

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

KISMİ TEMERRÜT

DOKTORA TEZİ

Doğın KARA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

MAYIS 2025

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

KİSMİ TEMERRÜT

DOKTORA TEZİ

Doğın KARA

**Tez Savunma Jürisi : Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU (Tez Danışmanı)
Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR
Prof. Dr. Halûk Nami NOMER
Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN
Prof. Dr. Mehmet ERDEM**

MAYIS 2025



N i d a ' y a

ÖNSÖZ

“*Kısmi Temerrüt*” başlığını taşıyan mevcut çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde ve değerli hocam Prof. Dr. H. Murat Develioğlu danışmanlığında doktora tezi olarak hazırlanmış; Prof. Dr. Prof. Dr. H. Murat Develioğlu, Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir, Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, Prof. Dr. Baki İlkay Engin ve Prof. Dr. Mehmet Erdem’den teşekkül eden jüri önünde savunularak oybirliğiyle başarılı bulunmuştur. Yazım süreci neticesinde tezin varlık kazanması, tek başına yazarın çabasıyla değil, pek çok kişinin yardım ve destekleri sayesinde mümkün olabilmıştır.

Öğrencisi olduğum ilk günden itibaren, yardım ve desteklerini her zaman yanımda hissettiğim, her daim hem ufku hem de önümü açan, her zaman olduğu gibi kıymetli vaktini ve değerli görüşlerini benden esirgemeyen, danışmanlığımı üstlenerek sabır ve anlayışla rehberlik eden, gerçek bir dayanak olarak gördüğüm değerli hocam Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na en içten teşekkürlerimi sunarım. Emeklerinin karşılığını verebilme umudunu bütün akademik yaşamım boyunca sürdüreceğim.

Akademik hayatım boyunca duruşu, bilgi birikimi ve nezaketiyle örnek aldığım, yalnızca alanındaki derin uzmanlığıyla değil, aynı zamanda insani yönüyle de hayranlık uyandıran kıymetli hocam Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir’e en içten teşekkürlerimi sunarım. Kendisine her karşılaşmamda hissettirdiği içten destek, zarafet ve ilham verici tutumu için müteşekkirim.

Yüksek lisans eğitimine başladığım ilk günden bu güne kadar, her açmaza girdiğimde fikirleriyle yolumu aydınlatan, en zorlu tartışmalarda bitmek bilmeyen hukuki sorunlara sabırla ve anlayışla bir çözüm bulabilmek için saatlerini vakfeden, akademik desteğini hiçbir zaman sakınmayan kıymetli hocam Prof. Dr. Halûk Nami Nomer’e teşekkürü borç bilirim. Varlığıyla bu süreci benim için daha anlamlı kılan hocama, yolumu aydınlatan rehberliği ve güven veren yaklaşımı için teşekkür ederim.

Alanındaki derin bilgi birikimi, titiz akademik yaklaşımı ve güçlü hukukçu kimliğiyle her zaman örnek aldığım, akademik desteğini daima hissettiren kıymetli hocam Prof. Dr. Baki İlkay Engin’e her zaman ilham veren duruşu, değerli katkıları ve yol gösterici varlığı için en içten teşekkürlerimi sunarım.

Derin bilgisi ve engin tecrübesiyle her zaman bana yeni kapılar açan, düşünsel gelişime sağladığı katkılarla bakış açımı zenginleştiren, yönlendirmeleri ve nezaketle sunduğu desteğiyle yanımda olduğunu hissettiren, yoluma değer katan kıymetli hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem’e teşekkür ederim.

Doktora tez çalışması sebebiyle misafir araştırmacı olarak bulunduğum Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne beni nezaketle kabul eden, sorularıma zaman ayırarak son derece kıymetli görüş ve yönlendirmelerde bulunan, her sohbetiyle çalışmalarına yeni bir derinlik kazandıran değerli hocam Prof. Dr. Pascal Pichonnaz’a en içten teşekkürlerimi sunarım. Sağladığı akademik ortam, huzurlu çalışma imkânı ve samimi

ev sahipliğiyle araştırma sürecimi son derece verimli ve ilham verici kıldığı için ayrıca müteşekkirim.

Hayata karşı olan insani duruşuyla örnek bir mücadele insanı ve örnek bir akademisyen olan, nice zor zamanları birlikte yaşadığımız ve nice zor zamanlarda en güvenilesi yanıyla ansızın yanımda olan, evlatlarından ayırmadığı öğrencilerinden biri olduğum için iftihar ettiğim, ahlaki ve akademik bakış açısıyla fikir dünyamı şekillendiren canım hocam Prof. Dr. Süheyl Batum'a ömrümce teşekkür edeceğim. Arkamda durduğu anların hatırası ömre bedeldir.

Akademik yaşamım boyunca her zaman destek ve katkılarını sunan, her aşamada bana samimiyetle desteklerini sunan ve büyük bir nezaketle her ihtiyaç duyduğumda yardımına koşan kıymetli hocalarım Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman'a ve Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten'e teşekkürü borç bilirim. Her zaman beni içtenlikle destekleyen, yardımlarıyla her fırsatta yanımda olan ve tecrübeleriyle rehberlik eden değerli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Pelin Işıntan'a ve Dr. Sinan H. Yüksel'e teşekkürlerimi sunarım.

Değerli katkı ve destekleriyle yanımda olan, bilgi ve tecrübeleriyle beni her zaman cesaretlendiren ve karşılaştığım her zorlukta yapıcı rehberlikleriyle yanımda olan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Pınar Kartal'a ve kıymetli dekanımız Prof. Dr. Ceren Zeynep Pirim'e en içten teşekkürlerimi sunar, bu vesile ile kendilerine duyduğum derin saygıyı ifade etmek isterim. Bütün eğitim hayatım boyunca her zaman yanımda olan, bilgi ve tecrübesiyle yolumu aydınlatan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a, Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin'e ve Prof. Dr. Eylem Aksoy Retornaz'a ayrıca teşekkür ederim.

İhtiyaç duyduğum her anda yanımda olduğunu bildiğim, kendi vaktinden çalarak elinden gelen her türlü desteği sunmuş olan ve pek çok engeli birlikte aştığımız sevgili dostum ve çalışma arkadaşım Arş. Gör. Eylem Işık'a ne kadar teşekkür etsem azdır. Akademik ve kişisel yolculuğumda desteğini her zaman hissettiğim, bilgi ve birikimini içtenlikle paylaşan ve zor zamanlarda önümü aydınlatan değerli dostum ve çalışma arkadaşım Dr. İsmail Dede'ye minnettarım. Son zamanlarda yükümü paylaşarak yardımlarını esirgemeyen kıymetli arkadaşım Arş. Gör. Yankı Yener'e teşekkür ederim. Sizlerle birlikte çalışmak ve tez yazmak, bu çetin sürecin en güzel yanıydı.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde beraber çalıştığım, yardımlarını ve manevi desteklerini her zaman hissettiğim değerli dostlarım Dr. Öğr. Üyesi Cihan Yüzbaşıoğlu'na, Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül Karagöz'e, Dr. Öğr. Üyesi Hazal Tolu Yılmaz'a, Dr. Öğr. Üyesi Rifat Cankat'a, Burcu Alkış'a, Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi Güçlütürk'e, Dr. Simge Saraçoğlu'na, Arş. Gör. Dilşad Kuşuoğlu Altınışik'a, Arş. Gör. Onat Kaan Güzelce'ye, Arş. Gör. Yunus Emre Erdölen'e, Arş. Gör. Mehmet Ali Tanrıkulu'na, Arş. Gör. Ceyhan Feyza Kaymakçı'ya, Arş. Gör. Dilara Abbasoğlu'na, Arş. Gör. Nebahat Aybike Seyhan'a, Arş. Gör. Burak Türk'e, Arş. Gör. Aleyna Kalender'e, Arş. Gör. Bengisu Mert'e, Arş. Gör. Asena Çolak'a, Arş. Gör. Büşra Naciye Yıldız'a ve Arş. Gör. Ömer Mert Yılmaz'a ayrı ayrı içten teşekkürlerimi sunarım.

Beraber çalışmaktan her zaman zevk aldığım Senem Kudat'a, Asım Taş'a, Nursena Veziroğlu'na, Mehmet Akçay'a ve onların aracılığıyla Galatasaray Üniversitesi ailesine teşekkür ederim.

Öyle anlar vardır ki, dostlarınızın zor zamanlarda yanında olması duruşunuza güç katar ve yere daha sağlam basmanızı sağlar. Beraber aynı sıraları paylaştığımız

günden bu güne yanımda olan ve bana destek sunan değerli dostlarım Av. Eyüp Numan Eren'e, Av. Ece Bulaner Alpay'a, Arş. Gör. Zeynep Rana Demir Bayraktar'a, Av. Elif Çelebi'ye, Av. Yusuf Topaloğlu'na, Av. Gökçesu Solak Doğan'a, Av. Fırat Doğan'a ve Dr. Zeynep Kahveci'ye en içten teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, hiçbir zaman esirgemediği desteği için kıymetli dostum Av. Mina Yurttadur'a teşekkür ederim. İyi ki varsınız!

Tezin araştırma ve yazım süreci, büyük ölçüde İsviçre'de Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi bünyesinde yürütülmüştür. Söz konusu süreci önemli ölçüde mümkün kılan, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK), hem 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında hem de 2211-E Yurt İçi Doğrudan Doktora Burs Programı çerçevesinde sundukları destek için teşekkür ederim.

Yurt dışı burs programıyla araştırma sürecinde destek sunan Rona Serozan Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmaları Vakfı'na, onun özverili çalışanlarına ve Prof. Dr. Rona Serozan'ın aziz hatırasına en içten minnet duygularımı sunarım. Tezin hazırlanmasında Prof. Dr. Rona Serozan'ın da katkısının bulunması, şüphesiz benim için bir onur kaynağı olmuştur.

Fribourg'daki evlerinde bizleri defalarca misafir eden, her türlü sıkıntımızla içtenlikle ilgilenen, varlıklarıyla yanımda olduklarını her daim hissettiren İsviçre'deki ailemiz sevgili Nevin Gözcan ve Mustafa Gözcan'a teşekkürlerimi sunarım. Birlikte geçirdiğimiz zamanlar ve paylaştığımız sohbetler bu süreci çok daha anlamlı ve unutulmaz kıldı. İsviçre'de kurduğumuz dostluklar arasında özel bir yer edinen, içtenlikleri ve her daim destekleriyle İsviçre'deki hayatımızı güzelleştiren sevgili Elif Özer Havan ve Emirhan Havan'a da gönülden teşekkür ederim.

Her adımda beni cesaretlendiren, en zor zamanlarımda sessizce destek olan ve koşulsuz sevgileriyle bana güç veren canım annem Nermin Kara'ya ve canım babam Yakup Kara'ya sabırları ve fedakarlıkları için teşekkür ederim. Bu tez yalnızca akademik bir çalışmanın değil, aynı zamanda sizlerin yıllar boyu emek verdiğiniz hayallerinizin ürünüdür. İsviçre'deyken bir haziran sabahı ansızın yitirdiğimiz ve bu günleri görmemde annem gibi emekleri olan canım halam Liza Kandemir'in aziz hatırasına şükranlarımı sunarım.

Tek bir kişinin emeği ve özverisi, benim gözlerimle bu çalışmada satır satır ve harf harf okunabilir. Şüphesiz, bu çalışmanın ithaf edildiği yegâne kişi de o odur. Kalemim eline alıp yazmak dışında, benimle aynı zorlu süreçleri paylaşmış, tükendiğim zamanlarda bana omuz vermiş ve tezin her sayfasını tek tek okuyarak eleştirilerini sakınmamış olan, bu tezin meydana gelebilmesi için Fribourg'da birlikte ayrı bir hayat kurduğumuz değerli eşim, ilk aşkı, çocukluk arkadaşım ve en yakın dostum Av. Nida Tanış Kara'ya minnetimi ifade edecek bir kelime yoktur. Yine de, böyle beyhude bir çabaya girişerek, hem kendisinden çaldığım zaman hem de benimle beraber bu çalışmaya verdiği emek için ömrümce müteşekkire kalacağımı bilmesini isterim.

Doğan KARA

Galatasaray, 12 Mayıs 2025

REMERCIEMENTS

Au moment d'introduire cette thèse, je tiens à adresser mes remerciements les plus sincères à l'Université de Fribourg, qui m'a généreusement accueilli dans le cadre de sa bourse de recherche et m'a offert un accès complet à ses précieuses ressources documentaires ainsi qu'à ses infrastructures scientifiques. Le soutien institutionnel dont j'ai bénéficié a largement facilité l'avancement de mes recherches doctorales et a contribué de manière significative à l'élaboration du présent travail.

Dans ce contexte, je tiens également à exprimer ma profonde gratitude au Professeur Pascal Pichonnaz, qui m'a accueilli avec bienveillance en tant que chercheur invité à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Il a eu la générosité de répondre à mes questions et de partager, à chaque échange, des réflexions précieuses qui ont apporté une véritable profondeur à mes travaux. Je lui suis également reconnaissant pour l'environnement académique stimulant, les conditions de travail sereines et l'accueil chaleureux qui ont rendu mon séjour de recherche particulièrement enrichissant et inspirant.

Je souhaite ensuite adresser mes remerciements les plus chaleureux à Valeria Caflisch, qui nous a généreusement ouvert les portes de son foyer. Sa bienveillance, sa disponibilité constante et son hospitalité ont profondément marqué notre séjour à Fribourg. Grâce à elle, nous avons trouvé un environnement chaleureux et rassurant, propice à la sérénité et au travail. Une pensée affectueuse revient aussi à Murphy, notre compagnon fidèle à quatre pattes, dont la présence joyeuse a égayé nos journées.

Mes remerciements vont aussi à Vasileios Gioumidis, pour ses précieuses contributions à ce travail. Les échanges intellectuels que nous avons partagés et la richesse de ses connaissances ont nourri ma réflexion et ont été, à bien des égards, sources d'inspiration et de stimulation scientifique. Je tiens également à remercier Camille de Salis pour sa précieuse amitié et nos discussions enrichissantes. Mes remerciements vont aussi à Sandra Nast, pour son aide généreuse et sa disponibilité tout au long de mon séjour.

Je ne saurais conclure cette préface sans adresser mes plus sincères remerciements à la communauté de l'Abbaye de la Maigrauge, dont la présence silencieuse et priante a profondément nourri la paix intérieure nécessaire à ce travail. J'exprime toute ma gratitude à ses chères résidentes, en particulier à Mère Abbessse Marianne Zürcher, à Mère Marie-Agnès à l'aube de sa mission, ainsi qu'à Sr. Bénédicte, Sr. Véronique, Sr. Mireille et Sr. Teresa. Leur accueil empreint de douceur, leur bienveillance discrète et l'atmosphère spirituelle qu'elles cultivent avec humilité et ferveur ont offert à mon esprit un refuge rare, propice à la réflexion. Je crois avec une conviction profonde que leurs prières ont été exaucées, et je ressens, encore aujourd'hui, combien leurs vœux bienveillants me sont nécessaires et me soutiennent.

