığını geçerli olarak sürdürmektedir, sözleşme sona ermemiştir.

Bu kapsamda alacaklı, borçlunun, ifa edilmiş kısmı dâhil olmak üzere ediminin tamamı hiç ifa edilmemiş gibi kabul edilip, sözleşmenin geçerli olarak hüküm ifade etmesine rağmen, bu edimin gereği gibi yerine getirilmemiş olması sebebiyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini isteyecektir. Bu anlayış gözetilerek, olumlu zararın içeriğinin belirlenmesinde, ifa edilmemiş bakiye kısma ilişkin aynen ifa yerine olumlu zararın istenmesi hakkındaki açıklamalar burada da geçerli olacaktır³⁷⁴.

3.4.1.7. Olumlu Zararın Ceza Koşulu ile İlişkisi

Tarafların sözleşmede temerrüt halinde ifa yerine ceza koşulu kararlaştırmış olmaları durumunda, ceza tutarını aşan zararını TBK m. 125/f.2 hükmü kapsamında olumlu zarar olarak tazminini talep edebilecektir³⁷⁵. TBK m. 180/f.2 hükmü gereği alacaklı, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olduğunu, edim konusunun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararın sözleşmede kararlaştırılmış ceza koşulu tutarından fazla olduğunu ispat etmelidir.

3.4.1.8. Tazminat Davasında İspat Yükü ve Zamanaşımı

Kısmi temerrüt sonucu edimin ifa edilmemesinde sözleşmenin ihlâli ile ilgili hususları ispat yükü, kural olarak, alacaklıdadır. Alacaklı bu kapsamda, kendi edimini ifaya hazır olduğunu, kendi ediminin ifasını teklif ettiğini, borçlunun asli edim yükümünü ifa etmede kısmi temerrüde düştüğünü, borçluya ifa için uygun bir süre verdiğini veya süre verilmesine gerek olmayan istisnai durumun varlığını, uğramış olduğu zararı ve illiyet bağıını ispat etmelidir. Alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir³⁷⁶. Borçlu önce ifaya mecbur ise neden ifanın tamamından kaçındığını kendisi ispatlamalıdır. İspat yükünün tersine çevrilmiş olduğu durum,

³⁷⁴ Bkz.: yuk. 315 vd.

³⁷⁵ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1632, 1633; Nomer, **a.g.e.**, N. 240.2.

³⁷⁶ Comment, **a.g.e.**, s. 135; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 379; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1677.

TBK m. 118 hükmü uyarınca; borçlunun sorumluluktan kurtulabilmek için kısmi temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmek zorunda olmasıdır.

Alacaklı tazminat talep etme hakkını TMK m. 2 hükmünü gözeterek kullanacaktır³⁷⁷. Alacaklı borçluyu belirsizlikte uzun zaman bırakmamalıdır³⁷⁸.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini talebinin tâbi olacağı zamanaşımı süresinin ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, temerrüt konusu alacak hakkına uygulanacak olan zamanaşımı süresine tâbidir. Bunun sebebi, olumlu zararın tazmini ediminin, asli edimin yerini almasıdır³⁷⁹. Diğer görüşe göre ise, genel olarak TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık, tazminat alacağı konusunun TBK m. 147 hükmünde sayılanlardan biri olması halinde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır³⁸⁰.

Zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tarih hakkında da farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, tazminat talebinin doğması ile işlemeye başlayacaktır³⁸¹. Diğer görüşe göre, esas olan, alacaklının seçimi hakkında borçluyu veya yetkili temsilcisini haberdar etmesi olduğundan, alacaklı aynen ifadan vazgeçip hangi hakkı tercih ettiğine dair iradesini içeren beyanda bulunduğu anda bu süre işlemeye başlayacaktır³⁸². Bir görüşe göre ifa edilmeyen edimin muaccel olduğu tarihte işlemeye başlayacaktır³⁸³. Aynen ifanın mümkün olup olmadığı ayırımını esas alan görüşe göre, aynen ifa mümkünse süre yararsız kalan sürenin sona ermesinin ertesi gününden, aynen ifa imkânsız hale gelmişse imkânsızlığın gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlar³⁸⁴. Zamanaşımına ilişkin anılan hususlar ve ona ilişkin tüm görüşler, niteliği uygun düştüğü için kısmi temerrüt halinde de geçerli olacaktır.

³⁷⁷ Seçim hakkına ilişkin beyana ilişkin açıklamalarımız burada da geçerli olacaktır. Bkz.: yuk. 29.

³⁷⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 137.

³⁷⁹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 135; Ateş, **a.g.e.**, s. 246.

³⁸⁰ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 35; Önen, **a.g.e.**, s. 88; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1425 ve N. 1677.

³⁸¹ Comment, **a.g.e.**, s. 136; Guhl, **a.g.e.**, s. 173; Ayan, **a.g.e.**, s. 315.

³⁸² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1677 dn. 1962; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 16.

³⁸³ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 35; Ateş, **a.g.e.**, s. 246.

³⁸⁴ Önen, **a.g.e.**, s. 88.

3.5. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

3.5.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınmış üçüncü hak, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi verir. Bu nedenle, borçlunun menfaatinin ağır ölçüde sarsılmaması amacı taşınarak, ifa için ek süre tanınmış olması bu hakkın kullanılabilmesi için şart olarak öngörülmüştür. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 125/f.3 hükmü ile alacaklıya tanınan söz konusu bu seçimlik hak, sözleşmeden dönerek olumsuz (menfi) zararlarının karşılanmasını talep hakkıdır. Alacaklının sözleşmenin ifası ile elde etmeyi amaçladığı menfaatten vazgeçmesi anlamına gelen sözleşmeden dönme hakkı, alacaklının sözleşme ile olan bağını sona erdirmeye imkânı verir. Alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının verilmesinin amacı, ona sözleşme hiç yapılmamış olsaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse o duruma kavuşma imkânı sağlamaktır³⁸⁵. Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK m.125/f.3 hükmü, hukuki niteliği uygun olduğu için kısmi temerrüt halinde de uygulanacaktır. Kısmi temerrüt açısından taşıdığı farklı anlam, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmından dönüldüğü için alacaklıya sözleşmenin bu kısmına ilişkin bağını sona erdirmeye imkânının sağlanmasına ve alacaklının sözleşmenin bu kısmı ile elde etmeyi amaçladığı menfaatten vazgeçmesine ilişkin olup, bununla yalnızca kısmi temerrüt halinde gerçekleşebilecek kısmi dönme durumunda karşılaştırılır. Sözleşmenin tamamından dönüldüğü durumlarda ise taşıdığı anlam aynı olacaktır.

Alacaklının esas menfaati sözleşmenin ifası olduğu için, hayatın olağan akışı içinde, bu hakkını en son tercih olarak kullanması söz konusu olacaktır. Bu nedenle, borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmadığı için tazminat almasının mümkün olmadığı durumlarda veya aynen ifa ya da aynen ifanın yerine alacağı tazminat ile elde

³⁸⁵ Mazeaud, Mazeaud, Mazeaud, **a.g.e.**, s. 1102 §1089; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 422 §71; Oser, Schöenberger, **a.g.e.**, Art. 109, N. 2; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1585; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1437; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 42; Eren, **a.g.e.**, N. 3500; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 18; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78.

edeceği menfaatin kendi karşı ediminin kendisine yüklemiş olduğu fedakârlık karşısında daha az olduğu durumlarda alacaklı sözleşmeden dönme hakkını tercih edecektir³⁸⁶. Kısmi temerrüt halinde de bu anlayış geçerlidir. Hatta istisnai olan sözleşmeden kısmi dönme durumunun yanında sözleşmenin tamamından dönme çok nadir olarak karşılaşılabilecek bir durumdur.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması hususunda borçlunun kusurunun hiçbir önemi yoktur. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat ederek, alacaklının dönme hakkını kullanmasını engelleyemez³⁸⁷. Bir görüşe göre; borçlunun temerrüde düşmesinde alacaklının ortak kusurunun bulunması, bunun dönmeye etkisinin hesaba katılamayacak olması sebebiyle, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engelleyecektir³⁸⁸. Bu görüş, ortak kusurun hem dönme hakkının dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasının değerlendirilmesinde hem de olumsuz zarar tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak bir husus olduğu³⁸⁹ için sadece var olmasının dönme hakkının kullanılmasını engelleyemeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir³⁹⁰. Kısmi temerrütte de ortak kusurun etkisi hususu tartışmaları, borçlu temerrüdünü niteliği taşıdığı için aynı yönde olacaktır. Kanaatimizce, ortak kusur zarar hesaplanmasında dikkate alınacak bir husus olduğundan tek başına sözleşmeden dönme hakkının kullanmasını engellemeye yönelik bir etkisi bulunmamaktadır.

Alacaklı açısından kısmi ifa edilmemenin ağırlığına bakılarak sözleşmeden kısmen mi tamamen mi dönüleceğine karar verilir, sözleşmeden dönülebilmesi için borçlunun kusurlu olması şart değildir. Bu husus, hem kısmi dönme hem sözleşmenin

³⁸⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Comment, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1785; Önen, **a.g.e.**, s. 89; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 951.

³⁸⁷ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1586; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 755; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 386; Eren, **a.g.e.**, N. 3509.

³⁸⁸ Becker, **a.g.e.**, Art. 109, N. 15; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, N. 36 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 249 dn. 402'den naklen).

³⁸⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 507; Eren, **a.g.e.**, N. 3524.

³⁹⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Rona Serozan, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207-220; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, 2012, s. 346; Yıldız, **a.g.e.**, s. 249. Ateş, ortak kusurun sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını engelleyici nitelikte olup olmadığının, her somut olayın özelliklerinin dürüstlük kuralının ve zararı arttırmama külfetinin ışığında değerlendirilerek tespit edileceğine işaret etmektedir. Ateş, **a.g.e.**, s. 250.

tamamından dönme için geçerlidir. Borçlunun kusursuz olması ayrı bir hukuki rejimin uygulanmasını gerektirmez, zaten tamamen dönme yaptırımı ile ancak belirli ağırlıktaki ifa etmeme sonucunda karşılaşılabileceği öngörüldüğü için borçlu yeterince korunmaktadır. Bu nedenle, temerrüdün ağırlığına göre kısmi veya tam dönme gerçekleşirken, borçlunun kusursuz olması durumunda dahi sözleşmenin tamamından dönülmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını kullandığı andan itibaren kendi karşı edimini yerine getirmekten kurtulur³⁹¹. Sözleşme ilişkisi sona erdiği için artık alacaklı aynen ifayı reddedebilir ve tarafların dönme hakkının kullanıldığı tarihten önce yerine getirmiş olduğu edimlerin iadesi gerekir³⁹². Bu sözleşmenin tamamından dönülmesinin sonucu olup kısmi dönmede, alacaklı bakiye kısma ilişkin yapılan aynen ifayı reddedecek ve eğer bu kısma ilişkin ifa edilmiş edimi varsa iadesini talep edecektir. TBK m. 125/f.3 hükmü sözleşmeden dönme halinde tarafların daha önce ifa etmiş oldukları edimleri geri isteyebileceklerini açıkça düzenlediği için eski Kanun döneminde yapılan, iadenin sebepsiz zenginleşmeden mi yoksa kanun maddesinin kendisinden mi kaynaklandığına ilişkin tartışmalara gerek kalmamıştır.

Kural, kısmi temerrüt halinde, alacaklının yalnız ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden dönebilmesidir. Kısmi temerrütte, temerrüde düşülen edimin sözleşmedeki ağırlığına göre, sözleşmenin bir kısmından dönme veya sözleşmenin tamamından dönme söz konusu olmaktadır. Kısmi temerrüde konu edim adeta sözleşmenin mihenk taşı ise alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilecektir. İstisna teşkil eden bu durumda alacaklının sözleşmenin tamamından dönebilmesi için alacaklı borçlunun temerrüde düştüğü kısım var olmasaydı o sözleşmenin yapılmayacak olduğunu ispat etmelidir³⁹³.

³⁹¹ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1788; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1588; Birsen, **a.g.e.**, s. 517; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 964; Eren, **a.g.e.**, N. 3501; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 280.

³⁹² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Guhl, **a.g.e.**, s. 174; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1788; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 967.

³⁹³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1603; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 418 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 42. Bunun ileri sürülebilmesi için alacaklının kısmi ifayı kabul ederken bu hakkını saklı tutması gerektiği hususunda bkz.: CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39.

Kısmi temerrüt halinde sözleşmeden dönme hakkından feragat etmek mümkündür³⁹⁴. Hem kısmi dönme hem sözleşmenin tamamından dönme hakkı için feragat mümkün olacaktır. Ancak uygulanmasının sebep olacağı sonuçlar ve geçersiz sayılacağı haller göz önünde bulundurulduğunda³⁹⁵ işlevsel olmadığı anlaşılmaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkı doğmadan, borçlu temerrüdü sebebiyle doğabilecek dönme hakkından feragat eden alacaklı, borçlunun kusurlu olduğu durumda da sözleşmeden dönme hakkından feragat ettiğini ayrıca bildirmelidir, bu hususa feragat beyanında açıkça yer vermez ise temerrüde düşmede kusurlu olan borçluya karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Feragat tek taraflı bir irade beyanı olmasına rağmen, tarafların sözleşmeyi akdederken buna yer vermesi halinde, karşılıklı rızaları olduğu için sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığına kabul edilmesinin sonucunda, TBK m. 115/f.1 hükmü kıyasen uygulanacak ve tarafların borçlunun ağır kusuru halinde dahi sözleşmeden dönme hakkının kullanılmayacağını kararlaştırmaları kesin hükümsüz olacaktır. Bir görüşe göre; taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması sözleşmeden dönme hakkından feragati de içermesi sebebiyle, alacaklının korunması için TBK m. 136 hükmünden yararlanabilmesi imkânının saklı tutulduğu kabul edilmelidir³⁹⁶. Bu görüşe ilişkin olarak, TBK m. 136 hükmünün uygulanmasının, imkansızlığın geçici olduğu veya hiç olmadığı durumlarda, alacaklıya yeterli koruma sağlayamayacağı ileri sürülmüştür³⁹⁷.

Sözleşmeden dönme hakkından feragat, yalnızca onunla birlikte istenebildiği için, dolaylı olarak, borçlunun kusur sorumluluğunun bir sonucu olan olumsuz zararın tazmininden feragat anlamına gelmektedir. Bu feragat kişilik hakkını koruyan hükümler kapsamında değerlendirildiğinde, feragat edenin kişilik hakkına zarar verecek, onu ekonomik açıdan mahvına sebebiyet verecek nitelikte olduğu

³⁹⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 408.

³⁹⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s. 249, 250.

³⁹⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 408, dn. 5a.

³⁹⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s. 250.

anlaşıyorsa TMK m. 23 ve TBK m. 27 hükümleri gereğince kesin hükümsüz olacaktır³⁹⁸.

3.5.1.1. Sözleşmenin Bir Kısımından Dönme – Kısmi Dönme

3.5.1.1.1. Kavram, Kısmi Dönmenin Hukuki Sonuçları, İfa Edilmiş Edimlerin İadesi

Alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği durumda, gereği gibi ifa edilen kısmı ve ifa edilmemiş kısmı olmak üzere sözleşme ikiye bölünmüş kabul edilmelidir. Alacaklı sözleşmenin ifa edilmemiş kısmından uzaklaşmak istediği için kısmi dönme hakkını kullanacak ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olan kısmı dönmeden hiçbir şekilde etkilenmeyecektir. Alacaklının borçlunun bütün borçlarından değil, sadece bir kısmından vazgeçtiği bu durumda, kendisi de bunlara denk gelen kısmındaki edimleri yerine getirmemek yetkisine sahip olacaktır.

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin kısmi temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının kısmi temerrüt konusu edime karşılık oluşturan kendi ediminin o oranda bölünmeye elverişli olması halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında, sadece ifa edilmeyen kısım ile karşı edimin bunu karşılayan kısmının dikkate alınması gerektiği savunulduğundan³⁹⁹ kısmi dönmenin dayanağının bu olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Alacaklının, sözleşmeden kısmi dönme hakkını kullanması üzerine, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı geçerli olarak ayakta kalacak, ancak bu ana kadar ifa edilmemiş kısmı sona erecektir⁴⁰⁰. Bunun sonucunda, ifa edilmemiş kısma ilişkin ifa

³⁹⁸ Sözleşmeden dönme hakkından feragat işleminin dengesiz ve ölçüsüz sonuçlara yol açabilecek nitelikte olması nedeniyle özel ağırlığı olduğunu kabul eden Serozan, taraflardan birinin ekonomik olarak çok güçlü olması nedeniyle diğer tarafın serbest hareket etmesini kısıtlayarak sadece kendi lehine olacak sonuçlara yol açtığı ve benzeri durumlarda dönme hakkından feragatin BK m. 20 uyarınca kesin hükümsüz olacağını savunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: Rona Serozan, "Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 0, S. 19, 1993, s. 12, Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 407-409.

³⁹⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 38; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1602; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 26.

⁴⁰⁰ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 36; Stanislas, **a.g.e.**, s. 126; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 418 §21.

edilmiş edimler varsa bunların iadesi gerekecektir. Sözleşmeden dönme anına kadar bu edimlerin hukuki sebepleri mevcutken, bu andan itibaren hukuki sebepten yoksun kaldıkları için sebepsiz zenginleşmeye yol açacaklarından, iadeleri sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77-82) uyarınca gerçekleştirilecektir⁴⁰¹.

Sözleşmeden kısmi dönmenin sonucunun karşılıklı edimlerin azaltılması ya da indirimi olduğu ifade edilmektedir⁴⁰². Bu nedenle, borçlunun borcunu ifa etmemesi sonucunda, alacaklının tek taraflı olarak kendi edimini karşı tarafın eksiklik ve kusurları oranında azaltabilmesi hakkını kullandığında, satış bedelinde ya da eserin bedelinde indirim yapabilmesi, vekilin ücretinin meblağını azaltabilmesi mümkün olduğu için kısmi temerrüde yakınlaştığı kabul edilmektedir⁴⁰³.

Fransız hukukunda sözleşmeden tamamen dönmeyi gerektirmeyen ağırlıkta bir kısmi ifa etmemenin varlığı halinde, hâkimin sözleşmeyi ayakta tutup borçluyu tazminata mahkûm etmesi, bazı durumlarda sözleşmedeki edimlerde indirim yapılmasına sebep olsa da genelde kısmi dönme olarak kabul edilmemektedir⁴⁰⁴.

Tarafların borçlarında değişiklik meydana getirildiği ve her iki durumda da sözleşmenin bir kısmı ayakta tutulduğu için, kısmi dönme ile sözleşmenin kısmi iptalinin⁴⁰⁵ benzediği düşünülebilir. Ancak her iki kavramın nitelikleri değerlendirildiğinde, birbirinden farklı oldukları açıkça görülür. Kısmi dönmede geçerli bir sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle, kısmi iptalde ise irade sakatlığı sebebiyle malûl bir sözleşmenin kısmen geçerli hale gelmesi sonucunda sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılmaktadır. Kısmen iptal sonucunda sözleşmenin geçerli olan kısmında bir kısmi temerrüt gerçekleşirse, kısmi dönme ancak o zaman söz konusu olabilecektir. Başka açıdan irdelenecek olursa, sözleşmenin kısmen iptal edilmesi

⁴⁰¹ İfa edilmiş edimlerin iadesi hem kısmi dönmede hem sözleşmeden tamamen dönmede aynı esaslara göre gerçekleştirileceğinden daha detaylı açıklama için bkz.: aş. 385 vd.

⁴⁰² **CR**-Thévenoz, Art. 107, N. 38; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §25 N. 1329, 1332.

⁴⁰³ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §22 N. 1138.

⁴⁰⁴ Bkz.: aş. 370 vd. Alacaklının para borcu olması durumunda gerçekleştirilen indirimin, bir çeşit kısmi dönme veya sözleşmenin revizyonu olarak değerlendirilebileceği hususunda bkz.: Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 252.

⁴⁰⁵ Bkz.: yuk. s. 56.

sonucunda doğan boşluk, iradesi sakatlanan tarafın farazi iradesinin objektif açıdan değerlendirilmesi doğrultusunda doldurulacaktır⁴⁰⁶. Oysa kısmi dönmede, sözleşmede yapılan değişiklikte bir boşluğun doğması mümkün olmadığı gibi, alacaklının iradesi sözleşmeden dönme hakkının türünü belirlemede rol oynamaktadır. Alacaklı sözleşmeyi ifa edilmemiş kısmın yokluğunda yani değişiklik yapılmış olduğu varsayılan haliyle yapmayacak idiyse sözleşmenin tamamından dönecektir. Oysa kısmen iptalde, alacaklının sözleşmeyi değişiklik yapıldığı varsayılan halde akdetmiş olacağının kabulü aranmaktadır.

Benzer bir karşılaştırma kısmi hükümsüzlük ve kısmi dönme arasında yapılabilir. Taraflar arasındaki anlaşmanın mümkün olduğunca korunmasını amaçlayan⁴⁰⁷, nicelik açısından hükümsüzlük olarak değerlendirilen kısmi hükümsüzlükte⁴⁰⁸ de sözleşme ayaktadır, sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi söz konusudur⁴⁰⁹. Kısmi hükümsüzlükte de sözleşmenin bozulmamış kısmının idamesi amaçlanmakta ve amputasyon tekniğinde sözleşmede yer alan hiçbir şey yok edilmemekte, silinmemekte sadece fazla olan bir nicelik diğeriyle değiştirilmektedir⁴¹⁰. Kısmi hükümsüzlüğün bu özellikleri ve yarattığı sonuç kısmi dönme kavramı ile benzediğini göstermektedir. Ama kısmi iptal kavramı ile karşılaştırmada olduğu gibi ayırt edici husus sözleşmede değişikliğe neden olan sebeplerin farklı olmasıdır. Kısmi dönmenin talep edilebilmesi için geçerli bir sözleşmenin kısmen ifa edilmemiş olması gerekirken, sözleşmenin tarafların iradeleri açısından tali (ikincil) nitelikte olan kısmına ilişkin olarak geçersizliğin varlığı halinde kısmi hükümsüzlük ortaya çıkabilecektir. Taraflarca atfedilen değer in asli (birincil) nitelikte olması, sözleşmenin tamamından dönmeye diğer halde ise sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne neden olacaktır. Kısmi hükümsüzlüğe sebep olan kısımların sözleşmeden çıkarılması durumunda doğacak boşluk sözleşmenin

⁴⁰⁶ Nomer, **Kısmi İptal**, s. 525-532.

⁴⁰⁷ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §10 N. 507.

⁴⁰⁸ Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 422.

⁴⁰⁹ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §15 N. 774; Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 420, 421.

⁴¹⁰ Terré, Simler, Lequette, **a.g.e.**, N. 421.

tamamlanmasına ilişkin kurallar uyarınca doldurulacaktır⁴¹¹. Oysa, daha önce açıklanmış olduğu üzere, sözleşmeden kısmi dönmede boşluğun doğması mümkün değildir.

Sonuç olarak, hem uygulanmalarına sebep olan hususlar hem de uygulama bakımından farklılık taşıyan bu kavramların, sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapmaları sebebiyle, yarattıkları etkinin aynı olduğu söylenebilecektir.

3.5.1.1.2. Alacaklının Ediminin Bölünemez Nitelikte Olmasının Sözleşmeden Kısmi Dönmeye Etkisi

Alacaklının edimi bölünebilir nitelikte ise, doğal olarak iade daha kolay olacaktır. Bu doğrultuda, alacaklı sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin kendi karşılık edim kısmını yerine getirmişse, borçludan bunun iadesini talep edecektir. Alacaklının edimi bölünebilir nitelikte değil ise, iadenin nasıl gerçekleşeceği ve hatta gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre; karşı edimi bölünemez nitelikte olan alacaklının, sözleşmenin geri kalan kısmından vazgeçmiş olsa dahi, sözleşmeden kısmi dönme imkânı bulunmamaktadır. Alacaklı edindiği kısmı iade veya aynen iadesi mümkün değilse parasal değerini tazmin etmek yoluyla sözleşmenin tamamından dönebilir⁴¹². Bu görüşün yanı sıra kural olarak alacaklının borçluya bölünmez bir edim sunması durumunda zaten çok büyük ihtimalle kısmi temerrüt halinde sözleşmenin tamamından dönmek isteyeceği kabul edilmektedir⁴¹³.

Alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması halinde de sözleşmeden kısmi dönmesinin mümkün olduğu da savunulmaktadır. Bu görüşe göre; alacaklı elde ettiği edim kısmının parasal karşılığını ödemek suretiyle sözleşmeden

⁴¹¹ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, §10 N. 511.

⁴¹² **CR-Thévenoz**, Art. 107, N. 39; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 43.

⁴¹³ Tercier, **a.g.e.**, §1217; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1019; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 43; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1426.

dönebilecektir⁴¹⁴. Bu görüş, alacaklının para vermek suretiyle kendi ediminin tamamını ifadan kurtulmasına yol açmasının, sözleşmeyi akdetme amacıyla bağdaşmayan bir değiş tokuş ilişkisi yaratması ve bu durumun kanunun borçlu temerrüdü kuralları dışında bir çözüm meydana getirmesi ve hatta bir hak tanınması sebebiyle somut dayanağı olmadığı kabul edilmekte ve eleştirilmektedir⁴¹⁵. Kısmi temerrüt konusunun para borcu olmasına ilişkin bir örnekleme üzerinden değerlendirme yapılarak da eleştirilmiştir. Satış konusu malın bölünemez nitelikte olduğu bir satış sözleşmesi örneğinde, alıcının satış bedelinin yarısını ödemiş olması varsayımında, sözleşmeden kısmen dönme imkânının kabul edilmesi halinde, elde edilmiş paranın parasal değer olarak karşılığının ödenmesi söz konusu olacağından, tuhaf bir durum meydana getirmesi ve bunun da kısmi iade anlamı taşıması gerekçesiyle sözleşmenin tamamından dönme ile aynı sonuca sebebiyet verdiği ifade edilerek eleştirilmiştir⁴¹⁶.

Bu hususa ilişkin kanaatimiz, kısmi temerrüt ve kısmi dönme kavramlarının özellikli durumunun irdelenmesi sonucunda ifade edilecektir.

Kısmi dönme, kısmi temerrüde has bir yöntemdir. Kısmi ifa ile, gereği gibi ifa edilmiş kısım ve kalan kısım olmak üzere sözleşme ikiye bölünmüştür. Alacaklı kalan kısımdan hem kendi ediminden hem borçlunun ediminden uzaklaşmak istemektedir. Alacaklının edimi bölünebilir nitelikte ise borçlunun ifa edilmemiş edim kısmına karşılık gelen kendi edim kısmını ifa yükümlülüğünden kurtulur. Bölünemez nitelikte ise ne olacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun için hukuki mantık çerçevesinde hareket edilerek bir çözüm bulunmalıdır. Alacaklının sözleşmeden kısmen dönerek neyi amaçladığı, muhakemenin temelini oluşturacaktır; artık borçlunun taahhüt etmiş olduğu ediminin kalan kısmını elde etmesinin kendisi için anlamı bulunmamakta ve bakiye kısma denk gelen kendi edimini de ifa etmek istememektedir. Alacaklı, sözleşmenin ifa edilmemiş bu kısmı hiç dikkate alınmamış, adeta hiç akdedilmemiş olsun istemektedir. Kısmi dönme üzerine, sözleşmenin ifa

⁴¹⁴ Comment, **a.g.e.**, s. 139 vd.; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972.

⁴¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1740, dn. 2067.

⁴¹⁶ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 43, not 102.

edilmemiş kısmına ilişkin borç ilişkisi sona erecektir. Bu doğrultuda, alacaklının kendi edimi bölünebilir nitelikte ise, sadece ifa edilmiş kısma denk gelen kendi karşı edim kısmını yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Sözleşme sadece kısmen ifa edilmiş kısım dikkate alınarak akdedilmiş kabul edilecektir. Sözleşme bu kapsamda akdedilmiş olsa idi, alacaklının kendisinin bu bölünemez edimi yine de yerine getirmek isteyip istemeyeceği sorusuna cevap bulunmalıdır. Gözetilecek esas nokta, kısmi dönmenin ayrı bir yöntem olması nedeniyle, sözleşmeden tamamen dönmeden farklı bir sonuca sebep olması gerekliliğidir.

Sözleşmenin tamamından dönmeyi tercih eden alacaklı ne kendi edimini ifa etmek ne borçlunun edimini elde etmek istemektedir. Sözleşmeden tamamen dönme hakkını kullanarak varmak istediği yer sıfır noktasıdır yani kısmi temerrüdün gerçekleştiği sözleşmenin akdedilmemiş olduğu andaki tarafların malvarlığı durumudur. Kısmi dönme halinde ise, borçlunun ediminin devamını elde etmek istememektedir ama ifa edilmiş kısma denk gelen kendi edimini ifa ile yükümlüdür. Kendi ediminin bölünemez nitelikte olması, ona ifadan kaçınma hakkı tanımamaktadır; aksini kabul hukuk garabetine yol açar. İfa edilmemiş kısma karşılık gelen edimin parasal değeri hesaplanmalı ve alacaklıya ödenmelidir. Alacaklının kendi ediminin bölünememesi sebebiyle sözleşmenin tamamından dönülmesi bir kural olarak kabul edilemez, zira bu açıkça alacaklının iradesine aykırıdır, kısmi ifayı kendinde istemektedir, zorla iade ettirilemez, alacaklı kendi ediminin niteliğinden ötürü cezalandırılmaz. Alacaklının kendi ediminin bölünemez olması durumunda kısmi dönmenin kabul edilemeyeceğini, sözleşmenin tamamından dönülmesinin gerektiğini savunanların gösterdiği örnek üzerinden inceleme yapılacak olursa; (A)'nın 1000 TL satış bedeli ödeme borcu karşılığında (B)'nin buzdolabını teslim etme borcu olan bir satım sözleşmesi olduğu, (A)'nın yalnızca 500 TL ödeyerek kısmi temerrüde düştüğü ve (B)'nin henüz buzdolabını teslim etmediği varsayımında, (B)'nin kısmi ifa ile 500 TL elde etmesi sonucunda kendi edimini yerine getirmek istemeyerek sözleşmeden kısmen döndüğünde, (A)'nın ediminin kısmen ifa edilmiş miktarına denk gelen kendi karşı ediminin değerini vermesi gerektiği kabul edildiğinde, (A)'ya 500 TL ödeyecektir. Bu durumun garip olduğu kuşkusuzdur; ancak sözleşmenin tamamından dönülmesinin daha mantıklı olduğu bu durumda kısmen

dönmenin neden tercih edildiği sorgulanmalıdır. Bu nedenle, söz konusu örneğin yerinde bir örnek olmadığı açıktır.

Alacaklının kendi ediminin bölünemez nitelikte olduğu durumda da kısmi dönmenin mümkün olduğunu kabul eden görüşe göre, alacaklı kısmi ifa sayesinde elde etmiş olduğu kısmın parasal değerini borçluya ödemelidir. Kısmen dönme sonucunda borçlu kısmen ifasının karşılığını mali olarak elde etmiş olacak ve alacaklı da kendi edimini ifadan kurtulmuş olacaktır. Kısmi temerrüt halinde, alacaklının kendi ediminin bölünemez nitelikte olduğu hallerde kısmi dönmenin mümkün olduğunu kabulümüzün gerekçeleri farklıdır. Bu gerekçeler, tarafların sözleşme akdedilirken gözettikleri amaçlara ve iradelerine uygun olarak ve taraflar arası menfaatler dengesi gözetilerek ortaya çıkarılmaktadır. Bu doğrultuda yapılacak incelemenin bir örnek üzerinden değerlendirilmesi açıklayıcı olacaktır.

(A) ile (B) akdetmiş oldukları sözleşmede, (A)'nın yapmayı taahhüt ettiği heykel karşılığında (B)'nin 1.000.000 TL değerinde antika koleksiyonu teslimi hususunda anlaşmışlardır. Kararlaştırılmış ifa tarihinde, (B) antika koleksiyonun 700.000 TL değerindeki kısmını teslim etmiş, 300.000 TL'lik kısmında kısmi temerrüde düşmüştür. (A) elde ettiği bu kısmi ifayı iade ederek veya aynen iade mümkün olmuyorsa bunun parasal karşılığını tazmin ederek sözleşmenin tamamından dönebilir. Ama burada incelenecek husus kısmi dönmenin mümkün olup olmadığıdır. (A)'nın, mütemerrit (B)'ye 700.000 TL değerindeki kısmı kabul ediyorum, bu andan itibaren kalan 300.000 TL değerindeki kısmını ifa etme deme imkânına sahip olmadığı belirlenmelidir. Bu imkânna sahip olduğu kabul edilirse, sözleşme sadece 700.000 TL değerindeki kısım ve ona karşılık gelen alacaklının edimi varmış gibi akdedilmiş kabul edilecektir. 700.000 TL değerindeki bu antika koleksiyonu karşılığında karşı edim konusu heykel yapılması taahhüt edilmeyecek ise sözleşmenin tamamından dönülecektir.

Sözleşmenin kısmen dönüldüğü anda durumun ne olduğuna bakılmalıdır: 700.000 TL değerinde antika koleksiyonu parçaları (A)'nın malvarlığında olup, (A) bunları kendinde tutmak istemektedir, (B)'nin bakiye ediminin ifasını elde etmek istememektedir; buna karşılık (B)'nin malvarlığında bu sözleşmeden kaynaklı bir

edinim bulunmamaktadır. İkili bir ayırım yoluyla ve menfaatler dengesini gözeterek inceleme yapılmalıdır. Kısmi dönme anında, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı sona erer. Kısmen ifa edilmiş kısmı geçerli olduğu için buna ilişkin edimleri ifa yükümlülüğü herhangi bir değişikliğe uğramadan devam etmektedir. Bu nedenle, alacaklının karşı ediminin her ne kadar bölünemez nitelikte de olsa, ifa edilmesi gerekmektedir.

İlk varsayımda; sözleşmeden kısmen dönüldüğünde, 300.000 TL değerindeki kısmın ve buna denk gelen alacaklının kendi ediminin kısmının ifasına gerek olmamaktadır. Bu durumda, (A) kendi karşılık ediminin, bölünemez nitelikte olduğu için, tamamını ifa edecektir, sözleşmenin kısmen ifa edilmemiş kısmın parasal karşılığını (B), (A)'ya ödemekle yükümlü olacaktır. Başka bir ifadeyle, (A)'nın ifa edilmemiş kısma denk gelmesine rağmen ifa etmiş olduğu karşı edim kısmının değeri tazmin edilecektir. Sözleşmeden dönüldüğü için, (B) aslında heykeli elde etmesi sayesinde, kendisinin ifa etmemiş olduğu 300.000 TL değerindeki antika koleksiyon parçalarına denk gelen kısma ilişkin edindiği menfaatin hukuki dayanaktan yoksun kalması sebepsiz zenginleşme oluşturduğu için bu menfaatin parasal karşılığını (aynen iadesi mümkün olmadığı için) (A)'ya ödemekle yükümlü olacaktır. Bu durumda, (A) 700.000 TL değerindeki antika koleksiyon kısmını, (B) heykeli elde etmiş olacak ama (A)'nın uğradığı zararı tazmin etmiş olacaktır. Taraflar, böylelikle, sözleşme ile amaçladıkları menfaatleri kısmi ifa oranında elde etmiş olacağı için varılan sonuç başarılı kabul edilmelidir. Sözleşmeden kısmen dönülmesi sebebiyle borçlunun borcu ifa edilmemiş oranda sona erecek ve alacaklının bu nedenle uğramış olduğu zarar tazmin edilecek ve taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulmamış olacaktır.