Doğan KARA

Istanbul, le 12 mai 2025

İÇİNDEKİLER LİSTESİ

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER LİSTESİ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
RÉSUMÉ.....	xviii
ABSTRACT	xxi
ÖZET.....	xxiv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
KİSMİ TEMERRÜT KAVRAMI VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ.....	4
I. KİSMİ TEMERRÜT KAVRAMI VE BENZER KURUMLARDAN AYIRTI EDİLMESİ.....	4
A. Kısmi Temerrüt Kavramı ve İfa Engelleri Arasındaki Yeri.....	4
1. Sistematik Açıdan Kısmi Temerrüt.....	4
2. Kavramsal Açıdan Kısmi Temerrüt	6
a. Genel Olarak	6
b. Dar Anlamda (Gerçek) Kısmi Temerrüt	8
c. Geniş Anlamda (Gerçek Olmayan) Kısmi Temerrüt	9
B. Kısmi Temerrüdün Benzer Kurumlarla Olan İlişkisi	11
1. Kısmi Temerrüt ve Eksik İfa.....	11
2. Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı.....	14
3. Kısmi Temerrüt ve Kötü İfa.....	17
a. Genel olarak	17
b. Kısmi Temerrüt ve Ayıptan Sorumluluk	19
II. KİSMİ TEMERRÜT KURUMUNA TEMEL OLUŞTURACAK HUKUKİ İMKANLAR	24
A. Genel Olarak.....	24

B.	Kısmi Hükümsüzlük Rejimi	26
1.	Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Amacı (<i>Ratio Legis</i>)	28
2.	Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması İçin Gereken Şartlar	29
3.	Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Sonuçları ve Uygulama Alanı	34
4.	Kısmi Temerrüt Açısından Değerlendirme	39
C.	Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri	40
1.	Kural Olarak İfa Engelinin Kısmen Sonuç Doğurması	40
a.	Genel Olarak	40
b.	Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar	41
i.	Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında	42
ii.	Borçlunun Sorumlu Olmadığı Kısmi İfa İmkânsızlığında	44
c.	Kısmi Zapta Kısmi Yaptırımlar	46
d.	Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme	50
2.	Kısmi İfa Engelinin Bütüncül İfa Engeline Dönüşmesi	54
a.	Genel Olarak	54
b.	Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar	55
i.	Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında	55
ii.	Borçlunun Sorumlu Olmadığı Kısmi İfa İmkânsızlığında	59
c.	Kısmi Zapta Bütüncül Yaptırımlar	64
i.	Genel Olarak Sözleşmeden Tamamen Dönme Hakkı	64
ii.	Kısmi Zapt ve Kısmi Temerrüdün Yarışması	67
d.	Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme	68
i.	Genel Olarak Sözleşmeden Tamamen Dönme Hakkı	68
ii.	Satılanın Fer'ileri (Yan Eşya) Bakımından Sözleşmeden Dönme	70
D.	Kısmi Temerrüt Rejimini Doğrudan Düzenleyen Kurumlar	73
1.	TTK m. 23 f. I b. (a) Uyarınca Kısmi Temerrüt	73
a.	Hükmün Kapsamı ve Niteliği	73
b.	Bölünebilirlik Şartı	77
c.	Kural: Borçlu Temerrüdünün İfa Edilmeyen Kısım Bakımından Gerçekleşmesi	79
d.	İstisna: Borçlu Temerrüdünün Sözleşmenin Tamamı Bakımından Gerçekleşmesi ..	80
2.	CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri	84
a.	Hükmün Kapsamı ve İçeriği	84
b.	Kısmi İfa (<i>Kısmi Temerrüt</i>) Hâlinde	90
c.	Satılanın Bir Kısımının Ayıplı Olması Hâlinde	94
d.	Sözleşmenin Tamamını Sona Erdirme	96
E.	Kısmi İfa Engelleri ve Kısmi Temerrüt Açısından Varılan Sonuçlar	98
1.	Kısmi İfa Engellerini Sistemize Etmek	98
2.	Kısmi Temerrüt Rejiminde Uygulanacak Hükümler	103

İKİNCİ BÖLÜM 105

KISMİ TEMERRÜDÜN ŞARTLARI 105

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL ŞARTLARI 105

- A. Genel Olarak 105
- B. İfası Mümkün Olan ve Muaccel Bir Borcun İfa Edilmemiş Olması 107
 1. Borcun İfasının Mümkün Olması 107
 2. Borcun Muaccel Olmasına Rağmen İfa Edilmemesi 109
- C. Alacaklının Temerrüt İhtarında Bulunması (*interpellatio*) 111
 1. Temerrüt İhtarı Kavramı, Hukuki Niteliği ve İhtar Yerine Geçen İşlemler 111
 2. Temerrüt İhtarının Hukuki Şartları 114
 - a. İhtarın İçeriği Bakımından 114
 - b. İhtarın Şekli Bakımından 116
 - c. İhtarın Yapılabileceği Zaman ve Yer Bakımından 117
 - d. İhtarın Hüküm Doğurduğu An 119
 3. Temerrüt İhtarına Gerek Olmayan Hâller 120
 - a. Sözleşmede Belirli Vade Kararlaştırılması 121
 - b. Taraflardan Birine Vadeyi Tayin Hakkı Tanınması 122
 - c. İfası İstenen Borcun Haksız Fiilden veya Sebepsiz Zenginleşmeden Doğması 123
 - d. Dürüstlük Kuralı Uyarınca İhtar Şartının Aranmaması 125
 - e. Özel Bir Kanun Hükümü veya Mahkeme Kararı 126
- D. Borcun İfa Edilmemesinin Haklı Bir Sebebe Dayanmaması 128
 1. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması 128
 2. Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkına Sahip Bulunmaması 129
 - a. Genel Olarak 129
 - b. Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i 131

II. KISMİ TEMERRÜDÜN ÖZEL ŞARTI: KISMİ İFA 136

- A. Kısmi Temerrüt Rejiminde Kısmi İfa Şartı ve Kısmi İfa Kavramı 136
 1. Kısmi İfa Kavramının Kısmi Temerrüt Rejimindeki Yeri 136
 2. İsviçre Türk Hukuku'nda Kısmi İfanın Düzenleniş Biçimi 137
 3. Kısmi İfa Kavramı 139
 4. Hükümün Kapsamı 140
 5. Hükümün Amacı 145
- B. Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi) 148
 1. Bölünebilirlik Şartı 148
 - a. Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik 150
 - b. Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik 152
 2. Farklı Edim Türleri Açısından Kısmi İfa Sorunu 156
 - a. Genel Olarak 156
 - b. Verme, Yapma ve Yapmama Borçları Açısından 157
 - c. Ani, Sürekli ve Dönemsel Edimler Açısından 162

3.	Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller	167
a.	Borçlunun Borcun Daha Azını İfa Etmeye Yetkili Olması	167
b.	İfa Yerine Edim ve İfa Uğruna Edim	168
C.	Birden Fazla Edimin Kısmi İfası (Borç İlişkisinin Kısmi İfası)	170
1.	Birden Fazla Edimin Kısmi İfaya Konu Olması Sorunu	170
2.	Birden Fazla Edimin Bir Kısımının İfa Edilmesi Suretiyle Kısmi İfa	174
3.	Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa	181
a.	Asli Edim Yükümlülüğü ve Yan Edim Yükümlülüğü Kavramı	182
b.	Kısmi İfanın Yan Edim Yükümlülüğü Bakımından Gerçekleşmesi	186
4.	Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller	190
D.	Alacaklının Kısmi İfaya Yönelik Hak ve Yükümlülükleri	194
1.	Alacaklının Kısmi İfayı Reddetme Hakkı	194
a.	Alacağın Belli (Likit) Olması	196
b.	Alacağın Tamamının Muaccel Olması	203
2.	Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı	205
3.	Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu	211
a.	Sözleşme Uyarınca	212
b.	Kanun Uyarınca	214
i.	Borcun Bir Kısımının Belli veya Muaccel Olması Hâlinde (TBK m. 84 f. I)	215
ii.	Takasta (TBK m. 139) ve Kısmi Takasta	215
iii.	Kısmi İfa İmkânsızlığı Hâlinde	219
iv.	Birlikte Kefalet Hâlinde (TBK m. 593)	221
v.	Mirasçıların Mirasbırakanın Borçlarından Sorumluluğunda (TMK m. 681)	222
vi.	Kambiyo Senetlerinde (TTK m. 709 f. II)	223
vii.	İcra ve İflas Hukukunda (İİK m. 9 ve m. 111)	224
viii.	Hâkim Kararı Uyarınca	225
c.	Dürüstlük Kuralı Uyarınca	226
d.	Örf ve Adet Uyarınca	230
E.	Kısmi İfanın Sonuçları ve İspat Yükü	232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 238

KİSMİ TEMERRÜDÜN SONUÇLARI 238

I. KİSMİ TEMERRÜDÜN GENEL SONUÇLARI 238

A.	Kural Olarak	238
B.	Aynen İfa Talebi	240
1.	Genel Olarak	240
2.	Kısmi Temerrüt ve Kısmi Dava	241
a.	Gerçek Kısmi Dava	242
b.	Gerçek Olmayan Kısmi Dava	243

C. Gecikme Tazminatı.....	244
1. Genel Olarak.....	244
2. Tazminatın Temel Şartları.....	246
3. Kısmi Temerrüt Açısından Gecikme Tazminatı.....	252
a. Kısmi Temerrütte Gecikmeden Kaynaklanan Zararlar	252
b. Kısmi Temerrütte Zararı Artırmama Külfeti.....	254
D. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk	255
1. Genel Olarak.....	255
2. Sorumluluğun Temel Şartları.....	256
3. Kurtuluş Kanıtı	259
4. Kısmi Temerrüt Hâlinde Özel Durum: Kısmi Temerrüt ile Kısmi İfa İmkânsızlığının Bir Arada Bulunması.....	262
II. KISMİ TEMERRÜDÜN PARA BORÇLARI AÇISINDAN SONUÇLARI	266
A. Genel Olarak.....	266
B. Temerrüt Faizi	267
1. Genel Olarak.....	267
2. Temerrüt Faizinin Şartları.....	269
a. Zarar ve Kusurun Önemsiz Olması	269
b. Para Borcunun Bulunması	270
c. Borçlunun Temerrüde Düştüğü Süre Boyunca İşlemesi.....	272
d. Kısmen Temerrüde Düşülen Kısım Bakımından Temerrüt Faizi Talep Edilmesi...	275
3. Temerrüt Faizinin Oranı	277
C. Aşkın Zararın Tazmini.....	279
1. Genel Olarak.....	279
2. Tazminatın Temel Şartları.....	280
3. Enflasyon Zararları	286
III. KISMİ TEMERRÜDÜN KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELER AÇISINDAN SONUÇLARI	294
A. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Seçimlik Haklara Başvurulması	294
1. Genel Olarak.....	294
2. Ek Süre (<i>Mehil</i>) Tayini	298
a. Ek Süre Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	298
b. Ek Süre Tayininin İçeriği, Şekli ve Hukuki Sonuçları.....	300
c. Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Hâller	304
i. Ek Süre Vermenin Etkisiz Olması.....	305
ii. Geç İfanın Yararsız Kalması	306
iii. Kesin Vade	309
iv. Satış Sözleşmesinde Kesin Vade Karinesi	314
v. Peşin ve Ön Ödemeli Satışlarda Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanımı.....	321
3. Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunarak Seçimlik Hakkını Kullanması	324

a.	Ek Süre İçinde Borcun İfa Edilmemiş Olması.....	325
b.	Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunması ve Bildirimin Hukuki Niteliği.....	326
c.	Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman.....	330
i.	Birinci ve İkinci Seçimlik Haklar Açısından	330
ii.	Üçüncü Seçimlik Hak Açısından	332
d.	Kısmi Temerrütte Ek Seçim Hakkı: Kısmi veya Bütüncül Temerrüt Ayrımı	334
e.	Ek Süre Vermeye Gerek Olmayan Hâllerde Seçimlik Hakların Kullanılması	338
f.	Seçimlik Hakların Yeniden Düzenlenmesi: Borçlunun Kusursuz Olması.....	342
i.	Borçlu Temerrüdünde Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu	342
ii.	Kısmi Temerrütte Özel Olarak Ius Variandi (<i>Değiştirme Hakkı</i>) Sorunu	349
4.	Sözleşmeyle Başkaca Bir Koşul Kararlaştırılmamış Olması	354
B.	Bakiye Kısmın Aynen İfasından Vazgeçme ve Olumlu Zararın Tazmini.....	356
1.	Genel Olarak Kısmi Temerrütte Olumlu Zararın Tazmini İmkânı	356
2.	Kısmi Temerrütte Olumlu Zarar Kavramı ve Olumlu Zararın Unsurları	358
3.	Mübadele (Değişim) Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması.....	363
a.	Genel Olarak Mübadele Teorisi	363
b.	Kısmi Temerrütte Mübadele Teorisinin Uygulanması.....	366
4.	Fark Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması.....	370
a.	Genel Olarak Fark Teorisi.....	370
b.	Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması	373
c.	Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması İçin Aranan Şartlar	376
i.	Karşı Edimin Bölünebilir Olması	376
ii.	Karşı Edimin Bir Kısmının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi	381
iii.	Karşı Edimin Hiç veya Kısmi İfa Oranından Fazla İfa Edilmemiş Olması.....	385
d.	Zararın Somut veya Soyut Yönteme Göre Hesaplanması	387
i.	Genel Olarak	387
ii.	Somut (Sübjektif) Yöntem	388
iii.	Soyut (Objektif) Yöntem.....	392
5.	Alacaklının Seçim Hakkı.....	397
a.	Mübadele ve Fark Teorisi Açısından	397
b.	Somut ve Soyut Yöntem Açısından	399
6.	Olumlu Zararın Tazminine İlişkin Diğer Unsurlar	401
C.	Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini.....	402
1.	Kısmi Temerrütte Genel Olarak Sözleşmeden Kısmen Dönme İmkânı	402
2.	Kısmi Dönmenin Şartları.....	406
a.	Karşı Edimin Bölünebilir Olması	407
b.	Karşı Edimin Bir Kısmının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi... ..	408
c.	Kısmi Dönmenin Dürüstlük Kuralı Uyarınca Makul Karşılanması	412
d.	Tarafların Kusurunun Kısmi Dönmeye Etkisi	415

3.	Kısmi Dönmenin Hukuki Niteliği	417
4.	Kısmi Dönmenin Sonuçları ve Kısmi Tasfiye İlişkisi	426
a.	Genel Olarak Sözleşme İlişkisinin Kısmi Tasfiyesi.....	426
b.	Sözleşmenin İki Kısma Ayrılması: Kısmi İfa Oranının ve Kısmi Karşı Edimin Tespit Edilmesi.....	428
i.	Genel Olarak Kısmi İfa Oranının Belirlenmesi	428
ii.	Kısmi İfa Oranının Tespitinde Nispi Metottan Yararlanılması	430
iii.	Nispi Metodun Kısmi Dönme Bakımından Uygulanması	432
iv.	Excursus: Somut Olaya Yönelik Uygulama	439
c.	Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması.....	440
i.	Tahsis Sorununun Meydana Gelmesi.....	440
ii.	Alman Öğretisinin Soruna Yaklaşımı	441
iii.	Tahsis Sorununun Çözümde Kıyasen Yararlanılacak Hükümler	443
iv.	Sorunun Toplu Kıyas Yoluyla Çözümü ve Edimler Arasında Denkleştirme Yapılması	447
d.	Kısmi Dönmenin Borçtan Kısmen Kurtarıcı Etkisi	453
i.	Asli Edim Yükümlülüklerinin Kısmen Sona Ermesi	453
ii.	Yan Edim Yükümlülüklerinin Devam Etmesi	456
iii.	Kısmi Dönme Hâlinde Yan Yükümlülükler	457
e.	Fazladan İfa Edilen Edimlerin İadesi.....	458
5.	Olumsuz Zararın Tazmini	464
a.	Genel Olarak	464
b.	Kısmi Dönme Hâlinde Olumsuz Zararın Tanımı ve Niteliği.....	466
c.	Kısmi Dönme Hâlinde Olumsuz Zararın Kapsamı.....	468
i.	Fiili Zararlar (<i>damnum emergens</i>)	469
ii.	Yoksun Kalınan Kâr (<i>lucrum cessans</i>).....	473
iii.	Bütünlük Menfaati (<i>Integritätsinteresse</i>).....	476
d.	Olumsuz Zararın Tazminine İlişkin Diğer Unsurlar	477

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 480

ALACAKLININ BORCUN TAMAMI İÇİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE BAŞVURMASI..... 480

I. KISMİ TEMERRÜDÜN BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE DÖNÜŞMESİ..... 480

A.	Genel Olarak.....	480
B.	Kısmi Temerrüdün Bütüncül Temerrüde Dönüşme Gerekçeleri.....	480
C.	Kısmi ve Bütüncül Temerrüt Ayrımında İspat Yükü.....	483

II. KISMİ TEMERRÜDÜN BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE DÖNÜŞTÜĞÜ

HÂLLER	484
A. Sözleşme Uyarınca Bütüncül Temerrüde Başvurulması	486
B. Alacaklıdan Kaynaklanan Sebepler.....	487
1. Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması	487
2. Alacaklının Hakkını Kısmi İfa Anında Açıkça Saklı Tutması.....	492
3. Borçlunun Kalan Kısmı Derhâl İfa Edeceği Kanısıyla Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etmesi.....	493
C. Kısmi İfadan Kaynaklanan Sebepler.....	496
1. Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması	496
2. İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması	502
3. Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısmi Ediminin Önemli Olması	506
4. Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması.....	508
D. Bazı Borç İlişkileri Bakımından Bütüncül Temerrüde Başvurulması.....	512
1. Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması	512
2. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Edilmemesinin Asıl Edim Bakımından İfa Menfaatini Ortadan Kaldırması	515
3. Verisiye Satışlarda Sözleşmeden Dönme Hakkının Saklı Tutulması.....	519

III. BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE BAŞVURMAK İÇİN ARANAN TAMAMLAYICI ŞARTLAR.....522

A. Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi.....	522
1. Genel Olarak Kısmi İfanın İade Edilmesi Şartı.....	522
2. İade Borcunun Sözleşmeden Dönme Beyanından Sonra İmkânsız Hâle Gelmesi.....	525
3. İade Borcunun Sözleşmeden Dönme Beyanından Önce İmkânsız Hâle Gelmesi.....	526
a. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulanması Görüşü	527
b. TBK m. 228 Hükümünün Uygulanması Görüşü	529
c. Tam Tazmin Görüşü.....	532
4. Alacaklının Satılan Üzerinde Tasarruf Etmesinin Borcun Tamamı Bakımından Borçlu Temerrüdüne Başvurmasına Etkisi	534
B. Borçlu Temerrüdünün Genel Şartlarının Gerçekleşmesi ve Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını Kullanması	535
1. Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını İleri Sürmesi	535
2. Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman	537
3. Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakların Kullanılacağı Bir Üst Süre Olup Olmadığı	540
4. Alacaklının Ek Süre Tayin Ederken Borçlu Temerrüdüne Tamamen Başvuracağı Tehdidinde Bulunmasının Gerekip Gerekmediği	541
C. Dürüstlük Kuralının Durumu Haklı Kılması ve Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi	547
1. Genel Olarak.....	547

2.	Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi ve Borçlunun Temerrütte Olduğu Kısımın Önemsiz Olması	548
3.	Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi ve Borçlunun Orantısız Bir Zarara Uğrayacak Olması	550
4.	Alacaklının Kısmi İfayı Önemli Ölçüde Zarar Riskine Maruz Bırakması	554
D.	Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi	557
E.	Alacaklının Kısmi İfayı Kendi Rızasıyla Kabul Etmesinin Etkisi	561
IV. BORÇLUNUN BELİRLİ TAKSİTLERDE TEMERRÜDE DÜŞMESİ		563
A.	Taksitte Temerrüt (“ <i>Ratenverzug</i> ”) Rejimi	563
1.	Genel Olarak	563
2.	Dar ve Geniş Anlamda Art Arda Teslimli Sözleşme Kavramları	564
3.	Kural: Temerrüdün İfa Edilmeyen Kısım Bakımından Gerçekleşmesi	566
4.	İstisna: Borçlu Temerrüdünün Sözleşmenin Kalanına Sirayet Etmesi	568
B.	Taksitle Satış ve Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmelerinde Özel Temerrüt Rejimi	571
1.	Genel Olarak Kısmi Ödemeli Satışlar ve Özel Temerrüt Rejiminin Uygulama Alanı	571
2.	Taksitle Satış Sözleşmesinde	575
3.	Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesinde	578
4.	Sözleşmeden Dönmenin Etkileri	579
a.	Satılanın Devrinden Sonra Sözleşmeden Dönme	580
b.	Satılanın Devrinden Önce Sözleşmeden Dönme	582
SONUÇ		584
KAYNAKÇA		595
ÖZGEÇMİŞ		640

KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu) (www.ris.bka.gv.at)
Abs.	: Absatz
ABÜHFD	: Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
aF	: alte Fassung
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
al.	: aliéna
AlmFİM	: Alman Federal İş Mahkemesi (= BAG)
AlmFM	: Alman Federal Mahkemesi (= BGH)
AlmİM	: Alman İmparatorluk Mahkemesi
art. / Art.	: article/Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
ATAF	: Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse (= BVGE / İsvFİM)
ATF	: Arrêts du Tribunal fédéral suisse (= BGE) (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
BAG	: Bundesarbeitsgericht (= AlmFİM)
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Begr. / begr.	: Begründer(in) / begründet
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) (www.gesetze-im-internet.de)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (= ATF) (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	: Bundesgerichtshof (= AlmFM)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	: Basler Juristische Mitteilungen
BK	: Berner Kommentar
bkz.	: Bakınız
BR	: Baurecht (= DC)
BSK	: Basler Kommentar
BT	: Besonderer Teil
BVGE	: Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (= ATAF / İsvFİM)
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CC	: Code civil suisse (= İsvMK / ZGB)
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CO	: Code des obligations suisse (= İsvBK / OR)
CR	: Commentaire Romand
CS	: Commentaire Stämpfli
DC	: Droit de la construction (= BR)
De	: Deutsch (Almanca)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
DNotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
E.	: Esas Numarası
eBK	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (RG T. 29.4.1926, S. 359)
éd. / ed. / ed.	: Éditeur / Editor / Editör
Einl.	: Einleitung
eİsvBK	: 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu (Code fédéral des obligation du 14 juin 1881 / Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881) (www.fedlex.admin.ch)
eTMK	: 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenîsi (RG T. 4.4.1926, S. 339)
eTTK	: 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (RG T. 9.7.1956, S. 9353)
f.	: Fıkra
FF	: Feuille Fédérale
Fr	: Français (Fransızca)
FrMK	: 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code civil des Français) (www.legifrance.gouv.fr)
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVP	: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HD	: Hukuk Dairesi
HG	: Handelsgericht (Ticaret Mahkemesi)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay)
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG T. 4.2.2011, S. 27836)
Hrsg.	: Herausgeber(in)
Intro.	: Introduction
It	: Italiano (İtalyanca)
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (RG T. 19.6.1932, S. 2128)
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu (= CO / OR) (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations] du 30 mars 1911 / Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911) (www.fedlex.admin.ch)
İsvFİM	: İsviçre Federal İdare Mahkemesi (= BVGE / ATAF)
İsvFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İsvHMK	: 2008 tarihli İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (= CPC / ZPO) (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 /

	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008) (www.fedlex.admin.ch)
İsviİK	: 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 / Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889) (www.fedlex.admin.ch)
İsvMK	: İsviçre Medeni Kanunu (= CC / ZGB) (Code civil suisse du 10 décembre 1907 / Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907) (www.fedlex.admin.ch)
İtMK	: İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile Italiano Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262) (www.codice-civile-online.it)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jahrg.	: Jahrgang
JdT	: Journal des Tribunaux
JZ	: Juristen-Zeitung
K.	: Karar Numarası
KanM	: Kanton Mahkemesi
Kazancı	: Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
krş.	: Karşılaştırınız
KUKO	: Kurzkommentar
Lexpera	: LEXPERA Hukuk Bilgi Sistemi (www.lexpera.com.tr)
LGVE	: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
MHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKo	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
Nr.	: Numara / Numéro / Nummer
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht (= İsvBK / CO)
PJA	: Pratique juridique actuelle (= AJP)
PPIL	: Public and Private International Law Bulletin
Pra	: Die Praxis des Bundesgerichts
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDS	: Revue de droit suisse (= ZSR)
recht	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RFJ	: Revue Fribourgeoise de Jurisprudence
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
RJB	: Revue de la société des juristes bernois (= ZBJV)
RJL	: Recherches juridiques lausannoises
RSJ	: Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RVJ	: Revue valaisanne de Jurisprudence (= ZWR)
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SGRW	: St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft
SJ	: La Semaine Judiciaire
SJZ	: Die Schweizerische Juristen-Zeitung (= RSJ)
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG T. 4.2.2011, S. 27836)
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TDK	: Türk Dil Kurumu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG T. 28.11.2013, S. 28835)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG T. 8.12.2001, S. 24607)
Tr	: Türkçe
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG T. 14.2.2011, S. 27846)
vd.	: Ve devamı
Vor.	: Vorbemerkung(en)
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht - Wertpapier-Mitteilungen
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (= RJB)
ZGB	: Zivilgesetzbuch (= İsvMK / CC)
ZK	: Zürcher Kommentar
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS)
ZWR	: Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (= RVJ)

RÉSUMÉ

La demeure partielle constitue une inexécution contractuelle dans laquelle les conditions de la demeure du débiteur ne sont réunies qu'à l'égard d'une partie de l'obligation, ou lorsque, après une prestation partielle, le débiteur tombe en demeure pour la partie restante non encore exécutée. Bien que le besoin pratique en la matière soit manifeste, le régime de la demeure partielle n'est pas expressément réglé par la loi. Afin de combler cette lacune ouverte, il est possible de recourir, par analogie, aux dispositions réglementant la nullité partielle (COTr art. 27 al. II), l'impossibilité partielle (COTr art. 137), l'éviction partielle (COTr art. 218) et la vente de plusieurs objets (COTr art. 230), ainsi qu'aux dispositions spécifiques concernant la demeure partielle telles que l'art. 51 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CISG) et l'art. 23 al. I let. a du Code du commerce turc.

Pour que le débiteur soit en demeure partielle, il faut qu'il ait procédé à une exécution partielle de l'obligation. L'exécution partielle (COTr art. 84) constitue une condition spécifique de la demeure partielle. Celle-ci peut se produire de deux manières : Premièrement, lorsque le débiteur exécute une partie d'une prestation divisible, mais tombe en demeure pour la partie restante. Pour parler d'exécution partielle, la prestation doit être objectivement et subjectivement divisible. Deuxièmement, l'exécution partielle peut résulter de l'exécution d'une partie des obligations multiples issues d'un rapport contractuel. Dans ce cas, l'exécution partielle concerne plusieurs obligations principales ou accessoires.

En matière d'exécution partielle, la règle de base est le principe « *utile per inutile non vitiatur* », selon lequel « *l'utile n'est pas viciée par l'inutile* ». Le régime de la demeure partielle suit cette logique et divise le contrat en deux parties : la première correspond à la partie déjà exécutée conformément aux dispositions contractuelles, tandis que la seconde concerne la partie inexécutée, pour laquelle le créancier peut exercer ses droits d'option. En cas de demeure partielle, le créancier peut exiger l'exécution en nature de la partie restante et demander, conformément à l'art. 118 du COTr, des dommages-intérêts pour cause de retard. En matière d'obligations pécuniaires, le créancier peut réclamer des intérêts moratoires (COTr art. 120) ou l'indemnisation des dommages supplémentaires (COTr art. 122).

Dans les contrats synallagmatiques, le créancier, par analogie avec l'art. 125 al. II du COTr, peut, en cas de demeure partielle du débiteur, renoncer à l'exécution du solde non exécuté de la dette et réclamer l'indemnisation du dommage positif correspondant à la partie renoncée. Le dommage positif partiel peut être calculé selon la théorie de l'échange ou la théorie de la différence. En cas de demeure partielle, selon la théorie de l'échange, le dommage positif correspond en principe à la valeur de la partie de la prestation exécutée de manière incomplète. Dans ce cas, le créancier exécute intégralement et conformément sa propre obligation de contre-prestation.

En revanche, selon la théorie de la différence, le dommage positif est déterminé en soustrayant la valeur de la partie inexécutée de la prestation du débiteur de la valeur

de la partie correspondante de la contre-prestation. L'obligation de contre-prestation du créancier prend fin proportionnellement à la valeur de la partie de la prestation que le débiteur n'a pas exécutée par rapport à l'ensemble de la dette. Pour que le dommage positif puisse être indemnisé selon la théorie de la différence, il est nécessaire que l'obligation de contre-prestation du créancier soit divisible, qu'une partie de cette contre-prestation soit attribuée à la partie inexécutée de la prestation du débiteur et que le créancier n'ait pas exécuté en tout ou en partie sa propre prestation en excès.

Dans les contrats synallagmatiques, le créancier, par analogie avec l'art. 125 al. II et III du COTr, peut, en cas de demeure partielle, se départir partiellement du contrat et demander l'indemnisation de son dommage négatif. Le droit de résolution partielle du contrat signifie que les effets de la résolution ne produisent des conséquences que pour la partie inexécutée de la prestation. Pour que le créancier puisse résoudre partiellement du contrat, il faut que son obligation de contre-prestation soit divisible, qu'une partie de cette contre-prestation soit attribuée à la partie de la prestation inexécutée du débiteur et que cette résolution partielle soit raisonnablement acceptable pour les parties.

Le droit de résolution partielle du contrat est qualifié de droit de réduction des prestations réciproques dans le régime de la demeure partielle. L'obligation de contre-prestation du créancier est réduite au prorata de l'exécution partielle. Le taux d'exécution partielle est calculé selon la méthode relative, qui repose sur le principe de la réduction proportionnelle de la contre-prestation. La contre-prestation réduite que le créancier doit exécuter à la suite de la résolution partielle du contrat est déterminée en réduisant la valeur de la contre-prestation convenue au contrat selon le rapport entre la valeur de la prestation partielle exécutée par le débiteur et la valeur totale de la prestation convenue.

Lorsque la contre-prestation est scindée en deux parties en fonction du taux d'exécution partielle et que le créancier n'est pas en mesure d'exécuter effectivement son obligation selon cette proportion, un problème d'attribution survient. Ce problème est résolu par une attribution entre la prestation et la contre-prestation. L'attribution peut être réalisée en augmentant ou en réduisant la partie exécutée de la prestation ou en ajoutant une certaine somme d'argent à la prestation ou à la contre-prestation avec soultes.

À la suite de la résolution partielle du contrat, les parties sont partiellement libérées de leurs obligations principales, et l'effet libératoire partiel de la résolution partielle du contrat se réalise. Ainsi, les obligations qui ne relèvent pas du taux d'exécution partielle déterminé selon la méthode relative prennent fin du fait de la résolution partielle du contrat. La déclaration de résolution partielle transforme la partie inexécutée du contrat en une relation de liquidation partielle. Pour la partie excédant le taux d'exécution partielle, des obligations réciproques de restitution naissent, ayant leur source dans le contrat initial conclu entre les parties.

Le créancier exerçant son droit de résolution partielle peut, en vertu de l'art. 125 al. III du COTr, demander l'indemnisation du dommage négatif subi en raison de l'inefficacité du contrat. Dans le cadre d'une résolution partielle, le dommage négatif correspond à la différence entre la situation patrimoniale actuelle du créancier résultant de la résolution partielle et la situation patrimoniale hypothétique qu'il aurait eue si le contrat avait été conclu avec un taux d'exécution partielle équivalent.

Bien que, par principe, en cas de demeure partielle, les conséquences de la demeure ne se produisent qu'à l'égard de la partie inexécutée de la prestation, dans certaines circonstances particulières, le créancier peut invoquer la demeure du débiteur

pour l'intégralité de la dette. Si la partie exécutée de la prestation ne présente aucun intérêt pour le créancier ou si le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie inexécutée, la demeure partielle se transforme en une demeure totale. Le créancier souhaitant invoquer la demeure totale du débiteur au lieu de la demeure partielle doit restituer la prestation partielle déjà reçue.

En principe, dans ces cas-là, le créancier dispose librement du choix entre la demeure partielle et la demeure totale. Ce droit d'option, comme les autres droits d'option, constitue un droit formateur. Le créancier doit exercer ce droit d'option en renonçant à l'exécution en nature à l'expiration du délai supplémentaire accordé au débiteur. En outre, la transformation de la demeure partielle en demeure totale doit respecter les intérêts du débiteur et être conforme aux principes de la bonne foi.