İkinci varsayımda; sözleşmeden kısmen dönüldüğü andan itibaren ifa edilmemiş edimlerin ifası istenemeyecektir; ancak bu durumda kısmi ifada bulunan (B) hiçbir şey elde etmemiş olacaktır. Sözleşmeden dönüldüğü takdirde; (A) 700.000 TL değerinde antika koleksiyonu kısmını elde etmişken (B) heykeli malvarlığında bulunduramayacaktır; artık 300.000 TL'lik kısmın teslimi gerçekleştirilemeyecek, bununla birlikte antika koleksiyonun 700.000 TL'lik değerine denk gelen karşı edimin kısmının ifası gerekecektir. Her iki taraf için de heykelin yapımı ve tesliminin önemli olup olmadığının tespiti önemlidir. Kendi edimini ifadan kurtulacak olan (A), (B)'ye

700.000 TL'yi yani ifa edilmiş edimin değerini ödemekle yükümlüdür. Bu sayede (A) 700.000 TL değerinde antika koleksiyonu, (B) 700.000 TL elde etmiş olacaktır. Adeta satış sözleşmesinin ortaya çıktığı bu durumda sözleşme içerik değiştirmiş olacaktır. Oysa, tarafların aralarındaki sözleşmeyi akdederken taşıdıkları amaç bu değildi. Eğer 700.000 TL değerindeki antika koleksiyon karşılığında bu heykel yapılmayacak idiyse, zaten makul olan sözleşmenin tamamından dönülmesidir. Bu halde, kısmi temerrüt halinde kısmi dönme açısından böyle bir çözüm kabul edilemeyecektir. Bu varsayımda varılan sonuç başarısız olup benzer durumda, kısmi temerrüt halinde, sözleşmenin tamamından dönülmesi uygun olacaktır.

Sonuç olarak, kısmi dönmenin sözleşmeyi ikiye bölmekten ve sadece ifa edilmemiş kısmın sona ermesinden hareketle, sözleşmenin ifa edilmiş kısma ilişkin tarafların ifa yükümlülüğünün devam etmesi sebebiyle alacaklının karşı ediminin niteliği ne olursa olsun ifa etme zorunluluğunun bulunduğu kanısındayız. Sözleşmedeki menfaatler dengesi gözetilerek çözüm üretildiğinden, alacaklı kendi edimi bölünemez nitelikte olduğu durumda da kısmi dönme hakkını kullanabilecek ve bunun sonucunda kendi edimini tamamen ifa edecek ve ifa edilmemiş kısma denk gelen kendi ediminin değeri kendisine ödenecektir.

3.5.1.1.3. Kısmi Dönmenin Kavramsal Olarak Sözleşmeden Dönme Kapsamında Yer Alıp Almadığı Sorunsalı

Kısmi dönme hakkının kullanılması, geniş anlamda borç ilişkisi üzerinde bir etkiye sahip olmayıp, yalnızca dar anlamda borç ilişkisinde yani münferit borçlarda etki yaratmaktadır. Kısmi dönme hakkının kullanıldığı durumda, taraflar arasındaki sözleşme ve sözleşmesel ilişki geçerli olarak kalmaya devam edip yalnızca bu ilişkiden kaynaklanan borçlarda değişiklik yapılmakta ve ifa edilmemiş kısmına ilişkin borçlar ortadan kaldırılmaktadır. Her ne kadar genel olarak, sözleşmenin bir kısmının geçerli ve ayakta olduğu ifadesi kullanılsa da, esasen tamamı geçerli olan sözleşmenin ifa edilmiş kısmına ilişkin borçların varlığını sürdürdüğü vurgulanmak istenmektedir. Sözleşmesel ilişki değil, ondan kaynaklanan bazı borçlar sona ermektedir. Kısmi dönme hakkının kullanılması sonucunda, sadece ifası gerçekleşmiş kısmın konu olduğu bir sözleşme yapılmış gibi, ifa edilmemiş diğer kısmın adeta hiç akdedilmemiş

olduğu bir durum ortaya çıkacaktır. Sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı sözleşme konusuna dâhil edilmeseydi, taraflar bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse zaten alacaklı sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanacaktır.

Geniş anlamda borç ilişkisi açısından değerlendirme yapıldığında, kısmi dönme kavramsal olarak sözleşmeden dönme değildir; çünkü sözleşmeden dönmeye sebep olan kısmi temerrüdün meydana geldiği sözleşme geçerli olmaya devam etmekte, hiç akdedilmemiş hale gelmemektedir. Her iki tarafın malvarlığı durumları da bu sözleşme hiç yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı duruma denk değildir, her iki taraf da amaçladığı belirli bir menfaati elde etmiştir. Kanımızca, geniş anlamda borç ilişkisi açısından değerlendirildiğinde kısmi dönme kavramsal olarak bir sözleşmeden dönme olmadığı halde, uygulanmasına ilişkin kurallar bünyesine uygun düştüğünden kıyasen sözleşmeden dönme olarak ifade edilmektedir. Dönme kavramı, sözleşmeden doğan borçları sona erdirmeye etkisini ve ifa edilmiş edimlerin iadesini içeren bir üst kavram gibi yorumlandığı için kısmi dönme hukuki sonucuna yol açan yöntem de bu çatı kavram altında ifade edilmektedir. Yorumun dar anlamda borç ilişkisini esas alarak yapılması bu sonucun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Alacaklı sözleşmeden kısmen dönme beyanında bulunabileceği gibi sözleşmeden kısmen dönme talep sonuçlu dava açabilir. Kısmi dönme hakkını kullanan alacaklının talebi doğrultusunda sözleşmede değişiklik meydana gelmektedir. Burada kısmi dönme hakkının kullanılmasının, yenilik doğuran bir hak olarak dar anlamda borç ilişkisi yani münferit borçlar üzerindeki etkisi ile karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin olarak ya sözleşmede kararlaştırılmış borcun miktarında değişiklik yapılacaktır ya da birden fazla borç kararlaştırılmış ise ifa edilmemiş borçlar çıkartılacaktır. Alacaklı sözleşmenin ifa edilmiş kısmına ilişkin olarak elde ettiği menfaati kendinde tutmayı ve ona karşılık gelen kendi edimini de ifa etmiş olmayı, ifa edilmemiş kısma ilişkin sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan tüm borçlardan kurtulmayı istemektedir. Kısmi dönme yenilik doğuran hakkının kullanılması üzerine, tarafların borçlarının ifa edilmemiş kısmı, ifa edilmiş kısma denk gelen kısmı hariç olmak üzere, sona erer. Sözleşmenin bundan böyle azaltılmış borçlar üzerinden hüküm ifade etmesi, yani içerik değiştirmesi bu ilk etkinin sonucudur. Bu husus, sözleşmeden kısmen dönme

hakkının, sözleşmeden dönme hakkı gibi hem bozucu hem değiştirici etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Sahip olduğu esas etki doğrultusunda kısmi dönme hakkının da bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır⁴¹⁷.

Sonuç olarak, burada yapılacak yorum, borç ilişkisinin geniş ya da dar anlamında ele alınması neticesinde değişiklik gösterecektir. Kısmi dönme hakkının kullanılması, geniş anlamda borç ilişkisi açısından incelendiğinde, sona erdirici etkisi bulunmadığından kavramsal olarak sözleşmeden dönme olarak değerlendirilemez. Dar anlamda borç ilişkisi odağında incelendiğinde, hem bozucu hem değiştirici etkisi ortaya çıktığı için kavramsal olarak sözleşmeden dönme olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır.

Alacaklının kısmi dönme hakkını kullanması neticesinde gerçekleşen sözleşme değişikliği yenilik doğuran hakkın kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Kısmi dönme hakkının kullanılması sonucunda, tarafların akdetmiş oldukları sözleşme ve sözleşmesel ilişki geçerli olarak varlığını sürdürmekle birlikte yalnızca ifa edilmiş kısmındaki edimlerin ifası kararlaştırılmış gibi bir değişiklik yapılmaktadır. Yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucunda değiştirilen kısım itibariyle iade borcu doğacaktır; çünkü yükümlülükler ona göre yeniden düzenlenmiştir. Kısmi dönme hakkının kullanılması sonucunda sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin ifa edilmiş edim varsa iadesi istenecektir. Sözleşmeden kaynaklanan borçların sona erdirildiği ana yani sözleşmeden kısmen dönüldüğü ana kadar, ifa edilmiş edimin hukuki sebebi mevcutken, artık o ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, ifa edilmiş bu edim kısmının, sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanarak iade edilmesi gerekecektir.

3.5.1.1.4. Fransız Hukuku Açısından Kısmi Dönme Kavramı

Fransız hukukunda kısmi temerrüt kavramı bulunmamaktadır. Sözleşmeden dönme ise belirli ağırlıkta ifa edilmeme olduğunda uygulanabilir bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, Fransız doktrininde kısmi dönme kavramı (la

⁴¹⁷ Yenilik doğuran hakların birden fazla etkiye sahip olmasına dair detaylı bilgi için bkz.: Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, s. 165, 166.

r solution partielle du contrat) kullanılmakta ve buna ilişkin eleştiriler yapılmaktadır.

Kısmi ifa etmeme halinde, yalnızca, hâkimin tarafların iradelerini dikkate alarak, ifa edilmemiş kısmın sözleşmenin esaslı kısmı olarak kabul edildiğine kanaat getirmesi durumunda sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁸. CC m. 1228 hükmü uyarınca sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak hâkimin takdir yetkisi çok geniştir; ifa için borçluya süre tanıyabilir, bu sürenin ifa gerçekleştirilmeden sona ermesi halinde sözleşmeden dönmeye karar verecektir, yalnızca sözleşmeden dönmeye ya da tazminat sorumluluğu yükleyerek sözleşmeden dönmeye hükmedebilir. Hâkimin sözleşmeden dönmeye veya sözleşmeyi ayakta tutup tazminata hükmetmek için değerlendirdiği kriter, uyusmazlık konusu kısmi ifa etmemenin, tarafların sözleşmeyi akdederken elde etmeyi arzuladıkları ekonomik fayda açısından neden olduğu eksikliğin sözleşmenin tamamından dönmeyi gerektiren ağırlıkta olup olmadığıdır. Amaçlanan ekonomik fayda ve gelecekteki ifa edilebilirliği değerlendiren hâkim kısmi ifa etmemenin, sözleşmenin tamamını etkilediği kanaatine varırsa sözleşmeden dönmeye karar verir. Eğer meydana gelen eksiklik sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek nitelikte ise hâkim sözleşmeyi ayakta tutar ve borçluyu tazminat ödemekle yükümlü kılar⁴¹⁹. CC m. 1224 metninde kanun koyucu, sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kriter olan esaslı ifa etmemeye (**in execution suffisament grave**) açıkça yer vermiştir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümler incelendiğinde kısmi dönmeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle, Reform  ncesi ileri sürülen kısmi dönme kavramına ilişkin görüş ve eleştirilerin varlığının devam ettiği söylenebilir.

Reform  ncesi Fransız Medeni Kanunu m. 1184 hükmünde, sözleşmeden dönme ifa edilmemenin bir yaptırımını olarak düzenlenmiş olmakla birlikte herhangi bir ifa etmeme ağırlığı öngörülmediği için ortaya çıkan boşluğu yargı esaslı ifa etmeme

⁴¹⁸ Gaudemet, **a.g.e.**, s. 416; Malaurie, Ayn s, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 877, 880; Malinvaud, **a.g.e.**, N. 302; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 252; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 421  55,  56 vd.

⁴¹⁹ Gaudemet, **a.g.e.**, s. 416; Malaurie, Ayn s, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 877, 880; Malinvaud, **a.g.e.**, N. 302; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 252.

ile sınırlamıştır⁴²⁰. Reform ile CC m. 1224 hükmünde bu kriter kanun metninde açıkça ifade edilmektedir. Kısmi dönme kavramı ise kanunen öngörülmemiş olmasına karşın, doktrin ve yargı bazı kısmi ifa etmeme hallerinde sözleşmeden dönmenin sona erdirici etkisinin çok ağır sonuçlara yol açması sebebiyle bunu kısıtlamanın yollarını aramış ve kısmi dönmeyi kabul etmiştir⁴²¹. Fransız hukukunda maddi (**la résolution partielle matérielle**) ve zamansal kısmi dönme (**la résolution partielle temporelle**) kavramları bulunmaktadır. Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade yükümlülüğünün gerçekleştirilmesinde karşılaşılan güçlükleri aşmak için, doktrin ve yargı, istisnai hallerde geriye etkiyi sınırlandırmış ve böylelikle geriye etkinin kısmi olmasını kabul etmişlerdir. Buna göre, sona erdirici etki sözleşmenin akdedildiği tarihten değil; ifa etmeme, dava ya da karar tarihinden itibaren geçerli olacaktır⁴²². Zamansal kısmi dönme, İsviçre ve Türk hukuklarında benzeri bulunan bir kısmi dönme çeşidi olmadığından buna ilişkin değerlendirmeler çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

Maddi kısmi dönme ise sözleşmenin kısmen ayakta tutulması hallerini açıklamaktadır. İfade eksiklik, hiçbir yaptırımı gerektirmeyeceği gibi kısmi veya tam dönmeye yol açabilir. Sözleşmenin tamamından dönülmesini gerektirmeyen ağırlıkta ifa etmemenin olduğu hallerde, hakkaniyet gereği maddi kısmi dönme kabul edilmektedir. Alacaklı kısmi ifa ile alacağının bir kısmına ilişkin menfaatini elde etmiş olduğu için, taraflar arasındaki menfaatler dengesi gözetilerek, buradaki ifa edilmeme

⁴²⁰ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 11 §11.

⁴²¹ Jacques Maury, **Essai Sur Le Rôle de la Notion d'Équivalence en Droit Civil Français, Tome I, la Notion d'équivalence en Matière Contractuelle**, Toulouse, 1920, s. 291, 295 (Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 4 §4 dn. 12, 5 §5 dn. 24, 407 §673 dn. 2232'den naklen); René Cassin, **La résolution judiciaire pour inexécution**, Journée de droit civil de Mons de l'Association Henri Capitant, 1939, s. 81; René Cassin, **Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution**, op. cit., s. 175; Bernard Gross, Philippe Bihr, **Contrats, t. I, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux**, Thémis, PUF, 1e éd. 1993, s. 202; Christian Larroumet, **Droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat**, 4e éd., Economica, 1998, s. 763, n° 711; Jean Lebreton, **Suspension et résolution des contrats**, Rev. crit. lég. jurispr. 1924, s. 608; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, **Cours de droit civil, t. VI, Les obligations, vol. II, Contrats, quasi-contrats**, op. cit., s. 286, n° 482; Gabriel Marty Pierre Raynaud, **Droit civil, Les obligations, t. 1, Les sources**, op. cit., s. 340, n° 329, 342, n° 330; Pierre Raynaud, **Cours de droit civil, Les cours de droit Paris V, 1972-1973**, s. 704; Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, **Droit civil, Les obligations, t. II, Contrat**, op. cit., s. 669, n° 1919, Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, **Traité de droit civil**, sous la direction de J. Ghestin, **Les effets du contrat**, 3e éd., L.G.D.J., 2001, s. 542 vd., n° 481 vd. (Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 5 §6 dn. 26'dan naklen) Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 11 §11, §12.

⁴²² Detaylı bilgi ve bu kavramın eleştirisi için bkz.: Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 409 §679, §680 vd.

için sözleşmenin tamamından dönmeden farklı bir yaptırım öngörülmüştür. Bu çözümde, alacaklı, elde etmek için sözleşmeyi yapmış olduğu menfaati sağlayamamakla birlikte kısmen tatmin edilmek, borçlu da eksik ifada bulunduğu için ama sadece gerektiği kadar cezalandırılmak suretiyle bir uzlaşma sağlanmaktadır⁴²³. Sözleşmeden kısmi dönülmesi, geçerli olarak ifa edilmiş kısmının ayakta kalmasını, ifa edilmemiş kısmının sona ermesini ifade etmektedir. Sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına yönelik olarak sona erdirici etkisi bulunmaktadır, alacaklının menfaatini elde etmiş olduğu kısım geçerlidir⁴²⁴. Maddi kısmi dönme kavramı, hâkimin sözleşmede yapacağı değişikliklerin türüne göre ikili bir ayırım yaparak incelenmiştir. İndirim (azaltma) yapılması durumunda (**la résolution partielle par réduction**) niceliksel bir kısmi dönme söz konusudur, borcun kendisine değil borcun miktarına dokunulmaktadır⁴²⁵. İndirim yapılması durumunda sözleşme sona erdirilmediği, ortadan kaldırılmadığı için sözleşmeden dönmenin yapısına yabancılık oluşturduğu, sözleşmenin gözden geçirilmesi anlamına geldiği ve bunun da yeni bir yaptırım olduğu savunulmuştur⁴²⁶. Kanımızca, Reform ile getirilen CC m. 1223 hükmü uyarınca alacaklıya bedelde indirim yapma hakkının sözleşmeden dönme hakkından ayrı, özel bir hak olarak tanınması ile bu hususun kanun koyucu tarafından kısmi dönme kavramından ayrı bir yaptırım olarak kabul edildiği açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

Ampütasyon yönteminde (**la résolution partielle par amputation**) ise sözleşmede yer alan bir borç, bir kısım, bir kloz çıkartılmaktadır. Sözleşme bir puzzle gibi eksik parçasına rağmen tutarlılığını korumaktadır⁴²⁷. Hâkim, sadece belirli borçları çıkararak sözleşmeye müdahale etmektedir. Bir görüşe göre, hâkim ifa edilmeme nedeniyle, bir sözleşmenin içindeki bir ya da birkaç edimi çıkararak bu edimler sözleşmenin bütününe etki ettiği için sözleşmeyi değiştirmektedir, bu nedenle dönme etkisi ile alakası bulunmamaktadır. Bu yöntem de sözleşmeyi sona

⁴²³ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 5 §6.

⁴²⁴ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 226 §379; Genicon, **a.g.e.**, s. 568 §794.

⁴²⁵ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 14 §15.

⁴²⁶ Genicon, **a.g.e.**, s. 572, 573 §802, §803.

⁴²⁷ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 14 §15.

erdirmemektedir, bir gözden geçirmedir, zira burada sözleşmede küçük müdahaleyi hak eden küçük eksiklikler bulunmaktadır⁴²⁸. Kısmi dönmeye yol açacak eksikliği, sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyen ağırlıkta borçları çıkarmak suretiyle, sözleşmede kısmi müdahaleyi hak eden küçük bir eksiklik olarak tanımlamak söz konusu olabilir⁴²⁹.

Sonuç olarak, maddi kısmi dönme kavramının genel bir uygulama olarak kabul edilmesine yönelik eleştiriler⁴³⁰ iki ana dayanağa sahiptir. Bu doğrultuda ilk olarak, dönme ifadesinin kullanılmasına rağmen sözleşmenin tamamen sona ermeyip bir kısmının ayakta tutulmasının sözleşmeden dönme kavramı ile bağdaşmadığı savunulmaktadır⁴³¹. İkinci husus ise, kısmi dönme türlerine göre sözleşmede borcun miktarının indirilmesi veya borç/borçların sözleşmeden çıkartılmasının yalnızca sözleşmede değişikliğe yol açmasının sözleşmeden dönme kavramı ile bağlantısı olmadığı ve bunun sözleşmenin gözden geçirilmesi anlamına gelmesidir⁴³².

3.5.1.2. Sözleşmenin Tamamından Dönme

3.5.1.2.1. Kavram

Kısmi temerrüt halinde, alacaklının sözleşmenin tamamından dönülebilmesi çok istisnai bir durumdur. Kısmi temerrüde konu edim adeta sözleşmenin mihenk taşı ise alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilecektir⁴³³. Sözleşmenin tamamından dönmenin, kısmi dönmeden farkı genel olarak, başvuru gerekçesi ve birlikte istenebileceği tazminat türüdür. Sözleşmeden tamamen dönme üzerine TBK m. 125/f.3 hükmü kıyasen uygulanacak ve olumsuz zararın tazmini talep edilebilecektir.

⁴²⁸ Genicon, **a.g.e.**, s. 570 §798; 573 §804, 574 §804; 576 §808.

⁴²⁹ Genicon, **a.g.e.**, s. 576 §808.

⁴³⁰ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 226 §379; Genicon, **a.g.e.**, s. 570 §797.

⁴³¹ Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 226 §379; Genicon, **a.g.e.**, s. 568 §794.

⁴³² Rigalle-Dumetz, **a.g.e.**, s. 226 §379; Genicon, **a.g.e.**, s. 576 §808.

⁴³³ Fransız hukukunda da aynı anlayış mevcuttur. Kısmi ifa etmemenin sözleşmeden dönmeyi gerektirecek ağırlıkta olması aranmaktadır. Sözleşmenin tamamından dönüldüğü durumda, sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecek ve ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekecektir. Bkz.: Gaudemet, **a.g.e.**, s. 416; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, **a.g.e.**, N. 877, 880; Malinvaud, **a.g.e.**, N. 302, 306; Flour, v.d., **a.g.e.**, N. 246 vd.

TBK m. 27/f.2 hükmü kıyasen yorumlanarak, alacaklının kabul etmiş olduğu kısmi ifa, borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin tamamı ifa edilmedikçe kendisi açısından bir değer taşımıyorsa, elde etmiş olduğu edim kısmını iade ederek sözleşmenin tamamından dönebileceği kabul edilmektedir⁴³⁴. Alacaklının, borçlunun temerrüde düştüğü kısım yani sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı olmasaydı bu sözleşmeyi akdetmeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Hâkimin bu hususu irdelerken yani alacaklının ifa edilmemiş kısım olmaksızın sözleşmenin kendisi için bir anlam taşıyıp taşımadığına karar verirken, dürüstlük kuralını gözeterek, esnek davranması gerekmektedir⁴³⁵. Hâkimin bu doğrultuda dikkat edeceği hususların ne olduğunun, malların veya parçaların birlikte satıldığı, birbirinden ayrılamayacak nitelikte olduğu ve bunlardan hiçbirinin tek başına esas mal teşkil etmediği durumunda söz konusu olduğu satış sözleşmesi örneğiyle ele alınması açıklayıcı olacaktır⁴³⁶. Taraflar açısından zarara uğratmadan bu malların ya da parçaların ayrılmasının mümkün olmaması hali dikkat edilecek ilk husustur. Ayırım yapılmasının mümkün olmasına rağmen, bunun sonucunda yararlılığı azalıyorsa da zararın var olduğu kabul edilmektedir. Aynı doğrultuda, etkilenmiş parçaların oluşturduğu bir bütün olduğu durumda, eğer alıcı kalan kısmı kullanmak istemiyorsa ya da dönülen kısmı yeniden kullanmak istemiyorsa veya etkilenen ve düzgün malların ayırımı çok zaman alacaksa sözleşmenin tamamından dönülecektir⁴³⁷. Dikkat edilecek ikinci husus, tarafların iradesi doğrultusunda değişik parçaların aynı hukuki kaderi paylaşmalarının mümkün olması sonucunda, sözleşmenin tamamından dönülmesini de kararlaştırabilmiş olmalarıdır. Eğer borcun konusu bir esas mal ve aksesuarları ise dönme hepsi üzerinde etkili olacaktır. Aksesuar tabiri ile ikincil mallar yani duruma göre esas mal olmadan alınmayacak olan ikincil nitelikteki eşyalar anlaşılmalıdır. Aradaki iktisadi bağımlılık hukuki bağımlılıklarını etkiler, her somut olayın şartlarına göre değerlendirme

⁴³⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Marty, Raynaud, Jestaz, **a.g.e.**, s. 339; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 972; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 418 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 42.

⁴³⁵ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 42, 43; Ateş, **a.g.e.**, s. 296.

⁴³⁶ Stanislas, **a.g.e.**, s. 127.

⁴³⁷ Stanislas, **a.g.e.**, s. 128.

yapılmalıdır⁴³⁸. Bir görüşe göre; alacaklı borçlunun kısmi ifasını, bakiye kısmı hemen kısmi ifanın ardından ifa edeceği kanaatiyle kabul etmiş ise, ortaya çıkan kısmi temerrüt sonucunda sözleşmenin tamamından dönebilecektir⁴³⁹.

Alacaklının sözleşmenin tamamından dönebilmesi için kendisinin kısmi ifada menfaati olmaması ya da sadece düzgün ifa edilen kısım olsa idi bu sözleşmeyi yapmayacak olması gerekmektedir. Sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanan alacaklının iradesi, borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimin ifa edilmiş kısmı da dâhil olmak üzere tamamından vazgeçme yönündedir. Esasen, alacaklı, artık hem kendi edimini ifa etmemek hem de borçlunun edimini elde etmemek istemektedir. Borçlunun kısmi temerrüdü nedeniyle bozulan sözleşmesel dengeyi yeniden sağlamak arzusuyla sözleşmeden tamamen dönme hakkını kullanmaktadır. Böylelikle, sözleşmesel ilişki sona erecek ve ifa edilmiş edimlerin iadesi sonucunda, menfaatler dengesi bozulmuş olan sözleşme hiç akdedilmemiş gibi olacaktır.

Sözleşmenin tamamından dönebilmesi için alacaklının ediminin bölünebilir nitelikte olmaması aranmakta⁴⁴⁰ ise de bunun kısıtlayıcı bir ifade olduğu kabul edilemez. Zira, somut olayın şartlarına göre, kısmi ifada ifa edilmemiş kısmı elde etmediği sürece menfaati olmayan ve kendi edimi bölünebilir nitelikte olan alacaklının bu hakkı kullanması engellenemez.

Sözleşmenin tamamından dönmenin hukuki sonuçları hakkında sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları geçerli olacağı ve bu hususta da doktrinde görüş birliği bulunmadığı için, benimsenecek teoriye göre meydana gelecek hukuki sonuç değişiklik gösterecektir. İlgili teorileri incelemeye geçmeden önce, hangi teori benimsenirse benimsensin ifa edilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği ve bu hususun, sözleşmenin tamamından dönme üzerine ifa edilmiş edimlerin iadesinin kısmi dönme

⁴³⁸ Stanislas, **a.g.e.**, s. 129.

⁴³⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 958.

⁴⁴⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 553; CR-Thévenoz, Art. 107, N. 39; Tercier, **a.g.e.**, §1217; Ramoni, **a.g.e.**, N. 1022; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1426.

hakkının kullanılması ile ortaya çıkan iade yükümlülüğü ile aynı esaslara tâbi olması sebebiyle, ayrı bir başlık altında inceleneceği hatırlatılmalıdır⁴⁴¹.

3.5.1.2.2. Sözleşmenin Tamamından Dönmenin Hukuki Sonuçlarına İlişkin İleri Sürülen Teoriler

Alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmasının hukuki sonuçları hususunda doktrinde bir fikir birliği bulunmadığı için klasik dönme teorisi, aynı etkili dönme teorisi, kanuni (yasal) borç ilişkisi teorisi ve yeni dönme (dönüşüm) teorisi ana başlıkları altında farklı görüşler savunulmaktadır. Her ne kadar yapılan araştırmalarda kısmi dönmenin hukuki sonuçları hususunda bu tartışmalara rastlanmadıysa da sözleşmenin tamamından dönme de somut olayın şartlarına göre mümkün olabileceği için bu tartışmalara ilişkin kısa açıklamalara yer vermek uygun olacaktır.

3.5.1.2.2.1. Klasik Dönme Teorisi

Doktrinde baskın olan görüş, klasik dönme teorisine göre ifade edilmektedir. Bu teori uyarınca⁴⁴²; dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan, dönme beyanının kullanılması ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak (ex tunc) sona erer. Dönmenin gerçekleşmesi ile sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmaktadır. Bu teori taraftarları, TBK m. 125/f.3 hükmünde "...sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı" kelimeleri kullanılmış olduğundan, bu görüşün kaynağını kanun metninin açık ifadesinden aldığını belirtmektedir. Dönme beyanının kullanıldığı andan itibaren artık ifa istenemeyeceği

⁴⁴¹ Bkz.: aş. 385 vd.

⁴⁴² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1787; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 425 §108, §109; Gaudemet, **a.g.e.**, s. 418; Chavanne, **a.g.e.**, s. 80 §231; Daepfen, **a.g.e.**, s. 204; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 534; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 951, 952; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 415; Önen, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 327; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1690; Eren, **a.g.e.**, N. 3501; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 20; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 260; M. Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **İÜMHAD**, C. XIII, S. 16, s. 134; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 65 vd.; İlhan Uluhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s. 77 dn. 52; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 681, 682; Belling, Belen, **a.g.m.**, s. 3033.

gibi ifa edilmiş edimler de hukuki dayanaktan yoksun hale geleceği için edinmiş taraf açısından sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Ortadan kalkan sebebe dayanan bir sebepsiz zenginleşme (condictio ob causam finitam) söz konusudur⁴⁴³. Bunun sonucunda, verilmiş/yapılmış edimlerin geri verilmesi, iade borcunun kapsamı ve zamanaşımı hususlarında sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77-82) uygulanacaktır. Klasik görüş taraftarları, dönme beyanının tüm bu sonuçlarının, gerçekleştirilmiş ifaların sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemler açısından geçerli olduğu hususunda hem fikir iken; sebebe bağlı tasarruf işlemler yani yapılan kazandırmalar üzerindeki etkileri bakımından farklı görüşler ileri sürmektedir.

Bir görüşe göre, yukarıda anılan tüm bu etkiler sadece borçlandırıcı işlemler için söz konusu olup, ifa amacıyla yapılan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçları bakımından geçerli olmayacaktır⁴⁴⁴. Sözleşme geçerli olarak kurulmuş ise sözleşmeden dönme ile edimlerden her birinin dayandığı borç ilişkisi sona erse bile, yapılan kazandırıcı işlemlerin aynı etkisi devam edecektir⁴⁴⁵. Tasarruf işlemlerinin her ne kadar geçerlilikleri etkilenmese de sözleşmeden dönme ile birlikte sebepten yoksun hale geleceği için daha önce yerine getirilmiş edimlerin aynen iadesi mümkün olmaz ise edimlerin değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenmesi gerekecektir⁴⁴⁶. Bu görüşe göre; sebebe bağlı tasarruf işlemi dönmeden etkilenmez, çünkü o tasarruf işlemi yapılırken sebebini oluşturan işlem geçerlidir; ancak bu sebep sonradan sona erdiği için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak iade talebinde bulunulur. Bu bağlamda devredilmiş olan hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmesi mümkün değildir.

⁴⁴³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551, Chavanne, **a.g.e.**, s. 81 §237; Daepfen, **a.g.e.**, s. 204.

⁴⁴⁴ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 504; Belling, Belen, **a.g.m.**, s. 3033.

⁴⁴⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 952; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 387.

⁴⁴⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 757; Eren, **a.g.e.**, N. 3503; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 387, 388; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 119; Aybay, **a.g.e.**, s. 151.

3.5.1.2.2.2. Ayni Etkili Dönme Teorisi

Ayni etkili dönme teorisi⁴⁴⁷ olarak da adlandırılan diğer görüşe göre⁴⁴⁸; dönme beyanı sonucunda sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermekle birlikte, dönme ayni etkiye sahiptir. Bu ayni etki doğrultusunda, yerine getirilmiş olan hem borçlandırıcı işlemler hem de sebebe bağlı tasarruf işlemleri geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelecektir⁴⁴⁹. Tasarruf işlemleri de geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için, mülkiyetin karşı tarafa geçmemiş olması sebebiyle, bu durumda iadeye ilişkin talepler ayni hakka dayanacak ve edimin iadesi davası, zamanaşımına tâbi olmayan istihkak davasının konusu olacaktır⁴⁵⁰. Ayni hakların iadesi hakkında haksız zilyetliğe dair kanun maddeleri uygulanacaktır⁴⁵¹. Ancak bazı hallerde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin söz konusu olabileceği gibi, bu durumlarda TBK m. 82 gereği zamanaşımı da gündeme gelecektir. Bu hallere, iade konusunun iş görme veya kullandırma edimlerinden olması⁴⁵², taşınır mülkiyetinin devrinde tasarruf işleminin sebepten soyut olduğu görüşünün kabul edilmiş olması veya iade konusuyla ilgili birleşme, işleme, karışma veya bütünleyici parçanın varlığının söz konusu olduğu durumlar⁴⁵³ örnek olarak gösterilebilir.

3.5.1.2.2.3. Kanuni (Yasal) Borç İlişkisi Teorisi

Kanuni (yasal) borç ilişkisi teorisine göre de dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ermekte ama klasik dönme teorisinden farklı olarak, TBK

⁴⁴⁷ Bu teorinin klasik dönme teorisinin hukuki sebebe bağlılık ilkesi doğrultusunda yorumlanmasının sonucunda ortaya çıktığı yönünde bkz.: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 121.

⁴⁴⁸ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 40 vd.; Öz, **Eleştiri**, s. 141, 162; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 133.

⁴⁴⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 121.

⁴⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, N. 3504.

⁴⁵¹ Öz, **a.g.m.**, s. 155.

⁴⁵² Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 122. Keller, Schöbi'nin istihkak talebinin yapılabilmesi için mülkiyeti devredilen eşyanın hala mevcut olması gerektiği; bunun dışındaki tüm durumlarda kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadenin gerçekleştirileceği yönündeki açıklamaları için bkz.: Yıldız, **a.g.e.**, s. 253, dn. 423.

⁴⁵³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1692 dn. 1992; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 40.

m. 125/f.3 hükmüne dayanan kanuni bir borç ilişkisi meydana gelmektedir⁴⁵⁴. Bu görüş uyarınca; borç ilişkisinin ortadan kalkması, kurulduğu andan itibaren hüküm ifade etmemesi anlamına gelmez. Yerine getirilmiş olan edimler sebepten yoksun kalmış değildir; iadenin kaynağı bizzat TBK m. 125/f.3 hükmüdür; bu nedenle, iadeye ilişkin açılacak davanın dayanağı taraflar arasındaki kanuni ilişki olduğundan sebepsiz zenginleşme olmayacaktır⁴⁵⁵. Bu kanuni borç ilişkisi tarafların daha önce elde etmiş oldukları edimlerin iadesine ilişkindir. Kanun tarafından öngörülen bir borç ilişkisi mevcut olduğu için verilen geri alma hakkı şahsi bir hak niteliğini taşıdığından ve daha önce ifa edilmiş edimler hükümsüz bir hukuki sebebe dayanılarak verilmiş olmadığından iade borçlarına TBK m. 146 hükmünde düzenlenmiş, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre uygulanacaktır⁴⁵⁶. Sebepsiz zenginleşme hükümleri ancak kıyasen iade borcunun kapsamını belirlemek için uygulanacaktır⁴⁵⁷. Böylelikle TBK m. 125/f.3'teki boşluğu doldurmak için, taraflar arasında tasfiyeye yönelik yasal bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Bu görüşü savunan başka yazarlara göre ise; TBK m. 125/f.3 hükmünde tarafların ifa etmiş oldukları edimleri geri isteyebileceklerinin düzenlenmesi, kanun koyucunun bu edim konularının hala mevcut ve iadesinin mümkün olduğu kabulünden kaynaklanmaktadır. Edim konusunun mevcut olmadığı durumda TBK m. 77 vd. uygulanacak ve ifa edilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilecektir⁴⁵⁸. Kanuni borç ilişkisi teorisi ile klasik dönme teorisi dönme beyanının sözleşmeye etkisi bakımından aynı görüşü savunmakla birlikte, iade davasına uygulanacak zamanaşımı süresi hususunda birbirlerinden ayrılmaktadır; klasik dönme teorisine göre uygulanacak zamanaşımı daha kısa olan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi iken kanuni borç ilişkisi teorisine göre daha uzun olan genel zamanaşımı uygulanacaktır.

⁴⁵⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1693. BGE 60 II 27; BGE 61 II 255.

⁴⁵⁵ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 968.

⁴⁵⁶ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 968.

⁴⁵⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1693; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 121.

⁴⁵⁸ Becker, **a.g.e.**, Art. 109, N. 5, N. 6 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 254 dn. 429'dan naklen).