ABSTRACT

Partial default constitutes a breach of contract in which the conditions for the debtor's default are met only with respect to a portion of the obligation or where, following partial performance, the debtor falls into default concerning the remaining, yet unfulfilled part of the obligation. Although the practical necessity of addressing this issue is evident, the legal framework for partial default is not explicitly regulated by law. To fill this legal gap, an analogy may be drawn from provisions governing partial nullity (COTr Art. 27 para. 2), partial impossibility (COTr Art. 137), partial eviction (COTr Art. 218), and the sale of multiple objects (COTr Art. 230). Additionally, specific rules concerning partial default, such as Art. 51 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Art. 23 para. 1(a) of the Turkish Commercial Code, may serve as interpretative references.

For a debtor to be in partial default, a partial performance of the obligation must have taken place. Partial performance (COTr Art. 84) constitutes a prerequisite for partial default. This may occur in two ways: First, when the debtor performs part of a divisible obligation but falls into default regarding the remaining portion. For an obligation to be considered partially performed, the performance must be both objectively and subjectively divisible. Second, partial performance may arise when only a part of multiple obligations stemming from a contractual relationship is fulfilled. In this scenario, partial performance applies to several principal or ancillary obligations.

In the context of partial performance, the fundamental rule is the principle "*utile per inutile non vitiatur*", meaning "*the useful is not vitiated by the useless*". The legal framework of partial default follows this logic, effectively dividing the contract into two parts: the first corresponds to the portion already performed in accordance with the contractual provisions, while the second pertains to the unfulfilled portion, for which the creditor may exercise their remedial rights. In the event of partial default, the creditor may demand specific performance of the outstanding portion and, pursuant to COTr Art. 118, claim damages for delay. In the case of monetary obligations, the creditor may seek default interest (COTr Art. 120) or compensation for additional damages (COTr Art. 122).

In bilateral contracts, by analogy with COTr Art. 125, para. 2, the creditor, in the event of partial default by the debtor, may waive the performance of the outstanding balance of the debt and claim compensation for the expectation interest or the positive damage corresponding to the waived part. Partial expectation interest may be calculated according to the theory of exchange or the theory of difference. In the case of partial default, under the theory of exchange, the expectation interest generally corresponds to the value of the part of the performance that has been incompletely executed. In such a case, the creditor fully and properly fulfills its own obligation of counter-performance.

In contrast, under the theory of difference, expectation interest is determined by subtracting the value of the part of the debtor's performance that has not been executed from the corresponding part of the counter-performance. The creditor's obligation to counter-performance is proportionally reduced according to the value of the part of the performance not executed by the debtor in relation to the entire debt. In order for expectation interest to be compensated under the theory of difference, it is necessary that the creditor's counter-performance obligation be divisible, that a part of this counter-performance be allocated to the part of the debtor's performance that was not executed, and that the creditor has not fully or partially over-executed its own performance.

In bilateral contracts, by analogy with COTr Art. 125, para. 2 and 3, the creditor, in the event of partial default, may partially rescind the contract and request compensation for the negative damage incurred. The right to partial rescission of the contract means that the effects of the rescission only produce consequences for the part of the performance not executed. For the creditor to be able to partially rescind the contract, it is necessary that the counter-performance obligation be divisible, that part of the counter-performance be allocated to the part of the debtor's performance that was not executed, and that the partial rescission is reasonably acceptable to the parties.

The right to partial rescission of the contract is considered a right to reduce reciprocal performances under the regime of partial default. The creditor's counter-performance obligation is reduced in proportion to the partial performance. The rate of partial performance is calculated according to the relative method, which is based on the principle of proportional reduction of the counter-performance. The reduced counter-performance that the creditor must execute following the partial rescission of the contract is determined by reducing the agreed value of the counter-performance according to the ratio between the value of the partial performance executed by the debtor and the total value of the agreed performance.

When the counter-performance is divided into two parts based on the rate of partial performance, and the creditor is unable to effectively perform their obligation according to this proportion, an allocation problem arises. This issue is resolved through an allocation between the performance and the counter-performance. The allocation can be achieved by increasing or reducing the executed part of the performance or by adding a certain sum of money to either the performance or the counter-performance with adjustments.

Following the partial rescission of the contract, the parties are partially released from their primary obligations, and the partial liberating effect of the partial rescission of the contract takes place. Thus, the obligations that do not fall under the rate of partial performance determined by the relative method are terminated as a result of the partial rescission of the contract. The declaration of partial rescission transforms the unexecuted part of the contract into a partial liquidation relationship. For the part exceeding the rate of partial performance, reciprocal obligations of restitution arise, originating from the original contract concluded between the parties.

The creditor exercising their right to partial rescission may, pursuant to COTr Art. 125, para. 3, request compensation for the reliance interest or the negative damage incurred due to the ineffectiveness of the contract. In the context of partial rescission, the reliance interest corresponds to the difference between the creditor's current financial situation resulting from the partial rescission and the hypothetical financial situation they would have had if the contract had been concluded with an equivalent rate of partial performance.

Although, as a general rule, in the case of partial default, the consequences of default occur only with respect to the unexecuted part of the performance, in certain particular circumstances, the creditor may invoke the default of the debtor for the entire debt. If the executed part of the performance holds no value for the creditor or if the contract would not have been concluded without the unexecuted part, the partial default transforms into a total default. The creditor wishing to invoke the debtor's total default rather than partial default must return the partial performance already received.

In principle, in such cases, the creditor has the free choice between partial default and total default. This right of option, like other rights of option, constitutes a formative right. The creditor must exercise this right of option by renouncing the performance in kind upon the expiration of the additional period granted to the debtor. Furthermore, the transformation of partial default into total default must respect the interests of the debtor and comply with the principles of good faith.



ÖZET

Kısmi temerrüt, borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı bakımından gerçekleştiği veya borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun henüz ifa edilmemiş olan bakiye kısmı bakımından temerrüde düştüğü borca aykırılık hâlidir. Uygulamada karşılaşılan ihtiyaca rağmen, kısmi temerrüt rejimi, açıkça kanunda düzenlenmemiştir. Kanunda yer alan açık boşluk doldurulurken, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II, kısmi imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 137, kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 ve birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 ile kısmi temerrüdü doğrudan düzenleyen CISG m. 51 ve TTK m. 23 f. I b. (a) hükümlerinden kıyasen yararlanılır.

Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi için, borcun kısmen ifa edilmiş olması gerekir. Kısmi ifa (TBK m. 84), borçlunun kısmen temerrüde düşmesi bakımından bir özel şart teşkil eder. Kısmi ifa ve buna bağlı olarak kısmi temerrüt iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, borçlunun bölünebilir bir edimin bir kısmını ifa ettikten sonra, edimin kalan kısmı bakımından kısmen temerrüde düşmesi mümkündür. Bir edimin kısmi ifasından bahsedebilmek için, edimin objektif ve sübjektif olarak bölünebilir olması şarttır. İkinci olarak, borç ilişkisine konu olan birden fazla edim yükümlülüğünün bir kısmının ifa edilmesi yoluyla kısmi ifa gerçekleşebilir. Böyle bir durumda, borç ilişkisinin kısmi ifası söz konusu olur. Borç ilişkisinin kısmi ifası, birden fazla asli edim yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü bakımından gerçekleşebilir.

Tüm kısmi ifa engellerinde temel kural, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde ifade edilen “*utile per inutile non vitiatur*” kuralıdır. Böylece, kısmi temerrüt rejiminde de sözleşme iki kısıma ayrılır. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş olan bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının seçimlik haklarını tatbik edeceği kısımdır. Kısmi temerrütte, alacaklı, ifa edilmemiş olan borç bakiyesinin aynen ifasıyla birlikte, TBK m. 118 uyarınca, ifa edilmeyen kısım bakımından gecikme tazminatı talep edebilir. Para borçlarında, alacaklı, TBK m. 120 uyarınca, ifa edilmemiş kısım bakımından temerrüt faizi ödenmesini veya TBK m. 122 uyarınca, aşkın zararının giderilmesini isteyebilir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 f. II hükmüne kıyasen, kısmi temerrüt hâlinde, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmının ifasından vazgeçerek, ifasından vazgeçilen kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir. Kısmi olumlu zararının, mübadele veya fark teorisi uyarınca hesap edilmesi mümkündür. Kısmi temerrütte, mübadele teorisi uyarınca olumlu zarar, kural olarak, edimin eksik ifa edilen kısmının değerine karşılık gelir. Bu durumda, alacaklı, kendi karşı edim borcunu tamamen ve aynen ifa eder. Kısmi temerrütte, fark teorisi uyarınca olumlu zarar, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü bölümün değerinden, karşı ediminin buna denk düşen bölümünün değerinin mahsup edilmesi sonucunda

belirlenir. Alacaklının karşı edim borcu, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın değerinin, borcun tamamına oranı nispetinde son bulur. Fark teorisi uyarınca, olumlu zararının tazmin edilebilmesi için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve alacaklının karşı edimini hiç veya fazladan ifa etmemiş olması şarttır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 f. II ve III hükmüne kıyasen, kısmi temerrüt hâlinde, sözleşmeden kısmen dönebilir ve olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Kısmi temerrütte sözleşmeden kısmen dönme hakkı, sözleşmeden dönmenin etkilerinin yalnızca edimin ifa edilmeyen kısmı bakımından sonuç doğurması anlamına gelir. Sözleşmeden kısmen dönebilmek için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve sözleşmeden kısmen dönmenin taraflarca makul karşılanması şarttır.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkı, kısmi temerrüt rejiminde bir indirim hakkı olarak nitelendirilir. Alacaklının karşı edim borcu, kısmi ifa oranında indirime tabi tutulur. Kısmi ifa oranı, karşı edimin orantılı bir biçimde indirime tabi tutulması ilkesine dayanan nispi metot kullanılarak hesaplanır. Alacaklının, sözleşmeden kısmen dönme sonucunda ifa edeceği indirilmiş karşı edim, sözleşmede kararlaştırılan karşı edimin değerinin, borçlu tarafından ifa edilen kısmi edimin değeri ile edimin tamamının değeri arasındaki oran nispetinde azaltılması yoluyla bulunur.

Karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının ve alacaklının kendi borcunu kısmi ifa ölçüsünde fiilen ifa etmesinin mümkün olmaması durumunda tahsis sorunu meydana gelir. Tahsis sorunu, edim ve karşı edim arasında denkleştirme yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur. Denkleştirme, edimin ifa edilmiş olan kısmının artırılıp eksiltilmesi ya da edim veya karşı edime bir miktar para eklenmesi yoluyla yapılır.

Sözleşmeden kısmen dönme üzerine, taraflar, asli edim yükümlülüklerinden kısmen kurtulur ve kısmi dönmenin borçtan kısmen kurtarıcı etkisi meydana gelir. Böylece, nispi metot yardımıyla tespit edilen kısmi ifa oranı dışında kalan borçlar, sözleşmeden kısmen dönme üzerine sona erer. Sözleşmeden kısmen dönme beyanı, sözleşmenin ifa edilmemiş bölümünü, bir kısmi tasfiye ilişkisine dönüştür. Kısmi ifa oranını aşan bölüm bakımından, kaynağını taraflar arasındaki sözleşmeden alan, karşılıklı iade borçları meydana gelir.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanan alacaklı, TBK m. 125 f. III uyarınca, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı olumsuz zararın tazminini talep edebilir. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde olumsuz zarar, alacaklının malvarlığının kısmi dönme neticesinde aldığı mevcut durum ile sözleşme kısmi ifa oranında akdedilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki farktır.

Her ne kadar kısmi temerrütte kural, temerrüdün sonuçlarının ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesi olsa da, bazı özel durumlarda, alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Edimin ifa edilmiş kısmının, alacaklı açısından hiçbir fayda sağlamaması veya ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması gibi hâllerde, kısmi temerrüt, bütüncül temerrüde dönüşmüş olur. Kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak isteyen alacaklı, daha önce elde ettiği kısmi ifayı iade etmek zorundadır.

Alacaklı, kısmi temerrüt ile bütüncül temerrüde başvurma konusunda, kural olarak, serbestçe seçim yapma hakkına sahiptir. Söz konusu seçimlik hak, diğer seçimlik haklar gibi, bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Alacaklının, söz konusu seçimlik hakkını, ek sürenin sonunda, aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte kullanması gerekir. Ayrıca, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi konusunda, borçlunun menfaatlerinin gözetilmesi ve dürüstlük kuralına uygun davranılması şarttır.



GİRİŞ

Hukuki açıdan bakıldığında, bir alacağın hiç ifa edilmemesi, bazı durumlarda kısmen ifa edilmesinden yeğdir. Bir borç ilişkisinde, alacaklı, hiç gerçekleşmeyen ifa sonucunu, kendisine tanınan hukuki imkânlar çerçevesinde bir kenara bırakarak; onun yerine, başka bir borç ilişkisine atılabilir ve ifa edilmeyen edimi bir şekilde ikame edebilir. Buna karşılık, alacaklı, kısmen gerçekleşen ve alacağının bir bölümünü sona erdiren ifa fiilini yok sayarak, sanki hiç tatmin olmamışçasına, kendisini bağlamış olduğu borç ilişkisinden tamamen sıyrılmaz. Borç ilişkisinin kısmen ifa edilmiş olan bölümünü yok saymak mümkün olmadığı gibi; borçlunun borcunun bir kısmını ifa etmeyerek, ahde vefasızlık ettiği gerçeğini de görmezden gelmek, mümkün değildir. Böyle bir durumda, alacaklı, borç ilişkisini kısmen elde tutarak, borca aykırılık yaptırımlarına kısmen başvurmak ve tamamen kavuşamadığı ifa menfaatini, yine kısmen telafi etmek zorunda kalır.

Borcun bir kısmının ifa edilmesi, borç ilişkisini, kaçınılmaz bir biçimde ikiye böler. Kısmi ifa oranında sona eren edim yükümlülüğü bakımından, sözleşme ilişkisi, mevcut şartlarda hüküm doğurmaya devam ederken; borçlunun kısmen ifa etmediği edim yükümlülüğü bakımından, alacaklının başvurduğu borca aykırılık rejiminin sonuçları tatbik edilir. O hâlde, kısmi ifa, sözleşmeyi öyle bir sınırla böler ki, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı ile ifa edilmemiş kısmı, bu çetin sınırın iki farklı yakasında kendilerine yer bulur.

Kısmi temerrüt rejimi, tam da bu noktada, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmı bakımından tesis edilen borca aykırılık düzenini ifade eder. Borcun yalnızca bir kısmının ifa edilmiş olması durumunda, borçlunun kalan kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşmesi, kısmi temerrüt olarak adlandırılır. Kısmi temerrüt rejimi, borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarının yalnızca sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı bakımından sonuç doğurması anlamına gelir. Böylece, borca aykırılık, sözleşmenin ifa edilmemiş kısmına hapsedilir ve kısmi temerrüdün, ifa yoluyla çizilen sınırı geçerek, sözleşmenin ifa edilmiş kısmına sirayet etmesi engellenir.

Borçlu temerrüdünün yalnızca ifa edilmemiş kısım bakımından sonuç doğurması demek, alacaklının aynen ifa talebinin ve gecikme tazminatı (TBK m. 118) isteminin, yalnızca bakiye kısım açısından söz konusu olması; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu (*müspet*) zararının tazminini talep etmesi (TBK m. 125 f. II) veya sözleşmeden kısmen dönerek, olumsuz (*menfi*) zararının o ölçüde giderilmesini istemesi (TBK m. 125 f. III) anlamına gelir.

Kısmi temerrüt hâlinde sözleşmenin iki kısma ayrılması, bir yandan, “*favor negotii*” ilkesine hizmet eder ve hukuki işlemin sıhhati, mümkün olduğu ölçüde korunmuş olur. Bu sayede, borca aykırılığın, sözleşmenin tamamına yayılması ve sözleşmeyi bütünüyle akamete uğratması ihtimali, hariç tutulur. Diğer yandan, söz konusu bölünme, “*pacta sunt servanda*” ilkesine fayda sağlar ve borçlu, ahde tamamen vefasızlık etmek yerine, hiç değilse sözünde kısmen durmuş olur.