3.5.1.2.2.4. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi

Yeni dönme ya da dönüşüm teorisine göre⁴⁵⁹; değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme ne geçmişe ne ileriye etkili olarak sona erer, taraflar arasındaki sözleşme içerik değiştirir ve ifa edilenlerin iadesine ilişkin bir tasfiye ilişkisine dönüşür⁴⁶⁰. Bu nedenle, sözleşmenin geçerliliği etkilenmediğinden daha önce devredilmiş olan aynı hakların geçerliliğine bir etkisi olmayacaktır⁴⁶¹. Dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeye etkisi adeta bir filmin geriye doğru oynatılması olmasına rağmen mülkiyet veya alacak hakkı kendiliğinden eski malik veya alacaklıya geçmez⁴⁶². Yerine getirilmiş edimlerin ve devredilmiş hakların iadesinin hukuki dayanağı sözleşmedir⁴⁶³. Akdi verme yükümlülükleri, akdi geri verme yükümlülüklerine dönüşmektedir⁴⁶⁴. İade yükümlülüğü ve buna aykırılık sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil; borca aykırılık hükümlerine (TBK m. 112 vd.) tâbidir⁴⁶⁵. Bunun sonucunda da uygulanacak olan zamanaşımı süresi TBK m. 146 hükmü gereğince on yıldır. Her ne kadar içeriği değişip bir tasfiye ilişkisi olsa da söz konusu sözleşmeye özgü tazminat, zamanaşımı, ispat yükü, teminatlar ve hasara ilişkin düzen geçerli olarak uygulanmaya devam eder⁴⁶⁶. Dolayısıyla hem geri verilecek şeyden elde edilen doğal ürünler ve faizler de iadeye konu olacak, hem de iade konusu için yapılan giderleri iade alacaklısı ödemek

⁴⁵⁹ Chavanne, **a.g.e.**, s. 80 §232; Seliçi, **a.g.e.**, s. 209 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78 vd.; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 16; Eren, **a.g.e.**, N. 3502, 3506; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 21; Ateş, **a.g.e.**, s. 265.

⁴⁶⁰ CR-Thévenoz, Art. 107, N. 36; Chavanne, **a.g.e.**, s. 80 §233; Eren, **a.g.e.**, N. 3502; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 21, 25; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 16; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 261. BGE 114 II 125.

⁴⁶¹ Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 16; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 123.

⁴⁶² Eren, **a.g.e.**, N. 3507; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 26.

⁴⁶³ Rona Serozan, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 199; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 261; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, N. 60 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 255 dn. 437’den naklen).

⁴⁶⁴ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 469.

⁴⁶⁵ BGE 114 II 156. Tasfiye ilişkisinde iade konusu ile bağlantılı yararların ve masrafların karşılanıp denkleştirilmesine yönelik olarak, haksız zilyetlik, sebepsiz zenginleşme ve kanundaki diğer tasfiye kurallarından (TBK.m.217, 229 gibi) kıyas yoluyla yararlanılabileceğini kabul eden görüş için bkz: Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 199.

⁴⁶⁶ Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 199.

zorunda olacaktır⁴⁶⁷. Ayrıca, bu doğrultuda, asıl borçlar için verilmiş olan rehin ve kefalet ile kararlaştırılmış olan cezai şart iade borcu için de geçerli olacaktır⁴⁶⁸. Aynen iadesi mümkün olmayan edimler için objektif piyasa değerleri hesaplanır ve edim konusu, para olarak iade edilir. İade konusunu bir şeyi yapmamanın, bir hizmetin ya da bir şeyin kullanılmasının terkinin oluşturulması bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁴⁶⁹. Tasfiye ilişkisine kıyasen sebepsiz zenginleşmedeki tasfiye kuralları uygulanacaktır. Bu kapsamda, alacaklının iradesi, bu sözleşmenin yapılmasından önceki halin değil sözleşmeden dönülmeye karar verildiği andaki durumun sağlanmasına yönelik olacaktır⁴⁷⁰.

Yeni dönme teorisine göre henüz ifa edilmemiş edimlerin akıbetine ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yerine getirilmemiş olan edim yükümlülükleri ileriye etkili olarak ortadan kalkar⁴⁷¹. Diğer görüşe göre, henüz yerine getirilmemiş edimleri talep hakkı ortadan kalkmamakta ama sürekli def'i hakkıyla engellenmektedir⁴⁷². TBK m. 125/f.3 hükmünün açıkça "... taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar" düzenlemesi karşısında def'i hakkı görüşünün dayanağının kalmadığı ifade edilmektedir⁴⁷³.

Yeni dönme teorisi bünyesindeki bir görüşe göre, dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi sona ermediğinden olumsuz zarar talep edilemeyecektir⁴⁷⁴. Diğer bir görüşe göre ise, olumsuz zararın tazminini talep sözleşmenin ihlâlinden kaynaklandığından, dönme hakkının kullanılmasından sonra da sözleşmenin geçerliliğini koruduğu kabul edildiği bu durumda olumsuz zararın istenmesi mümkün olacaktır⁴⁷⁵.

⁴⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, N. 3507; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 26.

⁴⁶⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 80 vd.

⁴⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, N. 3507; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 26.

⁴⁷⁰ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1027.

⁴⁷¹ Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 73; Eren, **a.g.e.**, s. 3506; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, N. 59 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 254 dn. 435'ten naklen).

⁴⁷² Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 199; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975, s. 545, 546; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 16; Belling, Belen, **a.g.m.**, s. 3033.

⁴⁷³ Belen, **a.g.e.**, s.306.

⁴⁷⁴ Öz, **a.g.m.**, s. 163.

⁴⁷⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 108 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 124.

3.5.1.2.2.5. Katıldığımız Görüş

Kısmi temerrüt halinde sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarının ne olacağı hususunda hangi teoriyi benimsediğimizi belirlemek için, kısmi temerrüt halinde iki çeşit dönme olması sebebiyle bunların farklılıkları açısından karşılaştırmalı bir muhakeme yapılarak sonuca varılması uygun olacaktır.

Birinci durum olan sözleşmeden kısmi dönmeye, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı ayakta kalacak geri kalanından dönülmüş olacaktır. Bu durumda borçlunun ifa etmiş olduğu edim kısmı ve alacaklının buna karşılık gelen edim kısmı geçerli olacaktır, dönmenin hukuki sonuçları sözleşmenin ifa edilmemiş diğer kısmına etkili olacaktır. Bu nedenle, alacaklının, borçlunun kısmen ifa etmiş olduğu kısma denk gelen edimini ifa yükümlülüğü etkilenmeden aynen varlığını sürdürmektedir. Sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı artık hiç akdedilmemiş gibi olacak ve bu kısma dair alacaklının ifa etmiş olduğu karşı edimi varsa onu iade yükümü söz konusu olacaktır.

Sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren, sözleşmeden kaynaklanmış ve henüz ifa edilmemiş edimleri ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. Sözleşme adeta bu edim kısımları hiç söz konusu olmamış gibi yapılmış sayılacaktır.

Edinilmiş edimlerin iadesi kısmi dönme halinde farklılık taşıyabilir; çünkü sözleşmenin bir kısmı geçerli olarak mevcuttur ve buna ilişkin tüm borçlar yerine getirilmelidir. Ancak sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmına ilişkin ifa edilmiş edim varsa bunların iadesi gerçekleştirilecektir. İlk olarak, alacaklının ifa etmiş olabileceği edimin iadesi akıllara gelse de borçlunun ifa tarihinden sonra sözleşmeden dönme tarihine kadar biraz daha kısmi ifada bulunmuş olması durumunda, bunun nerede değerlendirilmesi gerektiği ve iade konusu olup olamayacağı tartışma konusu olacaktır. Borçlunun amacı, kısmen ifasını gerçekleştirmiş olduğu edimini tamamlamak ve bu doğrultuda sorumluluğunu hafifletmektir. Sözleşmeden doğan asli yükümlülüğünü yerine getiren borçluya, ifa tarihinde kısmen ifada bulundun, sözleşmeden dönme tarihine kadar hiçbir şekilde ifada bulunamazsın denilemez, bu hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durumda, alacaklı, sözleşmeden dönme tarihine kadar elde etmiş olduğu edim miktarına karşılık gelen edimini ifa etmekle yükümlü olacaktır. Bu tarihten itibaren, elde edememiş olduğu edim miktarına denk gelen kendi edimini

ifa yükümlülüğünden kurtulur. Dolayısıyla, sonuç olarak, kısmi dönme halinde ancak alacaklının iade yükümlülüğü söz konusu olabilir. Sözleşmenin alacaklının elde edememiş olduğu kısmı hiç yapılmamış sayılacaktır. Sözleşmenin ifa edilmemiş bu kısmı geriye etkili olarak sona erecektir. Sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkan iade borcunun kaynağı TBK m. 125/f.3 hükmü yani kanun olduğundan ve iadenin kapsamına, nasıl gerçekleştirileceğine ve tâbi olduğu zamanaşımına, taraflar arası menfaat dengesinin gözetilmesinin ve işin niteliğine uygun olmasının sonucunda sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanacağından kanuni (yasal) borç ilişkisi teorisine katıldığımız söylenebilecektir. İade borcunun yerine getirilmesine ve getirilmemesine ise Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Bölümdeki Borç İlişkisinin Hükümleri başlığında yer alan hükümler uygulanacaktır.

Sözleşmenin tamamından dönüldüğü durumlar ele alınacak olursa, sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarına ilişkin savunulan tüm teorilerin savunulabilmesi mümkündür. Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde, sözleşme geriye etkili olarak sona erdiği ve iade borcu TBK m. 125/f.3 hükmünden kaynaklandığı için kanuni (yasal) borç ilişkisi teorisine katıldığımızı söyleyebiliriz. Sözleşmenin tamamından dönüldüğü bu durumda, sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecek ve adeta hiç yapılmamış olacaktır. Bunun sonucunda, kısmi temerrüde neden olan kısmen ifa edilmiş olan borçlunun edimi de dâhil olmak üzere sözleşme kapsamında ifa edilmiş tüm edimler sebepsiz olarak edinilmiş hale geleceği için iade edilmesi gerekecektir. Sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkması sonucunda bu edimlerin iadesinin gerçekleştirilmesi gerektiği için bu iadelerin kapsamına ilişkin olarak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması uygun olacaktır. İadenin kapsamına, iade borçlusunun giderleri isteme imkânına, zamanaşımına, vs. ilişkin olarak TBK m. 77-82 arasındaki hükümler kıyasen uygulanacaktır. Kanuni borç ilişkisi teorisine göre TBK m. 146 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımı uygulanmasına ilişkin görüşü, konu kısmi temerrüt açısından değerlendirildiğinde kabul etmemiz mümkün değildir. Zira, burada kanuni borç ilişkisinden kaynaklanan iade borçları, kısmi temerrüdün gerçekleşmesinin ağırlığı nedeniyle sözleşmenin tamamına son verilmesi yüzünden bu edimlerin ediniminin geçerli hukuki sebeplerinin ortadan kalkmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu nedenle her iki taraf da ifa edilmiş edimlerin

iadesinin mümkün olduğunu hesaplayabilecek durumda olup iadeye hazırlıklı olmalıdır. Zamanaşımı için 2 yıldan uzun süre tanınmasının bir hukuki mantığı olmadığı gibi, pratik bir yararı da bulunmamaktadır. Zaten sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkmış olan iade borçları sebepsiz zenginleşmeden kaynaklandığı için sebepsiz zenginleşme halinde uygulanacak zamanaşımı süresine tâbi olması hukuk mantığına da uygundur. TBK m. 146 hükmünde de buna aykırı bir düzenleme bulunmamaktadır, kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı ifade edilmiştir; bu doğrultuda, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme halinde ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak TBK m. 82 hükmünün uygulanması gerekecektir. Sonuç olarak, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönülmesi sonucunda ortaya çıkacak iade borçlarına TBK m. 82/f.2 hükmüne uygun olarak, iade borçlarının doğduğu tarih olan sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacak 2 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır.

3.5.1.3. İadenin Nasıl Gerçekleştirileceği

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda ortaya çıkan, dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak hem sözleşmeden kısmi dönme hem de sözleşmenin tamamından dönme halinde aynı esaslar geçerli olacaktır.

3.5.1.3.1. İade Alacaklısı Kavramı

TBK m. 125/f.3 hükmü gereğince; sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine, hangi tarafın dönme tarihine kadar ifa etmiş olduğu edimi varsa kendisine geri verilmesini talep edecektir⁴⁷⁶. Kısmi dönme halinde yalnızca sözleşmeden dönen

⁴⁷⁶ “Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106 - 108. maddelerde) borçlunun kısmî temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmî temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106 108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında “-Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği-” belirtildiği halde, borçlunun kısmî ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut “kanun içi” boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medenî Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “doğruluk kuralından” yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven

alacaklı iade alacaklısı olabilecekken, sözleşmenin tamamından dönmesi halinde hem alacaklı hem de mütemerrit borçlu iade alacaklısı sıfatı taşıyabilecektir. Herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın iade talebinde bulunabilen, fakirleşen iade alacaklısı, bu talebin yapıldığını ispat yükünü taşımaktadır⁴⁷⁷.

İade talebi gerçekleştirildikten sonra iade borcunun akıbeti ile ilgili olarak, borcun ifa edilmesine (TBK m. 83 vd.) ve ifa edilmemesine (TBK m. 112 vd.) ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. İfa yeri TBK m. 89 hükmü uyarınca belirlenecektir. İade borçlusunun beklenmedik hâlden sorumluluğu ve bundan kurtulabilme imkânı TBK m. 119/f.2 hükmünce değerlendirilecektir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kısmi temerrüt üzerine sözleşmeden dönme halinde, iade borçlarının TBK m. 97 hükmüne uygun olarak aynı anda ifa edilme zorunluluğun varlığı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. TBK m. 97 hükmünün kıyasen uygulanması genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Bir görüşe göre; iade konusu edimler arasında oransal bir dengenin olduğu hallerde aynı anda ifa edilmesi gerekliliği kabul edilebilir, burada edimlerin eşit değerde olması aranmaz⁴⁷⁹. Katıldığımız bir diğer görüşe göre; iade borçları taraflar açısından birbirinden bağımsız dava hakkı konusu olduğundan aynı anda ifa edilmeleri gerekmeyeceği ve hatta beklenemeyeceği için TBK m. 97 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olamaz⁴⁸⁰.

esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında; müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmî ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmî ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.”, Yargıtay İBBGK., 25.01.1984 tarihli, E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı İBK kararı, (Lexpera).

⁴⁷⁷ Oğuzman, Öz, C. II, N. 1163.

⁴⁷⁸ CR-Thévenoz, Art. 109, N. 12; Tunçomağ, a.g.e., s. 951; M. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 170.

⁴⁷⁹ Schenker, a.g.e., s. 265 (Yıldız, a.g.e., s. 273 dn. 528’den naklen).

⁴⁸⁰ Comment, a.g.e., s. 144.

3.5.1.3.2. İade Sorumluluğunun Başlayacağı An

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda ortaya çıkan ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin sorumluluğun ne zaman başlayacağı, sorumluluk kapsamına ilişkin ikili bir ayırım yapılarak tespit edilir. Sorumluluk ifa edilmiş edimin iadesine ilişkin ise, sorumluluğun başlangıç tarihi, borçlunun kusuruyla hareket ederek sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle artık korunmayı hak etmediği gerekçesiyle, borca aykırılık anı yani kısmi temerrüdün gerçekleştiği an olacaktır. İade ifa edilmiş edimlerden edinilmiş yararlar ile ilişkin ise bu durumda sorumluluk, edim borçlusunun iade konusu edimi elde ettiği andan itibaren başlamaktadır; çünkü hem borçlunun güveni bu andan itibaren artık korunmayı hak etmemektedir hem de borçlu, aynı tarihten itibaren, yaptığı harcamaları ve alacaklının sağlamış olduğu yararları talep edebilecektir⁴⁸¹. Kısmi temerrüt nedeniyle hem sözleşmeden kısmen hem tamamen dönülmesi durumunda bu esaslar geçerlidir.

3.5.1.3.3. İade Borcunun Kapsamı

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine ifa edilmiş edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla gerçekleştirilecektir⁴⁸². Fakirleşmenin, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesi için bir şart olarak arandığını savunanlara göre; somut olayda yapılacak incelemenin sonucunda fakirleşmenin gerçekleşmediği anlaşılırsa iade talebinin reddedilmesi

⁴⁸¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 535.

⁴⁸² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 263. “Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir. Davacı iş sahibi, sözleşme uyarınca üstlendiği edimlerini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmediğinden sözleşmeden dönmeye kusurlu olup, sözleşmenin sona ermesi sebebiyle uğradığı zararının tazmini talep edemez ise de, fazla ödemesi varsa, sözleşmeden dönmeye haksız olsa dahi, fazla ödenen iş bedelinin iadesini yükleniciden isteyebilir.”, Yargıtay 15. HD., 15.06.2020 tarihli, E. 2019/3463, K. 2020/1571 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.06.2020 tarihli, E. 2019/3463, K. 2020/1571 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...sözleşmenin feshi halinde, taraflar sözleşme uyarınca birbirlerine verdiklerini, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince, kusur durumlarından bağımsız olarak birbirlerinden geri talep edebilirler.”, Yargıtay 23. HD., 15.06.2017 tarihli, E. 2015/7495, K. 2017/1825 sayılı kararı, (**Lexpera**). Aynen iadenin mümkün olmadığı durumda sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadenin gerçekleştirileceğinin kabul edildiği ama kıyas ifadesinin veya buna benzer bir kavramın kullanılmadığı hususunda bkz.: Comment, **a.g.e.**, s. 143, 144.

gerekecektir, bu durumda vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadenin talep edilmesi söz konusu olabilecektir⁴⁸³.

İfa edilmiş edimin aynen iadesi mümkün ise, iade aynen gerçekleştirilmelidir⁴⁸⁴. İadenin gerçekleştirilmesi için mülkiyetin devredilmesi, bir alacak hakkı tanınması⁴⁸⁵, borç senedinin iade edilmesi⁴⁸⁶ bu doğrultudadır.

İfa edilmiş edimin niteliği gereği aynen iade edilmesi mümkün değilse, kendisinin parasal karşılığının ödenmesiyle iade gerçekleştirilmiş olur. Edimin hangi tarihteki parasal değerinin esas alınacağına ilişkin doktrinde bir görüş birliği yoktur. Zaman açısından değerlendirme yapmayan görüşe göre bu parasal karşılık, edimin edinen için ifade edeceği değerden oluşmaktadır⁴⁸⁷.

Bir görüşe göre, ifa edilmiş edimin edinim tarihindeki değeri esas alınmalıdır, bu doğrultuda davalının sebepsiz edindiği her ne ise (şey, hak, hizmet), bunun edinim tarihindeki miktarını veya değerini davacı ispat ile yükümlüdür⁴⁸⁸.

Eğer karşılıklı iade talepleri varsa, ifa edilmiş edimlerin parasal değerlerinin belirlenmesinde, zenginleşmenin gerçekleştiği anın esas alınmasının tarafların menfaat dengesini sağlamaya yönelik olup hesaplamayı kolaylaştıracağı da savunulmaktadır⁴⁸⁹. Böylelikle, tarafların menfaat dengesi, bu andan sonra gerçekleşen ekonomik değişikliklerden etkilenmeyecektir. Bu görüşün daha iyi anlaşılması için sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olduğu bir inşaat sözleşmesi örneği verilmiştir. Alacaklının inşaat işini yapan borçlunun, sözleşmeden kaynaklanan 1 milyon lira bedeli elde etmiş olması varsayımında; iade borcunun kapsamı belirlenirken, iadeyi talep anının veya zenginleşme anının esas alınacak olması farklılık meydana getirecektir. İadenin talep edildiği andaki değer esas alınırsa,

⁴⁸³ Bkz. ve karşı. Oğuzman, Öz, **C. II**, N. 1123.

⁴⁸⁴ **CR-Thévenoz**, Art. 109, N.7; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 425 §114; Daepfen, **a.g.e.**, s. 204; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 500, 501 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 266 dn. 496'dan naklen).

⁴⁸⁵ Bir borcun ibra edilmiş olduğu sözleşmeden dönme halinde bkz.: Yıldız, **a.g.e.**, s. 266.

⁴⁸⁶ Yıldız, **a.g.e.**, s. 267.

⁴⁸⁷ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 501 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 267 dn. 498'den naklen).

⁴⁸⁸ Tekinay, v.d.; **a.g.e.**, s. 750.

⁴⁸⁹ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 174.

borçlunun iade borcu, 1 milyon lira ve faizden oluşacaktır. Enflasyon sebebiyle, (A)'ya yapmış olduğu inşaatın maliyetinin değerinin çok yüksek meblağlara ulaşmış olduğu varsayımında (B) çok büyük kâr elde etmiş olabilecektir. Bu da taraflar arasındaki dengeyi büyük ölçüde bozmuş olacak ve hakkaniyete aykırı bir durum yaratacaktır. Zenginleşme anındaki yani inşaatın yapıldığı sıradaki piyasa fiyatına göre belirlenecek değer iade borcunun kapsamının belirlenmesinde esas alınırse taraflar arasındaki menfaat dengesini bozmayacak adil bir sonuç ortaya çıkacaktır⁴⁹⁰.

Bir görüşe göre⁴⁹¹; ifa edilmiş edimin parasal karşılığı belirlenirken, kural olarak, iadenin talep edildiği andaki piyasa fiyatı esas alınmalıdır. Ancak, somut olayın özelliklerini dikkate alan hâkim bu kuralın uygulanmasının borçlunun durumunu ağırlaştırarak, hakkaniyete aykırı bir durum yaratacağına kanaat getirirse, TBK m. 51/f.1 ve 52/f.2 hükümlerini kıyasen uygulayarak kullanacağı takdir yetkisiyle iade borcu kapsamında indirim yapabilir.

Edimin parasal karşılığının belirlenmesinde, davanın açıldığı tarihteki edimin parasal değerinin esas alınması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır⁴⁹².

İade borçlusu, ifa edilmiş edim sayesinde menfaat artışı sağlamışsa yani edimin değerinin yanında bir yarar elde etmişse iade alacaklısına buna ilişkin olarak adil bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır⁴⁹³. İfa edilmiş edimin iade borçlusuna sağladığı her türlü doğal ve medeni semerelerin değerinin, bu kapsamda, bunlardan yoksun kaldığı oranda iade alacaklısına iade edilmesi gerekmektedir⁴⁹⁴. Borçlunun elde etmiş olduğu paradan sağladığı faiz buna örnek olarak gösterilebilir.

Sebepsiz zenginleşmede geri vermenin kapsamında zenginleşenin yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 79 hükmüne göre; ifa edilmiş edimin iadesinin

⁴⁹⁰ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 174; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 251 dn. 112.

⁴⁹¹ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 173.

⁴⁹² Comment, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁹³ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1023; Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 426 §128.

⁴⁹⁴ Fuzier-Herman, **a.g.e.**, s. 426 §127; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 501 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 267 dn. 499'dan naklen).

kapsamı, zenginleşenin yani iade borçlusunun iyiniyetli veya kötünietli olmasına göre değışiklik gösterir.

3.5.1.3.3.1. İade Borçlusunun İyiniyetli Olmasının İade Borcuna Etkisi

3.5.1.3.3.1.1. İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşen Kavramı ve İade Borcunun Kapsamı

Öncelikle sebepsiz zenginleşme açısından, iyiniyetli zenginleşenin kim olduğu sorusu kendisi hakkında iki şartın bir arada bulunması ile cevaplanmaktadır. Buna göre; zenginleşen hem elde etmiş olduğu edimi iade etmek zorunda olduğunu bilmiyor ve bilmesi gerekmiyor olmalı hem de kendisinden bu edimi ileride iade etmek zorunda olabileceğini öngörmesi beklenememelidir. Bu anlayışa ek olarak, iade alacaklısının zenginleşmeyi ve iadeyi talep hakkını öğrenmiş olmakla beraber uzun süre bu hakkını kullanmayarak karşı tarafta iadenin talep edilmeyeceği hususunda haklı bir güven oluşmasına sebebiyet vermişse, bu güvenin oluştuğu andan itibaren karşı tarafın iade borcuna iyiniyetli sebepsiz zenginleşene ilişkin hükümler uygulanabileceği ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Haklı güvenin oluşup oluşmadığına, her somut olayın özelliklerine göre, TMK m. 2 hükmü doğrultusunda karar verilecektir.

Sözleşmeden dönmenin kapsamı belirlenirken, öncelikle iade yükümlüsünün güveninin korunmayı hak edip etmediği dikkate alınır. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, güveninin korunmasını hak ettiği için; sözleşmeden dönme nedenini öğrendiği tarihten itibaren edimi geri verme yükümünü hesaba katıncaya kadar olan süreçte iyiniyetli haksız zenginleşenin, bu andan sonra ise kötünietli haksız zenginleşenin ya da haksız zilyedin veya somut olayın özelliklerine göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin tasfiye düzenine ilişkin kurallara tâbî olacaktır. Borçlu ise, sözleşmeden dönülmesine kendi borca aykırı davranışı ile yol açtığı için güveninin korunmasını hak etmemektedir; bunun sonucunda, somut olayın özelliğine göre; borçlunun sözleşmede kararlaştırılmış olan edimi elde ettiği andan ya da sözleşmeye

⁴⁹⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s. 268 dn. 500.

aykırı davranıp sözleşmeden dönme sonucunu hesaba katabileceği andan itibaren kötünietli haksız zenginleşenin ya da haksız zilyedin veya somut olayın özelliklerine göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin tasfiye düzenine ilişkin kurallara tâbî olacaktır. Dikkat edilmesi gereken bir husus, sözleşmeden dönmenin taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde, artık dönme isteminin ve yerine getirilmiş olan edimleri iade yükümlülüğünün önceden hesaba katılabilmesi nedeniyle, tarafların, sözleşmede kararlaştırılmış olan edimleri elde ettikleri andan itibaren kötünietli haksız zenginleşenin ya da haksız zilyedin veya somut olayın özelliklerine göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin tasfiye düzenine ilişkin kurallara tâbî olacaklarıdır⁴⁹⁶.

Alacaklının sorumluluğunun değişmesine sebep olan, ayırt edici husus, yasal dönme hakkı ile birlikte iade yükümünü alacaklının kolaylıkla anlayabilir olmasıdır. Bu nedenle, alacaklının kim olduğu her somut olayda değişeceğinden önem taşımaktadır. Örneğin, bir hukukçunun yasal dönme hakkı ile birlikte sonuçlarına da vakıf olacağı aşikâr olduğundan, artık bu koruma şemsiyesi dar yorumlanmalıdır; oysa sıradan bir kişinin yasal dönme hakkına sahip olması, somut olayın şartlarına göre kendisinden beklenemeyecek ise, korumanın etki alanı daha geniş tutulmalıdır. Geniş koruma sağlayan olgu madalyonunun diğer yüzünde ise zamanında gereği gibi ifa etmeyen borçlunun iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Her ne kadar sözleşmeyi ihlâl etmiş dahi olsa, borçlu alacaklının sözleşmeden dönme yolu ile sözleşmesel ilişkiye son verebileceğini ve bu nedenle iade ile yükümlü olacağını öğrenene dek geniş korumadan yararlanır ve o da dar anlamda zararlardan dolayı kusurlu olsa dahi sorumlu tutulmayabilir⁴⁹⁷. Kısmi dönme, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin borçları sona erdirdiği için bu kısma ilişkin borçlunun ifa etmiş olması nedeniyle iade konusu olacak bir edimi söz konusu olamayacağından, bu durumda borçlunun korunması ihtiyacı gündeme gelmeyecektir. Borçlunun korunmasına ilişkin bu bilgi, kısmi temerrüt halinde sözleşmenin tamamından dönme hakkının kullanıldığı durumlarda geçerli olacaktır.

⁴⁹⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 536, 537, 539, 540.

⁴⁹⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 539.

Özetlemek gerekirse, kısmi temerrüt nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde, alacaklının bu hakkının ve içeriğinin varlığını öğreninceye kadar, iade yükümlülüğünün kapsamı iyiniyetli zenginleşeninki ile aynı doğrultuda olacaktır.

3.5.1.3.3.1.2. İspat Yükü ve Kusurun İade Borcunun İçeriğine Etkisi

TBK m. 79 hükmü uyarınca, iyiniyetli iade borçlusu, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. İade konusu edimin edinimini ortadan kaldıran her fiil ve olgu elden çıkmaya yol açar. Edimin elden çıktığını ispat yükü sebepsiz zenginleşende yani iade borçlusundadır. İade borçlusunun, edimin elinden çıkmış olmasında kusurunun olup olmasının hiçbir etkisi ve önemi bulunmamaktadır⁴⁹⁸⁴⁹⁹. Bu kapsamda, iade borçlusu, edimden, iade talep edildiği anda, elinde ne kalmış ise, onu vermekle yükümlü olup; iyiniyetli olduğu süreçte edimi tüketmiş (miktarı önemli değil), bozmuş ve hatta üçüncü kişilere devretmiş olsa dahi bu kısmı tazmin ile yükümlü olmayacaktır⁵⁰⁰. İyiniyetin bütün kusurları bertaraf etmesi anlayışı bu hükmün temelinde yer almaktadır⁵⁰¹. Bununla birlikte iyiniyetli zenginleşenin, iadeye konu edimi tamamen tüketmesine rağmen ondan yarar sağlamışsa veya onun yerine başka bir kaim değer ortaya çıkmışsa bu yararın veya kaim değerın parasal ederini iade borcu kapsamında ödemek zorundadır⁵⁰². Örneğin, iade borçlusunun, elde etmiş olduğu arabayı, iyiniyetli olduğu süreçte, üçüncü bir kişiye satıp devretmesi

⁴⁹⁸ Oğuzman, Öz, **C. II**, N. 1119.

⁴⁹⁹ Borçlunun kusurlu olması için, elinden çıkarmış olduğu edimi iade etmesi gerektiğini bilmesi gerektiği ve bu durumda da kötüniyetli olacağından bu hükmün uygulama alanı bulunamayacağı sebebiyle burada teknik anlamda bir kusur nitelendirmesi yapılamayacağı doğrultusunda bkz.: Yıldız, **a.g.e.**, s. 268, dn. 502.

⁵⁰⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 537; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 503 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 268 dn. 503'ten naklen). Bu hususun, iyiniyet/kötüniyet ayırımı yapmaksızın uygulanacağı hususunda bkz.: **CR-Thévenoz**, Art. 109 N. 12.

⁵⁰¹ von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 503 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 268 dn. 503'ten naklen).

⁵⁰² Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 150-154; Oğuzman, Öz, **C. II**, N. 1120, 1121; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 503, 504 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 268 dn. 504'ten naklen). Bu hususun, iyiniyet/kötüniyet ayırımı yapmaksızın uygulanacağı hususunda bkz.: **CR-Thévenoz**, Art 109, N. 12.

durumunda, iyiniyetli de olsa bu satımdan elde etmiş olduğu bedeli iade ile yükümlü olacaktır.

3.5.1.3.3.2. İade Borçlusunun Kötüniyetli Olmasının İade Borcuna Etkisi

3.5.1.3.3.2.1. Kötüniyetli Sebepsiz Zenginleşen Kavramı ve İade Borcunun Kapsamı

Zenginleşenin kötüniyetli olması durumunda, iade borcunun kapsamı da farklı olacaktır. TBK m. 79/f.2 hükmünde kötüniyetli zenginleşenin niteliği ifade edilmiştir. Buna göre; zenginleşen iade konusu edimi elinden çıkarırken iyiniyetli değilse veya ileride geri vermek zorunda kalacağını hesap edebiliyorsa kötüniyetlidir. Zenginleşenin iade konusu edimi elden çıkarma anında onu iade ile yükümlü olduğunu biliyor olması ve bilmesi gerekmesi durumunda iyiniyetli olmadığı aşikârdır. İade etmesinin olası olduğunu hesaplaması kendisinden beklenen iade borçlusu, iade ihtimalini tahmin etme zorunluluğuna rağmen elde etmiş olduğu edimi devrettiği için, kendi kusuru ile ifa imkânsızlığına yol açması sebebiyle tazminle yükümlü olmaktadır⁵⁰³. Bu devrin karşılıksız yapılmış olması bu yükümlülüğü ortadan kaldırmamaktadır⁵⁰⁴.

Kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin, zenginleşmesinin tamamını iadeye zorunlu olması TBK m. 79/f.2 hükmünden kaynaklanan, kanuni bir yükümlülüktür. Kötüniyetli sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlü olduğu için, iade konusunun elinden çıktığını ileri süremez, onu elinden çıkararak bir yarar elde etmesinin de bir önemi bulunmamaktadır. İade borcunun kapsamı, zenginleşmenin tamamına ilişkindir, ifa edilmiş bu edimin değeri değişmeksizin, aynen ya da parasal karşılığının ödenmesi suretiyle iade gerçekleştirilecektir. Ancak, eğer, iadenin talep edildiği anda kötüniyetli olan zenginleşenin, iyiniyetli olduğu bir süreç varsa ve bu dönemde iade konusu edimin değerinde bir azalma gerçekleşmişse,

⁵⁰³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 952; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 156 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 270 dn. 512’den naklen).

⁵⁰⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505.

hakkaniyet gereği, kendisine bu azalmayı ileri sürme ve bu oranda iade borcundan kurtulma imkânı verilmelidir⁵⁰⁵.

3.5.1.3.3.2.2. İade Konusunun Değer Kaybına Uğraması

İade konusunun değer kaybına uğradığı dönemde zenginleşen iade borçlusunun iyiniyetli veya kötünietli olması, talep hakkının içeriğine ilişkin farklılıklar yaratması açısından önem taşımaktadır⁵⁰⁶. Kötünietli zenginleşen iade borçlusu, bu değer kaybının parasal karşılığını tazmin etmekle yükümlüdür, değer kaybına borçlunun kendisinin yol açmış olmasına rağmen bu esnada iyiniyetli olması sebebiyle, alacaklının bu bedelin ödenmesi talebinin reddedilmesi durumunda, alacaklı gerçekleşen bu değer kaybının olumsuz zarar kapsamında tazminini isteyebilmelidir. İyiniyetli kötünietli ayırımı yapılmaksızın, iade borçlusu edimin değerinin düşmesine sebep olup bundan ayrıca yarar sağlamışsa bu yararın parasal karşılığı da kendisinden iade alacaklısının fakirleştiği oranda istenebilmelidir; eğer fakirleşme şartı gerçekleşmemişse vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak da talep edilmesi mümkün olabilmelidir⁵⁰⁷.

İade konusu edimin değerinin azalmasına, zenginleşen değil de üçüncü kişinin fiili veya başka bir olay sebep olmuşsa, kötünietli zenginleşen iade borçlusunun sorumluluğu TBK m. 112 vd. hükümlerince belirlenir. Bu doğrultuda, iade borçlusu, TBK m. 119/f.2 hükmü uyarınca, iade konusunun değerinin azalmasında kendi kusursuzluğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Bu doğrultuda iade borçlusu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin iade konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir. İade borçlusu, eğer gerekli önlemi almış olsaydı bu zarar meydana gelmeyecek idiyse, bu durumda kusurlu olduğu kabul edilecek bu zararı

⁵⁰⁵ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 149, 150.

⁵⁰⁶ Böyle bir ayırım yapmayan Thévenoz'a göre, kısmi ifayı elde etmiş olan alacaklı edimin değerinde bir kayba, edimin zarar görmesine veya bozulmasına sebep olmuşsa, edimi devretmiş, değiştirmiş, karıştırmış ya da tüketmişse, sözleşmeden dönme hakkı aynen varlığını koruyacaktır, ancak CO Art. 207/2 (TBK m. 228/f.2) hükmünün kıyasen uygulanması yeterli olacaktır. Zira kısmi temerrüdün alacaklıya sözleşmenin tamamından dönme imkânı vermesiyle, borçluya beklenmedik hâlden edimin kaybı ve bozulması riskini yüklemektedir. **CR-Thévenoz**, Art. 109, N.2.

⁵⁰⁷ Yıldız, **a.g.e.**, s. 269.

tazminle yükümlü olacaktır⁵⁰⁸. Temerrüde ilişkin bir hüküm olan, eBK m. 102'nin karşılığını teşkil eden, TBK m. 119 hükmü incelendiğinde borçlunun kendi sözleşmesel ediminin uğramış olduğu kazadan sorumlu olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Alacaklının yerine getirmiş olduğu ediminin uğramış olduğu kazadan borçlunun sorumlu olması beklenemez; uygun illiyet bağı bulunmamaktadır, zira henüz ne geri verme borcu muaccel olmuş ne de bu borçta temerrüde düşülmüştür. Temerrüdün gerçekleşmediği bu durumda temerrüt hükmünün uygulanması beklenemez. Bu durumda, ileride belki iade edilmesi gerekecek nesnenin uğrayacağı kazanın borçlunun temerrüdünün dolaylı bir sonucu olmadığı ifade edilmektedir⁵⁰⁹.

Kötüniyetli iade borçlusunun, elde etmiş olduğu edim konusunu bakım ve gözetimine bıraktığı kişilerin edimin değerinin azalmasına yol açması durumunda, TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereği kusursuz sorumlu olacaktır⁵¹⁰.

3.5.1.3.3.2.3. İade Konusunun Geri Verilmesinin İmkânsızlaşması

Telef ve zayi olmanın imkânsızlaşmaya yol açacağı hususunda hiçbir şüphe bulunmazken, hasara uğramanın hangi ağırlıkta olduğunda iade imkânsızlığı oluşturacağının tespitinde güven ilkesi dikkate alınır. Eğer, iade konusu edimin karşı taraf açısından kabulü güven ilkesi gereğince beklenemeyecek ölçüde değerini yitirmiş veya bozulmuş ise iade imkânsızlığının var olduğu kabul edilir. Bu ağırlıkta olmayan bir hasarın varlığı halinde ise sadece bir zararın varlığı kabul edilmektedir⁵¹¹. Üçüncü kişiye temlik edilmiş iade konusu edimin varlığı halinde, iade imkânsızlığı ancak bu edimi karşı tarafa aldığı gibi veremeyecek ise söz konusu olur. İade konusu edimin

⁵⁰⁸ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 160; Oğuzman, Öz, C. II, N. 1130.

⁵⁰⁹ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 541.

⁵¹⁰ Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, s. 161.

⁵¹¹ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 428.

başkalaştırmaya uğramış olması durumunda, şayet eski durumuna döndürülmesi mümkün ise iade imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır⁵¹².

Dönme hakkı sahibinin kusurunun bu hakkın etkisizleşmesinde bir etkisi bulunmamalıdır; zira, burada esas gözetilen husus güven ilkesidir, kusur asıl belirleyici bir etken olamaz, kazaen gerçekleşen bir iade imkânsızlığı da dönme hakkının etkisizleşmesine yol açabilir⁵¹³.

TBK m. 136/f.2 hükmü uyarınca; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, şüphesiz ki bu hükmün kapsamı dışındadır. Bu hükmün temelinde; dönme üzerine gerçekleşen sözleşmenin çözülmesine yönelik ilişkide denkleştirici adaletin sağlanması düşüncesi bulunmaktadır.

İade borçlusu kötüniyetliyse yani iadeyi hesap etmesi gereken bir zamanda iade konusu edimi devretmişse, kendi kusuruyla ifayı imkânsız hale getirdiği için tazmin ile yükümlü olacağı daha önce ifade edilmişti. Yeni dönme teorisi savunucularından bazıları; sözleşmeden dönme anının sorumluluğun varlığını ve kapsamını değiştirme etkisi olduğunu ileri sürmüştür. Bu anlayışa göre; iade borçlusunun sorumluluğun belirlenmesi için sözleşmeden dönme anı öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayırım yapılmalıdır. Sözleşmeden dönme anına kadar, iade konusu edimin zarara uğramasına veya yok olmasına ilişkin risk borçluya ait olup iade borçlusu bunu aynen iade etmeli, mümkün değilse, kusuru olmasa bile, bunun parasal karşılığını vermelidir. Sözleşmeden dönme anından itibaren ise artık genel hükümler iade borçlusunun sorumluluğu hakkında uygulanacaktır. Borçlunun kusurlu veya kusursuz olması TBK m. 112 veya m. 136 hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirler⁵¹⁴. Aynı etkili

⁵¹² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 429.

⁵¹³ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 431; k.g. von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 551.

⁵¹⁴ Eren, **a.g.e.**, N. 3508; Ateş, **a.g.e.**, s. 269; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **a.g.e.**, N. 2807 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 270 dn. 517'den naklen).

dönme teorisi savunucularından biri olan Buz'a göre⁵¹⁵; iade imkânsızlığının olduğu durumda, sözleşmeden dönme anının iade borçlusunun sorumluluğunun belirlenmesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. İade borçlusu, iade imkânsızlığı ne zaman gerçekleşmiş olursa olsun (sözleşmeden dönme anından önce veya sonra), söz konusu edimin değerini tazmin etmekle yükümlüdür. İade borçlusu ancak iadenin imkânsız hale gelmesine alacaklının sebep olması durumunda bu sorumluluktan kurtulabilir. Alacaklının kendi davranışından ya da sorumlu olduğu bir durumdan iadenin imkânsızlaşması gerekmektedir. İade borçlusunun sorumluluğunun yasal çerçevede değerlendirilmesi gerektiğinden yola çıkan bir diğer görüş, yasal dayanağı olmadan sorumluluğa dair objektif kriterler getirilmesinin mümkün olmadığına ilişkindir. Bu görüş doğrultusunda, iade imkânsızlığında iade borçlusunun kusurunun bulunmaması durumunda TBK m. 136/f.1 gereği borç sonra ereceğinden, alacaklının uğradığı zarar TBK m. 125/f.3 hükmü uyarınca olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecektir⁵¹⁶. İade borçlusu, hakkaniyet gereği, temerrüitten ve edinmiş olduğu edimin ortadan kalkmasından sorumlu olmadığı hallerde sorumluluktan kurtulabilmelidir. İade alacaklısının, iade konusunun zarara uğramasına ya da yok olmasına sebep olması durumunda, kötüniyetli alacaklı zarar gören veya yok olan kısmın parasal değerini tazmin ile yükümlü olmalı ya da TBK m. 228/f.2 hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁵¹⁷.

3.5.1.3.3.2.4. İade Konusunun Değerini Koruma Yükümlülüğü

İade ihtimalini hesaplaması gereken iade borçlusu sebepsiz zenginleşenin iade konusunun değerini koruması gerektiğinden, iade konusunun değer kaybına uğraması durumunda bu yükümlülüğünü kusurlu olarak yerine getirmemiş olacaktır. Kötüniyetli olduğu için, sözleşmeden dönmeden önceki sorumluluğunun kapsamına TBK m. 112-116 hükümleri uygulanacaktır; ama bu durum kötüniyetli de olsa iade borçlusunun zenginleşmenin azalmasında kendisinin kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan

⁵¹⁵ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 208, 215 ve 126 (dn. 309).

⁵¹⁶ Jean Anex, *L'intérêt Négatif, Sa Nature et Son Étendue*, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1977, s. 152, 153. Nazikioğlu, *a.g.m.*, s. 682; k.g. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 576, 577; Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 199 dn. 258, s. 245, 246.

⁵¹⁷ Yıldız, *a.g.e.*, s. 272.

kurtulma imkânını barındırır. Sözleşmeden dönüldüğü andan itibaren iadeyi talep hakkı doğacağı için bu andan itibaren TBK m. 117/f.2 hükmü gereği ihtar şartı aranmaksızın iade borçlusu kötüniyetli kabul edilecek ve iade borcunda temerrüde düşmüş olacaktır. Bunun sonucunda temerrüt hükümleri kıyasen uygulanacaktır, niteliği uymadığı için gecikme tazminatı talep edilemeyecekken temerrüt faizinin işletilmesi istenebilecektir. Sözleşmeden dönme anına kadar iade borcu doğmayacağı için bu borca aykırılık da mümkün olmayacağından bu ana kadar iade borcunda temerrüt söz konusu olamaz⁵¹⁸.

TBK m. 117/f.2 hükmü uyarınca, sebepsiz zenginleşen iyiniyetli iade borçlusunun temerrüde düşmesi için ihtar gerekmektedir. İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin sonradan kötüniyetli olması durumunda, iade borcunu öğrendiği yani iyiniyetli olma durumu kaybettiği andan itibaren ihtar gerekmeksizin temerrüde düşmüş sayılır ve temerrüt faizi ödemek ile yükümlü olur⁵¹⁹. Eğer iade konusu para borcuna dönüşmüş ise, edinimin parasal değerine çevrildiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmelidir⁵²⁰. Ticari bir ilişkiden sebepsiz zenginleşme kaynaklanmışsa, hesaplamanın ticarî temerrüt faizi üzerinden yapılması da talep edilebilmelidir⁵²¹.

3.5.1.3.4. İade Borçlusunun Yapmış Olduğu Giderleri Talep Edebilmesi İmkânı

İade borçlusunun, iade konusuna yapmış olduğu giderleri talep edebilmesi ve bunun içeriği TBK m. 80 hükmü uyarınca belirlenecektir. İade borçlusunun iyiniyetli veya kötüniyetli olması talebin kapsamında çok önemli değişiklikler meydana getirmektedir. Zorunlu giderleri hem iyiniyetli hem kötüniyetli iade borçlusu talep edebilecekken; yararlı giderler açısından ikili bir ayırım yapılmaktadır; buna göre yapmış olduğu tüm yararlı giderleri iyiniyetli iade borçlusu talep edebilecekken, kötüniyetli iade borçlusu yapmış olduğu yararlı giderlerden sadece geri verme anında mevcut olan değer artışını talep edebilir. Buna karşılık yapılmış olunan lüks giderleri

⁵¹⁸ Yıldız, **a.g.e.**, s. 272, 273.

⁵¹⁹ Oğuzman, Öz, **C. II**, N. 1162.

⁵²⁰ Yıldız, **a.g.e.**, s. 273.

⁵²¹ Oğuzman, Öz, **C. II**, N. 1164.

ne iyiniyetli ne de kötünıyetli iade borçlusı isteyebilir. İade borçlusı kendisine karşılık önerilmezse, iade konusu ile birleştirmiş olduğu ve zarar vermeden ayrılması mümkün olan eklemeleri ayırıp alabilir. İade borçlusunun iyiniyetli veya kötünıyetli olmasının bu hususa herhangi bir etkisi yoktur.

3.5.1.3.5. İade Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı

TBK m. 146 hükmü, kanunda aksi bir hüküm olmadıkça her alacağın 10 yıllık zamanaşımına tâbi olacağını düzenlemiřtir⁵²². Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacak hakkına ilişkin olarak özel bir hüküm (TBK m. 82) bulunduğu için bu maddenin uygulanması gerekmektedir. TBK m. 82/f.2 hükmü sebepsiz zenginleşmenin kaynağı ne olursa olsun uygulanacak olan zamanaşımına ilişkindir. TBK m. 82/f.2 hükmü gereğince; kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde, iade alacaklısı bu hakkını öğrendiği tarihten itibaren 2 yıllık ve her durumda zenginleşmenin gerçekteştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Sözleşmeden dönme üzerine sebepsiz zenginleşme ortaya çıktığı ve iade borcu doğduğu için, sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade ettiği anda sebepsiz zenginleşme meydana gelmiş olacak ve yine bu anda iade alacaklısı bu alacağından haberdar olacaktır. Dolayısıyla iki yıllık ve on yıllık zamanaşımı süreleri aynı anda başlamış olacaktır. Bu durumda hangi sürecin esas alınacağı belirlenirken, TMK m. 2 hükmünün etkisi varlığını daha kuvvetli hissettirecektir. Menfaatler dengesi gözetilerek bir sonuca varılmalıdır.

İade borçları, kısmi temerrüt nedeniyle, sözleşmeden dönme sonucunda doğmuştur; her iki taraf da ifa edilmiş edimlerin iadesinin gerektiği bilincindedir, başka bir ifadeyle sözleşmeden dönüldüğu için her iki tarafın da iadedden haberi vardır ve buna hazırlıklı olmalıdır; zamanaşımı için 2 yıldan uzun süre tanınmasının bir hukuki mantığı olmadığı gibi, pratik bir yararı da bulunmamaktadır; böyle bir durumda 10 yıllık bir zamanaşımı süresi tanınması suistimale açık bir durum yaratabilecektir, iade alacaklısı kötünıyetli olarak talepte bulunmayabilir. Elde etmek için akdettiği sözleşmeden dönülmesi sebebiyle edinimi iade etme ile karşı karşıya kalan borçlu,

⁵²² Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacak olmasının, iade talebinin genel zamanaşımına tâbi olmaması sonucuna yol açmayacağı hususunda bkz.: CR-Thévenoz, Art. 109 N. 11.

alacaklı iade talebinde bulunmadığı için iade edemediği gibi değerlendirememektedir. Bu belirsiz sürecin, taraflar arasındaki menfaatler dengesini bozmaması ve hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olmaması için mümkün olduğunca uzamaması gerekmektedir. Bu nedenle, iade alacaklısının uzun süre beklemiş olması borçluda artık iadeyi talep etmeyeceği yönünde haklı bir kanaat uyandırmışsa, bu kanaatin olduğu andan itibaren artık iadenin kapsamı iyiniyetli sebepsiz zenginleşene ilişkin hükümlere göre belirlenmeli ve iade borçlusu talep edildiğinde yalnızca elinde kalanı geri vermelidir.

Sonuç olarak, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönülmesi sonucunda ortaya çıkacak iade borçlarına TBK m. 82/f.2 hükmüne uygun olarak, iade borçlarının doğduğu tarih olan sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacak 2 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır.

3.5.2. Olumsuz Zararın Tazmini Talebi

TBK m. 125 hükmünün son fıkrası, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı durumda borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse, alacaklının sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın yani olumsuz zararın (**l'intérêt négatif**) giderilmesini de isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu husus, borçlunun sözleşmeden dönme halinde alacaklının olumsuz zararını tazmin yükümlülüğüne ilişkin olup, kısmi temerrüt halinde sözleşmenin tamamından dönme halinde aynen uygulanacaktır. Sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanan alacaklı, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının hükümsüz kalması sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini borçludan talep edebilecektir.

Sözleşmeden dönmenin tamamen veya kısmen gerçekleştirilmesi, olumsuz zararın ortaya çıkışında ve içeriğinde büyük farklılıklara sebep olacaktır. Kural olarak, sözleşmeden kısmi dönme halinde, olumsuz zararın varlığı ve içeriği tespit edilirken sözleşmenin ifa edilmiş kısmı dikkate alınmayacaktır, eğer sözleşmenin tamamından dönülüyorsa o zaman sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmeye alınacaktır.

TBK m. 125/f.3 hükmünde düzenlenen olumsuz zararın tazmini hakkının kapsamı, genel bir ifadeyle, sözleşme hiç yapılmasa idi alacaklının malvarlığının

içinde bulunacağı durumu sağlamaya yönelik olacaktır⁵²³. Bu doğrultuda, sözleşmeden dönme kapsamında kendisinin de ödemek durumunda kalacağı tazminat miktarı varsa, borçludan talep edeceği tazminat miktarından mahsup edilecektir. Bu anlayış, kısmi temerrüt halinde sözleşmenin tamamından dönülmesi durumunda da aynen geçerli olacaktır. Bu tazminatın sözleşmeden kısmi dönme açısından amacı, tarafların kısmen ifa edilmemiş edimler hariç tutularak bir sözleşme yapmış olmaları varsayımında, alacaklının sahip olacağı mali durumu sağlamaktır⁵²⁴. Başka bir ifadeyle, tarafların sadece ifa edilmiş edimleri sözleşme konusu olarak kabul edilip bir değerlendirme yapılacak ve alacaklının mali durumunun sağlanması için gerekli tazminat miktarı buna göre tespit edilecektir.

Sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkan olumsuz zararın detaylı incelenmesinden önce, olumsuz zararın zarar kavramının geniş ve dar anlamları açısından nasıl değerlendirildiğine kısaca yer vermek gerekir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce yani olumsuz zarar doğmadan önce bir edimin elde bulundurulduğu geçerli bir sözleşmeden kaynaklandığı ve hukuki bir sebebe dayandığı için ortada hiçbir hukuka aykırılık bulunmadığından, iyiniyetli olmayan zilyedin tazmin yükümlülüğüne ilişkin TMK m. 995 hükmü kapsamında bir değerlendirme yaparak zarar kavramını geniş anlamıyla ele almak doğru olmayacaktır. Ancak dönme hakkının kullanılmasından sonra iade borçları doğduğundan, iade yükümlülüğünün kapsamı genişlemekte ve sözleşmeye aykırı davranan borçlunun edimi elinde bulundurmasından dolayı uğranılmış olan tüm zararlar talep edilebilmektedir.

⁵²³ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1604, 1790; Chavanne, **a.g.e.**, s. 79 §229, 90 §283; Daepfen, **a.g.e.**, s. 204; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1590; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 31. “Ancak, karşısındaki kişiye güvenerek sözleşme akdetmiş olan ve haklı durumda bulunan tarafın, bu sözleşmenin karşı tarafça yerine getirilmemesinden kaynaklanan hayal kırıklığının yanında ayrıca malvarlığında da eylemli bir azalma meydana gelmektedir. İşte, bu eylemli azalmaya olumsuz zarar (negative interesse) denilir. Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır.”, Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 6. HD., 06.10.2021 tarihli, E. 2021/155, K. 2021/655 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615 K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 17.06.2021 tarihli, E. 2020/1406, K. 2021/2835 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁵²⁴ Ramoni, **a.g.e.**, N. 1021.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda giderilmesi talep edilecek zarar, dar anlamda zarar olmalıdır. Bu nedenle, bu kapsama sadece, elde bulundurulana edimin tüketilmesi (ne kadar tüketildiğinin bir önemi bulunmamaktadır) ve yıpratılması nedeniyle uğranılan zarar girmektedir⁵²⁵.

3.5.2.1. Olumsuz Zararın Sözleşmeden Dönme Açısından Taşıdığı Anlam ve Şartları

Sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkan olumsuz zararın var olma nedeni geçerli bir sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi değil; aksine o sözleşmeyi geçerli bir biçimde kurmaya ya da devam ettirmeye yönelik eylemlerin yapılmamasıdır. Kısmi temerrüt halinde talep edilecek olumsuz zarar, ilgili sözleşmeyi devam ettirmeye yönelik davranışlarda bulunulmamasından kaynaklanmaktadır. Olumsuz zarar, sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olduğunda ortaya çıkan zarar türüdür. Başka bir ifadeyle, alacaklının bu sözleşmenin kurulduğuna, geçerli olduğuna veya geçersiz olmasına rağmen borçlu tarafından yerine getirileceğine ilişkin duyduğu güvenin boşa çıkması sebebiyle uğradığı zarardır⁵²⁶. Ancak belirtmek gerekir ki,

⁵²⁵ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 545.

⁵²⁶ CR-Thévenoz, Art. 109, N. 14; Comment, *a.g.e.*, s. 146; Guhl, *a.g.e.*, s. 173; Tercier, *a.g.e.*, §1214; Daepfen, *a.g.e.*, s. 207; Monod, *a.g.e.*, s. 163; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, *a.g.e.*, N. 1419; Eren, *a.g.e.*, N. 3513; Eren, Dönmez, *a.g.e.*, Madde 125 N. 32; Ergüne, *a.g.e.*, s. 46; Reisoğlu, *a.g.e.*, s. 353; Hatemi, Gökyayla, *a.g.e.*, s. 262. “Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır.”, Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Kural olarak, sözleşmeyi fesheden taraf BK’nın 96 ve 108. Maddeleri hükmünce, olumsuz zararlarını isteyebilir. Olumsuz zarar, akdın hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarara ilişkindir.”, Yargıtay 15. HD., 05.12.2011 tarihli, E. 2011/829, K. 2011/7161 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 6. HD., 06.10.2021 tarihli, E. 2021/155, K. 2021/655 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615 K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 17.06.2021 tarihli, E. 2020/1406, K. 2021/2835 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 10.10.2019 tarihli, E. 2019/2727, K. 2019/3877 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 03.10.2018 tarihli, E. 2017/1000, K. 2018/3552 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.04.2018 tarihli, E. 2018/413, K. 2018/1351 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2015/4122, K. 2018/3320 sayılı kararı, (**Lexpera**). Olumsuz zarar ve olumlu zarar ayırımını, adaletsizliğe yol açtığı gerekçesiyle reddeden ve terk edilmesini öneren görüş için bkz.: Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 630 vd., Ancak Yargıtay dahi olumlu-olumsuz zarar ayırımının terk edilmesi düşüncesine sahip çıkmamıştır; “...doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. Maddenin söz konusu olduğu durumlarda da olumlu zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Borçlar Kanunun 106. Maddesinde getirilen ayırımın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay’ın öteden beri benimsediği olumlu-olumsuz zarar ayırımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.”,

sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile talep edilmesine imkân verilen olumsuz zarar, culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan tipik olumsuz zarar sorumluluğundan kaynaklanmamaktadır. Burada sözleşmenin geçerli olmasına ilişkin güvenin sarsılması nedeniyle değil, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle sözleşme ihlâl edildiği için alacaklı sözleşmeden dönme yoluna başvurmaktadır. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, dönme beyanı sonucunda sözleşmenin hükmünü yitirmesinin bir yaptırımı olarak düzenlenmiş olsa da bu duruma yol açan borçlunun kusurlu olarak davranmış olmasıdır; bu nedenle TMK m. 2 hükmüne dayanan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin uygulanması gerekmemektedir⁵²⁷. Burada sadece borç ilişkisine gereği gibi uyulacağı ve bu doğrultuda sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade etmeye devam edeceği hususunda alacaklıda uyandırılan güvenin ihlâli söz konusudur⁵²⁸. Olumsuz zarar hakkında, dönülen sözleşmenin ve hatta sözleşme görüşmelerinin hiç yapılmamış olması durumunda, uğranılmayacak olan malvarlığı azalması olarak bir tanım yapılabilir⁵²⁹. Bazı tanımlarda, uğranılan zararın kaynağının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilmesi olduğu ifade edilirken⁵³⁰, kimi zaman sözleşmenin yapılması olduğu vurgulanmıştır⁵³¹. Bunun sonucunda sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında hangi teori kabul edilirse edilsin, burada talep edilecek olumsuz zarar, borçlunun borca aykırı davranışının bir sonucu olarak nitelendirilir⁵³². Bu doğrultuda, kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmenin tamamından ya da bir kısmından dönülmesi durumunda da

Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁵²⁷ CR-Thévenoz, Art. 109, N. 16; Ergüne, **a.g.e.**, s. 126.

⁵²⁸ Detaylı bilgi için bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 256 dn. 387.

⁵²⁹ CR-Thévenoz, Art. 109, N. 14; Comment, **a.g.e.**, s. 146; Monod, **a.g.e.**, s. 163; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 956; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 855; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 63; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 19; Ergüne, **a.g.e.**, s. 46, 256; Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa, 1988, s. 144.

⁵³⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 284 dn. 78; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40, 42.

⁵³¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 427; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 86 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 275 dn. 531'den naklen).

⁵³² von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; CR-Thévenoz, Art. 109, N. 16; Chavanne, **a.g.e.**, s. 82 §240; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N.1707; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 41; Ergüne, **a.g.e.**, s. 126; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, Beta, 2004, s. 1154.

talep edilecek olumsuz zararın borçlunun borca aykırı davranışından kaynaklanıyor olması değişmeyecektir.

Alacaklının olumsuz zararı talep edebilmesi için borçlunun sözleşmeden dönmeye sebep olan borca aykırı davranışında yani borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir⁵³³. Borçlunun sözleşmeye aykırı hareket ederek temerrüde düşmesi, kusurlu kabul edilmesi için gerekli ve yeterlidir; ayrıca alacaklıda sözleşmenin hüküm ifade edeceği hususunda güven uyandırma etkisine sahip olması aranmaz⁵³⁴. Bu esaslar, niteliğine uygun düştüğü için kısmi temerrüt halinde de geçerlidir. Borca aykırı davranışı ile zarar veren borçlunun her türlü kusuru olumsuz zararın doğumuna sebebiyet verir, kusurun derecesi TBK m. 51 hükmü gereği; tazminatın hesaplanmasında etkili olacaktır. TBK m. 125/f.3 hükmünde borçlu aleyhine kusur karinesi öngörülmüş olduğundan, borçlu kendisine yüklenmiş olan ispat yükünü yerine getirmediği alacaklının o sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu düzenleme, kanun koyucunun borçluya bu kusur sorumluluğundan kurtulma imkânı tanıması anlamına gelmektedir. Borçlu kısmi temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek olumsuz zararın tazmini ile yükümlü tutulmayacaktır.

Tarafların, sözleşme serbestisinin sınırlarına uymak kaydıyla, zarar verenin sorumluluğunu hafifleten veya ağırlaştıran anlaşma yapmaları mümkündür. Aralarındaki sözleşmeye buna ilişkin bir madde koyabilecekleri gibi ayrı bir sözleşme de yapabilirler; her iki ihtimalde de her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olduğu için burada bir sorumsuzluk anlaşması olduğu kabul edilecek ve TBK m. 115 hükmünün çizdiği sınırlar çerçevesinde geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Bu doğrultuda, borçlunun ağır kusurunun bulunması durumunda olumsuz zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır.

⁵³³ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1591, 1592; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 42; Ergüne, **a.g.e.**, s. 52, 257.

⁵³⁴ Ergüne, **a.g.e.**, s. 52.

3.5.2.2. Sözleşmeden Dönme Üzerine Olumlu Zararın Da İstenebilmesi İmkânı

TBK m. 125/son hükmü lafzi olarak yorumlanarak, alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde yalnızca olumsuz zararının tazminini talep edebileceği doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁵³⁵. Yargıtay kararları da sözleşmeden dönen alacaklının olumsuz zararının tazminini talep edebileceği yönündedir. İçtihatlarla göre, olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar iken, olumsuz zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zararı ifade eder. Bu nedenle, dönme beyanı sonucunda sözleşme hükümsüz hale getirildikten sonra yeniden bu sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (olumlu zararın) talep edilmesi mümkün değildir⁵³⁶. Uğramış olduğu

⁵³⁵ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1790; Monod, **a.g.e.**, s. 163; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, s. 794; Nazikioğlu, **a.g.m.**, s. 684; Ruhi, **a.g.m.**, s. 68; Yalnızca sözleşmede aksi kararlaştırıldığı takdirde alacaklının olumlu zararın tazminini talep edebileceği yönünde bkz.: Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 388; Arsebük, **a.g.e.**, s. 833 dn. 111; Eren, **a.g.e.**, N. 3520, 3521; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 39, 40; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1705; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 39 vd., 284 vd.; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 204; Karahasan, **C. II**, s. 1138 vd.; Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, s. 835; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 240 vd.; Aybay, **a.g.e.**, s. 151; Nomer, **a.g.e.**, N. 201; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 19; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 746; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538, 540; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 950 vd.; E. Saba Özmen, “Sözleşmelerde Yer Alan Olumlu ve Olumsuz Zararın Birlikte Tazminine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **II. Borçlar Hukuku Kongresi (21-22-23 Ekim) 2021 Tebliğler Kitabı**, İstanbul, Aristo, 2022, s. 116.

⁵³⁶ “Olumlu zarar, tamamen haklı olan tarafın sözleşmeden tamamen haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusunu oluşturup, olumlu zarar kapsamında kalan kira kaybı sözleşmeden dönen tarafın tamamen haklı dahi olsa isteyebileceği alacak kalemlerinden değildir.”, Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Sözleşmenin haklı olarak feshi halinde TBK. nun 125/3 (BK. nun 108. maddesi) uyarınca ancak menfi zarar talep edilebilir... Görüldüğü üzere burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.”, Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 23.11.2020 tarihli, E. 2020/2778, K. 2020/3057 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.02.2018 tarihli, E. 2016/6536, K. 2018/819 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Kural olarak, sözleşmeyi fesheden taraf, olumsuz zararlarını isteyebilir. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan olumlu zarar fesih halinde talep edilemez.”, Yargıtay 15. HD., 05.12.2011 tarihli, E. 2011/829, K. 2011/7161 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkânı vermez, ancak akdın hükümsüzlüğünden kaynaklanan olumsuz zararın tazmini imkânı verir.”, Yargıtay HGK., 24.11.1999 tarihli, E. 1999/13-967, K. 1999/990 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “Oysa, sözleşme feshedildiğine göre, davacılar ancak bu sözleşmeye olan güvenleri sebebiyle uğradıkları menfi zararı isteyebilirler.”, Yargıtay 15. HD., 15.06.1992 tarihli, E. 1992/755, K. 1992/3065 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3706); “Davacının

zararın tazmini için alacaklıya kanunen seçimlik bir hak tanınmış olduğundan (aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteme hakkı) diğer bir seçimlik hak olan sözleşmeden dönme hakkını tercih etmesinin sonuçlarına katlanması ve olumsuz zararın tazmini ile yetinmesi gerekmektedir⁵³⁷.

Bu görüşe karşılık, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı ile birlikte olumlu zararın talep edilebileceğini de savunan yazarlar bulunmaktadır. Dönme hakkının kullanılmasında esas olan olumsuz zararın tazmininin talep edilmesi olmakla birlikte, somut olay adaleti gereği olumlu zarar da talep edilebilir⁵³⁸. Sözleşmenin geçerliliğinde herhangi bir problem olmadığı gibi sözleşme hükümsüz de değildir, alacaklının sözleşmeden dönmesinin sebebi borçlunun edimi ifa etmemesidir. Bu nedenle dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme sanki hiç yapılmamış sayılmamalı ve borçlunun borca aykırılık ve ifa etmemeye bağlı tazminat yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir⁵³⁹. Bu görüşe göre; sözleşmeden dönme ile olumlu zararın talep edilmesi kavramları mantiken birbirini dışlayan iki kavram değildir; hatta doktrindeki baskın görüşün savunulduğu bazı durumlarda sözleşmeden dönme ile olumlu zarar fiilen bir arada bulunmaktadır. Fark teorisinin dolaylı yoldan sözleşmeden dönme olarak kabul edilmesinin sonucunda; burada alacaklının kendi edimini yerine getirmekten kurtulup edimler arasındaki değer farkını olumlu zarar olarak isteyebilmesi nasıl mümkünse; “yerine getirilmiş sözleşme edimini geri sağlayıcı

diğer istemi noksan kalan işlerin bedeline yöneliktir. Bu talep akdin ifasına bağlı bir talep olup akdi bozan taraf akdin ifasını isteyemeyeceğine göre, bu zarara ilişkin talebin kabulü doğru değildir. Şüphesiz şartları varsa davacının menfi zararlarını talep için zaman aşımı süresinde dava hakkı saklıdır.”, Yargıtay 15. HD., 10.02.1992 tarihli, E. 1992/3517, K. 1992/507 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3706); “...sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre müspet tazminata dâhil bulunan gecikme tazminatına hüküm kurulamaz.”, Yargıtay 15. HD., 16.05.1991 tarihli, E. 5297, K. 2546 sayılı kararı (Uygur, **C. III**, s. 3705). Yargıtay 15. HD., 03.06.2013 tarihli, E. 2012/5740, K. 2013/3550 sayılı kararı; Yargıtay 3. HD., 25.02.2014 tarihli, E. 2013/19821, K. 2014/2816 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 16.09.2003 tarihli, E. 2003/578, K. 2003/3937 sayılı kararı (Kostakoğlu, **2015**, s. 425-426); Yargıtay 15. HD., 04.11.2003 tarihli, E. 2003/1996, K. 2003/5202 sayılı kararı (Kostakoğlu, **2015**, s. 439-440).

⁵³⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 259; Özmen, **a.g.m.**, s. 116, 120, 122. Özmen, bu hususa ilişkin olarak, alacaklının dava dosyasına ilişkin toplamış olduğu delillerin, tam ve doğru olarak seçmemiş olduğu tazminat türünü ispat eder nitelikte olması halinde bile, hâkimin alacaklının kullanmış olduğu seçimlik hakkı ile bağlı olduğunu ve ihsas-ı rey ile hüküm veremeyeceğini ifade etmektedir. Bkz.: Özmen, **a.g.m.**, s. 122.

⁵³⁸ Chavanne, **a.g.e.**, s. 90 §284; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 262.

⁵³⁹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 970.

dönme” durumunda da talep edebilmelidir. Bunun aksini kabul durumunda, borçlusuna güvenip kendi edimini önceden yerine getirmiş olan alacaklı, aceleciliğinden ötürü cezalandırılmış olacaktır⁵⁴⁰. Karşı edimi para borcu olan alacaklının ifa etmiş olması halinde, sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunduğu anda kendisine sözleşmeden dönmeye has bir sonuç olan, fiilen ödemiş olduğu bedelin iadesinin yanı sıra olumlu zararının da giderilmesi sağlanmış iken; bu imkânı borçlusuna para dışında bir şey ifa etmiş olan alacaklıdan esirgemenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır⁵⁴¹. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönen alacaklıya olumsuz zararın tazminini talep hakkı tanınması, onun borçluyu birtakım spekülasyonlara alet etmesine neden olabilir; bu hususta daha uygun şartlarla başka sözleşme fırsatını kaçıran ya da sözleşme görüşmeleri aşamasında olmadık ölçüde masraflar yapan alacaklının, ifa menfaatinin çok üstüne çıkan olumsuz zararını elde edebilmek için sözleşmeden dönme yoluna başvurabilecek olması örnek olarak gösterilmektedir⁵⁴². Yargıtay’ın, bu görüşe uygun olarak, ancak sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı durumda olumlu zararın da talep edilebileceğine yönelik kararları bulunmaktadır⁵⁴³⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 642, 643.

⁵⁴¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 643, 644.

⁵⁴² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 639, 640, 646.