Sözleşmenin teoride iki kısma ayrılması, hukuk mantığına ve menfaatler dengesine uygun düşse de, bir dizi hukuki sorunu beraberinde getirir. Zira, sözleşmenin iki kısma ayrılması, edim ve karşı edim yükümlülüklerinin ikiye bölünmesini ve sinallagma (*değiş tokuş - karşılıklılık*) ilişkisinin kısmen sürdürülmesini gerekli kılar. Edim yükümlülüğünün bölünebilir olmaması veya her iki karşılıklı borcun birbirine kısmen denk düşmemesi ya da sinallagma ilişkisinin kısmi ifa hâlinde telafi edilemeyecek surette zarar görmesi, bu bölünmeyi içinden çıkılamayacak bir ip yumağı hâline dönüştürebilir. İşte, bütün bu zorlukları nazara alan kanun koyucu, alacağın hiç ifa edilmemesini yeğ tutmuş olacak ki, TBK m. 84 hükmünde, alacaklıya, kısmi ifayı bir kenara itip, borcun tamamı bakımından borca aykırılığın sonuçlarına başvurma imkânı tanımıştır.

İhtiva ettiği zorluklar bir yana, kısmi temerrüt rejimi, uygulamada karşılaşılan pratik ihtiyaçlar sebebiyle, İsviçre -Türk öğretisinde kendine yer edinmiştir. Zira, bir borcun kısmen ifa edilmemesi, tamamen ifa edilmemesinden daha az rastlanılan bir durum değildir. Buna rağmen, İsviçre-Türk kodifikasyon hareketinin, kısmen gerçekleşmesi muhtemel bir borçlu temerrüdüne gözlerini kapattığı ve kısmi temerrüt meselesine dair pek çok sorunun çözümünü, öğretiyile uygulamaya bıraktığı söylenebilir. Kanun koyucunun bu tutumunun bir yansıması olarak, kısmi temerrüt konusu, İsviçre-Türk öğretisinde hak ettiği yeri edinmemiştir. Bu sebeple, mevcut çalışma, kısmi temerrüdün hukuki statüsünü tayin ederek, bir ölçüde kısmi temerrüt

kurumuna itibarını iade etme, onu gerçek bir hukuki rejim hâline getirme ve kısmi ifa engellerini sistemleştirme gayesi güder.

“*Kısmi temerrüt*” başlığını taşıyan çalışma, mantıksal bir silsileyle ilerleyen dört ana bölümden oluşmaktadır:

- i. “*Kısmi Temerrüt Kavramı ve Hukuki Çerçevesi*” başlığını taşıyan ilk bölümde, kısmi temerrüt kavramı ve benzer kurumlardan ayırt edilmesi üzerinde durulmakta; ayrıca, kısmi temerrüt kurumuna temel oluşturabilecek ve açık kanun boşluğunun doldurulmasında fayda sağlayacak hukuki imkânlar irdelenmektedir.
- ii. “*Kısmi Temerrüdün Şartları*” başlıklı ikinci bölümde, bir yandan, kısmi temerrüdün varlık sebebini teşkil eden kısmi ifa kavramı, derinlemesine incelenmekteyken; diğer yandan, borçlu temerrüdünün genel şartlarının, kısmi temerrüt hâlinde ne şekilde tatbik edileceği ortaya konulmaktadır.
- iii. “*Kısmi Temerrüdün Sonuçları*” başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise, kısmi temerrüdün genel sonuçları, para borçları açısından sonuçları ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından sonuçları ele alınmakta; son kısımda, ek süre tayin eden alacaklının, bakiye kısmın aynen ifasından vazgeçme ve olumlu zararın tazminini talep etme hakkı ile sözleşmeden kısmen dönme ve olumsuz zararın giderilmesini isteme hakkı, sonuçlarıyla birlikte kapsamlı bir şekilde değerlendirilmektedir.
- iv. “*Alacaklının Borcun Tamamı İçin Borçlu Temerrüdüne Başvurması*” başlığını taşıyan son bölümde ise, dengenin kısmi temerrüt aleyhine bozulduğu ve sözleşmenin ifa edilmemiş olan kısmının, ifa edilmiş olan kısmına sirayet ettiği özel hâllerde, alacaklının borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı irdelenmekte; alacaklının, hangi durumlarda, kısmi temerrüt yerine, bütüncül temerrüt rejimine başvuracağı belirlenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİSMİ TEMERRÜT KAVRAMI VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ

I. KİSMİ TEMERRÜT KAVRAMI VE BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

A. Kısmi Temerrüt Kavramı ve İfa Engelleri Arasındaki Yeri

1. Sistematik Açıdan Kısmi Temerrüt

“*Kısmi Temerrüt (demeure partielle / Teilverzug)*”¹ veya bazı yazarların tercih ettiği şekliyle “*Bölümsel Temerrüt (Partialverzug)*”² gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nda, gerek 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda, gerekse de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş bir kurum değildir³. Kanun koyucu, TBK m. 117-126 ile İsvBK m. 102-109 hükümlerinde düzenlenen borçlu temerrüdü kurumunun aksine, borçlunun genellikle borcun tamamı bakımından temerrüde düşeceğini varsayarak, kanunda açıkça kısmi temerrüt kurumuna yer vermemiştir. TBK m. 137 hükmünde borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığı hâli için ayrıntılı bir düzenleme öngörmüş olmasına rağmen, kanun koyucu, kısmi temerrüt

¹ Kavram için bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5, art. 109 CO N 38-39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209 vd., Art. 109 OR 34 vd.; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 34-36; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Bucher, AT, s. 382; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 410; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Keller/Schöbi, s. 278; Koller, AT, N 57.21; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.35; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Serozan, Borçlar Genel, s. 245; Serozan, Dönme, s. 386; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 931; Öz, Dönme, s. 42; Buz, Dönme, s. 313 vd.; Gayretli Aydın, s. 32.

² “*Bölümsel Temerrüt*” kavramı için bkz. Serozan, Borçlar Genel, s. 245; Serozan, Dönme, s. 386; Öz, Dönme, s. 42. Bölümsel temerrüt kavramını karşılayan “*Partialverzug*” kavramı için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209.

³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 765; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Poroy/Yasaman, s. 195; Öz, Dönme, s. 42; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

kurumunu görmezden gelerek ihmal etmiştir⁴. Keza, kısmi temerrüt kavramı bazı Yargıtay kararlarında zikredilse de, tatmin edici bir içtihadı yer verilmemiştir⁵.

Özel bir kısmi temerrüt rejimi ihtiva etmeyen mehzat İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda, kısmi temerrüt durumunda doğrudan uygulanabilecek bir kısmi ifa engelleri rejimi de mevcut değildir.⁶ Bu açıdan İsviçre-Türk hukuk sistemi, kısmi ifa engelleri ve genel bir kısmi temerrüt rejimine yer veren Alman hukuk sisteminden ayrılır⁷. Kısmi temerrüt rejiminin kanunda düzenlenmemiş olması ve kısmi ifa engellerine yönelik genel bir kuralın bulunmaması nedeniyle, kısmi temerrüt konusunda kanunda bir açık boşluk (*offene Lücke / lacune ouverte*) bulunduğu bahsedilebilir. Söz konusu açık boşluğun, kanunda yer alan bazı hükümler ışığında doldurulması ve bu sayede kısmi temerrüdün bir sistem hâline getirilmesi mümkündür. Nitekim, mevcut çalışmanın gayesi de budur⁸.

Kısmi temerrüt, sistematik açıdan borçlu temerrüdü rejiminin altına konumlanır. Daha açık bir ifadeyle, kısmi temerrüt, esasen borçlu temerrüdünün bir türüdür. Böylece, kısmi temerrüt kavramı ile, borca aykırılık teşkil etmeyen alacaklı temerrüdü dışlanmış ve doğrudan borçlu temerrüdü rejimi kastedilmiş olur. Kısmi temerrüt rejiminin borçlu temerrüdü rejiminin altında sınıflandırılmasının diğer bir sonucu ise, TBK m. 117-126 hükümlerinin kısmi temerrüt bakımından birer **normatif kaynak**

⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1735. Kısmi imkânsızlık konusunda bkz. aşağıda, **B.1/I/B/2**, “Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı” isimli başlık. Ayrıca bkz. aşağıda, **B.1/II/C/1/b**, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar” ile aşağıda, **B.1/II/C/2/b**, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar” isimli başlıklar.

⁵ Söz konusu kararlar için bkz. **Yargıtay 8. HD**, E. 2017/3629, K. 2017/9990, T. 5.7.2017 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2013/6-1759, K. 2015/1249, T. 22.4.2015 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2013/6-192, K. 2013/1560, T. 13.11.2013 (Kazancı); **Yargıtay 6. HD**, E. 2012/6713, K. 2012/9866, T. 2.7.2012 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 2009/7194, K. 2010/2089, T. 12.4.2010 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2005/6-732, K. 2005/740, T. 21.12.2005 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 1998/815, K. 1998/2128, T. 21.5.1998 (Kazancı); **Yargıtay 12. HD**, E. 1996/5212, K. 1996/5327, T. 17.4.1996 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 4.7.1988 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı); **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325); **İstanbul BAM 7. HD**, E. 2021/3490, K. 2021/2779, T. 17.11.2021 (Kazancı).

⁶ **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325): “(...) Borçlar Kanunu'muzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında “-akitten rücu eden alacaklının, tediyeye eylediği şeyi istirdat edebileceği-” belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut “kanun içi” boşluğun tamamlanması gerekmektedir (...)”.

⁷ Alman Hukuku'nda kısmi temerrüt rejimi genel itibarıyla kanunda BGB § 281 Abs. I ve § 323 Abs. V hükümlerinde düzenlenmiştir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 153 vd., BGB § 323 N B 126 vd.; Erman-Westermann, BGB § 281 N 29 vd., BGB § 323 N 25 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 36 vd., BGB § 323 N 24; Emmerich, § 19 N 18; Medicus/Lorenz, § 37 N 19 vd.

⁸ Bkz. aşağıda, **B.1/II**, “Kısmi Temerrüt Kurumuna Temel Oluşturacak Hukuki İmkânlar” isimli başlık.

teşkil etmesidir. Bunun anlamı, olumlu açıdan, borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerin, doğrudan olmasa da, hiç değilse kıyasen kısmi temerrüt bakımından uygulanabilir olmasıdır. Olumsuz açıdan ise, borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerin pek çoğunun kısmi temerrüt hâlinde doğrudan uygulanamayacağıdır.

2. Kavramsal Açıdan Kısmi Temerrüt

a. Genel Olarak

Borçlu temerrüdü, en kapsayıcı şekilde, “*borçlunun ifası mümkün ve muaccel olan bir borcu ifa etmemesi ve ifadan kaçınma hakkı bulunmaması durumunda, ifayı kabule hazır olan alacaklının ihtarıyla birlikte meydana gelen borca aykırılık hâli*” olarak tanımlanabilir⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için, borcun muaccel ve ifasının mümkün olması, borçlunun borcunu ifa etmemesi, kural olarak alacaklının temerrüt ihtarında bulunması ve borçlunun ifadan kaçınma hakkının olmaması gerekir¹⁰.

Kısmi temerrüt ise, en geniş anlamıyla, “*borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı için gerçekleşmiş olması*” şeklinde tanımlanabilir. Nitekim, kısmi temerrüt, lafzi açıdan borçlu temerrüdünün kısmen var olması veya kısmen gerçekleşmesi anlamına gelir. Bu çerçevede, borçlu temerrüdünün şartlarının borcun tamamı bakımından değil, yalnızca bir kısmı açısından gerçekleşmesi durumunda, borçlu kısmi temerrüde düşer. Kısmi temerrüt rejiminde gecikme, borcun tamamı açısından değil, yalnızca bir bölümü açısından söz konusu olduğu için, borca aykırılık, borçlunun borcunu ifa etmeyerek temerrüde düştüğü kısım bakımından gerçekleşir.

Kısmi temerrüt, genellikle dar anlamda ve teknik açıdan tanımlanır. Dar anlamıyla kısmi temerrüt, “*bir borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun henüz ifa edilmemiş olan bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi*” şeklinde tanımlanabilir¹¹. Başka bir ifadeyle kısmi temerrüt, borçlunun

⁹ Tekinay’ın tanımına göre, “*Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa bu surette gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir.*” Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 911. Benzer yönde bkz. Tercier/Pichonnaz, N 1370, 1374 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1370, 1374 vd.

¹⁰ Genel olarak bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 33 vd.; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 10 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1374 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2656 vd.; Bucher, AT, s. 355 vd.; Schwenzer/Fountoulakis, N 65.01 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 3 vd.; Keller/Schöbi, s. 265 vd.; von Büren, AT, s. 365 vd.; Koller, AT, N 55.08 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 119; Huguenin, OR, N 910 vd.; Schmid, s. 3 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1374 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1498 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 911 vd.; Nomer, Borçlar Genel, N 186. Bkz. aşağıda, B.2/II, “*Borçlu Temerrüdünün Genel Şartları*” isimli başlık.

¹¹ Öğretide bu tanımlı yapan eserler için bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; BK-

muaccel hâle gelmiş ve ifası mümkün olan borcunun yalnızca bir kısmını ifa etmesi durumunda, alacaklının, kural olarak borcun kalan kısmının ifasını talep etmesiyle birlikte borçlunun içine düştüğü ifa engelidir¹². Söz konusu tanımdan anlaşıldığı üzere borcun bir kısmının ifa edilmesi, yani kısmi ifa (TBK m. 84; İsvBK m. 69), borçlunun kısmen temerrüde düşmesi bakımından bir özel şart teşkil eder¹³.

Borcun bir kısmının ifa edilmesine rağmen, borçlunun borcun kalan kısmında temerrüde düşmesi, yani kısmi temerrüt rejimi iki şekilde gerçekleşebilir:

- a) İlk ihtimalde, borçlu, bölünebilir bir edimin bir kısmını ifa ettikten sonra, edimin kalan kısmı bakımından temerrüde düşer¹⁴. Bu ihtimalde, borcun konusunu oluşturan birden fazla edimden ziyade, tek bir edimin varlığından bahsedilir. Önemli olan yalnızca bir edim özelinde kısmi ifanın gerçekleşmesi, yani bölünebilir bir borcun kısmen ifa edilmesidir¹⁵.
- b) İkinci ihtimalde ise, sözleşmeyle üstlendiği birden fazla edim yükümlülüğünden sadece birini veya birkaçını ifa eden borçlu, kalan edim yükümlülükleri bakımından temerrüde düşer¹⁶. Bu ihtimalde tek bir edimden ziyade, birden fazla edimden veya bir edim bütününden (“*Gesamtleistung*”) bahsedilir. Daha açık bir ifadeyle, borç ilişkisinden doğan ve birlikte bir bütün teşkil eden birden fazla

Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Ennecerus/Lehmann, § 51, s. 223; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Bucher, AT, s. 382; Lemp, s. 27-28; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Ehrat, N 252; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 931; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹² Örneğin bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Glatthard, s. 55; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Öz, Dönme, s. 42, 98.

¹³ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2.

¹⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209. Kısmi ifanın tek bir edim özelinde gerçekleşmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.2/II/B, “Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi)” isimli başlık.

¹⁵ Bir edimin kısmen ifa edilebilmesi için bölünebilir olması şarttır. Bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7-8; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; CR-Hohl, art. 69 CO N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Ennecerus/Lehmann, § 21, s. 98; Guggenheim, Contrats II, s. 65; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Glatthard, s. 55-56. Bölünebilirlik konusunda bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/a, “Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik” ve aşağıda, B.2/II/B/1/b, “Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlıklar.