⁵⁴³ “Müşpet zarar (olumlu zarar), sözleşme tam olarak ifa edilmiş olsa idi alacaklının mal varlığının oluşacağı durum ile sözleşmeden dönülmüş olması nedeniyle mevcut durum arasındaki farktır. Dönme ve fesihte kusursuz olan yüklenicinin, kusurlu olan iş sahibinden olumlu zarar isteyebileceği kabul edilmekte ve yerleşik içtihat ve uygulamalarında kâr kaybının TBK’nın 480. maddesinin ikinci cümlesi (BK 325) kıyasen kesinti yöntemine göre hesaplanacağı kabul edilmektedir.”, Yargıtay 6. HD., 06.10.2021 tarihli, E. 2021/155, K. 2021/655 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 17.06.2021 tarihli, E. 2020/1406, K. 2021/2835 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.07.2019 tarihli, E. 2018/3513, K. 2019/3182 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...davacı, TBK’nın 125. maddesi uyarınca taleplerde bulunabilir. Buna göre davacı, karşı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiğini ispat ettiği taktirde menfi ve müşpet zararlarını talep edebilir.”, Yargıtay 23. HD., 13.09.2017 tarihli, E. 2015/1980, K. 2017/2136 sayılı kararı, (**Lexpera**); “Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde ise, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, müşpet (olumlu) zararlar değil, menfi (olumsuz) zararlar talep edilebilir.”, Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207 K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 16.10.2017 tarihli, E. 2016/4019, K. 2017/3425 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 14.12.2017 tarihli, E. 2017/2494, K. 2017/3743 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁵⁴⁴ Yargıtay’ın sözleşmeyi fesheden tarafın kâr kaybını talep edebilmesi için kusursuz olması gerektiğine ve her iki tarafın kusurlu olması durumunda olumlu zararın tazminini talep edemeyeceğine ilişkin kararlarına da bu noktada yer verilmesi uygun olacaktır. “Yüklenicinin sözleşmenin feshi nedeniyle kâr kaybı alacağı talebinde bulunabilmesi için fesihte tamamen kusursuz olması gerekir. Yargıtay yerleşmiş içtihatlarına (15. HD, 06.12.2006 gün, 2006/4522

Kısmi temerrüt çerçevesinden incelediğimizde de katıldığımız görüş⁵⁴⁵, borçlu temerrüdü genelinde, sözleşmeden dönme ile alacaklının olumlu ve olumsuz zararını talep edebilmesi hususunda kendisine seçimlik hak tanınması gerektiğini; çünkü diğer hukuk düzenleri ile de karşılaştırılma yapıldığında daha net anlaşılabileceği üzere sözleşmeden dönme halinde olumlu veya olumsuz zarar istenebilmesinin hukuk politikasına göre belirlendiğini ifade eder⁵⁴⁶. Borçlu hem edim yükümlülüğüne aykırı davranmış hem de alacaklının sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceğine olan güvenini sarsmıştır; bu nedenle menfaati zedelenen alacaklının zararını layıkıyla tazmin edebilmesi için onun açısından hangisi lehine ise onun tazminini talep etme imkânı tanınmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre alacaklı fazla masraf yapmış veya önemli teklifler kaçırmışsa olumsuz zararının giderilmesini isteyebilmeli, böyle ihtimallerin gerçekleşmediği durumlarda ise olumlu zararın tazminini talep edebilmelidir. Alacaklının tazminat hakkını kullanırken TMK m. 2 hükmünün uygulaması kapsamında olacağı şüphesizdir; böylelikle ne olumlu ne olumsuz zararının tazmini talebinde bulunurken borçluyu spekülasyon yoluyla zora sokamayacak, başka bir ifadeyle borçlunun menfaatini olumsuz olarak etkilemeyecektir. Olumlu veya olumsuz zararın hesaplanmasında, alacaklının yerine getirmiş olduğu edimler de dikkate alınmakla birlikte; TBK m. 51 ve m. 52 hükümleri uygulama alanı bulacağından; hâkimin tazminatı takdir ederken indirim yapabileceği gibi tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırabilecektir. TBK m. 123 hükmü uyarınca ihbar ile süre tanınması ve akabinde hangi seçimlik hakkını kullanacağını hemen

esas, 2006/7157 karar, 15. HD 26.05.2016 gün, 2016/1062 esas, 2016/3002 karar, 15. HD 01.06.2016 gün, 2015/5760 esas, 2016/3130 karar) göre fesihte taraflar birlikte kusurlu olmaları halinde müspet zarar kapsamında kâr kaybı, gecikme nedenli cezai şart istenmesi ve iş sahibi tarafından da teminat mektubunun irat kaydedilmesi mümkün değildir. Her iki taraf kusurlu ise (ortak kusur) birbirlerinden tazminat talebinde bulunamazlar ve sadece birbirlerinin mal varlıklarına kazandırdıkları artı değeri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler.”, Yargıtay 6. HD., 06.10.2021 tarihli, E. 2021/155, K. 2021/655 sayılı kararı, (Lexpera); Yargıtay 23. HD., 06.11.2017 tarihli, E. 2015/9729, K. 2017/3086 sayılı kararı, (Lexpera); “Davacı iş sahibi, sözleşme uyarınca üstlendiği edimlerini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmediğinden sözleşmeden dönmeye kusurlu olup, sözleşmenin sona ermesi sebebiyle uğradığı zararının tazmini talep edemez ise de, fazla ödemesi varsa, sözleşmeden dönmeye haksız olsa dahi, fazla ödenen iş bedelinin iadesini yükleniciden isteyebilir.”, Yargıtay 15. HD., 15.06.2020 tarihli, E. 2019/3463, K. 2020/1571 sayılı kararı, (Lexpera).

⁵⁴⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 260 vd.; Ateş, **a.g.e.**, s. 286, 287.

⁵⁴⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 260, 261 vd.

bildirmesi gerekliliği borçlunun menfaatinin yeterince korunduğunu göstermektedir. Tüm bu korunma sebepleri alacaklıya olumlu ya da olumsuz zararının tazmini imkânını tanınmasının borçluyu spekülasyonla kötü duruma düşürmeyeceğini açıkça göstermektedir.

Kısmi temerrüt halinde, bakiye kısmın gecikmiş ifasının reddedilip, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması borç ilişkisinin varlığına ilişkin sonuçlara yol açmakta iken, tazminat talebi ise sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunu doğuran ifa edilmemiş kısmın gecikmiş ifasının yani borçlunun borca aykırı davranışının neden olduğu zararın giderilmesine ilişkindir. Bu iki kurum her ne kadar kanun metninde birbirini tamamlamakta ve adeta bir bütün olarak ele alınmış ise de niteliği itibarıyla birbirinden bağımsızdır. Sözleşmeden dönmeyen sonuçları üzerinde hangi teorisinin benimsenmiş olması, tazminatın türü hakkında zorunlu olarak bir sonuca ulaşmayı gerektirmemektedir. Klasik teoriyi savunanların olumsuz zarardan, dönüşüm teorisini savunanların olumlu zarardan yana olması teorilerinin tutarlılığı açısından bir gereklilik teşkil etmemekte; farklı teorileri desteklemelerine rağmen aynı tazminat türünü savunanlar olduğu gibi aynı teoriyi savunmalarına karşılık farklı tazminat türünü kabul edenler de bulunmaktadır⁵⁴⁷.

Bu görüşe başka bir gerekçe ise, her ne kadar sözleşmenin hüküm ifade etmesine son verilmesine, somut olayın özelliklerine göre, alacaklının bakiye kısmın ifasını reddedip ifa ettiklerini geri isteyerek, dönme beyanı ile sebep olursa da onun bu davranışına neden olan borçlunun bunun sorumluluğunu taşıması gerektiğidir. Borçlu, sözleşmeye aykırılık oluşturan kusurlu hareketleriyle kısmi temerrüde düşmüş ve bu sonucun meydana gelmesine sebep olmuştur. Borca aykırı bu davranışı sonucunda alacaklının ifa menfaati zedelenmiş ve böylelikle tazmin edilmesi gereken bir zarar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle borçlunun borca aykırı bu davranışı yaptırımsız kalmamalıdır. Sözleşmeden dönen alacaklının fazla masraf yapmadığı ve elverişli başka fırsat kaçırmadığı durumlarda, olumsuz zararının tazminini talep edemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, borçlunun borca aykırı hareketi adeta yaptırımsız

⁵⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz, Ergüne, **a.g.e.**, s. 263 dn. 408.

kalacaktır. Böyle bir durumda alacaklıya olumlu zararının giderilmesini talep hakkı tanınması ile bu olumsuz durum önlenebilecektir⁵⁴⁸.

Uygulamada alacaklının hangi seçimlik hakkının kullanıldığı çoğu zaman net olarak ifade edilmediği ve hatta sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte olumlu-olumsuz tüm zararların tazmininin talep edildiği tespit edilmektedir. Böyle bir durumda tarafların gerçek ve ortak iradeleri, kullandıkları kelimelere bağlı kalınmaksızın, TBK m. 19/f.1 hükmü uyarınca yorumlanacaktır. Bu doğrultuda kesin bir formül belirlenmemiş olmakla birlikte, alacaklı olumlu zararının tazminini istiyorsa, beyanında dönme veya fesih ifadelerine yer vermiş olsa bile yine de sözleşmeden dönmediği kabul edilmektedir⁵⁴⁹. Alacaklının lehine yorum yapmak esastır. Bu doğrultuda, alacaklının hangi zararının daha fazla olduğunun tespiti veya alacaklının kendi edimine verdiği önem, yapılacak yorumu etkileyecektir. Alacaklının olumsuz zararının miktarının, olumlu zarar miktarından düşük olduğu durumda, alacaklının asıl amacı ifa menfaatini tazmin ettirmek ise sözleşmeden dönmediği yorumu ile alacaklı olumlu zararını talep etme imkânına kavuşmuş olacaktır.

Alacaklının kendi edimin tamamının ifasından kurtulmayı, tazminat elde etmeye tercih ettiği anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamından dönmeyi ve akabinde olumsuz zararının tazminini istediği yönünde yorum yapılır. Bunun bir sebebi de alacaklının bu durumda ifa yerine olumlu zararının tazminini talep ettiği kabul edilirse, onun karşı edimini ifa yükümlülüğünün devam etmesine ve eğer daha önceden ifada bulunmuş ise bunu geri alamamasına yol açacak olmasının alacaklı aleyhine bir durum yaratmasıdır. Kısmi dönme halinde de benzer durum meydana gelecektir; çünkü alacaklının karşı edimini ifa yükümlülüğü, sözleşmenin ifa edilmiş kısma denk gelen oranda devam edecek ve bunu ifa etmiş ise iadesini talep edemeyecektir. Alacaklı sözleşmede kararlaştırılmış asli edimi elde etmek amacıyla bu sözleşmeyi yapmıştır ve asli edimin bakiye kısmını elde etmekten vazgeçerek sözleşmeden döndüğü bu durumda, bu kısma denk gelen kendi edim yükümlülüğünden de kurtulmakla birlikte, adeta başka bir sözleşme akdetmiş ve ona ilişkin menfaati sağlamış olacaktır. Bu halde,

⁵⁴⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 641 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 264.

⁵⁴⁹ Yargıtay 15. HD., 01.03.1999 tarihli, E. 1998/5056, K. 1999/705 sayılı kararı (**Yasa Hukuk Dergisi**, 1999, s. 1122)

kısmen de olsa asli edim konusunu elde eden alacaklının sözleşmeden dönme beyanı üzerine vazgeçtiği kısma ilişkin ifa yerine olumlu zarar istemek zorunda değildir. Bilakis, bakiye edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmak istediği için olumsuz zararı istemesi daha muhtemel olacaktır.

Kanaatimizce, kısmi temerrüdün gerçekleşmiş olduğu sözleşmeden kaynaklanan, alacaklının talep beyanında olumlu ve olumsuz zarar ifadelerinin kullanılmış olmasına rağmen alacaklının iradesinin esasen hangi zarar türünün tazminini istediğine yönelik olduğunun tespit edilebilmesi için sorulacak iki soruya verilecek cevapların değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sorulardan biri alacaklının kendi karşı edimini ifa yükümlülüğünü devam ettirmesine ilişkin iradesi ile ilgili iken, diğeri alacaklının kısmi ifa sayesinde elde etmiş olduğu edimi kendisinde saklayıp saklamak istemediğine ilişkindir.

İlk olarak, alacaklının kendi edimini ifa etmek isteyip istemediği tespit edilmelidir. Kendi karşı edimini ifa yükümlülüğünden tamamen kurtulmak istiyorsa, sözleşmenin tamamından döndüğü ve sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle uğradığı olumsuz zararının tazminini talep ettiği anlaşılmalıdır. Alacaklının kendi karşı edimini ifa yükümlülüğünün tamamını yerine getirmek istediği yönünde kanaat getirilirse, olumlu zararının tazminini talep ettiği kabul edilmelidir. Alacaklının kendi edimini kısmen ifa etmek istemesi, kendisinin kısmi dönme ve sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının geçersiz olmasından dolayı uğramış olduğu olumsuz zararının tazminini istediği yönünde yorumlanmalıdır.

İkinci olarak, alacaklının kısmi ifa sayesinde edinmiş olduğu edimi kendinde saklayıp saklamama yönündeki iradesinin ne olduğu açıkça belirlenmelidir. Kısmi ifayı kendinde saklamak istemiyorsa, sözleşmenin tamamından dönmeyi ve olumsuz zararının tazminini istediği anlaşılmalıdır. İfa edilmiş edim kısmını elinde bulundurmaya devam etmek isteyen alacaklının, hem ifa edilmemiş edim kısmından vazgeçip bunun ifa edilmemiş olması nedeniyle uğramış olduğu olumlu zararı hem de kısmi dönmeyi ve sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının geçersiz olması nedeniyle uğramış olduğu olumsuz zararı isteme ihtimali bulunmaktadır. Burada alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğüne ilişkin iradesi ile birlikte yorum yapılarak bir sonuca

varılacaktır. İlk soruya verilecek cevaplara ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir. Değerlendirildiğinde, aslında sadece alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğüne ilişkin iradesinin netleştirilmesinin, talep etmiş olduğu tazminat türünün belirlenmesinde daha etkili olduğu sonucuna varılmaktadır. Ama ikili bir inceleme yapılması, adeta sağlama işleminin gerçekleştirilmesi gibi olacaktır. Her iki açıdan ele alarak değerlendirmek birbirini dengeleyici ve tamamlayıcıdır. Bu nedenle sadece tek bir yönden ele alınması eksik olacağı için tercih edilmemelidir.

Alacaklının karşı ediminin para olduğu sözleşmelerde, ifa yerine olumlu zararını talep etmesi durumunda; tazminat alacağı ile karşı edimi takasa konu olacağından alacaklı hem kendi edimini ifa borcundan kurtulabilecek hem de takasın sonucunda bakiye miktarı tazminat olarak talep edebilecektir⁵⁵⁰. Böylelikle, karşı edimi para olan alacaklının, her zaman olumlu zararını talep etme hakkının bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Karşı edimi paradan başka bir şey olan alacaklıya sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararının tazminini talep hakkı tanınmaması farklı bir hukuki sonuç yaratarak adaletsizliğe yol açacaktır.

Sözleşmeden tamamen dönmek suretiyle kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmak, ifayı kısmen dahi gerçekleştirmiş ise geri almak ve şartları varsa uğramış olduğu zararın borçlu tarafından tazminini sağlamayı amaçlayan alacaklının, sırf hukuki terimleri doğru kullanmaması sebebiyle ifa menfaatinin yerine geçen tazminatı talep edemeyeceğini kabul etmek adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Alacaklının hukuki terimleri bilmesi beklenemeyeceği gibi, uygulamada doğru terimleri kullanamayan pek çok hukukçu ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade etmeye devam etmemesi yüzünden menfaati zedelenen alacaklının zararını düzgünce tazmin edebilmesi için kullanılan ifadeler alacaklı lehine yorumlanmalıdır.

Sözleşmeden dönme ile birlikte istenebilecek tazminat türünün belirlenmesinde mihenk taşının, dönmeye konu sözleşmenin alacaklı tarafından yapılış amacının, yerine gereği gibi getirilmeyen asli edimin tamamını elde etmek olduğu

⁵⁵⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 963, 964; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 181-184; Ergüne, **a.g.e.**, s. 264, 265 dn. 411.

akıldan çıkarılmamalıdır. Asli edimin parasal değeri amaçlanarak, karşı edim yükümlülüğü altına girilip bu sözleşme akdedilmemiştir. Bu nedenle ifa yerine olumlu tazminat talebi her zaman alacaklının tercih edeceği bir husus olmayacaktır; zira olumlu zararın hesabında mübadele teorisi uygulandığında, alacaklının kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü devam etmekte iken amaçlamadığı halde borçludan sadece asli edimin yerini tutan bir tazminat talep edecektir⁵⁵¹. Alacaklının kendi edimini yerine getirmiş olup olmamasının fark teorisinin uygulanmasına olan etkisi düşünüldüğünde; sözleşmeden dönme ile birlikte alacaklıya olumlu zararının tazminini talep hakkının tanınması gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Alacaklı, eğer kendi edimini yerine getirmiş ise, sözleşmeden dönme beyanı neticesinde olumlu zararının hesaplanmasında fark teorisinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda, ifa etmiş olduklarını geri alması ve olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkün olmamaktadır; aksini kabul fark teorisi ile sözleşmeden dönme arasında herhangi bir fark bulunmaması sonucuna yol açar. Oysa kendi edimini yerine getirmemiş ise, fark teorisinin uygulanması sayesinde aynen ifa yükümlülüğünden kurtulacaktır⁵⁵². Kendi edimini daha önce yerine getirmemiş olan alacaklı fark teorisinin uygulanması ile sözleşmeden dönme ile benzer sonuçlar elde edip kendi zararının karşılanması sağlamakta iken; kendi edimini daha önce yerine getirmiş olan alacaklıya olumlu zararın tazminini talep hakkının tanınmaması adeta onu cezalandırmaktır. Bunu engellemek için kendi edimini daha önce yerine getirmiş alacaklıya fark teorisine başvurarak böylece verdiklerini geri alma ve olumlu zararının tazminini talep hakkı verilmesi halinde, her ne kadar fark teorisi ile sözleşmeden dönme pratik olarak aynı sonuçları doğurmakta ise de bu kurumlar bağımsız varlıklarını kaybetmemektedirler⁵⁵³.

Sözleşmeden tamamen dönme halinde gündeme gelecek tüm bu dezavantajlı durumların alacaklı lehine çözüme kavuşturulması için olumlu zararının tazmini hakkının tanınması gerekliliği kabul edilebilir. Ancak, kısmi temerrüt halinde, sözleşmenin tamamından dönme hakkı dışındaki durumlar olan kısmi dönmede ya da

⁵⁵¹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 265, 266.

⁵⁵² Ergüne, **a.g.e.**, s. 266 dn. 143.

⁵⁵³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 266, dn.415; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140, 141 dn. 101.

aynen ifa yerine tazminat talep edilmesinde, alacaklının sözleşmenin ifa edilmiş kısmına ya da tamamına ilişkin ifa yükümlülüğünün devam edecek olmasına karşılık, kısmi ifa sayesinde sözleşme ile amaçladığı menfaatin bir kısmını elde ettiği için çok ağır bir sonuçla karşılaşmayacaktır. Sözleşmeyi asli edimi elde etmek için yapmıştır ama menfaatinin bir kısmını kazanıp kalan kısmına ilişkin parasal değeri elde etmektedir. Bakiye kısmı elde etmemesinin çok ağır sonuca yol açması durumunda zaten sözleşmenin tamamından dönme ve olumsuz zararın tazminini talep hakkı ve borçlunun edimi hiç ifa edilmemiş olarak kabul edilip sözleşme gereği gibi, hiç ifa edilmemiş olması sebebiyle uğramış olduğu olumlu zararın tazminini talep hakkı tanınmıştır.

3.5.2.3. Olumsuz Zararın Hesaplanması

Olumsuz zararının giderilmesini isteyen alacaklının malvarlığının, sözleşmenin tamamından dönme talebinde bulunduğu durumda sözleşmenin tamamının; kısmen dönme istemi halinde ise sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının hüküm ifade edeceğine hiç güvenmemiş olsaydı içinde bulunacağı farazi duruma yeniden getirilmesini amaçladığı için, olumsuz zarar, bu sözleşme dolayısıyla yapmış olduğu masraflar ve başka bir sözleşmeyi akdetme fırsatını kaçırmamasından doğan kâr kayıplarını kapsar. İfa gereğince yerine getirilseydi alacaklının yine de yapacak olduğu masraflar olumsuz zararın hesaplanmasında dikkate alınmaz; bu tür masraflar ile borçlunun borca aykırı davranışı arasında uygun bir illiyet bağı bulunmadığından alacaklı bunlara katlanmak zorundadır.

Olumsuz ve olumlu zarar ne birlikte ne de birbirinin alternatifi olarak talep konusu yapılabilir ve hatta taraflar bu hususta karma bir yöntem belirleyemezler⁵⁵⁴. Borçlunun kısmi temerrüde sebep olan sözleşmeye aykırı davranışı sonucunda alacaklının olumlu ve olumsuz zararının tazmininin birlikte istenebilmesi imkânının

⁵⁵⁴ CR-Thévenoz, Art. 109, N. 15; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1590; Serozan, **Borçlar Hukuku**, §17 N. 19; Ergüne, **a.g.e.**, s. 268, dn. 421; Özmen, **a.g.m.**, s. 115-126.

tanınması, alacaklının malvarlığına ilişkin kaybını aşan bir tazminat alacağı elde etmesine yol açacağı için kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁵⁵.

3.5.2.3.1. Hesaplamanın İçeriği

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile talep edilecek olumsuz zararın kapsamını belirlemek için, alacaklının o sözleşmenin kararlaştırılmış olduğu gibi hüküm ifade edeceğine ilişkin güveninin ihlâl edilmesi ile uygun illiyet bağı içinde olan malvarlığı azalmaları dikkate alınır⁵⁵⁶. Olumsuz zarar kapsamında fiili zarar ve yoksun kalınan kâr talep edilmekle birlikte, alacaklının uğramış olacağı tüm malvarlığı azalmalarını sınırlı şekilde tek tek saymak mümkün değildir, her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak tespit yapılacaktır⁵⁵⁷. Talep edilebilecek miktarın üst sınırını, sözleşmeden tamamen dönme halinde alacaklının ifanın tamamına, kısmi dönme durumunda ise sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının tamamının ifasına olan menfaati oluşturmaktadır. Bu çözüm hakkaniyete uygundur; eğer alacaklı sözleşmeyi yaparken kötü bir karşı taraf seçmiş ise bunun düzeltilmesini borçlunun ifa etmemesi üzerine elde edebileceği tazminattan sağlamamak gerekir⁵⁵⁸.

Olumsuz zarar tazminatının miktarının belirlenmesinde TBK m. 51 ve 52 hükümleri uygulanacaktır. Olumsuz zararın mevcut olabilmesi için, alacaklının uğramış olduğu zarar ve dönülen sözleşme arasında uygun illiyet bağı olması gerektiği ve bunun da suistimale açık olması sebebiyle olumsuz zarar miktarının sınırlandırılması ihtiyacına yol açtığı kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Doktrinde uygun illiyet bağını esas alan, detaylı bir değerlendirme yapılarak olumsuz zarar miktarının sınırlandırılabilmesi durumları belirlenmiştir. Alacaklı, geçerli olarak akdedilmiş sözleşmenin hüküm ifade edeceği inancıyla hareket ederek, borçlunun veya sıradan bir kişinin yapacağı masrafların çok üstünde harcamalarda bulunmuş ve hatta borçlu

⁵⁵⁵ Özmen, **a.g.m.**, s. 121.

⁵⁵⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

⁵⁵⁷ Monod, **a.g.e.**, s. 164; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 287; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243.

⁵⁵⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁵⁹ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 298.

aleyhine hareket etmiş olabilir. Böyle bir olasılıkta, tazminat için aranan illiyet bağının uygun olması kriteri özellikle gözetilmelidir. Buna göre; hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olarak, alacaklının uğramış olduğunu iddia ettiği zarar, sebebinin normal ve olağan bir sonucu olarak kabul edilebilir nitelikte olmalıdır, aksi takdirde tazminat talebi reddedilmelidir. Bu açıdan inceleme yapıldığında, sözleşme ilişkisinin geçerliliğine güvenerek makul olanın üzerinde masraflar yapan, malvarlığı değerlerine zarar veren alacaklının uğramış olduğu bu zararlar, sözleşmenin yapılmasıyla uygun illiyet bağı içinde kabul edilemeyeceği için tazminat kapsamında yer alamayacaktır⁵⁶⁰.

İllyet bağı odağında başka bir incelemede, yapılan masraflardan ancak gerekli olanların tazminat kapsamında talep edilebileceği sebebiyle, alacaklının ekonomik durumunun değerlendirilmesi sonucunda lüks masrafların olumsuz zarar tazminatı kapsamında istenmesinin önüne geçileceği savunulmaktadır⁵⁶¹. Bu doğrultuda, hâkimin, alacaklının tazminini talep ettiği, piyasa fiyatının üzerinde belirlenmiş yoksun kalınan kâr miktarının, piyasa fiyatını olağan dışı aşan kısmını reddetmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁶².

Olumsuz zararın sınırlandırılmasında, bazı durumlarda illiyet bağının yetersiz olması nedeniyle, zararın öngörülebilirliğinin de dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁶³. Bu görüşe göre; borçlu, sözleşmenin yapıldığı sırada, ortalama zekâyâ sahip, bu sözleşmeyi akdedebilecek bir kişinin öngördüğü veya öngörmek zorunda olduğu zarar miktarına kadar sorumlu tutulabilecektir. Borçlunun sorumluluk kapsamı belirlenirken objektif bir üçüncü şahıs odak olarak alınmamıştır. Bu sözleşmenin tarafları açısından değerlendirme yapılmakta ve sözleşmenin kurulduğu esnada tarafların bildiği veya bilmeleri gerektiği hususlar dikkate alınmaktadır.

İllyet bağı açısından en son değerlendirme, haksız fiiller kapsamında yapılmıştır. Buna göre; uygun illiyet bağının tazminat alacaklısının aleyhine sonuç

⁵⁶⁰ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 299.

⁵⁶¹ Ergüne, *a.g.e.*, s. 290.

⁵⁶² Yıldız, *a.g.e.*, s. 289, 290.

⁵⁶³ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 283, 284.

meydana getirmesinin hakkaniyete aykırılık oluşturduğu kimi durumda, talep edilen zarar ileri sürülen olgunun olağan sonucu olmayıp, nadir meydana gelen bir sonucu ise hâkim, failin kusurunun derecesi ve fiilin işleniş tarzı gibi sorumluluğun diğer unsurlarını değerlendirerek tazminat miktarını belirleyebilecektir⁵⁶⁴. Bu görüşün sözleşmeden dönme haline uyarlanması durumunda, hâkimin böyle bir durumda doğrudan tazminat talebini reddetmeyip miktarında indirim yapabileceği ifade edilmiştir⁵⁶⁵.

Tazmin edilebilecek olumsuz zararın olumlu zarar miktarına oranla sınırlandırılmasına ilişkin tartışmaya değinmek yerinde olacaktır. Olumsuz zararın miktarının üst sınırının olumlu zararın miktarı olduğu, aksi takdirde borcun ifa edilmemesi sebebiyle ayrı bir tazminat türünün öngörülmesinin anlamının kalmayacağı gerekçesiyle, kabul edilmektedir⁵⁶⁶. Buna karşı olan, doktrinde hâkim görüşe göre; olumlu zarar miktarı olumsuz zarar için bir sınır oluşturmamalı ve olumsuz zararın bu değeri aşması halinde de tazminin talep edilebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁶⁷. Hâkim görüşe, hem olumlu zarar miktarının olumsuz zarar için bir sınır oluşturmaya ilişkin bir yasal sınırlama olmaması hem de böyle bir sınırın varlığının kabulü halinde iki farklı tazminat türünün öngörülmesinin anlamının yitirilecek olması⁵⁶⁸ gerekçesiyle katılıyoruz. Hakkaniyeti aşan miktarlardan borçlunun sorumlu olmaması TBK m. 51/f.1 hükmünün uygulanması ile sağlanarak menfaatler dengesinin sarsılması önlenecektir⁵⁶⁹.

Alacaklının, başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olması gerekçesiyle yoksun kalmış olduğu kârı olumsuz zararı kapsamında talep ettiği durumda, ortak kusurunun olduğunun kabul edilerek, hükmedilecek olumsuz zarar miktarında TBK

⁵⁶⁴ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 575, 576. Bkz.: ve karşı. Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 299, 300.

⁵⁶⁵ Yıldız, **a.g.e.**, s. 291.

⁵⁶⁶ Önen, **a.g.e.**, s. 96; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 429.

⁵⁶⁷ Anex, **a.g.e.**, s. 91-94; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 298; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 41; Ergüne, **a.g.e.**, s. 357-361; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 278.

⁵⁶⁸ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 298; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 41; Ergüne, **a.g.e.**, s. 359; Ateş, **a.g.e.**, s. 281.

⁵⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, §36 N. 86.

m. 52/f.1 hükmü gereği indirim yapılması gerekliliği görüşüne⁵⁷⁰ katılmak mümkün değildir; zira alacaklının ortak kusuru ile hareket etmiş olması bir kural olarak kabul edilemez, eğer somut olayda böyle bir durum gerçekleşmişse TBK m. 52/f.1 hükmünün uygulanarak hâkimin indirim yapması söz konusu olabilir⁵⁷¹.

Borçlunun kısmi temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, alacaklının uğramış olduğu olumsuz zararın miktarından daha fazla tazminat talep edilebileceğine ilişkin tarafların anlaşmaları, kanun aksini emretmedikçe geçerlidir⁵⁷². Kanunun aksini emrettiği bir örnek taksitle satış sözleşmesinde, alıcının borçlu temerrüdüne düşmesi üzerine satıcının sözleşmeden dönmesi üzerine, satıcının tazminat talebinin sınırını belirleyen TBK m. 260 hükmüdür.

Borçlunun kısmi temerrüdü üzerine sözleşmeden dönme hakkının kullanılması nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zararın içeriğinde yer alarak talep edilebilecek belli başlı zarar kalemlerinin ele alınması yerinde olacaktır.

3.5.2.3.1.1. Fiili Zarar

Yargıtay'ın "cepten çıkan harcamalar"⁵⁷³ ifadesini kullandığı⁵⁷⁴ fiili zarar, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlâli sonucunda meydana gelen ve malvarlığının aktiflerini azaltan yahut pasiflerini

⁵⁷⁰ Max Keller, **Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse**, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1948, s. 249-250 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 287 dn. 580 ve 581'den naklen).

⁵⁷¹ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 43; Ergüne, **a.g.e.**, s. 355 dn. 196.

⁵⁷² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 506; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 157 dn. 107 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 288 dn. 583'ten naklen).

⁵⁷³ Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2015/4122, K. 2018/3320 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 20.10.2003 tarihli, E. 2003/1716, K. 2003/4880 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 19.04.2004 tarihli, E. 2003/5347, K. 2004/2196 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 28.06.2004 tarihli, E. 2003/6730, K. 2004/3623 sayılı kararı (**Yargı Dünyası**, Tanıtım Sayısı, 2005, s. 229).

⁵⁷⁴ Sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade etmemesi sebebiyle alacaklının üçüncü şahıslara karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri (tazminat, cezai şart vs.) kapsamadığından doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

çoğaltan azalmalardır⁵⁷⁵. Genel olarak ifade edilecek olursa; fiili zarar, alacaklının sözleşmenin akdedilmesi için yapmış olduğu harcamaları, ifa beklentisi içinde hareket etmesinden doğan harcamaları, temerrüt ihtarı, ek süre verme, sözleşmeden dönme hakkını kullanma, dava açma, takip başlatma, tasfiye ilişkisi sırasında kendi edimini iade etmek ve karşı taraftan edimini geri almak için yaptığı masrafları; borcun ifa edilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar ile asli edim konusunu borçluya vermemiş olsaydı bundan elde edeceği doğal ve hukuki ürünleri kapsadığı ifade edilmektedir⁵⁷⁶. Kısmi temerrüt kapsamında talep edilecek bu olumsuz zarar kalemlerinde bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Alacaklının sözleşmenin akdedilmesi için yapmış olduğu harcamalar, sözleşmeden tamamından dönme halinde istenebilecekken; geçerli bir kısmi ifa sayesinde menfaat elde etmiş olmasını sağlayan sözleşmenin bir kısmı geçerli olduğu için zaten bu harcamaları yapacak olması sebebiyle kısmi dönme durumunda talep edilemeyecektir. Olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecek, ifa beklentisi içinde hareket etmesinden doğan harcamalar, kısmi temerrüt açısından, ifanın tamamının gerçekleştirileceğine inanılarak hareket edilmesi nedeniyle gerçekleştirilen harcamalar olarak yorumlanmalıdır. Aynı anlayış doğrultusunda, borcun tamamının ifa edilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere ödenmek zorunda kalınan cezai şart ve tazminatların kısmi temerrüt halinde olumsuz zarar kapsamında istenmesi söz konusu olacaktır. Alacaklının kendi asli ediminin, borçlunun ifa etmiş olduğu edime denk kısmına

⁵⁷⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 288 vd.

⁵⁷⁶ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; CR-Thévenoz, Art. 109, N. 14; Comment, **a.g.e.**, s.147; Chavanne, **a.g.e.**, s. 90 §283; Monod, **a.g.e.**, s. 164; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, **a.g.e.**, N. 3515; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34. “Burada istenebilecek zararlar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı şayet sözleşme yapmamış olsaydı uğramayacağı zararlardır. Kısaca olumsuz zarar, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamıdır. Başka bir anlatımla, karşı tarafın malvarlığına girmese dahi o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Hiç kuşkusuz, akdin icrasına inanılarak yapılan giderlerin bunları yaptığını iddia eden tarafça somut biçimde kanıtlanması gerekir.”, Yargıtay 14. HD., 10.04.2012 tarihli, E. 2012/1350, K. 2012/5253 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “a-) Sözleşmenin yapılmasına dair giderler: harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi, b-) Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, c-) Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi, ç- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşme ile satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi, d-) Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar, e-) Dava masrafları”, Yargıtay 3. HD., 25.02.2014 tarihli, E. 2013/19821, K. 2014/2816 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

ilişkin olarak, borçluya vermemiş olsaydı elde edecek olduğu doğal ve hukuki yararlar talep edilebilecektir. Sözleşmenin tamamının ifa edileceğine iyiniyetle inanarak yapılan tüm masraflar bu kapsamdadır. Tavuklar teslim edilecek diye kümes yaptıran, mallar teslim edilecek diye depo kiralayan, usta gelecek diye otelden yer ayırtan alacaklının fiilen yapmış olduğu bu masrafları talep edebilmesi buna örnek olarak gösterilmektedir⁵⁷⁷. Bu örnekler, kısmı temerrüt haline uyarlandığında, ifa edilmemiş kısma ilişkin yapmayacak olduğu masraflar olarak değerlendirilecektir.

Sözleşmenin tamamının ya da sadece ifa edilmemiş kısmının hükümsüz kılınmasının neden olduğu fiili zararların tespitinde, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati dikkate alınmaz.

3.5.2.3.1.1.1. Sözleşme Kurma Masrafları

Sözleşmenin kurulması için doğrudan doğruya yapılan gerekli masraflar kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmenin tamamından dönülmesi üzerine olumsuz zarar kapsamında sayılacaktır. Uyandırılan güvenin ihlâl edilmesi ile uygun illiyet bağı içinde olmayan masrafların gerekli niteliği taşımadığı, lüzumsuz nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Her somut olayın kendi özellikleri değerlendirilerek, yapılmış masrafların gerekli nitelik taşıyıp taşımadığı borçlunun içinde bulunduğu ekonomik durum ve sözleşme konusu dikkate alınarak belirlenecektir⁵⁷⁸. Örneğin, büyük bir şirket yetkilisinin sözleşmenin yapılması için business class'ta yolculuk yapması ve 5 yıldızlı hotelde kalması halinde bu durumda yapılan masraflar gerekli nitelikte kabul edilir iken, küçük esnafın bu masrafları yapması halinde gerekli nitelikte olmadığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda; telefon ve seyahat masrafları, noter harçları, vergiler, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya, fikir danışılan hukuk danışmanına ödenen ücretler burada örnek olarak gösterilebilir⁵⁷⁹.

Sözleşmeden kısmen dönüldüğünde, sözleşmenin ifa edilmiş kısmının geçerli olarak varlığını sürdürmesi sebebiyle, bu kısma ilişkin olarak da sözleşmeyi akdetmek

⁵⁷⁷ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 388; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 279.

⁵⁷⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 147; Monod, **a.g.e.**, s. 164; Ergüne, **a.g.e.**, s. 290.

⁵⁷⁹ Anex, **a.g.e.**, s. 154-156; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34; Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243, 244.

için ilgili masraflar zaten yapılacak olduğu için olumsuz zararın tazmini kapsamında talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

3.5.2.3.1.1.2. Sözleşmenin İfası İçin Yapılan Masraflar ve Uğranılan Diğer Zararlar

Sözleşmenin kararlaştırılmış olduğu gibi ifa edileceğine güvenen alacaklının, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifa yeri ve zamanına uygun hareket ederek, kendi edimini ifa etmek için yapmış olduğu masrafların, bu sözleşme gereği gibi ifa edilmediği için olumsuz zarar kapsamında borçludan tazmini talep edilebilir⁵⁸⁰. Kısmi temerrüt açısından bu anlayış, ifanın tamamının gereği gibi gerçekleştirilmesi odağında, aynen geçerli olarak varlığını sürdürmektedir. Nakliye, devir, tescil masrafları, malın sigortası için ödenen primler, gümrük masrafları, sözleşme konusu malı başka yerden temin etmek için üstlenilen yükümlülükler, yapılan harcamalar veya sözleşmenin ifası için bankadan alınan kredinin faizleri yahut eser sözleşmesinde kullanılan malzemelerin değeri, araziye düzeltme ve şantiye kurma masrafları, mimari proje çizdirme⁵⁸¹ bu kapsamda yer alabilecek olumsuz zarar örnekleridir⁵⁸².

⁵⁸⁰ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; Comment, **a.g.e.**, s. 153; Daepfen, **a.g.e.**, s. 207; Monod, **a.g.e.**, s. 164; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1268, N. 1706; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 288, 289; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 205; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme Ek: Uygulama Çalışmaları**, 7. bs., İstanbul, Filiz, 2016, s. 360; Eren, **a.g.e.**, N. 3515; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 428; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538; Yavuz, **Şerh**, s. 782; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, İstanbul, Beta, 2004, s. 87. Yargıtay 15. HD. 17.04.1979 tarihli, E. 1979/662, K. 1979/860 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı (**YKD.**, 1990, S. 6, s. 793); Yargıtay HGK., 16.05.1990 tarihli, E. 1990/13-201, K. 1990/294 sayılı kararı (**ABD.**, 1990, s. 823); Yargıtay 3. HD., 20.09.1999 tarihli, E. 1999/8869, K. 1999/9296 sayılı kararı (**YKD.**, 2000, S. 4, s. 530-531); Yargıtay 15. HD., 25.09.2003 tarihli, E. 2003/1040, K. 2003/4324 sayılı kararı, **www.yargitay.gov.tr**; Yargıtay HGK., 07.04.2004 tarihli, E. 2004/13-208, K. 2004/211 sayılı kararı (**YKD.**, 2004, S. 10, s. 1499); Yargıtay 15. HD., 24.05.2004 tarihli, E. 2004/1210, K. 2004/2834 sayılı kararı (**YKD.**, 2004, S. 11, s. 1717-1718).

⁵⁸¹ Yargıtay 15. HD., 07.10.1982 tarihli, E. 1982/1701, K. 1982/1920 sayılı kararı (**Yasa Hukuk Dergisi**, 1982, s. 1486-1487); Yargıtay 3. HD., 25.02.2013 tarihli, E. 2012/19212, K. 2013/2919 sayılı kararı (**Lexpera**).

⁵⁸² Anex, **a.g.e.**, s. 156; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 428; Ergüne, **a.g.e.**, s. 291; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244.

Bunun yanı sıra alacaklının karşı edimi kabul için yapmış olduğu masraflar da bu kapsamda yer alacaktır. Bu duruma örnek olarak, malların teslimi için taşıma sözleşmesinin yapılması, teslim edilecek hayvanlar için yem alınması, bakıcı tutulması, depo kiralanması veya ifanın gerçekleşeceğine güvenilerek yeni işçilerle anlaşılması gösterilebilir⁵⁸³.

Alacaklının sözleşmenin gereği gibi ifası için yaptığı harcamalar, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine duyduğu güven dolayısıyla malvarlığında başka kayıplar daha yaşamış olabilir ise bunları da olumsuz zarar kapsamında tazminini talep edebilecektir. Örneğin, müteahhit ile anlaşarak yerine büyük bir apartman yaptıracığı inancıyla başkalarına kiraya vermiş olduğu evini yıktıran arsa sahibinin uğradığı kira kaybı olumsuz zarar kapsamında tazmini talep edilebilecek bir kalemdir⁵⁸⁴.

3.5.2.3.1.1.3. Yerine Getirilen Edim ve Ondan Elde Edilecek Yararlar

Alacaklı, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine güven duyduğu için kendi edimini ifa etmiştir, ancak borçlunun uyandırmış olduğu bu güveni ihlâl eden borca aykırı davranışı nedeniyle sözleşmeden dönmek zorunda kaldığı için malvarlığında kendi edimi değerinde bir azalma meydana gelmiştir. Eğer bu güven hiç uyandırılmasaydı kendi edimini ifa etmeyeceği için malvarlığında böylelikle herhangi bir azalma meydana gelmeyecekti. Dolayısıyla alacaklının ifa etmiş olduğu kendi ediminin değeri olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecektir⁵⁸⁵. Kısmi temerrüt

⁵⁸³ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Ergüne, **a.g.e.**, s. 291; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244.

⁵⁸⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1275; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 288; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 205; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244, 245; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 147. Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı (**YKD.**, 1990, S. 6, s. 793); Yargıtay HGK., 16.05.1990 tarihli, E. 1990/13-201, K. 1990/294 sayılı kararı (**ABD.**, 1990, s. 823); “...Arsa payı karşılığı villa yapımını üstlenen davalıların edimlerinin yerine getirmediüklerinden sözleşmenin feshiyle... Karşılıklı taahhütleri havi sözleşmenin feshi yanında, bu sözleşmenin icrasına güvenilerek davalılara teslim edilen arsada kum alınması suretiyle doğan zarardan ötürü 15 milyon lira istenilmesi bu zarar olumsuz zarar kapsamında kaldığı için B.K.nun 108. maddesine uygun bir istemdir...”, Yargıtay 15. HD., 02.05.1994 tarihli, E. 1993/4751, K. 1994/2762 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 09. 02.2004 tarihli, 2003/3637 E. 2004/538 K. sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

⁵⁸⁵ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Ergüne, **a.g.e.**, s. 292; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146; Yalman, **a.g.e.**, s. 126; k.g. Yeşim M. Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize

halinde de, aynı gerekçeyle, alacaklının ifa etmiş olduğu kendi karşı ediminin değer azalmasına uğraması sebebiyle bunu olumsuz zarar kapsamında talep etmesi mümkündür.

Alacaklı, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine duyulan güvenin ihlâl edilmesi yüzünden ediminin doğal ve hukuki ürünlerinden mahrum olacağı için, yerine getirmiş olduğu edimden elde edecek olduğu yararları da fiili zarar kalemi olarak olumsuz zarar kapsamında tazmin edebilecektir⁵⁸⁶. Olumsuz zarar kapsamında talep edilebilmesi için, alacaklının mahrum kalacağı bu yararlar ile duyduğu güvenin ihlâl edilmesi arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Bu kapsam belirlenirken, borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden elde ettikleri değil; alacaklının elde edebileceği yararlar esas alınır⁵⁸⁷. Bu güven doğrultusunda, arsa sahibinin kira geliri elde ettiği taşınmazının müteahhit tarafından yıkılması sebebiyle kira alacağından; alacaklının vadeli hesabındaki vadesini para çekerek kullanması suretiyle bankanın vereceği faizden mahrum kalması halleri bu duruma gösterilecek örneklerdendir⁵⁸⁸.

Kısmi temerrüt halinde, alacaklının ifa etmiş olduğu için mahrum kaldığı doğal ve hukuki yararların olumsuz zarar kapsamında talep edilmesi mümkün olmakla birlikte, bunun kapsamı kısmi dönme ve sözleşmeden tamamen dönme hallerinde farklılık gösterecektir. Alacaklı sözleşmeden kısmen dönme üzerine, sözleşmenin geçerli olarak ifa edilmiş kısmına ilişkin kendi karşı edim yükümlülüğü de geçerli olarak varlığını sürdürdüğünden, bu kısma ilişkin olarak ifa etmiş olmasından ötürü mahrum kaldığı yararları talep etmesi mümkün olmayacaktır. Eğer, alacaklı sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin kendi ifa yükümlülüğünü yerine getirmişse bundan ötürü yoksun kaldığı doğal ve hukuki yararları olumsuz zarar kapsamında talep

Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerinde Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, ed. Baki İlkay Engin, C. I, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 417, 418; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245; Karahasan, **C. I**, s. 87. Böyle bir talebin ancak iadenin mümkün olmaması veya değer kaybı gerçekleşmişse söz konusu olabileceği yönünde bkz.: Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 956; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1276; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 288.

⁵⁸⁶ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34. Bunların kâr mahrumiyeti kapsamında talep edilebileceği yönünde bkz.: Engel, **a.g.e.**, s. 735; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 290, Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 246; Yalman, **a.g.e.**, s. 129.

⁵⁸⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 295.

⁵⁸⁸ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34; Ergüne, **a.g.e.**, s. 294.

edebilecektir. Alacaklının sözleşmenin tamamından dönmesi halinde ise böyle bir ayırım söz konusu değildir. Alacaklı, sözleşmeden dönme üzerine, sözleşmenin tamamının gereği gibi ifa edileceğine ilişkin güveninin sarsılması sebebiyle mahrum kaldığı doğal ve hukuki yararları olumsuz zarar kapsamında isteyebilecektir.

Alacaklının başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olması sebebiyle yoksun kaldığı kârı talep ettiği durumda, kendi edim konusunu borçluya vermiş olması nedeniyle elde edemediği yararları olumsuz zarar kapsamında tazminini isteyemez. Bunun gerekçesini, alacaklının, fırsatını kaçırmış olduğunu iddia ettiği sözleşmeyi akdetmiş olsaydı, kendi edim konusunu başka bir kişiye teslim etmiş olacağı için ondan herhangi bir yarar sağlamasının mümkün olmaması oluşturmaktadır⁵⁸⁹. Bu görüş; daha avantajlı bir sözleşme akdetme fırsatını kaçırmaması sebebiyle yoksun kaldığı kârın tazmin edilmesinin, sözleşme gereğince ifa edilmiş edimden sağlanan yararların giderilmesi sonucunu içermediği gerekçesi ile, haklı olarak, eleştirilmektedir⁵⁹⁰.

Kanımızca, alacaklının borçluya teslim ettiği için elde edemediği yararın tazmini talebinde, geçerli olarak akdedilmiş sözleşme gereğince ifa etmiş olduğu kendi edimi, sözleşmenin sözleşmeden dönme üzerine geçersiz hale gelmesi nedeniyle elde edemediği yararların tazmini söz konusu olmuştur, sözleşmeden dönülmesi bu yararları elde edememiş olması tazminat konusu olmayacaktır. Daha avantajlı bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olması halinde, yoksun kaldığı kârın tazminini talep etmesi tamamen farklı bir tazminat kalemidir. Burada geçerli bir sözleşme yapmış olduğuna ve sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyduğu güven nedeniyle söz konusu sözleşmeyi yapmamıştır, bu nedenle bir kazançtan yoksun kalmıştır ve bunun tazminini istemektedir. Birbirinden bağımsız iki tazminat talebi bulunduğu için ikisinin bir arada istenmesi mümkündür.

⁵⁸⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252.

⁵⁹⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 295 dn. 25.

3.5.2.3.1.1.4. Hükümsüz Sözleşmenin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zararlar

Dönme beyanı sonucunda artık hüküm ifade etmeyen sözleşmenin tamamının veya ifa edilmemiş kısmının tasfiyesi nedeniyle, alacaklının uğramış olduğu kayıplar da olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecektir. Alacaklının gerçekleştirmiş olduğu edimini geri almak ve/veya borçlunun edimini iade etmek için yaptığı masraflar ile bu süreçte ve doğrudan bu süreçle ilgili olarak meydana gelen zararlar⁵⁹¹ bu kapsamda yer almaktadır⁵⁹².

3.5.2.3.1.1.5. Usuli İşlemlere İlişkin Masraflar

Temerrüt ihtarı keşide etme, ek süre verme, sözleşmeden dönme için yapılan masraflar, noter harçları, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti gibi usul işlemleri için yapılan masraflar fiili zarar kalemi olarak olumsuz zarar kapsamında talep edilebilir⁵⁹³. Bununla birlikte, HMK m. 323 hükmü kapsamında yargılama giderleri olarak tazmin edilen zararların, giderilmiş olduğu oranda olumsuz zarar kapsamında talep edilemeyeceği de savunulmuştur⁵⁹⁴.

3.5.2.3.1.1.6. Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat ve Cezai Şartlar

Sözleşmenin kararlaştırılmış olduğu gibi hüküm ifade edeceğine güvenen alacaklının üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmeler, borçlu ile arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ihlâl edilmiş olacağından, alacaklı diğer sözleşmede kararlaştırılmış olan yaptırımlarla karşı karşıya gelebilir. İşte böyle durumlarda tazminat veya cezai şart ödemek ile yükümlü olan alacaklı, sorumluluk

⁵⁹¹ Teslim edilen eşyanın iadesi için yeni taşıma sözleşmesi yapılmasına ilişkin masraflar; taşıma esnasında meydana gelen zararlar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁹² Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, **a.g.e.**, N. 3515; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34; Ergüne, **a.g.e.**, s. 296; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁵⁹³ Monod, **a.g.e.**, s. 164; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Ergüne, **a.g.e.**, s. 296; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁵⁹⁴ Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Ergüne, **a.g.e.**, s. 296.

menfaatinden dolayı bunun olumsuz zarar kapsamında karşılanmasını talep edebilecektir⁵⁹⁵. Alacaklı üçüncü şahıslarla yapmış olduğu sözleşmelerin ihlâlinden dolayı maruz kaldığı usul işlemlerinden kaynaklı olarak uğramış olduğu zararların bu kapsamda tazmin edilmesini isteyebilecektir⁵⁹⁶. Örneğin tazminat davasının yargılama giderleri ve karşı vekâlet ücreti buna dâhil olacaktır.

Olumsuz zararın bu kaleminin hesaplanması esnasında iki farklı durum ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, sözleşmenin ihlâlinden dolayı alacaklının üçüncü şahsa tazminat veya cezai şartın ödenmesinin kesin hüküm teşkil etmesi halidir; bu durumda tutar kesinleşmiş olacağından hesaplamada bu miktar esas alınacaktır. Eğer henüz kesinleşmiş bir karar bulunmaması halinde hâkim takdir hakkını kullanarak, TBK m. 50/f.2 hükmü gereği, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, olumsuz zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

3.5.2.3.1.2. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr, olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecek bir diğer zarar kalemidir. Yargıtay, hatalı olarak, bazı kararlarında olumsuz zarar kapsamında sadece fiili zararın istenebileceğine hükmetmiştir⁵⁹⁷. Oysa, sözleşmeden dönme halinde olumsuz zararın kapsamında yoksun kalınan kârın istenemeyeceğine dair bir

⁵⁹⁵ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; Monod, **a.g.e.**, s. 164; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 428; Önen, **a.g.e.**, s. 96; Kocayusufpaşaoğlu, v.d., **Cilt III**, s. 360; Eren, **a.g.e.**, N. 3515; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 34; Ergüne, **a.g.e.**, s. 297; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 539; Karahasan, **C. 1**, s. 88; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 148.

⁵⁹⁶ Monod, **a.g.e.**, s. 164; Ergüne, **a.g.e.**, s. 297.

⁵⁹⁷ Yargıtay 6. HD., 08.12.2021 tarihli, E. 2021/5093, K. 2021/2111 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 6. HD., 06.12.2021 tarihli, E. 2021/2566, K. 2021/2024 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay HGK., 28.09.2021 tarihli, E. 2017/2615, K. 2021/1102 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 23.11.2020 tarihli, E. 2020/2778, K. 2020/3057 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 13. HD., 14.10.2019 tarihli, E. 2017/9787, K. 2019/9839 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 28.02.2018 tarihli, E. 2016/6536, K. 2018/819 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 23. HD., 24.05.2018 tarihli, E. 2018/207, K. 2018/3330 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 13. HD., 23.06.1983 tarihli, E. 1983/3088, K. 1983/5325 sayılı kararı (**Yasa Hukuk Dergisi**, 1984, s. 1741-1742); Yargıtay 15. HD., 21.01.1986 tarihli, E. 1985/2510, K. 1986/26 sayılı kararı (**YKD.**, 1986, S.6, s. 848-849); Yargıtay 15. HD., 12.05.1994 tarihli, E. 1994/545, K. 1994/3093 sayılı kararı (**YKD.**, 1995, S. 5, s. 773); Yargıtay 15. HD., 22.01.2004 tarihli, E. 2003/3335, K. 2004/334 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 02.03.2005 tarihli, E. 2004/1338 K. 2005/1165 sayılı kararı (**Yargı Dünyası**, Kasım 2005, s. 171); Yargıtay 15. HD., 10.03.2005 tarihli, E. 2004/4363, K. 2005/1376 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

hüküm bulunmamaktadır. Yoksun kalınan kârın her ne kadar olumlu zararın kapsamında istenebileceği ilk başta akla gelse de olumsuz zararın kapsamında da yer alabilir; ancak tespiti olumlu zarardakinden farklıdır.

Yoksun kalınan kâr kapsamında ifa menfaatinin giderilmesi istenemez; çünkü o zaman sözleşme geçerliymiş gibi kabul edilir, oysa olumsuz zararın tazmininde esas olan, kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine güvenilen sözleşmenin hükümsüz kalmasıdır. Sözleşmenin tamamının ya da sadece ifa edilmeyen kısmının hükümsüz kalmasının, yoksun kalınan kârın olumsuz zarar olarak istenebilmesine herhangi bir farklılık yaratan etkisi bulunmamaktadır. Kısmi temerrüt halinde, her iki durumda da yoksun kalınan kâr olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecektir. Bu doğrultuda; sadece kaçırılan fırsatlar kâr mahrumiyeti kapsamında tazmine konu olacaktır⁵⁹⁸.

Alacaklının üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği öngörülen kâr ve sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle kaçırıldığı kabul edilen kazanç olanakları, yoksun kalınan kâr kapsamında talep edilecektir⁵⁹⁹. Bu kapsamda yalnızca, kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceğine güvenilen, dönme beyanına konu sözleşmenin akdedilmesi yüzünden aynı şartlarla ya da daha elverişli

⁵⁹⁸ Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 35. “...Olumsuz zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir: ...ç-Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 Liraya alınabilirken, şimdi 120 Liraya alınabilmesi...davacı sözleşmeye konu olan kuru inciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani olumsuz zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme fesh edilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti...”, Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (**YKD.**, 1990, S. 6, s. 792-793); “Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek olumsuz zarar kavramına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer. Dolayısıyla davacının eldeki davada iki ihale bedeli arasındaki farktan kaynaklanan zararlarını talep etmeye hakkı bulunmaktadır.”, Yargıtay 15 HD., 15.5.2018 tarihli, E. 2017/2712, K. 2018/1955 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 03.10.2018 tarihli, E. 2017/1000, K. 2018/3552 sayılı kararı, (**Lexpera**).

⁵⁹⁹ von Tuhr, **Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, s. 552; Monod, **a.g.e.**, s. 164; Furrer, Müller-Chen, Çetiner, **a.g.e.**, N. 1593; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 35; Reisoglu, **a.g.e.**, s. 353, 354; “Davacı, sözleşme konusu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat), o kişiye yapacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı, yani olumsuz zararını ister.”, Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasının yol açtığı kâr kaybının tazmini istenebilecektir⁶⁰⁰. Böylelikle alacaklının, güvenini boşa çıkaran sözleşme görüşmeleri olmasaydı içinde bulunacağı farazi durum sağlanmış olacaktır.

Sözleşmeden dönme halinde olumsuz zararın tazmini imkânı halinde, diğer olumsuz zarara yol açan durumlardan farklı olarak, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine olan güven sarsıldığı için alacaklının menfaati zedelenmektedir. Alacaklı, dönmüş olduğu bu sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceğine güvendiği için diğer sözleşme tekliflerini kaçırmış ve bu nedenle daha kötü şartlar içeren yeni bir sözleşme yapma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır; alacaklı kendisinde güven uyandıran bu sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı, aynı veya daha iyi şartları sağlayan teklifleri kaçırmayacaktı. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki; alacaklıda açıkça uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile kaçırılan diğer sözleşme tekliflerinin getireceği kazanç arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁶⁰¹.

Sözleşmeden dönme üzerine tazminata konu olabilecek, yoksun kalınan kâr, kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine güvenilen sözleşmenin, dönme beyanı üzerine hükümsüz hale gelmesi üzerine yapılması şu an mümkün olan sözleşme ile hüküm ifade ettiğine güvenilen sözleşme nedeniyle kaçırılan diğer sözleşme teklifi arasındaki farkın tespiti ile ortaya çıkacaktır⁶⁰²⁶⁰³. Bu hesaplamada tespit edilecek net kârın

⁶⁰⁰ Comment, **a.g.e.**, s. 148; Monod, **a.g.e.**, s. 164. İş sahibinin, tamamen aynı şart ve özelliklerle iş yapmayı teklif eden birden fazla müteahhit olduğu durumda, müteahhitlerden biri ile inşaat sözleşmesini akdetmesi ancak bu müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması sonucunda, tazminini talep ettiği olumsuz zarar kapsamında, sözleşme konusu işi diğer müteahhide vermiş olduğu varsayılarak belirlenecek olası bitiş tarihinden, işin gerçekleştirilmesi için şu anda başka bir müteahhitte anlaşılması olasılığında söz konusu olacak muhtemel bitiş tarihi arasında meydana gelecek ve dönülen sözleşmedeki gecikmeden kaynaklanan ifa menfaatine ilişkin olmayan kayıplarını da isteyebilecek olması buna gösterilecek açık örnektir. Bkz.: Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 206.

⁶⁰¹ Comment, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Ergüne, **a.g.e.**, s. 303.

⁶⁰² Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 36; Ergüne, **a.g.e.**, s. 304.

⁶⁰³ “Zararın hesaplanmasında izlenecek yöntem ise yüklenicinin yapmadığı imalatın ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren şirkete verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsat) hesaplattırılıp, fesih tarihinden itibaren dava dışı ikinci yükleniciye kalan işin verildiği ikinci sözleşmenin makul süre içerisinde yapılıp yapılmadığının, ikinci ihale ile birinci ihalenin aynı özellikleri taşıyıp taşımadığının özellikle imalatın konusu ve niteliklerinin farklı olup olmadığının, ilk sözleşmeye dahil olmayan bir imalatın ikinci sözleşmeye ilave imalat olarak dahil edilip edilmediğinin belirlenmesi, ikinci sözleşmenin makul süre içinde ve ilk

belirlenmesi için, alacaklının mahrum kaldığı bu kazancı elde etmek için yapmış olacağı zorunlu gider ve harcamalar çıkarılmalıdır. Alacaklının, mahrum kalınan kârı elde edebilmesi için bu harcamaları yapmasının zorunluluk teşkil etmesi, uyandırılan güvenin ihlâli ile arasında uygun illiyet bağının olmadığını göstermektedir. İhlâl edilen sözleşme yapılmış olmasaydı, alacaklı tazminata konu olan kârı elde etmek için yine bu masrafları yapacaktı⁶⁰⁴. Bu hesaplama kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmenin tamamından dönme halinde mutlak surette uygulanabilir. Ama doğası gereği, sözleşmeden kısmen dönüldüğünde, kısmi ifa sayesinde kısmi menfaati elde etmiş

sözleşme ile aynı koşul ve özelliklerde yapılması halinde olması gereken bedelin hesaplatılarak bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ilk sözleşmede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibine iş verilmesi halinde kalan işlerin tamamlattırılması için o teklif sahibine ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hesaplanmasından ibarettir. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre eğer, ikinci sözleşme makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci sözleşme yapılabileceği ve böyle bir işin kaçta yaptırılabilceği tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci sözleşme bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da, olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır (Emsal 15. Hukuk Dairesi 1997/47 Esas 1997/556 Karar 03.02.1997 tarih 15. Hukuk Dairesi 1993/4758 Esas 1994/4044 Karar 16.06.1994 tarih). Yapılacak hesaplamlarda endeks kullanılmak suretiyle güncelleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.”, Yargıtay 15. HD., 03.10.2018 tarihli, E. 2017/1000, K. 2018/3552 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 04.04.2018 tarihli, E. 2018/413, K. 2018/1351 sayılı kararı, (**Lexpera**); Yargıtay 15. HD., 15.05.2018 tarihli, E. 2017/2712, K. 2018/1955 sayılı kararı, (**Lexpera**); “...davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıp da, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olsaydı arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri olumsuz zarar olarak da bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir...”, Yargıtay 15. HD., 19.04.2004 tarihli, E. 2003/5541 K. 2004/2201 sayılı kararı, (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 15. HD., 25.09.2003 tarihli, E. 2003/1040, K. 2003/4324 sayılı kararı (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

Yargıtay’ın kararları genellikle bu doğrultuda olmakla birlikte, azınlıkta kalan bazı kararlarında olumsuz zarar hesaplamasının, yanlış olarak, farklı yapıldığı görülmektedir: akdedilen sözleşme ile şu an yapılması mümkün olan sözleşme arasındaki farkın esas alınacağına ilişkin Yargıtay 13. HD., 22.10.1981 tarihli, E. 1981/5738, K. 1981/6690 sayılı kararı; “...Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü gündeki aynı nitelikteki otoyu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının malvarlığı azalacağından, anılan fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur...”, (**YKD.**, 1982, S. 2, s. 223); akdedilen sözleşme ile kaçırılan fırsat arasındaki farkın esas alınması gerektiğine ilişkin Yargıtay 15. HD., 22.01.2004 tarihli, E. 2003/3335, K. 2004/334 sayılı kararı; “...Dava konusu olayda kaçırılan fırsatın hesabında ihtilaf konusu sözleşmenin ifası halinde iş sahibine ödenecek bedel -teslim edilecek dairelerin- değeri ile kaçırılan fırsata konu edilecek benzer bir arsaya inşaat yapılsaydı o arsanın sahibine normal piyasa koşullarında verilecek bağımsız bölümlerin (varsa) bedeli arasındaki fark dikkate alınmalı davacının kaçırdığı fırsat nedeniyle ödeyeceği fazla bir bedel oluşuyor ona hükmedilmelidir...” (**Kazancı İctihat Bilgi Bankası**).

⁶⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, N. 3517.

alacaklının, ifa edilmemiş kısmı elde edememiş olması sebebiyle yoksun kaldığı kârın teorik olarak meydana gelmesi mümkün⁶⁰⁵ ise de somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmalı ve bu durumda yine bu formüle uygun olarak miktar tespit edilmelidir. Ancak hesaplama yapılırken, yoksun kalınan kârın, alacaklının sözleşmenin ifa edilmeyen kısmına ilişkin menfaatine yönelik olduğu ve bu kısma dair sözleşme fırsatını kaçırmaması neticesinde daha elverişsiz bir sözleşme yapmak durumunda kalması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Sözleşmenin ifa edilmiş kısmı adeta ayrı bir sözleşmeymiş gibi kabul edilmeli ve oraya ilişkin değerlendirme yapılmamalıdır, bu kısım hesaplamaya dâhil edilmemelidir. Bu kısmın önemli olduğu ve yoksun kalınan kârın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hal, zaten sözleşmenin tamamından dönüldüğü bir durumdur.

Dönme beyanına konu sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceğine güvenen alacaklının uğramış olduğu zararlar çeşitli olasılıklarda karşılaşılabılır; bu sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı türden başka bir sözleşme için daha fazla bedel ödemek durumunda kalmış olabilir, aynı tür bir sözleşmeyi daha düşük bir bedelle yapmak durumunda kalmış olabilir veya aynı tür sözleşme imkânını tamamen kaybetmiş olabilir⁶⁰⁶. Kazanç kayıpları dönülen sözleşmeye hem benzer hem de farklı amaç ve nitelikte sözleşmeyi aynı veya daha iyi şartlarla yapma fırsatının kaçırılması sonucunda ortaya çıkabilir; bu doğrultuda sözleşmeye duyulan güven yüzünden değişik alanlarda kârlı işler kaçırılmış ise onlardan kaynaklanan kayıplar da olumsuz zarar kapsamında tazmini talep edilebilecektir⁶⁰⁷. Dönülen sözleşme yerine yapılan sözleşmenin konusunun ve miktarının farklı olması durumunda, kâr kaybının hesaplanması farklılık taşıyacaktır; konu ve miktar aynı olmadığı için gerçek zararı yansıtamayacağından, hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet vermemek için ikinci sözleşmedeki bedel esas

⁶⁰⁵ Sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının hükümsüzlüğü sebebiyle aynı türden bir sözleşme yapabilmek için daha fazla bedel ödemek, daha düşük bedelle benzer türde sözleşme akdetmek ya da aynı türden sözleşme yapma fırsatını kaçırmak vs. gibi olumsuz durumlara maruz kalmış olabilir.

⁶⁰⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 307 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 250, 251.

⁶⁰⁷ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 290; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 205, 206. Alacaklının sözleşmenin geçerli olarak hüküm ifade edeceğine güvenerek kendi mesleki faaliyetlerini ihmal etmesi yüzünden uğradığı gelir kaybının talep edilebilmesi imkânı hususunda bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 311.

alınmayacaktır; dönmeye konu sözleşme ile kaçırılan elverişli fırsat ile ikinci sözleşmenin yapıldığı tarihte ilk sözleşme konusunun nicelik ve nitelik olarak ulaştığı bedel arasındaki fark dikkate alınır⁶⁰⁸. Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme halinde de bu esaslar, niteliği uygun düştüğü için aynen geçerli olacaktır. Farklılık taşıyan tek nokta, kısmi dönme halinde sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının hükümsüzlüğü nedeniyle uğramış olduğu zarar söz konusu olacağı için, yoksun kalınan kârın tespitinde sözleşmenin dönülen, ifa edilmemiş kısmı adeta başlı başına bir sözleşmeymiş gibi yorum yapılarak onun nezdinde değerlendirme yapılması gerekliliğidir.

Kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine olan güveni sarsılan alacaklı aynı, benzer veya daha iyi şartlarla kaçırdığı başka bir sözleşme teklifi veya değişik alanlarda kaybettiği bir kârlı iş bulunmuyor ise yoksun kalınan kârın tazminini talep edemez⁶⁰⁹.

Talep edilebilecek yoksun kalınan kârın miktarı için hukuk sistemimizde bir sınır belirlenmiş değildir; kimi zaman olumlu zarara eşit olabileceği gibi kimi zaman olumlu zarardan fazla olabilir. Alacaklının dönme beyanına konu sözleşme veya sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı ile aynı tür sözleşmeyi rayiç bedel üzerinden yapma imkânını kaybetmiş olması, olumsuz zararın varlığını kabul etmek için gerekli ve yeterlidir, mutlaka başka bir sözleşme teklifinin kaçırılmış olmasına gerek yoktur⁶¹⁰.

Sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi hüküm ifade edeceğine güvenen alacaklının, kaçırmış olduğu, aynı ya da daha elverişli başka bir sözleşme yapma imkânını hâlâ

⁶⁰⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 312. “... sonraki alımların değişik vasıfta odun olarak yapılmış olması davacının zararını isteme hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak sonraki alımlarda alım konusu malın evsafının değiştirilmesinin zarar hesabında birim fiyatına etkisi olabilir. O nedenle bu gibi durumlarda zarar hesabında idarenin yaptığı alımlardaki bedelleri nazara alınmamalı ilk ihaledeki miktar ve evsafdaki malın, fesihten sonraki makul sürede geniş kitlelere duyurulmak ve rekabeti temin etmek suretiyle ne miktar bedelle satın alınabileceği bilirkşi aracılığı ile saptanmalı, böylece bulunacak bedel zarar hesabında esas alınmalıdır...”, Yargıtay 13. HD., 25.11.1994 tarihli, E. 1994/8919, K. 1994/10468 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 13. HD., 31.02.2002 tarihli, E. 2001/11083, K. 2002/ 891 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); Yargıtay 13. HD., 25.05.1993 tarihli, E. 1993/2905, K. 1993/4544 sayılı kararı, (**YKD.**, 1993, S. 11, s. 1679); Yargıtay 13. HD., 01.11.1994 tarihli, E. 1994/7280, K. 1994/9464 sayılı kararı (**YKD.**, 1995, S. 4, s. 605-606).

⁶⁰⁹ Comment, **a.g.e.**, s. 148; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252.

⁶¹⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 313.

değerlendirme olanağı varsa, olumsuz zarardan sorumluluk kapsamında yoksun kalınan kârın tazmini talebinde bulunamayacaktır⁶¹¹.

3.5.2.3.2. Denkleştirme

Alacaklı borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle zarara uğramış olmasının yanı sıra birtakım yararlar elde etmiş ise, bu yararlar da dikkate alınarak denkleştirme suretiyle net olumsuz zararı belirlenir⁶¹².

Yararın denkleştirmeye tâbi olabilmesi için fiilen gerçekleşmesi gerekmektedir; eğer zarar gören alacaklı kusurlu davranışı ile bu yararın gerçekleşmesine engel olmuşsa, artık denkleştirme yapılamayacak ve hâkim bu durumu zarar görenin zararı azaltma yükümlülüğünün ihlâli olarak değerlendirip bunu zarardan değil, hesaplanacak tazminattan mahsup edecektir⁶¹³. Alacaklının bazı ekonomik menfaatleri elde etmesi, hayatın olağan akışına uygun olarak bir değerlendirme yapıldığında kendisinden beklenilebilir ise, denkleştirmeye konu olacak yarar kapsamında kabul edilecektir.

Alacaklının elde ettiği yarar ile zarara sebep olan borçlunun borca aykırı davranışı arasında gerekli uygun illiyet bağı bulunduğu; elde edilen ekonomik menfaatin yaşam deneyimlerine göre borçlunun zarara yol açan davranışının normal bir sonucu olması halinde kabul edilir⁶¹⁴. Bu bilgi doğrultusunda, olağan dışı bir şekilde veya tesadüfen ortaya çıkan; zarar görenin, alıcının kendi özel çabaları ve ticari yeteneği sayesinde elde ettiği yararlar ile enflasyonun etkisiyle sözleşme konusunun değerinde meydana gelen artışların denkleştirmeye tabi tutulmayacağı aşîkârdır⁶¹⁵.

⁶¹¹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 314

⁶¹² Ergüne, **a.g.e.**, s. 327. Denkleştirmenin tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması halinde, tazminat miktarının zarar gören aleyhine farklılaşacağı hususunda bkz.: Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 272; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 598-590; Eren, **a.g.e.**, N. 3340; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 300; Teoman Akünel, **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 16, 141-142.

⁶¹³ Akünel, **a.g.e.**, s. 143-146.

⁶¹⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 268; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1323; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 587, 588; Eren, **a.g.e.**, N. 3340; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 300; Akünel, **a.g.e.**, s. 93 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 273.

⁶¹⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 328, 329; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 274.

Denkleştirme aynen veya nakden yapılabilir. Aynen denkleştirmede, zarar miktarına hiç dokunulmamakta, sağlanan menfaatler tazminat sorumlusu borçluda aynen olduğu gibi bırakılmaktadır. Nakden denkleştirmede, elde edilen yararların parasal değerleri hesaplanmakta ve bulunan değer brüt zarar miktarından çıkartılmaktadır⁶¹⁶.

Denkleştirmeye tabi olacak yararın varlığını ve miktarını ispat yükü, bunu iddia eden borçludadır. Tam olarak kanıtlanamayan yararların tespitinde hâkim TBK m. 52/f.2 hükmünün tanıdığı takdir yetkisini kullanacaktır. Denkleştirme, hukuki niteliği itibarıyla bir itiraz olup, hâkim re'sen uygulayacaktır⁶¹⁷.

Denkleştirme yapılırken, mahsup edilecek ekonomik yarar bakımından, zararın tespitine esas olan tarih dikkate alınacaktır; söz konusu tarihte, gerçekleşmiş olan yararlar ile ileride sağlanması olağan olarak beklenen yararlar⁶¹⁸, meydana gelmiş olan zarar ile denkleştirilecektir.

3.5.2.3.3. Hesaplama Anı

“Sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini” talep edeceği ifade edilen alacaklının uğramış olduğu zararın içeriği hangi tarih esas alınarak belirlenecektir? Sözleşmenin kurulduğu tarih mi, borçlunun kısmi temerrüde düştüğü tarih mi, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı tarih mi yoksa tazminat talebine ilişkin hükmün verildiği tarih mi? Tazminatın hesaplanma anına ilişkin bir hüküm kanunlarda yer almamaktadır. Doktrinde yer alan baskın görüşe göre; alacaklının enflasyon nedeniyle daha fazla mağduriyet yaşamaması için hüküm anına en yakın tarihte yapılmış olan hesaplama dikkate alınmalıdır⁶¹⁹. Bu görüşü savunanlar,

⁶¹⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s. 328 dn.100.

⁶¹⁷ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 273; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1323; Akünal, **a.g.e.**, s. 133-135.

⁶¹⁸ Gelecekteki yararın ileri sürülebilmesi usul hukukunun belirlediği sınırlar çerçevesinde mümkün olduğu; bu doğrultuda, gerçekleşen yarar ile aynı davada ya da daha sonra açılacak ayrı bir davada talep edilebileceği; bu hususa ilişkin bir tespit davası dahi açılabilceği hususunda bkz.: Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 273; k.g. Akünal, **a.g.e.**, s. 137-140.