¹⁶ Birden fazla edim açısından kısmi ifanın gerçekleşebileceği yönünde bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3-5; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 138, D 27; BK-Weber, Art. 69 OR N 20-21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Würzler, s. 99-100; Barth, s. 45; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Öz, Dönme, s. 42, 98. Kısmi ifanın tek bir edim özelinde gerçekleşmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.2/II/C, “Birden Fazla Edimin Kısmi İfası (Borç İlişkisinin Kısmi İfası)” isimli başlık.

asli edim yükümlülüğü mevcutsa, kısmi temerrüt, bunlardan yalnızca bir bölümü açısından¹⁷ veya sözleşmede asli edim yükümlülüğünün yanı sıra bir yan edim yükümlülüğü varsa, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda¹⁸ söz konusu olur.

Yukarıda yer verilen ilk tanım, borçlu temerrüdünün şartlarının tamamı bakımından bir genelleme yaparken, ikinci tanım borçlu temerrüdünün yalnızca borcun ifa edilmemesi şartını esas alır. İki ifade şeklinin olması, kısmi temerrüt açısından bir tanım sorunu bulunduğu şeklinde yorumlanmaya müsaitse de, kanımızca, iki farklı tanım, kısmi temerrüt açısından iki farklı sınıflandırma yapılmasına imkân verir. Sistematik açıdan faydalı bulduğumuz söz konusu ayırım çerçevesinde, kısmi temerrüt, gerçek olmayan yani geniş anlamda kısmi temerrüt ile gerçek yani dar anlamda kısmi temerrüt olarak ikiye ayrılır:

b. Dar Anlamda (Gerçek) Kısmi Temerrüt

Borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi, kanımızca, **dar anlamda veya gerçek kısmi temerrüt** olarak tanımlanır. Nitekim, öğretide kısmi temerrüdü ifade etmek için sıkça başvurulmuş tanım da bu yöndedir. Bu yaklaşıma göre, kısmi temerrüt, borçlu temerrüdünün en önemli koşulu olan “*borcun ifa edilmemiş olması*” şartı¹⁹ çerçevesinde tanımlanmakta; muaccel bir borcun bir kısmının ifa edilmesine rağmen bakiye kısmın ifa edilmemesi kısmi temerrüt olarak adlandırılmaktadır.

Gerçek anlamda kısmi temerrüt, borçlu temerrüdünün mecburen ve kaçınılmaz olarak borcun bir kısmı bakımından gerçekleştiği ve borçlunun kısmen temerrüde düşmesinin akabinde, borcun tamamı bakımından temerrüde düşmesinin mümkün olmadığı kısmi ifa engelidir. Geniş anlamda ve gerçek olmayan kısmi temerrüdün aksine, gerçek ve dar anlamda kısmi temerrütte borçlu temerrüdü, mecburen borcun ifa edilmemiş olan bakiye kısmı bakımından gerçekleşir. Zira, borcun bir kısmının ifa

¹⁷ Kısmi ifa, bir bütün teşkil eden birden fazla edimden bir bölümü bakımından gerçekleşebilir. Bkz. **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 14, 20-21; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 3, 5; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207; **Barth**, s. 45. Aynı yönde bkz. **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66-67; **Würgler**, s. 99-100; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 874; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

¹⁸ **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N B 15, D 27; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 209; **Esser/Schmidt**, § 6 III; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 776; **Tandoğan**, Nullité, s. 291-293; **Erdem**, CVIM, N 973, dn. 658. Ayrıca bkz. aşağıda, **B.2/II/C/3**, “*Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa*” isimli başlık.

¹⁹ Bkz. aşağıda, **B.2/I/B/2**, “*Borcun Muaccel Olmasına Rağmen İfa Edilmemesi*” isimli başlık.

edilmesi durumunda, artık borçlunun borcun tamamı bakımından temerrüde düşmesi ihtimali ortadan kalkar.

Gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt rejiminin en önemli şartı, TBK m. 84 anlamında ifanın kısmen gerçekleşmesidir. Buna göre, kısmi ifa gerçekleşmediği müddetçe, borçlunun gerçek anlamda kısmen temerrüde düşmesi mümkün değildir. Nitekim, kısmi temerrüt, İsviçre-Türk öğretisinde dar ve gerçek anlamıyla ele alındığı için²⁰, öğretide kısmi ifa, kısmi temerrüt bakımından bir özel şart ("*condictio specialis*") olarak kabul edilir²¹. Genel kabule uygun şekilde, kısmi ifa, mevcut çalışma kapsamında da kısmi temerrüt rejiminin özel şartı olarak ele alınmıştır²².

c. Geniş Anlamda (Gerçek Olmayan) Kısmi Temerrüt

Borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı bakımından gerçekleşmiş olması durumunda, kanımızca, **geniş anlamda veya gerçek olmayan kısmi temerrüt** rejiminden bahsedilir. Geniş anlamda veya gerçek olmayan kısmi temerrütte, borçlu temerrüdünü meydana getiren herhangi bir koşulun, borcun bir kısmı bakımından gerçekleşmemiş veya sağlanmamış olması, kısmi temerrüde sebebiyet verir.

Geniş anlamda kısmi temerrüt kavramı, borcun bir kısmının ifa edilmesine rağmen borçlunun borcun kalan kısmında temerrüde düşmesi hâlini kapsadığı gibi, ayrıca, herhangi bir sebeple, borçlunun yalnızca borcun bir kısmı bakımından borçlu temerrüdüne düştüğü bütün hâlleri içerir. Örneğin, alacaklı, alacağın tamamı yerine yalnızca bir kısmının ifasını talep ederek, borcun bir bölümü bakımından temerrüt ihtarında bulunabilir²³. Alacaklının, temerrüt ihtarında asıl borçtan daha azını talep

²⁰ Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Bucher, AT, s. 382; Lemp, s. 27-28; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Ehrat, N 252; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; Gayretli Aydın, s. 32; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

²¹ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2.

²² Bkz. aşağıda, B.2/I, "Kısmi Temerrüdün Özel Şartı: Kısmi İfa" isimli başlık.

²³ von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 47-48; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14-15; CR-Hohl, art. 69 CO N 1, 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 20; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 21; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 11; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Schwenzer/Fountoulakis, N 7.27; Schenker, Schuldnerverzug, N 141; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876; İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958. Ayrıca bkz. aşağıda, B.2/II/D/2, "Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı" ve aşağıda, B.2/I/C/2/a, "İhtarın İçeriği" isimli başlıklar.

etmesi, yani borçluya bir kısmi ifa talebinde bulunması hâlinde, borçlu, yalnızca ihtara konu edilen kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşer²⁴. Bu durumda, geniş anlamda veya gerçek olmayan kısmi temerrüt meydana gelir. Benzer şekilde, borcun yalnızca bir kısmının muaccel olması durumunda, alacaklının, borcun kalan kısmının vadesinin gelmesini beklemeden muaccel kısım bakımından borçluyu temerrüde düşürmesi, geniş anlamda kısmi temerrüde yol açar. Keza, borçlunun yalnızca borcun bir kısmının ifasından kaçınma hakkına sahip olması ihtimalinde, bu hakkını kullanan borçlu, yalnızca ifadan kaçınma hakkına sahip olmadığı kısım bakımından temerrüde düşer²⁵.

Geniş anlamda kısmi temerrütte, borçlu temerrüdünün şartlarının borcun bir kısmı bakımından gerçekleşmesinin akabinde, temerrüt hâlinin borcun kalan kısmına yayılması ve borçlunun borcun tamamı bakımından temerrüde düşmesi mümkündür²⁶. Dolayısıyla, bu ihtimalde, borçlu temerrüdü, borcun yalnızca bir kısmıyla sınırlı kalmak zorunda değildir. Örneğin, alacaklının, borcun kalan kısmı bakımından temerrüt ihtarında bulunması durumunda, kısmi temerrüt, yerini borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne bırakır. Yine, borcun tamamı bakımından vade tarihi geldiğinde, alacaklı borcun bütününe talep ederek borçluyu tamamen temerrüde düşürebilir. O hâlde, geniş anlamda kısmi temerrüt, geçici nitelik taşıyabilir ve borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne evirilebilir.

Borcun bir kısmının sonradan imkânsız hâle gelmesi durumunda, yani kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, borcun ifası mümkün olan kısım bakımından borçlunun temerrüde düşmesi de, geniş ve gerçek olmayan anlamda kısmi temerrüde karşılık gelir. Teslimi taahhüt edilen iki antika halıdan birinin yanması böyledir. Öte yandan, bu hâlde, istisnaen kısmi temerrüdün ardından, borçlunun borcun tamamı bakımından temerrüde düşmesi mümkün olmaz.

²⁴ von Tuhr/Escher, § 72, s. 137; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 11; BSK-Widmer Lühlinger/Wiegand, Art. 102 OR N 6; Huguenin, OR, N 923; Schenker, Schuldnerverzeichnis, N 141; Spahr, RVJ 1990, s. 358-359; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1511.

²⁵ Bkz. aşağıda, B.2/I/D/2, “Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkı” ve (özellikle) aşağıda, B.2/I/D/2/b, “Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def’i” isimli başlıklar.

²⁶ Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmesi hâli ile gerçek olmayan kısmi temerrüt durumunu birbiriyle karıştırmamak gerekir. Zira, gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt, belli koşulların sağlanması durumunda, sanki borcun tamamından temerrüde düşülmüş gibi sonuç doğurur. Bkz. aşağıda, B.4, “Alacaklının Borcun Tamamı İçin Borçlu Temerrüdüne Başvurması” isimli başlık.

Geniş anlamda kısmi temerrüt borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmediği müddetçe, yani borçlu temerrüdü genişlemedikçe, kısmi temerrüt rejimi uygulama alanı bulur. Böyle bir hâlde, alacaklının, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, TBK m. 125 hükmü çerçevesinde, borcun bir kısmı bakımından belli hukuki imkânlarla, kalan kısmı bakımından başka hukuki imkânlarla başvurusu mümkündür. Örneğin, alacaklı, borcun bir kısmı bakımından aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini isteyebilirken, borcun kalan kısmı bakımından borçlu temerrüde düştüğünde sözleşmeden (*kısmen*) dönebilir ve olumsuz zararının karşılanmasını talep edebilir.

Geniş anlamda kısmi temerrütte, alacaklının, alacağın farklı kısımları bakımından temerrüdün sonuçlarına başvurusu konusunda, takdir ve tasarruf yetkisinin sınırını, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Bu kapsamda alacaklı, sırf borçluya zarar vermek veya borçlu nezdinde rahatsızlık yaratmak amacıyla alacağını parçalara bölerek, farklı farklı hukuki imkânlarla başvuramaz. Zira, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması, hakkın kötüye kullanıldığını gösterir²⁷.

Geniş anlamda veya gerçek olmayan kısmi temerrüt, esasen, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne evrilmedikçe, gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt rejimiyle aynı hukuki sonuçları doğurur. Bu nedenle, mevcut çalışma kapsamında aksi belirtilmedikçe, kısmi temerrüt, gerçek olmayan ve geniş anlamda değil, gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt rejimini kasteder şekilde kullanılmıştır.

B. Kısmi Temerrüdün Benzer Kurumlarla Olan İlişkisi

1. Kısmi Temerrüt ve Eksik İfa

Öğretide eksik ifanın kısmi ifa kavramıyla olan ilişkisi ve eksik ifa hâlinin ifa engelleri sistematüğinde nereye konumlandırılması gerektiği tereddütlere sebep olmuştur. İlk bakışta, eksik ifanın kısmi ifanın altında konumlandırılması gerektiği yönünde bir eğilim de öğretide göze çarpmaktadır²⁸. Kısmi ifa kavramının yanı sıra, uygulamada ve öğretide eksik ifa kavramına da başvurulduğu görülmektedir.

²⁷ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 33, 285 vd.; CR-Chappuis, art. 2 CC N 31; BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N 37-38; Deschenaux, Traité, s. 168 vd.; Oğuzman/Barlas, N 872 vd.; Dural/Sarı, N 1257 vd.; İsvFM, ATF 135 III 162; ATF 138 III 401 = JdT 2015 II 267 = SJ 2012 I 446; İsvFM, 19.9.2017, 4A_573/2016 = SJ 2019 I 193 = DC/BR 2018, 180; 20.3.2019, 4A_461/2018. Kararlar için bkz. Kara/Develioğlu, N 133, 197, 209.

²⁸ Eksik ifanın kısmi ifanın bir türü olduğu görüşünde bkz. İpek, s. 278; Demirbaş, s. 157. Hiç ifa etmeninin bir türü olduğu görüşünde bkz. Kurşat, s. 82.

Kısmi temerrüt, borçlunun borcun yalnızca bir kısmının ifasında geciktiği borca aykırılık hâlidir. Bu açıdan, **kısmi ifa**, alacaklının borçlu olunan edime kısmen kavuşması; yani, borçlunun nicelik bakımından borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa etmesidir²⁹. İfanın konusunu oluşturan edim bakımından yaklaşıldığında, **kısmi edim**, borçlunun nicelik bakımından, borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa olarak sunmasıdır. Söz konusu tanımlar nazara alındığında, kısmi ifanın, her türlü eksik ifa kavramını kapsadığı görülür³⁰. O hâlde, eksik ifa, TBK m. 84 (İsvBK m. 69) anlamında kısmi ifa kavramına denk düşer.

Kısmi ifa ile eksik ifa, hukuki kavram olarak, bardağın biri dolu diğer boş tarafından, yani iki farklı pencereden bakar. Kısmi ifa, ifanın nicel bakımından gerçekleştiği bölüme göre hukukiolguyu tanımlarken; eksik ifa, ifanın henüz gerçekleşmemiş bölümü bakımından hukukiolguyu nitelendirir. Mantiken yaklaşıldığında ise, bir borcun kısmen ifa edilmiş olması ile eksik ifa edilmiş olmasının aynı hukukiolguyu tasvir ettiği görülür. Eksik ve kısmi ifa, edim türü fark etmeksizin gerçekleşebilir; örneğin, verme borçları açısından mümkün olduğu gibi, yapma borçları açısından da söz konusu olabilir. Her iki kavram arasında farklılık yaratmak veya birini diğerinin içeriğine dâhil etmek, kanımızca beyhude bir çabadır. Nitekim, Yargıtay da her iki kavram arasında bir ayrım gözetmez³¹. Bu nedenle, mevcut çalışma kapsamında eksik ifa ile kısmi ifa kavramları eşanlamlı olarak kullanılmıştır.

Uygulamada eksik ifa kavramına en çok eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen inşaat sözleşmeleri bakımından başvurulur. Bu kapsamda, eksik ifa veya eksik iş, yüklenicinin, sözleşme uyarınca veya kullanım amacına göre dürüstlük kuralı çerçevesinde yapması gereken işlerin bir kısmını yapmamış olması şeklinde

²⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; CHK-Wullschleger, Art. 69 OR N 3; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Guggenheim, Contrats II, s. 64.

³⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; Coing, s. 532.