⁶¹⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 459, 460; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 560; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1320; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 602, 867; Eren, **a.g.e.**, N. 3518; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 37; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 298; Akünal, **a.g.e.**, s. 147; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul,

kural olarak, olumsuz zararın hesaplanmasında tazminata hükmedildiği tarihin esas alınmasından yola çıkmış ama uygulamada tazminata hükmedilirken o esnada hesaplama yapılmasının imkânının bulunmadığı gerekçesiyle, hüküm anına en yakın tarihin belirleyici olacağı kabul edilmiştir⁶²⁰. Bu doğrultuda, hüküm tarihine kadar olan süreç içinde zarara uğrayan şeyin değerinin önce yükselmiş, sonra azalmış olması halinde en yüksek değere ulaştığı tarihe göre hesaplama yapılmalıdır; çünkü alacaklı bu tarihte gerçekleşen değer yükselmesi sayesinde malını paraya çevirebilir ve yarar sağlayabilirdi⁶²¹. Eğer tazminat borçlusu, alacaklının bu tarihte zarara uğrayan malı paraya çeviremeyeceğini veya zarar verici davranışı hiç gerçekleşmeseydi bile zaten alacaklının malı bu değer artışından önce elinden çıkaracağını ispat ederse, değer artışı hesaplama katılmayacaktır⁶²².

Yargıtay'ın benimsemiş olduğu, doktrinde azınlıkta olan, katıldığımız görüşe göre⁶²³; hesaplamada zararın gerçekleştiği an esas alınmalıdır. Bu anlayışa göre; zarar verici olay öncesindeki durum belirlenmelidir, zarar verici olay hiç olmasaydı içinde bulunulacak olan durum esas alınmaz. Bu görüş kendi içinde farklılıklar barındırmaktadır. Kanımızca, bu anlayışı en iyi yansıtan kabul uyarınca, alacaklının sözleşmeden dönme beyanında bulunduğu an tazminatın hesaplanmasında esas

Beta, 2000, s. 111; Barlas, **a.g.e.**, s. 131; Ergüne, **a.g.e.**, s. 350; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 275; İnan, **a.g.e.**, s. 331, 332.

⁶²⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 350; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 298.

⁶²¹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 265; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., İstanbul, Filiz, 2005, s. 553, dn. 233; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 602; k.g. Akunal, **a.g.e.**, s. 148.

⁶²² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 553, dn. 233.

⁶²³ Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s. 9-16, 38, 39; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 300; Göschke, **a.g.m.**, s. 91 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 292 dn. 595'ten naklen). Yargıtay 17. HD., 17.05.2005 tarihli, E. 2005/6724, K. 2005/5368 sayılı kararı (**Legal Hukuk Dergisi**, 2005, s. 3018); Yargıtay 11. HD., 25.03.2003 tarihli, E. 2002/11190, K. 2003/2829 sayılı kararı (**YKD.**, 2004, S. 6, s. 888); Yargıtay 4. HD., 16.04.1991 tarihli, E. 1981/4161, K. 1981/5335 sayılı kararı (**Yasa Hukuk Dergisi**, 1981, s. 656); Yargıtay İBBGK., 12.11.1930 tarihli, E. 1930/6, K. 1930/27 sayılı İBK; Yargıtay 4. HD., 02.12.1972 tarihli, E. 1972/7606, K. 1972/10156 sayılı kararı; Yargıtay 4. HD., 19.11.1979 tarihli, E. 1979/10740, K. 1979/12706 sayılı kararı; Yargıtay 4. HD., 23.12.1982 tarihli, E. 1982/7190, K. 1982/11637 K. sayılı kararı, (Karahasan, **C. I**, s. 1087, dn. 14).

alınmalıdır; çünkü bu andan itibaren, dönmenin türüne göre, sözleşmenin tamamı veya ifa edilmemiş kısmı sona erer ve zarar ortaya çıkar⁶²⁴.

Bu doğrultuda, sözleşmenin kurulduğu tarihin esas alınması gerektiği de savunulmaktadır⁶²⁵. Bu yazarların, zarar verici olayın gerçekleşeceği tarihin esas alınacağını da ifade etmeleri sebebiyle, sözleşmenin kurulduğu sırada zarar verici olayın yani geçersizlik sebebinin varlığını göz önünde tuttıkları ve hatta zarar verici olayın sözleşme akdedildiği sırada meydana gelmiş olabileceği düşüncesiyle, sözleşmenin kurulduğu tarihte hesaplamanın yapılacağını kabul etmiş oldukları yorumu yapılmıştır⁶²⁶.

Bir görüşe göre; borçlunun temerrüde düştüğü tarih esas alınmalıdır⁶²⁷.

Kanımızca, olumsuz zararın içeriğinin hesaplanmasında esas alınacak tarih belirlenirken, ifa menfaati zedelenen alacaklının sözleşmeden dönme yoluyla sözleşme ile bağını kesip olumsuz tazminat talebi ile bozulan menfaat dengesini düzeltmeyi amaçladığı dikkate alınmalıdır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu, edimlerin tam/kısmen ifa edilmediği durumda aynen ifada (tamamen veya bakiye kısmında) menfaati kalmayan alacaklı, sözleşmeden arzu ettiği amacı gerçekleştiremeden sözleşmesel bağı sona erdirmeyi tercih etmektedir. Unutulmamalıdır ki, sözleşmeden dönme hakkı yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmüş bir seçimlik haktır. Bu husus da göstermektedir ki, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin doğası gereği karşılıklı taahhütler yer aldığından, sözleşmesel dengenin gözetilmesi ve devam ettirilmesi için kanun koyucu ayrı bir hassasiyet göstermektedir. Kısmi temerrüt halinde, sözleşme kısmen ifa edilmiş olduğu için alacaklının zarara uğraması söz konusudur. Alacaklının sözleşmeden bağının tamamen veya sadece ifa edilmemiş kısma ilişkin olarak kesilmesi bir fark yaratmaz, alacaklı kendi iradesi doğrultusunda, sözleşmenin tamamen veya kısmen hükümsüz kalması nedeniyle elde edemediği menfaatini

⁶²⁴ Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 9-16, 38, 39; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 300.

⁶²⁵ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s. 76, N. 48 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 292 dn. 597'den naklen).

⁶²⁶ Yıldız, **a.g.e.**, s. 292.

⁶²⁷ Weber, **a.g.e.**, Art. 109, N. 104 (Yıldız, **a.g.e.**, s. 292 dn. 599'dan naklen). Karar anının esas alınması gerektiği yönünde bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 351 dn. 183.

sağlamak için bu yola başvurmaktadır. Alacaklının sarsılmış menfaatinin sağlamak için, bu mağduriyete yol açan tarihi esas almak gerekir. Bu nedenle, borçlunun sözleşmeden dönme anı olumlu zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih olacaktır. Kısmen ifa edilmemiş kısım olmasa idi alacaklı sözleşmeden dönmeyecek ve böylelikle sözleşmenin bu kısmı hükümsüz kalmayacak ve bu nedenle sözleşmenin gereği gibi yerine getirileceğine olan güveni sarsılmayacak ve zarara uğramayacaktı. Sözleşmenin tamamından dönme halinde de aynı hukuki mantık geçerlidir; kısmen ifa olmasa idi, sözleşmenin geri kalanına ilişkin kısım da dâhil olmak üzere, ifaya menfaatinin olmaması söz konusu olmayacak ve sözleşmenin tamamından dönmeyecekti, bunun sonucunda sözleşme geçerli olarak varlığını sürdüreceği için sözleşmenin gereği gibi yerine getirileceğine olan güveni sarsılmamış olacak ve yine olumsuz zarara uğramayacaktı. Bu nedenle, alacaklının sözleşmeden dönme beyanında bulunduğu tarih olumsuz zararın tespitinde esas alınmalıdır⁶²⁸. Yoksun kalınan kârı tespit ederken, işin doğası gereği hüküm tarihi değil, başka fırsatın kaçırılmasına sebep olan dönülen sözleşmenin tarihi ile sonradan yapılan sözleşme tarihi esas alınmalıdır.

Zararın tespitinde hüküm verilmesinden önceki bir tarih esas alındığından, bu andan hüküm tarihine kadar geçen süre boyunca tazminat alacağına faiz işletilmelidir. Bu faizin hukuki niteliği hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre;

⁶²⁸ “...böylece BK nun 106. Maddesindeki seçimlik haklardan sözleşmenin feshine ilişkin yolu seçerek iradesini fesih doğrultusunda kullandığına göre, isteyebileceği olumsuz zarar, sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhâl ihbar etmesi gereken tarihteki rayiç değerler üzerinden hesap edilecek miktardan ibarettir.”, Yargıtay 15. HD., 12.05.1983 tarihli, E. 1983/1307, K. 1983/1255 sayılı kararı, (YKD, 1984, S. 2, s. 276 vd.); “...Sözleşmeden dönen davacı olumsuz (olumsuz) zarar için giderim isteyebilir. Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü günde aynı nitelikteki otoyu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının malvarlığı azalacağından, anılan bu fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur. Durum böyle olmakla birlikte, Yurdumuz genelinde uzun bir süredir var olan ve giderek hızlanan enflasyonun oto fiyatlarında yol açtığı artış gözetilerek, davacının sözleşmeden dönmeyi yeğlemesine karşın, uzun bir süre beklemesi, MK m.2 ile bağdaşmayacağı gibi, BK. m.44 anlamında birlikte kusur sayılmalıdır. O nedenle davacının olumsuz zararını belirlemek için mahkemece iş şu olmalıdır: uzman bilirkişi aracılığı ile somut olaydaki durum ve koşulların özelliğine, olayların normal akışına, dürüstlük ve doğruluk kurallarına tecimsel yaşamın isterlerine göre, davacının en geç hangi günde sözleşmeden dönmesi gerektiği saptanıp dava konusunda geçen otunun kararlaştırılan teslim günündeki fiyatı (satış parası) ile sözleşmeden dönülmesi gereken günde aynı nitelikteki otunun fiyatı (satış fiyatı) arasındaki fark bulunmalı ve istemle bağlı kalınarak böylece belirlenecek fark tutarının davacı yararına ödetilmesine karar verilmelidir”, Yargıtay 13. HD., 22.10.1981 tarihli, E. 1981/5738, K. 1981/6690 sayılı kararı, (YKD, 1982, S. 2, s. 220 vd.).

tazminat alacağına eklenen bir kanuni faiz iken⁶²⁹; katıldığımız diğer görüşe göre tazminat hesaplanmasında, temerrüt faizi dışında başka bir kanuni faizden ayrıca bahsetmeye hukuki bir dayanak bulunmadığından burada söz konusu olan aslında temerrüt faizidir⁶³⁰. Yargıtay'ın her iki yönde kararları bulunmaktadır⁶³¹. Zarar veren borçlunun, dürüstlük kuralı gereği, ayrıca bir ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olduğu faraziyesinin kabul edilmesi, zararın gerçekleştiği andan itibaren tazminat alacağına temerrüt faizi işletilmesi gerektiği yönündeki görüşün çıkış noktasını oluşturmaktadır⁶³². Zararın tespit edilmesinde her ne kadar hüküm tarihinden önceki bir tarih esas alınsa da içeriği ancak hâkimin kararıyla belirlilik kazanacağı için temerrüt faizi işletilmesi görüşüne karşı çıkılabilir. Bu husustaki karışıklığın, zararın tespitinde hüküm anının esas alınması ile rahatlıkla çözüleceği ifade edilmektedir⁶³³. Zararın tespitinde hem hüküm anının esas alınmasını hem de zararın gerçekleştiği andan itibaren faiz yürütülmesi gerektiğini kabul eden bir görüş de doktrinde savunulmaktadır⁶³⁴.

Zararın tespitinde hükümden önceki bir tarihin esas alınması halinde, faizin işletilmesi gerekliliği savunulduğunda, alacaklının temerrüt faizini aşan (munzam) zararının da TBK m. 122 hükmü kapsamında tazmin edilmesi gerekecektir.

3.5.2.4. Olumsuz Zararın İspatı

TBK m. 50 ve HMK m. 190 hükümleri gereğince; alacaklı ispat yükü altındadır. Talep edilen olumsuz zararın tazmin edilebilmesi için, zarar gördüğünü iddia eden alacaklının, borçlunun zarara yol açan borca aykırı davranışını, malvarlığında ortaya çıkan, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr teşkil eden kayıpları ve

⁶²⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 462; Eren, **a.g.e.**, N. 3337.

⁶³⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 790 dn. 27; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 215-219; Helvacı, **Faiz**, s. 110-113; Barlas, **a.g.e.**, s. 130, 131; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 300, 310, 311; Karahasan, **C. I**, s. 1102 vd.

⁶³¹ Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 215, 216, dn. 5; Karahasan, **C. I**, s. 1106 vd.

⁶³² Barlas, **a.g.e.**, s. 131. Karş. Nomer, **Maddî Tazminat**, 219-223; Helvacı, **a.g.e.**, s. 112, 113.

⁶³³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1320; Helvacı, **a.g.e.**, s. 111; Ergüne, **a.g.e.**, s. 352 dn. 184; Barlas, **a.g.e.**, s. 131.

⁶³⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 462; Eren, **a.g.e.**, N. 3337.

bu ikisi arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmesi gerekmektedir⁶³⁵. Alacaklının kesin ve net olarak uğramış olduğunu iddia ettiği olumsuz zarar miktarını ispat edemeyecek olduğu durumda, TBK m. 114/f.2 hükmünün yollaması ile TBK m. 50/f.2 hükmü uygulanacak ve hâkim, olayların olağan akışını ve alacaklının aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir⁶³⁶. Alacaklı uğramış olduğu zararı her türlü delille ispat edebilir. Bu kapsamda sözleşmenin yapılması ve ifası için yapılan harcamalara, ödenen harçlara ilişkin makbuzlar ve faturaların yanı sıra bu masrafların yapıldığı tarihlerde geçerli olan fiyat listeleri de yer alabilir⁶³⁷. Yoksun kalınan kârın, farazi bir durum tespitinden kaynaklandığı için ispatı zordur. Bu nedenle, alacaklının kaçırmış olduğu sözleşme teklifini somut olarak ispat etmesi aranmamakta; TBK m. 50 hükmünce hâkimin takdir yetkisini kullanması yeterli olmaktadır⁶³⁸. Hâkim söz konusu bu takdir yetkisini kullanırken, her somut olayın özelliğine göre; alacaklının iş hacmine, müşteri çevresine, ticarî itibarına, o ana kadar yaptığı işlere ve dönülen sözleşmenin yapıldığı andaki piyasa şartlarını dikkate alarak, bu şartlar içinde alternatif bir sözleşme yapma imkânına sahip olduğu hususunda bir kanaat elde etmelidir. Dönülen sözleşme rayiç bedel üzerinden yapılmış ise, yine aynı bedel üzerinden başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ortaya koyması, kârdan yoksun kaldığını ispat için yeterli olacaktır; çünkü alacaklı zaten aynı bedelle başka bir sözleşme yapma imkânına sahiptir⁶³⁹. Dönülen sözleşmenin rayiç bedel üzerinden yapılmış olması halinde,

⁶³⁵ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 757; Ergüne, **a.g.e.**, s. 321.

⁶³⁶ “...Olumsuz zarar, yapılan giderler olmakla, bunların davacı yanca biçimine uygun kanıtlarla ispat edilmesi gerekir. Oysa alınan bilirkişi raporunda sözleşme ve fesih tarihi arasında geçen 20 gün içinde proje hazırlanmış, ruhsat başvurusu yapılmış, malzeme anlaşmaları, araç gereç temini yaptırmış kanaatiyle olumsuz zararın 500 milyon TL. olabileceği varsayımından hareket edilmiştir. Bu işlerin ve giderlerin yapıldığı kanıtlanmadıkça, bilirkişi kanaatiyle zararın varlığının kabul edilmesi doğru değildir. Dosyaya giren belgelere göre paylaştırılmamış ise, sözleşmenin noter giderleri bu zararlar içerisinde mahkemece doğrudan sorulup tesbiti mümkündür...”, Yargıtay 15. HD., 05.11.1999 tarihli, E. 1999/2653, K. 1999/3919 sayılı kararı, (**Yasa Hukuk Dergisi**, 2000, s. 1371).

⁶³⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 322.

⁶³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, v.d., **C. III**, s. 361; Eren, **a.g.e.**, N. 3517; Ergüne, **a.g.e.**, s. 323; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 253 vd.; Yalman, **a.g.e.**, s. 129, 130.

⁶³⁹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 254; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 152; k.g. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1313 dn. 1432; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 290. “... Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de olumsuz zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmasının etkisidir.

yoksun kalınan kâr ifa menfaatine eş değer olabilir. Bunun tespiti, dönülen sözleşmedeki kararlaştırılmış olan bedel ile o sözleşmenin yapıldığı tarihte geçerli olan cari fiyatın karşılaştırılması ile yapılır⁶⁴⁰. Bazı yazarların ticari işlerde eşitlik karinesi gereği⁶⁴¹; böyle durumlarda sözleşmenin o sırada geçerli bedel üzerinden yapılmış sayılacağı düşüncesine katılmak mümkün değildir; bu kabul hayatın olağan akışına aykırıdır, zira özellikle ticari işlerde rayiç bedel değil sözleşmenin yapıldığı andaki en uygun bedel dikkate alınarak borç ilişkisine girilir. Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmenin tamamından dönme halinde aynen geçerli olan tüm bu esaslar, kısmi dönme durumunda uygulanırken, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı dönülmüş sözleşme olarak yorumlanmalıdır.

Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindir. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle olumsuz zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemiştir...", Yargıtay HGK., 17.01.1990 tarihli, E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararı, (YKD., 1990, S. 6, s. 793); "... Dairemizin öteden beri sapma göstermeyen ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiş bulunan kararlarına göre, davacının olumsuz zararının saptanmasında, ilk ihaleye davalının dışında katılanların bulunması halinde, davalının teklifinden sonraki en iyi teklif ile ikinci ihale fiyatı arasındaki fark esas alınmalı, şayet birinci ihalede davalıdan başka kimse ihaleye iştirak etmemiş veya davalıdan sonraki en iyi teklifin belirlenememesi halinde birinci ihale tarihindeki piyasa cari fiyatıyla ikinci ihale bedeli arasındaki fark ile bu bağlamda ve bu amaçla yapılmış olan tüm giderler esas alınmalıdır. Değinen bu hususlar doğrultusunda belirlenen bedel davacının olumsuz zararını gösterir. Dava dilekçesindeki açıklamalardan ve istek kapsamında davacının talebinin olumsuz zarar olduğu anlaşılmaktadır..."", Yargıtay 13. HD., 24.03.2003 tarihli, E. 2002/14474, K. 2003/3286 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "... O halde mahkemece yapılacak iş, var ise davalı ile sözleşme yapılmadan önce en yakın teklifte bulunan kimse ile -yoksa sözleşme tarihinde en yakın teklifin ne olması gerektiğinin bilrkişice saptanması suretiyle- sözleşme yapmak fırsatının kaçırılması sonucu, bu teklif fiyatı ile fesihten sonra yapılan sözleşme arasındaki farka hükmetmekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulunun ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları da bu yöndedir..."", Yargıtay 15. HD., 10.04.2002 tarihli, E. 2001/5701, K. 2002/1742 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "...Sözleşmenin yapıldığı 11.10.1991 tarihinde davalının dışında bir başka yüklenicinin verebileceği en yakın fiyatlarla, işin kalan kısmı kaçta yapılacak idiyse, bulunacak o bedel ile sözleşmeden dönen davacının, kalan işi yaptırmak için yeni yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark, olumsuz zarar kapsamında kalan "Daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan" zararı teşkil eder..."", Yargıtay 15. HD., 23.02.1998 tarihli, E. 1998/73, K. 1998/627 sayılı kararı, (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 631).

⁶⁴⁰ Ergüne, a.g.e., s. 325; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 256 vd.

⁶⁴¹ Eren, a.g.e., N. 3517.

Hâkim TBK m. 50/f.2 hükmüne uygun olarak, hayatın olağan akışına göre olumsuz zararın gerçek miktarını belirlerken, borçlu zararın daha az olduğunu kanıtlayabilecektir.

Sonuç olarak, olumsuz zararın tazmini talebinde bulunan alacaklı, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine olan güveninin ihlâl edilmesi yüzünden, mecburen daha elverişsiz şartlar barındıran bir sözleşmeyi yapmış veya yapacak olduğunu ispat ile yükümlüdür⁶⁴². Dönülen sözleşmede rayiç bedel kararlaştırılmış ise, olumsuz zararın hesaplanmasında aynen ifaya olan menfaatinin tespitindeki gibi soyut yöntemden yararlanılabilecektir⁶⁴³.

3.5.2.5. Zamanaşımı

Alacaklı, sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade etmesi sonucunda sözleşmenin hükmünü yitirmesi nedeniyle zarara uğramış olacağından, tazminatın zamanaşımı süresi buna göre belirlenecektir⁶⁴⁴. Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden tamamen dönme halinde bu esas geçerli iken, alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesi üzerine, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmının hükmünü yitirmesi nedeniyle

⁶⁴² “... Bu bakımdan sözleşmeden dönen arsa sahiplerinin bilirkişilerce doğru olarak nitelendirildiği üzere kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için bu zarara fiilen uğramaları, ikinci sözleşmeyle uğrayacakları zararları mahkemede fiilen kanıtlamaları gerekmektedir...”, Yargıtay 15. HD., 28.06.2004 tarihli, E. 2003/6730, K. 2004/3623 K. sayılı kararı, (Yargı Dünyası, Tanıtım Sayısı 2005, s. 229).

⁶⁴³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 326; k.g. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1313 dn. 1432; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 290. “...Davacı da, az yukarıda açıklandığı üzere ıslah dilekçesi ile olumsuz zararını istemiş olduğundan; mahkemece davalı yükleniciden başka eserin imali için en yakın teklifte bulunmuş, başka yüklenici varsa, o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile sözleşme tarihinde başka fiyat teklif eden yüklenici yok ise anılan tarih itibarıyla o işin rayiç bedeli ile davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini takiben makul süre içerisindeki somut olayda ıslah tarihi olan 10.7.2003 tarihi itibarıyla başka yükleniciye işin yapılabilmesi için ödemesi gereken bedel farkının bilirkişi kurulundan ek rapor alması yahut gerekli görüldüğü takdirde yeniden uzman bilirkişi aracılığıyla tespit ettirilip belirlenecek olumsuz zarar tutarına göre...”, Yargıtay 15. HD., 29.03.2005 tarihli, E. 2004/5189, K. 2005/1857 sayılı kararı, (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**); “...Olaydaki olumsuz zararın hesabında izlenecek yol ise, yukarıdan beri yapılan açıklamaların ışığında; idarenin sözleşmeyi feshettiği 10.4.1995 tarihine ikinci ihale yapılması için geçecek makul süre ilavesiyle ikinci ihale o tarihte yapılsaydı ikinci ihale tarihindeki sözleşme fiyatlarının bulunmasıyla 12.11.1993 tarihli sözleşme fiyatları arasındaki farkı bulmak olmalıdır. Başka bir anlatımla BK.nun 108.maddesindeki davacı idarenin olumsuz zararı budur...”, Yargıtay 15. HD., 24.05.2004 tarihli, E. 2004/1210, K. 2004/2834 sayılı kararı, (**YKD.**, 2004, S. 11, s.1717-1718)

⁶⁴⁴ Comment, **a.g.e.**, s. 155; Tercier, **a.g.e.**, §1213; Guhl, **a.g.e.**, s. 173; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 505; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 599; Eren, **a.g.e.**, 3519; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 302 Ergüne, **a.g.e.**, s. 147; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 275; Ateş, **a.g.e.**, s. 292, 293.

olumsuz zarara uğrayacağı için yine zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Alacaklının tazminat hakkına ilişkin, TBK m. 146 hükmü gereği on yıllık zamanaşımı süresi, tazminat talebinin muaccel olduğu, sözleşmeden dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan yani dönme beyanının karşı tarafa ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlar⁶⁴⁵. Sözleşmeden dönme beyanının kullanıldığı anı esas alan yazarlar da vardır⁶⁴⁶.

Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme üzerine, olumsuz zararın tazminine ilişkin olarak 10 yıllık zamanaşımı işlemeye başlarken yine aynı tarihte iade borcuna ilişkin 2 yıllık zamanaşımı süresinin başlayacak olması teoride çelişiyor gibi gözüktü de hukuken iki farklı talep hakkı söz konusu olduğu için bunlara ilişkin farklı zamanaşımı sürelerinin işlemesi hukuka uygundur. Her durumda, TMK m. 2 hükmü dengeleyici unsur olarak uygulanacak ve hakkaniyete uygun sonuç alınmasını sağlayacaktır.

Eğer dönülen sözleşme TBK m. 147 hükmünde sayılan sözleşmelerden biri ise, bu kanun hükmü gereği 5 yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu savunanlar da bulunmaktadır⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 302; Eren, Dönmez, **a.g.e.**, Madde 125 N. 38; Ergüne, **a.g.e.**, s. 147; Ateş, **a.g.e.**, s. 292, 293.

⁶⁴⁶ Gauch, Schluep, Tercier, **a.g.e.**, N. 1791; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 275, 276.

⁶⁴⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 145, eser sözleşmesi açısından bu görüşün kabulü için bkz.: Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 302. Her iki yazar da yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz.: Ergüne, **a.g.e.**, s. 145; Öz, **Eser Sözleşmesinden Dönme**, s. 301, 302.

SONUÇ

Kısmi temerrüdün bilimsel açıdan doğrudan incelendiği bu eser, doktrinde bir ilk olup, kısmi temerrüdün uygulamada karşılaşılabilecek farklı görünümüne temel çözümler bulmayı amaçlamıştır.

Alacaklının kısmi temerrüdünde farklılık arz eden bir husus olmadığından konu dışı bırakılmıştır. Çalışma esas olarak, borçlunun kısmi temerrüdünü temel almaktadır. Borçlunun kısmi temerrüdü, özel hukukun farklı alanlarında da karşılaşılabilecek bir olgu olsa da, temel teşkil eden borçlar hukukunun genel temerrüt hükümleri kapsamında incelenmiş ve gerekli görüldüğü yerlerde özel hükümlere değinilmiştir. Türk, İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinde bilimsel eserler ve içtihatlar kapsamında yapılan karşılaştırmalı incelemeler sonucunda borçlunun kısmi temerrüdü hususunda şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Kısmi temerrüdün borçlu temerrüdünden doğduğu ama kendi karakteri olduğu tespit edilmiştir. Kısmi temerrüt, borçlu temerrüdünden ayrı olarak incelenmeye değer bir hukuki kavramdır. Genel olarak değerlendirildiğinde, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, sözleşmenin kısmen ifa edilmemiş kısmına ilişkin olarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Ancak kısmi temerrüt nedeniyle, sözleşmenin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş kısım olarak ikiye ayrılmış olması, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin özellik arz ederek uygulanmasına yol açacaktır. İstisnai hallerde, sözleşmenin tamamı için temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Yapılan incelemeler sonunda, kısmi temerrüdün kendi başına özel bir kavram olarak hukuk nosyonunda yer alması gerekliliği kanısı ortaya çıkmıştır.
2. Kısmi temerrüt ve sonuçları konusu, doktrinde daha önce ele alınmamış bir konu olup, buna ilişkin bilgiler çok yüzeysel ve sınırlıdır. Bu durum, Türk hukuk doktrinine has değildir, İsviçre doktrinde de yüzeysel olarak ele alınmıştır, Fransız doktrinde ise böyle bir kavram dahi bulunmamaktadır, ancak kısmi dönmenin uygulanması tartışması borçlu temerrüdü kapsamında ele alındığı için kısmi temerrüdün zımnen kabul edildiği anlayışından yola çıkılarak bilgiler incelenmiştir. Borçlu temerrüdünün küçük ölçekte uygulanmasına ilişkin var olan

genel kabul sonucunda, kısmi temerrüdün istisnai durumlarda sözleşmenin tamamına ilişkin sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Karşılaşılan bilgilerin büyük çoğunluğu borçlu temerrüdüne ilişkin olduğu için bunları bireysel olarak kısmi temerrüde uyarlama yoluyla tez metninde kısmi temerrüde ilişkin bilgiler ortaya çıkmıştır. Bu durum, atıf yapılmasında da özellikli durumlara sebep olmuştur. Kısmi temerrüde ilişkin doğrudan atıf yapılabilecek kaynağın sadece birkaç tane olması zorlayıcı olsa da gerçekleştirilen hukuki muhakeme sayesinde borçlu temerrüdünün gölgesinde kalmış kısmi temerrüdün kıymetine işaret edilmiştir.

3. Kısmi temerrüt borçlu temerrüdü gibi borcun ifasında nitelikli bir gecikme hali olmakla birlikte, ifa zamanına ve ifanın niceliğine uyulmaması anlamına geldiğinden, gereği gibi ifa etmemenin bir türüdür.
4. Borçlunun kısmi temerrüdü, taraflar arasındaki sözleşme veya dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklının kısmi ifayı kabul zorunda olduğu durumlar ile böyle bir zorunluluk bulunmadığı halde alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği durumlarda söz konusu olur. Borçlunun kısmi temerrüdü, niteliği gereği, bölünebilir edimlere sahip ani edimli borçlarda söz konusu olur.
5. Hem asli edim yükümlülüğünün hem yan edim yükümlülüğünün ihlâli halinde kısmi temerrüt gerçekleşebilecektir. Bir yan yüküm ise kısmi temerrüde konu olamayacaktır. Yapmama borçlarının doğası gereği, kısmi ifası mümkün olmadığından kısmi temerrüde konu olamayacaktır.
6. Alacaklının borçluyu kısmi temerrüde düşürebilmesinin şartları; geçerli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan muaccel bir borcun tamamını ifa zorunluluğunda olan borçlunun, ifa zamanında yalnızca bir kısmını geçerli olarak ifa etmesi ile bir hukuki sebebe dayanarak alacaklının kısmi ifaya ilişkin talebini geri çevirebilmesi ve kendisini kısmi temerrüde düşmekten kurtarabilmesi imkânına sahip olmaması veya sahip olmasına rağmen bunu kullanmaması ile alacaklının borçluya ihtarda bulunmasıdır.
7. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart olarak öngörülmemiştir. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesinde kusurunun bulunması, alacaklının kısmi temerrüt nedeniyle uğramış olduğu zararların tazmini açısından gerekmektedir.

8. Def'i hakkının varlığı, temerrüdün doğumunu engellemesi ya da sonuçlarının sona ermesine yol açması için tek başına yeterli değildir, ileri sürülmesi gerekmektedir. Borçlunun kısmi temerrüdün gerçekleştiği andan önce doğmuş bir def'i hakkının ileri sürülmesi kısmi temerrüdün ortaya çıkmasına engel olacaktır.
9. Kararlaştırılan zamanın geçmesi nedeniyle, sözleşme ile ulaşılmak istenilen amacın gerçekleşmesi imkânının yok olduğu hallerde, ifanın imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Kısmi ifanın gerçekleştiği zaman dilimi bu nitelikte ise geçerli olmayacaktır; çünkü zaten tarafların iradesi ve menfaati ifanın tamamının gerçekleşmesindedir. Bu durumda, kısmi ifa geçerli olmadığı için kısmi temerrüt söz konusu olamayacaktır. Kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu bir borç ilişkisinde, borçlunun kısmi temerrüdü, ancak ifasının mümkün olduğu kısımda ortaya çıkabilir.
10. Borçlunun kısmi temerrüde düştüğü tarihten sonra, kısmi temerrüdün oluşumuna engel olan durumlar ortaya çıkarsa, gerçekleşmiş olan kısmi temerrüt kural olarak ileriye etkili olarak sona erer. Bunun istisnasını, hakkın doğduğu andan itibaren etkisini gösteren def'i haklarının ileri sürülmesi oluşturur.
11. Uygulanacak hükümler açısından mihenk noktası, borçlunun kısmi temerrüdünün alacaklı açısından ifade ettiği önemdir. Eğer, kalan ifa olmaksızın alacaklının sözleşmesel menfaati ağır bir biçimde zedelenmeyecek ise, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler sözleşmenin geri kalan kısmına ilişkin uygulanacak iken, kalan kısmın ifası olmaksızın sözleşmenin akdedilmesi alacaklı açısından mümkün olmayacak ise, bu hükümler sözleşmenin tamamına ilişkin olarak uygulanır. Alacaklının, vazgeçmediği sürece, her zaman, kalan kısmının aynen ifasını ve gecikme tazminatını isteme hakkı bulunmaktadır.
12. Borçlu kısmi temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat etmedikçe, alacaklının gecikmeden doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Borçlu temerrüdün genel sonuçları arasında yer alan gecikme tazminatı aynen ifayla birlikte ya da aynen ifadan ayrı olarak talep edilebilir. İfanın tamamlayıcısı olduğu için, gecikme tazminatı alacağı da kısmen ifa edilmemiş alacağa ilişkin zamanaşımına tâbi olmalıdır.
13. Mütemerrit borçlunun beklenmeyen hâlden sorumluluğu, kısmi temerrüde düşen borçlu açısından da geçerli olacaktır. Beklenmedik hâlden sorumluluk, borçlunun

kısmi temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren sona erdiği ana kadar geçen süre içinde meydana gelen zararları kapsamaktadır. Borcun ifa edilmiş kısmının ifası gerçekleşmiş olduğundan, kısmen ifa edilmiş önceki bölümünü kapsamaz.

14. Temerrüt faizi, mütemerrit borçludan, kusur ve zarar şartlarından bağımsız olarak talep edilebilen, para borçlarına özgü bir tazminat türüdür. Kısmi temerrüt halinde, temerrüt faizinin doğumu ile muacceliyeti aynı anda gerçekleştiği için, borçlunun kısmi temerrüde düştüğü anda zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.
15. Kısmi temerrüt nedeniyle, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış ise bunun giderilmesini borçludan talep edebilecektir. Ancak temerrüt faizinden farklı olarak, alacaklı temerrüt faizini aşan bir zararı bulunduğunu ispat edilmelidir. Ayrıca borçlu kusursuzluğunu ispat ederek aşkın zarar tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir. Alacaklı kısmi ifayı kabul ederek menfaatinin bir kısmını elde etmiş olduğundan, ilk bakışta kısmi temerrütte aşkın zarar ile karşılaşamayacağı düşünülse de teorik olarak buna bir engel bulunmamaktadır. Paranın sürekli değer kaybettiği dönemlerde, alacaklının kısmi ifaya rağmen aşkın zarara uğraması mümkündür, somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi ile bir sonuca varılmalıdır.
16. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi temerrüt, asli edimler bakımından söz konusu olabilir. Kanun koyucunun TBK m. 125 hükmü ile alacaklıya tanımış olduğu seçimlik haklar kısmi temerrüt halinde de uygulanır.
17. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkı, kısmi temerrüdün genel sonuçlarında yer alan haklar ile aynıdır. Buna karşılık alacaklının diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için belli şartların yerine getirilmesi gerekir. İlk olarak, ek süre tanınmasını gerektirmeyen bir hal söz konusu olmadıkça, borçluya bakiye kısmın ifası için uygun bir süre verilmesidir. Kısmi temerrütte, ifa zamanı belirlenmiş ve borçlu geçerli bir kısmi ifada bulunduğundan artık onun açısından bir ifa zamanının belirlenmesinin anlamı olmayacaktır; ancak borçluya bakiye kısmın ifası için son bir imkân verilmesi olarak kabul edilebilir. Süre sonunda ifa tamamlanmamış ise alacaklı ifadan vazgeçtiğini borçluya ya da yetkili temsilcisine hemen bildirmeli, vazgeçme beyanıyla birlikte veya mümkün olan en kısa süre içinde hangi seçimlik hakkını

kullandığına ilişkin beyanda bulunmalıdır. Alacaklının borçlunun kısmi temerrüde düştüğü anda bakiye borcun ifası için süre belirlemesi mümkündür.