³¹ Yargıtay HGK, E. 1992/15-649, K. 1992/732, T. 9.12.1992 (Kazancı): “(...) Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir (...)”; Yargıtay 15. HD, E. 2009/1389, K. 2010/1028, T. 22.2.2010 (Kazancı): “(...) Davalı yüklenici, davacılara ait bağımsız bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır. Bu sebeple, arsa sahibi noksan ifanın yerine getirilmesini ya da bundan doğan zararının tazminini isteyebilir (...)”.

tanımlanır³². Yargıtay’a göre, yüklenicinin sosyal tesisleri inşa etmemiş olması³³, yüklenicinin yapması gereken imalatı eksik yapması³⁴, yangın merdiveninin bulunmaması³⁵, kalorifer dairesi ve zemin kaplama imalatının yapılmaması³⁶ veya bağımsız bölümün bulunduğu parselde havuzun yer almaması³⁷ eksik ifa sayılır. Yargıtay da eksik ifa veya eksik iş kavramını, ayıptan sorumluluk gibi hâllerden ayırarak, bu durumda doğrudan doğruya genel hükümleri veya borçlu temerrüdü rejimini tatbik eder³⁸. Eksik ifa durumunda borçlu, borcun tamamı bakımından değil yalnızca bir kısmı bakımından borçlu temerrüdüne düştüğü için, sıradan bir borçlu

³² **Yargıtay 3. HD**, E. 2022/4289, K. 2022/6535, T. 15.9.2022 (Kazancı): “(...) Eksik iş ise, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise, eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder (...)”; **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/62, K. 2019/7349, T. 17.6.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/2102, K. 2019/4778, T. 10.4.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/13683, K. 2019/3427, T. 18.3.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/24226, K. 2019/1117, T. 4.2.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2015/34078, K. 2018/410, T. 22.1.2018 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/30593, K. 2017/7328, T. 13.6.2017 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 2011/485, K. 2012/1218, T. 1.3.2012 (Kazancı): “(...) Eser sözleşmesi ilişkilerinde eksik iş, işin sözleşme ve ekleri ile projesinde gösterilen miktarda yapılmaması ya da kararlaştırılan veya işin niteliği itibarıyla yapılması gereken bazı imalatların yapılmamış ve mevcut halini iş sahibinin kabul ettiği eser (iş) olarak tanımlanmaktadır (...)”. Aynı yönde bkz. **Erman**, s. 199; **Kurşat**, s. 81; **Şahin**, Eksik İfa, s. 47 vd.; **İpek**, s. 279.

³³ Örneğin bkz. **Yargıtay 3. HD**, E. 2022/4289, K. 2022/6535, T. 15.9.2022 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/2184, K. 2023/2864, T. 24.10.2023 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2020/13-305, K. 2022/926, T. 15.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2019/13-349, K. 2022/806, T. 2.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2018/13-929, K. 2019/515, T. 2.5.2019 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2019/13-468, K. 2020/539, T. 8.7.2020 (Kazancı): “(...) Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin yalnızca bir daire satışına ilişkin olmayıp, konut tesliminin yanında taşınmazın bulunduğu alanın bütünlük arz eden bir toplu yapı olmasının getirdiği ve gerektirdiği yan edimleri de içeren vasıflı bir satım sözleşmesi mahiyeti taşıyor olması nedeniyle uyumsuzluk noktası anlamında eksik ifa kavramı ile ilgili doktrin ve uygulamadaki görüşlere daha çok inşaat hukukuna ilişkin kaynaklardan ulaşılmaktadır (...)”.

³⁴ **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/62, K. 2019/7349, T. 17.6.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/2102, K. 2019/4778, T. 10.4.2019 (Kazancı).

³⁵ **Yargıtay 3. HD**, E. 2024/1227, K. 2024/2213, T. 12.9.2024 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 2011/485, K. 2012/1218, T. 1.3.2012 (Kazancı).

³⁶ **Yargıtay 15. HD**, E. 2004/5809, K. 2005/4306, T. 17.7.2005 (Kazancı).

³⁷ Örneğin bkz. **Yargıtay HGK**, E. 2020/13-305, K. 2022/926, T. 15.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2019/13-349, K. 2022/806, T. 2.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2018/13-929, K. 2019/515, T. 2.5.2019 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2012/13-751, K. 2013/265, T. 20.2.2013 (Kazancı).

³⁸ **Yargıtay 3. HD**, E. 2022/4289, K. 2022/6535, T. 15.9.2022 (Kazancı): “(...) Eksik iş ise, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise, eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden ihbarda bulunmasına ya da ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü sadece ayıplı işler içindir (...) Eksik ifa nedeniyle ihbar şartı aranmaksızın davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcıların sorumluluğuna gidebileceğinin kabul edilmesi gerekir (...)”; **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/62, K. 2019/7349, T. 17.6.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2019/2102, K. 2019/4778, T. 10.4.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/13683, K. 2019/3427, T. 18.3.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/24226, K. 2019/1117, T. 4.2.2019 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2015/34078, K. 2018/410, T. 22.1.2018 (Kazancı); **Yargıtay 13. HD**, E. 2015/15480, K. 2017/4698, T. 19.4.2017 (Kazancı). Aynı yönde bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 105; **Koller**, Nachbesserung, N 63, 70; **Öz**, İnşaat, s. 195; **Erman**, s. 199 vd.; **Şahin**, Eksik İfa, s. 75 vd.; **Kurşat**, s. 82, 88; **İpek**, s. 278. Ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. **BK-Koller**, Art. 363 OR N 373; **Bögli**, N 430 vd.; **Kurşat**, s. 88.

temerrüdü değil, edimin ifa edilmeyen bölümünü ilgilendiren bir kısmi temerrüt meydana gelir.

Kısmi veya eksik ifa hâlinde, alacaklı, ihtarda bulunarak, borçluyu kısmi temerrüde düşürür. Böylece, alacaklı, borçlu temerrüdü hükümlerine başvuru imkânı edinir³⁹. İlk olarak, alacaklı, eksik kısmın aynen ifasını ve gecikme tazminatı ödenmesini talep edebilir (TBK m. 118 ve m. 125 f. I). Bu kapsamda, TBK m. 113 f. I uyarınca, alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere, edimin kendisi veya bir başkası tarafından tamamlanmasına izin verilmesini isteyebilir⁴⁰. İkinci olarak, alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçluya bir ek süre (*mehil / önel*) tayin edip, TBK m. 125 f. II ve III hükümlerine kıyasen, eksik kısmın aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Uygulamada ise Yargıtay'ın alacaklı veya iş sahibinin, eksik ifa veya eksik iş bedelinin kendisine ödenmesini talep edebileceği ifade edilmektedir⁴¹. Kanımızca, malzeme ve işçilik masrafından oluşan eksik iş bedelinin alacaklıya ödenmesi, TBK m. 113 f. I uyarınca, masrafı borçluya ait olmak üzere, edimin alacaklı veya bir başkası tarafından tamamlanması durumunda veya TBK m. 125 f. II uyarınca alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep etmesi hâlinde mümkün olur. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme'nin çözümü sonuç itibarıyla hukuken isabetli görülebilir.

2. Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı

İsviçre-Türk Hukuku'nun ifa engelleri sistemi, borçlu temerrüdü ile ifa imkânsızlığını birbirinden ayırır. **Borçlu temerrüdü**, ifa ve talep edilebilir bir edimin ifasında gecikme anlamına gelir. Bu nedenle, borçlu temerrüdü, zaman bakımından borcun ifa edilmemesi veya borcun ifasında objektif ve borca aykırı bir gecikme olarak

³⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 105; **Koller**, Nachbesserung, N 63, 70; **Öz**, İnşaat, s. 195; **Erman**, s. 199 vd.; **Şahiniz**, Eksik İfa, s. 75 vd.; **Kurşat**, s. 82, 88; **İpek**, s. 278. Ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **BK-Koller**, Art. 363 OR N 373; **Bögli**, N 430 vd. Her iki hükme de seçimlik olarak başvurulabileceği yönünde bkz. **Kurşat**, s. 88.

⁴⁰ Kanımızca TBK m. 113 f. I, alacaklıya yapma borcu bakımından aynen ifa imkânı sunar. Bu açıdan TBK m. 113 f. I hükmü, aynen ifası zor olan yapma borcunun ifa edilmesini kolaylaştırır. İİK m.30 hükmü ise, mahkemenin aynen ifaya hükmeden kararının ne şekilde icra edileceğini düzenler. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 923. Buna karşılık, öğretide savunulan aksi görüşe göre, TBK m. 113 f. I ile İİK m. 30, alacaklının zararının özel olarak ne şekilde tazmin edileceği sorusuna cevap verir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1238; **Öz**, Dönme, s. 158, dn. 26. Detaylı bilgi için bkz. **Aydıncık**, s. 87 vd.

⁴¹ Örneğin bkz. **Yargıtay 15. HD**, E. 2011/485, K. 2012/1218, T. 1.3.2012 (Kazancı): “(...) *Dairemizin yerleşik uygulamaları ve doktrine göre, eksik iş bedelinin ihtirazi kayıt ileri sürmeye gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür (...)*”. TBK m. 112 hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. **Şahiniz**, Eksik İfa, s. 75; **İpek**, s. 285-286.

nitelendirilir⁴². Borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için, kavramsal olarak, geciken ifanın hâlen mümkün olması, başka bir deyişle, borçlunun ifayı geç de olsa gerçekleştirerek gecikmeyi telafi edebiliyor olması gerekir. O hâlde, borçlu temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, ifası istenen borcun ifasının mümkün olması şarttır⁴³. Borcun ifası objektif biçimde imkânsız olduğu sürece, borçlu temerrüdünün meydana gelmesi veya temerrüt önceden meydana gelmiş ise devam etmesi mümkün olmaz⁴⁴. Kısmi temerrüdün meydana gelebilmesi için de borçlunun temerrüde düştüğü kısmın ifasının mümkün olması gerekir. O hâlde, ifa imkânsızlığı, hem kısmi hem bütüncül borçlu temerrüdünü dışlar ve her ikisinin aynı edim konusu bakımından yarışması mümkün olmaz.

İfa imkânsızlığının borçlu temerrüdüne engel olabilmesi için, sonraki ifa imkânsızlığının **objektif** olması, yani borcun yalnızca borçlu tarafından değil, herhangi bir kişi tarafından yerine getirilemiyor olması şarttır⁴⁵. Bizim de isabetli bulduğumuz görüş çerçevesinde, subjektif ifa imkânsızlığı, gerçek anlamda imkânsızlık sonucunu doğurmaz. İfayı subjektif bakımdan yerine getiremeyen borçlu, temerrüde düşer⁴⁶. Nitekim, borçlu temerrüdü hükümleri, borçluya daha elverişli bir

⁴² BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 33; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 1; Esser/Schmidt, § 28 I; Schwenger/Fountoulakis, N 65.01; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2656; von Büren, AT, s. 365 vd.; Huguenin, OR, N 910; Keller/Schöbi, s. 265; Wiegand, recht 1983, s. 119; Schmid, s. 3 vd.; Nomer, Borçlar Genel, N 185.4; İşıntan, s. 45. Almanca “*objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung*”, yani, “*borcun ifasında objektif ve borca aykırı gecikme*” kavramı için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 33; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2656.

⁴³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 40; CHK-Furrer/Wey, Art. 102 OR N 1; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; BK-Becker, Art. 102 OR N 1; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2658; Staudinger-Feldmann, Vor. BGB § 286-292 N 16; Bucher, AT, s. 339, 356; von Büren, AT, s. 365; Huguenin, OR, N 910, 915; Kramer/Probst, N 491; Schwenger/Fountoulakis, N 65.02; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2658; Tercier/Pichonnaz, N 1382; Müller, s. 58; Müller-Chen, s. 196 vd.; Locher, s. 39; Schenker, recht 1989, s. 50; Spahr, RVJ 1990, s. 354; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1526; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 912; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 469; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1382; İsvFM, 9.3.2006, 1P.802/2005: “(...) İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün sonuçlarına ilişkin düzenleme, yalnızca borçlunun ediminin sonraki ifasının hâlâ mümkün olması hâlinde anlamlıdır ve geçerlidir. Kavramsal olarak, temerrüt ancak ve ancak borçlanılan edim mümkün olduğu sürece var olabilir (...)”. Ayrıca bkz. aşağıda, B.2/I/B/1, “Borcun İfasının Mümkün Olması” isimli başlık.

⁴⁴ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2658.

⁴⁵ ZK-Schönle, Art. 184 OR N 169 vd.; ZK-Aeppli, Art. 119 OR N 49 vd.; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 5; Tercier/Pichonnaz, N 1592; von Büren, AT, s. 365, 390 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2575 vd., 2658; Gauch, Werkvertrag, N 719; Stöckli, Synallagma, N 576; Schenker, Schuldnerverzug, N 17 vd.; Ziegler, s. 24, 65 vd.; Eren, Borçlar Genel, N 3254, 4121; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 844-845; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1592. İmkânsızlığın subjektif olsa da temerrüde engel teşkil edeceği ve ifa imkânsızlığı olarak kabul edileceği yönündeki karşı görüş için bkz. BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 3a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 48; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 11, 13; Koller, AT, N 53.12; Schwenger/Fountoulakis, N 63.13; Guhl/Koller, § 31 N 2 vd.; Engel, Obligations, s. 706; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 904; Nomer, Borçlar Genel, N 178.3; Gümüş, Borçlar Genel, s. 870; İsvFM, ATF 135 III 212; İsvFM, 6.11.2017, 2C_390/2016; 6.11.2017, 2C_391/2016.

⁴⁶ Kanımızca, ifa imkânsızlığının objektif olması, borcu şahsen ifa edemeyecek durumda olan

giderim imkânı sunar; özellikle, alacaklıya aynen ifa talebinin sona ereceği anı seçme imkânı bahşeder⁴⁷.

Borçlu imkânsızlıktan sorumlu olsun veya olmasın, **kısmi ifa imkânsızlığı** (*impossibilité partielle / Teilunmöglichkeit*), bir edimin tamamının değil, yalnızca bir kısmının imkânsız hâle geldiği; yani, borçlunun borçlu olduğu edimin yalnızca bir kısmını ifa edebildiği, kalan kısmını ise ifa etme imkânından yoksun olduğu ifa engelidir⁴⁸. Nitekim, kanun koyucunun TBK m. 137 f. II hükmünde vurguladığı üzere, kısmi temerrüt açısından olduğu gibi, kısmi ifa imkânsızlığının meydana gelmesi için, borcun konusunu oluşturan edimin, aşağıda yer verdiğimiz üzere, objektif ve sübjektif açıdan **bölünebilir** olması gerekir⁴⁹. Aksi hâlde, imkânsızlık yaratan olgunun edimin bir kısmını etkilemesi ve yalnızca borcun bir kısmını imkânsız hâle getirmesi mümkün olmaz. Edim, sübjektif ve objektif bakımdan bölünebilir değilse, imkânsızlık her ne kadar edimin bir kısmını etkilemiş olsa da, edimin tamamının imkânsız hâle geldiği sonucuna varılır⁵⁰.

Her ne kadar ifa imkânsızlığı ve borçlu temerrüdü birbirini dışlasa da, her iki ifa engelinin, bölünebilir bir edim bakımından aynı anda, ancak edimin farklı kısımlarında gerçekleşmesi mümkündür. İfa imkânsızlığının edimin yalnızca bir kısmını etkilemesi durumunda, imkânsızlığın tesir ettiği kısım açısından kısmi ifa imkânsızlığı, ifası

borçlunun, edimi üçüncü kişiden temin edip alacaklıya ifa olarak sunma imkânı tanınması açısından daha isabetlidir. Aksi hâlde üçüncü kişinin mülkiyetinde olan bir malı satan borçlunun hemen her durumunda kusuruyla ifa imkânsızlığına yol açtığı sonucuna varılır. Oysa bu durumda, borçlu, malı üçüncü kişiden temin ederek ifa edebilir durumdadır. Şayet aynen ifasına hükmedilen bir taşınır mal borçlunun elinde bulunmazsa ve ilamda malın değeri yazılı değilse, İİK m. 24 uyarınca, haciz tarihindeki rayiç değeri borçludan tahsil olunur. Haciz tarihindeki rayiç değer tahsili, alacaklıya önemli bir giderim imkânı sunar. Taşınır mal dışında bir edim söz konusu olduğunda ise, alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiği tarihi kendisi tayin ederek, olumlu zararın tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararın giderilmesini isteyebilir. Aynen ifadan vazgeçtiği tarihi kendisi seçen alacaklı, zararın hangi ana göre hesaplanacağını belirlemiş olur. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanınsa bile, borçlu temerrüdü, alacaklının daha lehinedir.

⁴⁷ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 5.

⁴⁸ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 326 N 19 vd.; Kley, s. 17-18, 106; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2604; Barth, s. 45; Caytas, s. 29; Gauch/Schlupe/Tercier, N 1963; Dural, İmkânsızlık, s. 90; Eren, Borçlar Genel, N 4127; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 846; Ercoşkun Şenol, s. 113 vd. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.1/II/C/1/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar” ile aşağıda, B.1/II/C/2/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar” isimli başlıklar.