18. Aynen ifadan vazgeçen alacaklı, eğer kısmi ifasını kabul etmiş olduğu edimin ancak tamamını elde etmesinin kendisi açısından anlam taşıdığını kabul ediyorsa, başka bir ifadeyle bakiye kısım ifa edilmezse, ifa edilmiş edimlerin kendisi için hiçbir anlamı bulunmayacaksa, kendi edimini ifa edecek ve olumlu zararının tazminini tüm sözleşmeye ilişkin olarak isteyebilecektir. Alacaklı elde etmiş olduğu edimleri, mümkün ise aynen, mümkün değilse parasal karşılığını ödemek suretiyle iade ederek olumlu zararının tazminini talep edebilecektir.
19. Alacaklı aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini talep ettiğinde, zararın kapsamının belirlenmesinde, aksine kanuni ya da sözleşmesel bir düzenleme bulunmadığı sürece ya da somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe, alacaklı değişim veya fark teorileri arasından dilediğini seçmekte özgür olmalıdır.
20. Alacaklı, olumlu zararının tazmininin hesaplanmasında fark teorisinin uygulanmasını tercih ettiğinde, borçlunun sorumluluktan kaçınma riskine katlanmak zorunda değildir. Bakiye kısmın ifa edilmemesinden zedelenen menfaatini sağlamak için kendisine yeniden seçim hakkı tanınmalıdır.
21. Borçlunun kısmi temerrüdünün ağırlığına göre sözleşmeden kısmi olarak ya da tamamından dönmek mümkün olmaktadır. Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisi üzerinde nasıl bir etki doğuracağı, dönmekten önce ifa edilen edimlerin iadesinin hangi hükümlere göre gerçekleştirileceği hususunda kanuni borç ilişkisi teorisi uygulanmalıdır.
22. Kısmi dönme, kısmi temerrüde has bir yöntemdir. Kısmi ifa ile, gereği gibi ifa edilmiş kısım ve kalan kısım olmak üzere sözleşme ikiye bölünmüştür. Alacaklı sözleşmenin ifa edilmemiş kısmından uzaklaşmak istediği için kısmi dönme hakkını kullanacak ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olan kısmı dönmekten hiçbir şekilde etkilenmeyecektir.
23. Kısmi dönmenin sözleşmeyi ikiye bölmesinden ve sadece ifa edilmemiş kısma ilişkin borçların sona ermesinden hareketle, sözleşmenin ifa edilmiş kısma ilişkin tarafların ifa yükümlülüğünün devam etmesi sebebiyle alacaklının karşı ediminin niteliği ne olursa olsun ifa etme zorunluluğunun bulunduğu kanısındayız. Sözleşmedeki menfaatler dengesi gözetilerek çözüm üretildiğinden, alacaklı kendi

edimi bölünemez nitelikte olduğu durumda da kısmi dönme hakkını kullanabilecek ve bunun sonucunda kendi edimini tamamen ifa edecek ve ifa edilmemiş kısma denk gelen kendi ediminin değeri kendisine ödenecektir.

24. Alacaklının kendi ediminin bölünemez nitelikte olması, ona ifadan kaçınma hakkı tanımamaktadır; aksini kabul hukuk garabetine yol açar. İfa edilmemiş kısma karşılık gelen edimin parasal değeri hesaplanmalı ve alacaklıya ödenmelidir. Alacaklının kendi ediminin bölünememesi sebebiyle sözleşmenin tamamından dönülmesi bir kural olarak kabul edilemez, zira bu açıkça alacaklının iradesine aykırıdır, kısmi ifayı kendinde istemektedir, zorla iade ettirilemez, alacaklı kendi ediminin niteliğinden ötürü cezalandırılmaz.

25. Kısmi dönme hakkının kullanılması sonucunda, tarafların akdetmiş oldukları sözleşme ve sözleşmesel ilişki geçerli olarak varlığını sürdürmekle birlikte yalnızca ifa edilmiş kısmındaki edimlerin ifası kararlaştırılmış gibi bir değişiklik yapılmaktadır. Bu sonuç, kısmi dönme hakkının yenilik doğuran hak olmasından kaynaklanmaktadır. Kısmi dönme sonucunda sözleşmenin ifa edilmemiş kısmında gerçekleştirilen azaltmalar ve iadeler yalnızca bu kısma dair tarafların yükümlülüklerine ilişkin olup, sözleşmesel ilişkiye herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kısmi dönme hakkının kullanılması sonucunda sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına ilişkin ifa edilmiş edim varsa iadesi istenecektir. Sözleşmenin sona erdirildiği ana yani sözleşmeden kısmen dönüldüğü ana kadar, ifa edilmiş o edimin hukuki sebebi mevcutken, artık ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, ifa edilmiş bu edim kısmı sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanarak iade edilmelidir.

26. Sözleşmeden kısmen ya da tamamen dönme üzerine olumsuz zararın tazmini talep edilebilir. Burada, culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan tipik olumsuz zarar söz konusu değildir, sözleşmenin geçerli olmasına ilişkin güvenin sarsılması nedeniyle değil, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle sözleşme ihlâl edildiği için alacaklının menfaati zedelenmiştir. Tarafların, sözleşme serbestisinin sınırlarına uymak kaydıyla, zarar verenin (borçlunun) sorumluluğunu hafifleten veya ağırlaştıran anlaşma yapmaları mümkündür.

27. Sözleşmeden dönme ile alacaklının olumlu ve olumsuz zararını talep edebilmesi hususunda kendisine seçimlik hak tanınmalıdır. Alacaklının tazminat hakkını kullanırken TMK m. 2 hükmünün uygulaması kapsamında olacağı şüphesizdir.
28. Kısmi temerrüdün gerçekleşmiş olduğu sözleşmeden kaynaklanan, alacaklının talep beyanında olumlu ve olumsuz zarar ifadelerinin kullanılmış olmasına rağmen alacaklının iradesinin esasen hangi zarar türünün tazminini istediğine yönelik olduğunun tespit edilebilmesi için sorulacak iki soruya verilecek cevapların değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sorulardan biri alacaklının kendi karşı edimini ifa yükümlülüğünü devam ettirmesine ilişkin iradesi ile ilgili iken, diğeri alacaklının kısmi ifa sayesinde elde etmiş olduğu edimi kendisinde saklayıp saklamak istemediğine ilişkindir.
29. Dönme üzerine talep edilebilecek olumsuz zarar tazminatı, olumlu zarar miktarıyla sınırlı değildir. Bununla birlikte tazminat miktarını belirlemede, kanundan kaynaklanan hâkimin takdir yetkisi her zaman bulunmaktadır. Bu doğrultuda hâkim, tazminat miktarının sınırlanmasında uygun illiyet bağı teorisinden de yararlanabilir.
30. Kısmi temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme üzerine, olumsuz zararın tazminine ilişkin olarak 10 yıllık zamanaşımı işlemeye başlarken yine aynı tarihte iade borcuna ilişkin 2 yıllık zamanaşımı süresinin başlayacak olması teoride çelişiyor gibi gözükse de hukuken iki farklı talep hakkı söz konusu olduğu için bunlara ilişkin farklı zamanaşımı sürelerinin işlemesi hukuka uygundur. Her durumda, TMK m. 2 hükmü dengeleyici unsur olarak uygulanacak ve hakkaniyete uygun sonuç alınmasını sağlayacaktır.

Bu bilimsel çalışmada temennimiz, borçlunun kısmi temerrüdü hakkında, borçlar hukuku açısından temel teşkil edecek bir eser oluşturmaktır. Özel hukukun farklı alanlarında, farklı tip sözleşmelerde karşılaşılabilecek kısmi temerrüde ilişkin çalışmalar başka eserlere konu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Özlem: **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Aday, Nejat: **Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2000.
- Akıncı, Bekir: **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Konya, Sayram Yayınları, 2014.
- Akkanat, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 1-50.
- Akkayan Yıldırım, Ayça: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul, 2004, s. 49-86.
- Aksu, Mustafa: “Türk Borçlar Hukukunun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 97-130.
(Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203160>
- Akünel, Teoman: **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme. Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Albaş, Hakan: Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, “İfa ve İfa Engelleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 34, 2005.
- Albaş, Hakan: **Paranın Değer Kaydından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.m.105)**, Ankara 2004.

- Altaş, Hüseyin: “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. L, S. 1, 2001, s. 121-130. (Çevrimiçi)
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1159/>
- Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, 28 Nisan 2006, (Ed.: Ali Çivi), İstanbul, 2007, s. 141-160.
- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Konya, Yetkin, 2005.
- Anex, Jean: **L’intérêt Négatif, Sa Nature et Son Étendue**, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1977.
- Antalya, Osman Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2019. (Kısaltma: 2019)
- Antalya, Osman Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, Legal, 2017.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011.
- Aral, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, Yetkin, 2010.
- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. bs., Ankara, Yetkin, 2021.
- Arıcı, Kadir: “İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü Halinde Alacaklının İhtar ve Munzam Mehil Mükellefiyeti”, **AD**, Y. 73, S. 5, s. 907-925.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 27. bs, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Enstitüsü, 2021.

- Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku**, Birinci Cilt ve İkinci Cilt, Gözden Geçirilmiş 3. bs., Ankara, Güney, 1950.
- Arslanlı, Halil: **Ticari Bey: I. Cild, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa**, 4. bs, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955.
- Aslan, Çiğdem Mine: **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin, 2006.
- Atamer, Yeşim M., Okutan Nilsson, Gül: “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, S. 3, 2013, s. 31-82.
- Atamer, Yeşim M.: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerinde Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, ed. Baki İlkay Engin, C. I, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 317-360.
- Ateş, Derya: **Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa**, İstanbul, Beta, 2021.
- Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Ayan, Serkan: “Yabancı Para Borçlarının İfası”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 511-570. (Çevrimiçi)
<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/14-Serkan-AYAN.pdf>
- Ayan, Serkan: **Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Yükümlülüğü**, Ankara, Adalet, 2013.

- Ayan, Serkan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Özel Sayı, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, 2010, s. 717-793.
- Aybay, Aydın: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 14. basıdan tıpkı 15. bs, Filiz, İstanbul, 2020.
- Aydıncık, Şirin: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası (TBK 83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul, Filiz, 2011, s. 147-166.
- Aydıncık, Şirin: **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aydoğdu, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, **DEÜHD**, C. 12, S. 1, 2010, s. 85-136. (Çevrimiçi)
<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz12-1/murataydogduson.pdf>
- Aykonu, Mustafa: “Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler-Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 139-153.
- Ayrancı, Hasan: “Para Borçlarında Temerrüt Faizi”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, 2006, S. 5, s. 100-105.
- Ayrancı, Hasan: **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m. 105)**, Ankara, Yetkin, 2006.
- Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No: 15, 1992.

- Baş, Ece: “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, , C. VIII, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 623-655. (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203172>
- Başoğlu, Başak: **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- Başpınar, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baştuğ, İrfan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1977.
- Baygın, Cem: **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 1997. (Kısaltma: Yabancı Para)
- Baygın, Cem: “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri- Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, **EÜHFD**, C.XIV, S. 3-4, 2010, s. 119-144.
- Baysal, Başak: **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- Belen, Herdem: **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, Beta, 2014.
- Belling, Devlev W., Belen, Herdem: Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 4, S. 46, İstanbul, Legal, 2006, s. 3025-3038.
- Berki, Şakir: **Roma Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.

Bilgili, Fatih,
Demirkapı, Ertan:

Borçlar Hukuku, 16. bs., İzmir, Dora, 2021.

Birsel, Mahmut T.,
Sevi, Ali Murat:

“3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı”, **DEÜHFD**, 2009, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel, s. 1029-1070.

Birsen, Kemaleddin:

Borçlar Hukuku Dersleri, 4. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1290, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.

Bovay, Henry:

“Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, **İÜHFM**, C. 12, S. 2-3, 1946, s. 765-804.

Bozer, Ali,
Göle, Celal:

Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. bs., Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.

Buz, Vedat:

Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 2014. (Kısaltma: Sözleşmeden Dönme)

Buz, Vedat:

“Ödemezlik Def’inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi”, **BATİDER**, C. 29, S. 4, Ankara, 2013, s. 83-111. (Kısaltma: Ödemezlik Def’i)

Buz, Vedat:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 2011, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 165-177. (Kısaltma: Değerlendirme)

Buz, Vedat:

“Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Makaleler - Tebliğler, Der.: Doç. Dr. Murat İncoğlu, 2011, s. 91-111. (Kısaltma: İfa)

- Buz, Vedat: “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin, 2006. (Kısaltma: Satım Sözleşmesine İcazet)
- Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005.
- Buz, Vedat: “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, **Yargıtay Dergisi**, S. 3, Temmuz 1998, s. 369-410.
- Buz, Vedat: “Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler-Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, Tartışmalar Kısmı, s. 154-165. (Kısaltma: Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar).
- Buz, Vedat: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, **AÜSBFD**, C. 49, 1994, S.1, s. 23-40. (Kısaltma: Eser Sözleşmesi)
- Catala, Nicole: “Fransız Hukukunda “Astreinte: İcbar Edici Ceza” Müessesesi”, çev. Bilge Umar, **AD**, C. LXI, S. 9, 1970, s. 578-589.
- Chavanne, Sylvie: **Le Retard Dans L’exécution Des Travaux de Construction: Selon Le Code des Obligations et La Norme SIA 118**, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993.
- Colin, Ambroise, Capitaint Henri: **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**, Tome Deuxième, Dixième Édition, Paris, Librairie Dalloz, 1948.
- Comment, Albert: **De la Demeure du Débiteur Dans Les Contrats Bilatéraux**, Courtelary, 1924.

- CR- Thévenoz, Luc: **Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Ar. 1-529 CO**, 2ème éd., Edité par Luc Thévenoz et Franz Werro, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012. (CR-Thévenoz).
- Çelik, Ahmet Çelik: **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- Daeppen, Oscar: **Le Code Fédéral des Obligations**, Edition Française par Charles Reymon, Editions Polygraphiques, Zurich, 1983.
- Dalamanlı, Lütfü, Kazancı, Faruk, Kazancı, Muharrem: **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, C. II, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.
- Demirsatan, Barış: **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Demogue, René: **Traité des Obligations En Générale, II Effets des Obligations**, Tome VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- Demolombe, Charles: **Traité des Contrats ou Des Obligations Conventionnelles En Générale**, Tome Premier, Paris, Imprimerie A. Lahure, 1943.
- Devellioğlu, Ferit: **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 21. bs., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2004.
- Domaniç, Hayri: **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998.

- Duman, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 12, 2018, s. 401-462. (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/download/article-file/596193>
- Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C. I, 16. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Dural, Mustafa, Öz, Turgut: **Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku**, Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Filiz, 2021.
- Elgin, Haydar: “Borçlunun Temerrüdü ve Şartları”, 1986, **AD**, S. 3, s. 7-18.
- Engel, Pierre: **Traité Des Obligations En Droit Suisse**, Dispositions Générales Du CO, Editions et Calendes, Neuchâtel, 1973.
- Engel, Pierre: **Traité Des Obligations En Droit Suisse**, Dispositions Générales Du CO, 2ème éd., Stämpfli Editions SA, Berne, 1997.
- Erbek Odabaşı, Özge: “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2020, s. 61-155.
- Erdem, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Erdoğan, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. bs., Ankara, Yetkin, 2021.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Yetkin, 2021.

Eren, Fikret,
Dönmez, Ünal:

Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, m. 83 – 206, Ankara, Yetkin, 2022.

Erişir, Evrim:

“Borçlar Kanunu m.83 f.III ve Türk Borçlar Kanunu m.99 f.III’e göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili”, **DEÜHFD**, C. II, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan Özel Sayısı, 2010, s. 873-894. (Çevrimiçi)
<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/8-evrimerisir.pdf>

Ergüne, Mehmet Serkan:

Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta, 2008.

Erman, Hasan:

İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2), İstanbul, 1979.

Erman, Hasan:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul, 2010.

Erman, Hasan:

“Karar İncelemesi Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, **YKD.**, 1982, S. 10, s.1382-1394. (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95870>

Ertaş, Şeref:

“Borçların İfasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. bs., İstanbul, 2012, s. 303-311.

Evren, Mahmut Tevfik:

Faiz Hukuku, İstanbul, 1987.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.

Flour, Jacques,
Aubert, Jean-Luc,
Flour, Yvonne,
Savaux, Éric:

Les Obligations, 3. Le Rapport d’Obligation, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 2004.

François, Clément: « Présentation des articles 1217 à 1218 de la nouvelle section 5 “L’inexécution du contrat” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5>

François, Clément: « Présentation de l'article 1223 de la nouvelle sous-section 3 “La réduction du prix” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect3-reduction-prix/>

François, Clément: « Présentation des articles 1224 à 1230 de la nouvelle sous-section 4 “La résolution” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect4-resolution/>

François, Clément: « Présentation des articles 1231 à 1231-7 de la nouvelle sous-section 5 “La réparation du préjudice résultant de l’inexécution du contrat” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect5-responsabilite-contractuelle/>

François, Clément: « Présentation des articles 1344 à 1344-2 du nouveau paragraphe 1 “La mise en demeure du débiteur” », **La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1**, (Çevrimiçi) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect3/para1-demeure-debiteur/>

Furrer, Andreas,
Müller-Chen, Markus,
Çetiner, Bilgehan:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, On İki Levha, 2021.

- Fuzier-Herman, Ed. (Édouard): **Code Civil Annoté**, Tome Troisième (Art. 1048 à 1314), Nouvelle Edition Refondue et Mise à Jour par René Demogue, Paris, 1936.
- Gauch, Peter,
Schluep, Walter R.,
Tercier, Pierre: **La Partie Générale du Droit Des Obligations (Sans La Responsabilité Civile)**, Tome II, 2ème éd., Zurich, Schulthess, 1982.
- Gaudemet, Eugène: **Théorie Générale des Obligations**, Paris, Librairie de Recueil de Siret, 1937.
- Genicon, Thomas: **La Résolution du Contrat Pour Inexécution**, Paris, L.G.D.J., 2007.
- Gönen, Doruk: **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Grassinger, Gülçin Elçin: “BK. m.83 Hükmüne Göre Yabancı Para Borçları ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 295-311.
- Guhl, Théo: **Le Droit Fédéral des Obligations**, Traduit de l’Allemand par René Des Gouttes, Zurich, 1947.
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. bs., İstanbul, 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper: “Muacceliyetin Ertelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. XI, S. 126, Haziran, 2013, s. 19-41. (Kısaltma: Muacceliyet)
- Gümüş, Mustafa Alper: “Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (eBK m.84)’ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, S. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1253-1292. (Kısaltma: Mahsup) (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203191>
- Gümüş, Mustafa Alper: “Kısmi İfa”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2003, s. 603-631. (Kısaltma: Kısmi İfa)

- Gümüş, Mustafa Alper: “Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m.88)”, **MÜHFHAD**, , C. XVII, S. 1-2, 2011, s. 351-375. (Kısaltma: Makbuz Verilmesi)
- Gündüz, Ş. Deren: **Olumlu Zarar**, On İki Levha, 2020.
- Gündüz, Şefika Deren: **Olumlu Zarar**, (Çevrimiçi)
<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET001096.pdf>
- Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995.
- Havutçu, Ayşe: “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **MÜHFHAD**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. bs., İstanbul, 2012, s. 313-333.
- Helvacı, Mehmet: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, 2000. (Kısaltma: Faiz)
- Helvacı, İlhan: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları Çerçevesinde Munzam Zararın İspatı”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 269-273.
- Helvacı, Serap: Türk Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 34, 2005. (Kısaltma: İfa Engelleri)
- Huillier, Laurent: **La Notion du Droit Formateur en Droit Privé Suisse**, Genève, 1947.

- İmamoglu, Selma Hülya: “Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK M.113/I Hükümünün Hukuki Niteliği Ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2021, s. 808-823.
- İmre, Zahit,
Erman, Hasan: **Miras Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Der, 2021.
- İnal, Hamdi Tamer: **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İkinci Kitap**, Ankara, 1973,
- İnan, Ali Naim,
Yücel, Özge: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- İnan, Ali Naim,
Ertaş, Şeref,
Albaş, Hakan: **Miras Hukuku**, Miras Hukuku 9. bs., Ankara, Bilge, 2015
- Kahraman, Zafer: “Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal”, **II. Borçlar Hukuku Kongresi (21-22-23 Ekim) 2021 Tebliğler Kitabı**, s. 127-137, İstanbul, Aristo, 2022.
- Kaniti, Salamon: **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1962.
- Kaplan, İbrahim: “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, **BATİDER**, C. XIII, 1985, s. 1-11.
- Karabağ Bulut, Nil: Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 231-252

- Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Cilt 1, Ankara, Beta, 1997.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Beta, 2004.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul, Beta, 2004.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul, 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, İlgili Mevzuat – Doktrin- Yargı Kararları**, C. I, İstanbul, Beta, 1999.
- Karakaş, Fatma Tülay: “Karine kavramı, kanuni karineler ve varsayımlar”, **AÜHFD**, C. LXII, S.3, 2013, s. 729-760.
- Karataş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet, 2009.
- Karayalçın, Yaşar: “Yabancı Para Borcunun Vadede Ödenmemesi ile İlgili Problemler”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV**, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 20 – 21 Mart 1987, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 179-229.
- Keskin, A. Dilşad: “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 2007, C. 11, S.1-2, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, 2009, s. 209-231.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

- Kılıçoğlu, Ahmet: “Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV**, Bildiriler- Tartışmalar, 5 Haziran 1998, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, s. 3 – 51. (Kısaltma: Munzam Zarar)
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Rapor**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008. (Kısaltma: Tasarı)
- Kılıç Öztürk, Gizem: **Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2016.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **BATİDER**, C. XXVIII, S. 4, 2012, s. 145-172.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan: **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat, 2011.
- Kızır, Mahmut: **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Ankara, Adalet, 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “‘Değişik Kısmi Hükümsüzlük’ ve ‘Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük’ Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, Abay, 1996, s. 25-33.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. tıpkı bs., İstanbul, Filiz, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme Ek: Uygulama Çalışmaları**, 7. bs., İstanbul, Filiz, 2016.

- Koç, Nevzat: **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1992.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz: “Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. X, S. 3, 1984, s. 272-286.
- Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2015. (Kısaltma: 2015)
- Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2008. (Kısaltma: 2008)
- Kökgör, Seda, Dede, İsmail: “Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Sürecinin Borçlu Temerrüdü Üzerine Etkileri”, **Prof. Dr. Galip Sermet Akman’a Armağan**, İstanbul, Filiz, 2020, s. 547-578.
- Kuntalp, Erden: **Ard Arda Teslimli Satış Akdi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Kuntalp, Erden: “Yabancı Para Borçlarında Munzam Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Bildiriler-Tartışmalar, 4-5 Nisan 1997, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, Tartışmalar Kısmı s. 154-165.
- Kurt, Leyla Müjde: **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin, 2012.
- Kuru, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku - Ders Kitabı**, 6. bs., Ankara, Yetkin, 2021.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer: **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa, 1988.

- Kürşat, Zekeriya: **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı, 2003.
- Laborde-Lacoste, Marcel: **Précis Élémentaire de Droit Civil**, Tome Second, Deuxième Année de Capacité, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1948.
- Liron, Robert: **Essai sur la Nature de la Demeure du Créancier d'Après Le Droit Suisse**, Lausanne, Imprimerie H. Jaunin S.A., 1953.
- Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe: **Les Obligations**, 2ème éd., Paris, Defrénois, 2005.
- Malinvaud, Philippe: **Droit Des Obligations**, 7ème éd., Paris, Litec, 2001.
- Marty, Gabriel, Raynaud, Pierre, Jestaz Philippe: **Droit Civil, Les Obligations**, Tome 2, Le régime, 2ème édition, Sirey, Paris, 1989.
- Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, Mazeaud, Jean: **Leçons De Droit Civil**, Tome Deuxième, Premier Volume, Obligations Théorie Générale, Sixième Édition, Paris, Éditions Montchrestien, 1956.
- Monod, Michel: **La Résolution des Contrats Synallagmatiques Parfaits**, Étude Comparative de Droit Suisse et de Droit Français, Tolochenaz, , Imprimerie Chabloz S.A., 1987.
- Moroğlu, Erdoğan: “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 1, 2006, s. 3-10.
- Narter, Sami: **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları**, 3. bs, Ankara, Adalet, 2018.

- Nazikioğlu, Işık: “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **AÜHFD**, C. VIII, S. 1, 1951, s. 658-684.
- Nomer, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. bs., İstanbul, Beta, 2021.
- Nomer, Haluk Nami: “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 523-533. (Kısaltma: Kısmi İptal)
- Nomer, Haluk Nami: “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 241-264.
- Nomer, Haluk Nami: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996. (Kısaltma: Maddî Tazminat)
- Oğuzman, Kemal: **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. I, Genişletilmiş 4. bs., İstanbul, 1987.
- Oğuzman, Kemal: **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Oğuzman, Kemal, Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 27. bs, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**, Güncellenip Genişletilmiş 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, Gözden Geçirilmiş 16. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

Oğuzman, M. Kemal,
Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. bs.,
İstanbul, Filiz, 2005.

Oğuzoğlu, H. Cahit:

Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları, No: 130, Ankara, Yeni Desen
Matbaası, 1959.

Oser Hugo,
Schönenberger, Wilhelm:

Borçlar Hukuku İkinci Kısım, çev. Recai
Seçkin, Şerhin 2. Basısının Tercümesi, Ankara,
Adalet Bakanlığı Yayınları, 1950.

Öçal, Akar:

“Munzam Zarar”, **EİTİAD**, (Eskişehir İktisadi ve
Ticari İlimler Akademisi Dergisi), C. III, S. 1,
1967, s. 144-158. (Çevrimiçi)
[https://dergipark.org.tr/en/download/article-
file/795335](https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/795335)

Öğüz, Tufan:

“İfa İmkansızlığı”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e
Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler
Konferansları II, Haksız Fiillerden Doğan
Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü
Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin
Sone Ermesi, Zamanaşımı**, İstanbul, İstanbul
Barosu Yayınları, 2014, s. 327-331.

Önen, Turgut:

**Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde
Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel
Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, Ankara İktisadi
ve Ticari Bilimler Akademisi Yayın No: 95, 1975.

Öz, M. Turgut:

Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme,
İstanbul, Kazancı, 1990. (Kısaltma: Sebepsiz
Zenginleşme)

Öz, M. Turgut:

“Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin
Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara
Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme
Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”,
İÜMHAD, C. XIII, S. 16, s. 131-172. (Kısaltma:
Eleştirisi)

- Öz, M. Turgut: **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, İstanbul, 1997. (Kısaltma: Yönetim Sözleşmesi).
- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989. (Kısaltma: Eser Sözleşmesinden Dönme)
- Öz, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Genişletilmiş 4. bs., İstanbul, Vedat, 2021. (Kısaltma: İnşaat Sözleşmesi)
- Özçelik, Şemsi Barış: **“Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları”**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019. (Çevrimiçi)
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5497/6156.pdf?show>
- Özen, Burak: **Kefalet Sözleşmesi**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. bs., İstanbul, Vedat, 2017.
- Özmen, E. Saba: **“Sözleşmelerde Yer Alan Olumlu ve Olumsuz Zararın Birlikte Tazminine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”**, **II. Borçlar Hukuku Kongresi (21-22-23 Ekim) 2021 Tebliğler Kitabı**, İstanbul, Aristo, 2022, s. 111-126.
- Özmen, E. Saba: **“Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”**, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1, 2018, s. 39-54.
- Özmen, E. Saba, Aktaş Türkan: **“Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”**, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1, 2018, s. 39-56.

- Özön, Mustafa Nihat: **Büyük- Osmanlıca Türkçe Sözlük**, 6. Basım, İstanbul, 1979.
- Özüğür, Ali İhsan: **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, C. 2, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Ankara, Adalet, 2016.
- Pekcanıtez, Hakan: **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, Genişletilmiş ve Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. bs., Ankara, 1998.
- Pekcanıtez, Hakan: “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Özel S. 2009, 2010, s. 509-552.
- Pekcanıtez, Hakan: “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi?”, **Makaleler C. 2**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 757-774.
- Pekmez, Cüneyt: **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha, 2021.
- Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. bs., İstanbul, Vedat, 2019.
- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal: **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Gözden Geçirilmiş 24. bs., İstanbul, Vedat, 2021.
- Postacıoğlu, İlhan E.: **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, İstanbul, 1964.
- Postacıoğlu, İlhan E., Altay, Sümer: **İcra Hukuku Esasları**, 5.bs., İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan: **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. bs., Ankara, Adalet, 2021.

- Ramoni, Claude: **Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse**, Zürich, Schulthess, 2002.
- Reisoğlu, Safa: **Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, 1.7. 2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 24. bs., İstanbul, Beta, 2013.
- Reisoğlu, Seza: “Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **BATİDER**, C. XIII, S. 3-4, s. 143-156.
- Rigalle-Dumetz, Corinne: **La Résolution Partielle du Contrat**, Paris, Dalloz, 2003.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Sözleşmeler Hukuku**, C. I, Güncellenmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2013.
- Sarı, Suat: “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 2, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 1575-1584.
- Saymen, Ferit H., Elbir, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku: I, Umumi Hükümler**, C. 2, İstanbul, Filiz, 1958.
- Secretan, Roger: “Satıcının Mütemerrit Müşteriye Karşı Hakları ve Bilhassa Ticarî Olmayan Satışlarda Uygulanan Fark Nazariyesi”, çev. Ferzan Arif Aras, **AD**, C. XXXVIII, S. 4, Nisan 1947, s. 231-247.
- Seçer, Öz: **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

- Seliçi, Özer: “Kesin Vadeli İşlemler”, **İÜMHAD**, C. II, S.3, 1968, s. 92-107. (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/download/article-file/14092>
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978. (Kısaltma: Mütcahhidin Sorumluluğu)
- Serozan, Rona: “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, **İBD.**, C. LXV, S. 1-2-3, 1991, s. 194-222. (Kısaltma: Eleştiri)
- Serozan, Rona: "Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 0, S. 19, 1993, s. 9-12.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul, Vedat, 2007.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975.
- Serozan, Rona: “Yeni Borçlar Kanunu’nda ‘İfa Zamanı’ ve ‘Zamanında İfa Etmeme’ Konularında Rastlanan Yenilikler”, **Prof.Dr. Tankut CENTEL’e Armağan**, İstanbul 2011, s. 1072-1081. (Yenilikler).
- Serozan, Rona: “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207-220.
- Serozan, Rona: “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler”, **İÜMHAD**, C. XX, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, 1996, s. 41-48.

- Serozan, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler”, **İÜHFM**, C. LVIII, S.1-2, 2000, s. 231-248.
- Serozan, Rona: “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 195-207. (Kısaltma: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi)
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Yayına Hazırlayan: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5. bs., İstanbul, Filiz, 2009. (Kısaltma: 2009)
- Serozan, Rona, Engin, Baki İlkay: **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2021.
- Stanislas, Guy: **Le Droit de Résolution Dans Le Contrat de Vente, Sanction de l'Inexécution des Obligations Contractuelles**, Étude de Droit Suisse, Genève, Librairie Georg & Cto. S.A., 1979.
- Sungurbey, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları**, C. IV, İstanbul, 1980.
- Şahiniz, Cevdet Salih: **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2014.
- Şen, Elif: **Kısmi İfa**, Ankara, Yetkin, 2018.
- Şenocak, Zariye: **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002.

- Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım'dan 6. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (Kısaltma: C. I/1)
- Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, 3. Tıpkı Basımdan 4. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Kısaltma: C. I/2)
- Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 2, 1989 Yılı 4. Tıpkı Basım'dan 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Kısaltma: C. II)
- Tandoğan, Halûk: **Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Kısaltma: Mesuliyet)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz, 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi: **Borçların İfası, İhlali, Sona Ermesi ve Özel Nevileri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.
- Tercier, Pierre: "Termes et Délais Dans La Construction", **Journées Suisses du Droit de la Construction 1995**, Institut Pour Le Droit Suisse et International de la Construction, Fribourg, 1995, s. 1-21.
(Çevrimiçi)
https://www3.unifr.ch/apps/baurechtstagung/ArchivesFiles/385_termes%20et%20delai.pdf
- Tercier, Pierre: **Précis de Droit Des Obligations**, 3ème éd., Zurich, Schulthess, 2004.
- Tercier, Pierre: **Le Droit Des Obligations**, 2. éd., Zürich, Schulthess, 1999.

Tercier, Pierre,
Pichonnaz, Pascal:

Le Droit Des Obligations, 5ème éd. revue et augmentée, Zürich, Schulthess, 2012.

Tercier, Pierre;
Pichonnaz, Pascal,
Develioğlu, Murat :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. bs.,
İstanbul, On İki Levha, 2020.

Terré, François,
Simler, Philippe,
Lequette, Yves:

Droit Civil, Les Obligations, 9ème éd., Paris,
Daloz, 2005.

Tunç, Ramazan:

“İfa İmkânsızlığı”, **YD.**, C. XXVIII, Ocak-Nisan
2002, S. 1-2, s. 104-122.

Tunçomağ, Kenan:

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1,
Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. bs.,
İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

Uluslan, İlhan:

İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul,
Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.

Umar, Bilge:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara,
Yetkin, 2011.

Uyar, Talih:

“Temerrüt Faizinin İcra Hukukunda Yarattığı İhtilâflar”, **ABD**, S. 2, 1971, s. 222-229.

Uygur, Turgut:

Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Madde 1-236,
Ankara, Seçkin, 2012.

Uygur, Turgut:

Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. III,
Madde 51-108, 3.bs., Ankara, Seçkin, 2010.

Üçer, Mehmet

Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara, Turhan , 2007.

Ülgen, Hüseyin,
Helvacı, Mehmet,
Kendigelen Abuzer,
Kaya, Arslan:

Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Güncellenmiş 7. Bası'dan 10. Tıpkı Bs., İstanbul, On İki Levha, 2017.

Ünver, Tülay Aydın:

“Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 866-872.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,
Özdemir, Refet:

Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 19, 1987.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:

“Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 739-758.

von Tuhr, Andreas:

Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, çev. Cevdet Edege, C. 1-2, 2. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15; 1983.

von Tuhr, Andreas:

Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, Traduit de l’Allemand par Maurice de Tauranté, Emile Thilo, Second Volume, Lausanne, Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1931.

Yağcı, Kürşad:

“Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXVII, S. 1, 2019, s. 267-313.

- Yağcı, Kürşad: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438.
- Yalman, Süleyman: **Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Yasaman, Hamdi: “Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Yeni Düzenleme”, **Para ve Sermaye Piyasası Dergisi**, Y. 7, S. 72, Şubat 1985.
- Yavuz, Nihat: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C. 1, Madde 1-338, 2.bs, Ankara, Adalet, 2015. (Kısaltma: Şerh)
- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 17. bs., İstanbul, Beta, 2021.
- Yıldız, Mustafa Göktürk: **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha, 2020.
- Yılmaz, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 1992
- Yılmaz, Çiğdem Mine: **Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri**, Ankara, Yetkin, 2012. (Kısaltma: Mortgage)
- Yılmaz, Halil: **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, Güncellenmiş 4. bs., Ankara, Seçkin, 2022. (Kısaltma: İhtirazi Kayıt)
- Yüce, Melek Bilgin: **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat, 2015

Zevkliler, Aydın,
Ertas, Şeref,
Havutçu, Ayşe,
Aydoğdu, Murat,
Cumalıoğlu, Emre:

**Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel
Borç İlişkileri**, 2. bs., İzmir, Barış, 2013.

Zeytinoğlu, Emin:

“Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam
Zarar”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal
Bilimler Dergisi**, Y. 4, S. 8, 2005, s. 253-263.
(Çevrimiçi)
[https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/
M00130.pdf](https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00130.pdf)



ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Sözlükler

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dommages-interets.php>

Kanunlar ve İçtihatlarla İlişkin

<https://www.bger.ch/fr/index.htm>

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939>

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036825602/>

<https://www.kararara.com>

www.legalbank.net

www.yargitay.gov.tr

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera)

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html> (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

Resmi Faiz Oranlarına İlişkin

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>

ÖZGEÇMİŞ

Işıl Ergül, Sainte-Pulchérie Fransız Kız Ortaokulu ve Saint Joseph Fransız Lisesi’nde eğitimini tamamladıktan sonra, hukuk alanındaki lisans eğitimini Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde aldı. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programını, yazmış olduğu “Tapu Sicilinde Beyanlar” başlıklı tezinin oybirliğiyle kabulü ile tamamladı. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalında ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ana Bilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. İstanbul Barosuna kayıtlı avukattır. Fransızca ve İngilizce bilmektedir.