⁴⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 47 vd.; Larenz, AT, § 22, II c; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101; Barth, s. 45; Caytas, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Gümüş, Borçlar Genel, s. 871; Dural, İmkânsızlık, s. 90. Bölünebilirlik konusunda bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/a, “Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik” ve aşağıda, B.2/II/B/1/b, “Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlıklar.

⁵⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101; Larenz, AT, § 22, II c; Pichonnaz, Impossibilité, N 588-589; Dural, İmkânsızlık, s. 129.

mümkün olan kısım açısından ise, kısmi temerrüt hükümleri uygulanır⁵¹. İfa imkânsızlığı borcun ifasını engellediği ölçüde borçlu temerrüdüne son vereceği için, edimin bir kısmının imkânsız hâle gelmesi durumunda, belli bir edim özelinde kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüdün birlikte var olduğu bir ifa engeli sorunsalı meydana gelir.

Örneğin, on bağımsız bölüm inşa etmekle yükümlü olan bir yüklenici, dört bağımsız bölüm bakımından inşaat izninin alınmamasına sebebiyet vermiş ve kalan altı bağımsız bölüm bakımından temerrüde düşmüşse, kısmi ifa imkânsızlığı ve kısmi temerrüt bir arada bulunmuş olur. Benzer şekilde, alacaklının sipariş ettiği dört antika hâlden ikisi, borçlunun ifa yardımcılarının dikkatsizliği sebebiyle yanar, kalan ikisi de zamanında teslim edilmezse, aynı durumla karşılaşılır. Bu durumda, kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüt, edimin farklı bölümleri bakımından meydana geldiği için, alacaklı, edimin her bir kısmı bakımından kendisine tanınan hukuki imkânlarla ayrı ayrı ve serbestçe başvurabilir. Başka bir deyişle, imkânsız hâle gelen kısım bakımından ifa imkânsızlığı, ifasında gecikilen kısım bakımından kısmi temerrüt rejimi tatbik edilir⁵².

3. Kısmi Temerrüt ve Kötü İfa

a. Genel olarak

Borcun gereği gibi ifa edildiğinden bahsedebilmek için, **nicelik** ve **nitelik** bakımından tam ve eksiksiz bir şekilde ifa edilmesi; borcun tamamının edime uygun bir biçimde yerine getirilmesi gerekir. Borcun kötü ifa edilmesi, “*nitelik bakımından kısmi ifa (qualitativer Teilleistung)*” hâli olarak nitelendirilirken, kısmi ifa ve gerçek anlamda kısmi temerrüt, “*nicelik bakımından kısmi ifa (quantitativer Teilleistung)*” olarak nitelendirilebilir⁵³. Başka bir deyişle, kötü ifa borcun nitelik bakımından eksik ifa edilmesi anlamına gelirken, kısmi ifa (*Teilleistung*) ve kısmi temerrüt (*Teilverzug*) borcun nicelik bakımından eksik ifa edilmesi şeklinde tanımlanabilir⁵⁴. Bu meydana,

⁵¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103, Art. 102 OR N 42.

⁵² Kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüt rejiminin birlikte var olması rejimi, kısmi temerrüdün sonuçları başlığı altında, beklenmeyen hâlden sorumluluk (TBK m. 119; İsvBK m. 103) bahsinde incelendiği için alacaklının hangi hukuki imkânlarla başvuracağı konusunda ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/I/D/4, “*Kısmi Temerrüt Hâlinde Özel Durum: Kısmi Temerrüt ile Kısmi İfa İmkânsızlığının Bir Arada Bulunması*” isimli başlık.

⁵³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 22.

⁵⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140.

kısmi temerrüt ve onun içinde yer alan kısmi ifa kavramı ile kötü ifa kavramı, nicelik (*miktar*) ile nitelik (*vasıf*) ayırımında kendilerine farklı ve zıt taraflarda yer bulur.

Gereği gibi ifa etmeme (*exécution imparfaite / nicht gehörige Erfüllung*), ifanın edime uygun olmaması, borcun tam ve doğru bir şekilde, sözleşmede öngörüldüğü hâliyle yerine getirilmemesidir. Borcun gereği gibi ifa edildiğinden söz edebilmek için, borçlanılan edimin “*ifa modaliteleri*” olarak anılan bütün unsurlarıyla birlikte ifa edilmiş olması gerekir. İfa unsurları ise, ifanın tarafları, yer ve zaman itibariyle ifanın sözleşmeye uygun olması, nitelik ve nicelik olarak ifanın edime uygun bir şekilde gerçekleştirilmesidir⁵⁵. İfa unsurlarından birinin eksik olması durumunda, **geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme** söz konusu olur⁵⁶. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, kötü ifanın yanı sıra, borçlu temerrüdünü ve dolayısıyla kısmi temerrüdü de içine alır. Öte yandan, **dar anlamda gereği gibi ifa etmeme**, ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uygun düşmemesi hâlinde söz konusu olur⁵⁷. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramı, borcun nitelik bakımından eksik ifa edilmesi, yani kötü ifa (*Schlechterfüllung*) kavramına denk düşer⁵⁸. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa, doğrudan nitelik eksikliklerini esas aldığından, kısmi temerrüt rejimini dışlar.

Kötü ifadan bahsedebilmek için, eksikliğin edimin niteliğini ilgilendirmesi gerekir. Şayet edimdeki eksiklik, edimin niteliğinde bir noksanlığa yol açıyorsa, bu durumda bir kötü ifa söz konusu olur. Örneğin, 2.000 adet sipariş edilen bir kitabın bazı sayfalarının eksik veya yanlış basılması, bir inşaatın demir oranının düşük olması, kiralanan taşınmazın yeterli havalandırma sisteminin olmaması veya işçinin işini özensiz yapması böyledir. Buna karşılık, eksikliğin edimin niteliğini değil, niceliğini, yani, miktar, uzunluk, hacim, ağırlık gibi özelliklerini ilgilendirmesi durumunda kısmi ifa ve -şartları sağlanırsa- kısmi temerrüt hâlinde bahsedilebilir. Böyle bir durumda,

⁵⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 97 OR N 6; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2024 vd.; Barth, s. 6-7; Guhl/Koller, § 29 N 1; Neuenschwander, s. 45; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 398; Eren, Borçlar Genel, N 3273; Aral, s. 74; Nomer, Borçlar Genel, N 185.6; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 848; Tolu, s. 8. “*İfa modaliteleri (Erfüllungsmodalität veya die Modalitäten der Leistungspflicht)*” konusunda bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2027; Eren, Borçlar Genel, N 3273.

⁵⁶ ZK-Oser/Schönenberger, OR Art. 97 OR N 6; Guhl/Koller, § 31 N 13; Neuenschwander, s. 45; Stanislas, s. 100; Barth, s. 6-7; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 398; Eren, Borçlar Genel, N 3275; Aral, s. 74; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 848; İpek, s. 256.

⁵⁷ Guhl/Koller, § 31 N 14; Barth, s. 6 vd.; Neuenschwander, s. 45-48; Schwenzer/Fountoulakis, N 67.01; Eren, Borçlar Genel, N 3275; İpek, s. 256.

⁵⁸ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 26 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 120; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 19; BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 19; Gauch/Schlupe/Emmenegger, 2627; Guhl/Koller, § 31 N 13; Huguenin, OR, N 847; Koller, AT, N 53.35; Barth, s. 7-8; Eren, Borçlar Genel, N 3275, 3278; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 973.

edimdeki eksikliğin, edimin niteliğine sirayet etmediği ve niceliğiyle sınırlı kaldığı söylenebilir. Kitabın 2.000 adet değil 1.500 adet basılması, projede yer alan sosyal tesisin inşa edilmemesi, konut kirasında sözleşmede yer alan park alanının teslim edilmemesi veya işçinin haftada on saat az çalışması bu konuda örnek gösterilebilir.

b. Kısmi Temerrüt ve Ayıptan Sorumluluk

Kısmi temerrüt ile ayıptan sorumluluk arasındaki sınırın çizilmesi bazen zorluk arz eder. Zira, ayıptan sorumluluk borcun nitelik bakımından eksik ifa edilmesi anlamına gelirken, kısmi temerrüt borcun nicelik bakımından, yani terim anlamıyla eksik ifa edilmesi şeklinde ifade edilebilir⁵⁹. Edimdeki eksikliğin niteliğe dair olması durumunda, yani nitelik eksikliği (*vice de qualité*) hâlinde ayıptan sorumluluk lehine, nicelik eksikliği (*vice de quantité*) hâlinde ise kısmi temerrüt lehine görüş bildirmek gerekir.

Eksik veya kısmi ifa ile ayıplı veya kötü ifa arasındaki ayrımın sınırlarının çizilmesi, örneğin satılardaki bazı parçaların eksik olması durumunda yahut ifa eksikliğinin niteliği de etkilediği bazı hâllerde oldukça zordur ve mevcut çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Görüşümüzü kısaca özetlemek gerekirse, öğretide isabetli bir biçimde kabul edildiği şekilde, daha önce ifa edilmiş olan kısma zarar vermeksizin eksikliğin giderilebildiği hâllerde, eksik veya kısmi ifanın bulunduğu, aksi hâlde nitelik eksikliği olarak tanımlanan ayıplı ifanın mevcut olduğu sonucuna varmak gerekir⁶⁰. Öte yandan, ifa edilmiş kısma zarar vermeme koşulunun yanı sıra, kalan kısmının aynen ifasının mümkün görülmesi, yani kalan kısım bakımından bir kısmi ifa imkânsızlığının gerçekleşmemiş olması şarttır. Örneğin, yüklenicinin havuzlu villa teslim etmeyi taahhüt ettiği hâllerde, havuzun yapılmaması, şayet mevcut yapıya zarar vermeden sonradan tamamlanabilecek bir eksiklikse, kısmi veya eksik ifa teşkil eder.

⁵⁹ BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 51; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Keller/Siehr, s. 47. Eksik ifa bakımından bkz. CR-Foëx/Benoit, art. 219 CO N 4; Gauch, Entreprise, N 101 vd.; Tercier/Bieri/Carron, N 998.

⁶⁰ Gauch, Entreprise, N 1449; Koller, Nachbesserung, N 36, dn. 44; Şahiniz, Eksik İfa, s. 50; İpek, s. 283; Kara, Zamanaşımı, s. 75-76; Yargıtay 13. HD, E. 2015/7316, K. 2016/13579, T. 25.5.2016 (Kazancı): “(...) Yargıtay uygulamasında eksik iş, sözleşme konusu işin bir kısmının ya da tamamının hiç yapılmamasıdır; yani yapılmayan iştir. Yapılmayan bir işin teslimi sözkonusu olmaz. Ayıplı iş ise, eksik işten farklı olup, esasen yapılan işteki vasıf noksanlığıdır. Ayıba karşı tekeffül borcu konutun fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi ile doğar. Diğer bir anlatımla ifanın hiç yerine getirilmemesi halinde eksik ifadan söz edilir (...) Bu hususta şu ölçütten yararlanmak gerekir: Eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkünse eksiklikten, fakat eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir (...) Örneğin asansörün motorunun takılmaması eksik iş, motorunun bir parçasının takılmaması sebebiyle çalışmayan asansör ayıplı sayılır. Yine bir konutun kararlaştırıldığı halde mutfak dolaplarının takılmaması eksik ifa, bu dolabın madde yerine kavaktan yapılması ayıplı ifadır (...)”.

Şayet, mevcut yapı bakımından tadil ruhsatı alınamıyorsa, eksikliğin tamamlanması mümkün olmadığı için, kısmi ifa imkânsızlığı söz konusu olur.

Eksik edimin kısmi ifaya zarar vermeksizin tamamlanabiliyor olması, ifa fiilinin kısmen gerçekleştiğini ve alacaklının herhangi bir hukuki imkana başvurması gerekmeksizin, borçlunun söz konusu eksiliği giderebileceğini gösterir. Zira, kısmi ifanın her zaman borçlu tarafından tamamlanması mümkündür. Buna karşılık, ayıplı ifa hâlinde, onarım veya değişim hakları kullanılmaksızın borçlunun söz konusu ayıplı gidermesi mümkün olmaz. Zira, ayıplı ifa hâlinde, ifa fiili tamamlanmış ve alacaklı edimi ifa olarak kabul etmiştir. Oysa, alacaklı, eksik ifa edilen kısmı, ifa olarak kabul etmemiş ve edim hasarı alacaklıya geçmemiştir. Bu nedenle, eksik ifa hâllerinde, ayıptan sorumluluk rejiminin uygulanması mümkün değildir.

Kanımızca, yukarıda yer verdiğimiz ayırım, sağladığı hukuki imkânlar bakımından da menfaat dengesine uygun düşer. Nitekim, eksik ifa hâlinde, alacaklı, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını kullanamaz. Ayıptan sorumluluk rejiminde alacaklıya düşen, eksik ifa edilen kısım bakımından bedel indirimi talep etmek veya sözleşmeden kısmen dönmektir. Zaten, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması da kısmi dönme şeklinde sonuç doğurur⁶¹. Oysa, eksik ifa halinde, kısmi temerrüt rejimi uygulanacak olursa, alacaklı, eksik kalan kısmın aynen ifasını talep edebilir. Aynen ifayı talep etmek istemiyorsa, alacaklı, aynen ifadan vazgeçerek, eksik kısım yerine geçen olumlu zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir. Özetle, sonuç bakımından, kısmi temerrüt rejimi, alacaklıya daha geniş bir giderim imkânı sunar.

Miktar, uzunluk, hacim, ağırlık ve alanla ilgili beyanlar, nicelik özellikleri olarak kabul edildiği için, söz konusu unsurlardan bazılarının eksik olması durumunda kural olarak bir kısmi ifadan bahsedilir ve alacaklı söz konusu eksikliğin, ifa yoluyla giderilerek tamamlanmasını talep edebilir⁶². Eksik kısmın ifa edilmemesi kısmi temerrüde sebebiyet verebilir. Öte yandan, bazı durumlarda, nicelik eksikliğinin edimin doğrudan doğruya niteliğini etkilemesi ve aynı zamanda bir nitelik eksikliği olarak değerlendirilmesi mümkündür⁶³. Böyle hâllerde, gerçek bir nicelik eksikliği

⁶¹ Sözleşmeden kısmen dönmenin indirim hakkı şeklinde sonuç doğurduğu yönünde bkz. aşağıda, **B.3/III/C/3**, “*Kısmi Dönmenin Hukuki Niteliği*” isimli başlık.

⁶² **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 197 OR N 13; **BK-Becker**, Art. 197 OR N 1; **BK-Giger**, Vor. Art. 197-210 OR N 51; **İsvFM**, ATF 62 II 162; ATF 81 II 140; ATF 87 II 244 = JdT 1962 I 98.

⁶³ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 197 CO N 3; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 197 OR N 13; **BK-**

(*eigentlicher Quantitätsmangel*) bulunmadığı için, kısmi veya eksik ifa kavramı içinde yer alması gereken bir durum, bir şekilde kötü ifa veya ayıp kavramına dâhil edilir⁶⁴. Zira, normalde nicelik özelliklerini betimleyen unsurlar, böyle durumlarda edimin niceliğini değil niteliğini, yani ayırt edici özelliklerini tanımlamak için kullanılır. Niceliğin nitelik bahsine dâhil edildiği hâllere örnek olarak, bir sitede bulunması gereken park alanlarının eksik veya yetersiz olması⁶⁵, bir binanın kullanılabilir alanının az olması⁶⁶, bir buzdolabının iç hacminin yetersiz olması⁶⁷, bir halının ilmek sayısının az veya şarabın alkol oranının düşük olması, bir kitabın bir sayfasının eksik olması ya da bir binada eksik demir kullanılması gösterilebilir.

Kısmi veya eksik ifa kavramının kötü ifa ve ayıp kavramı içinde mütalaa edildiği, diğer bir deyişle, kısmi temerrüdün ayıptan sorumluluk içine absorbe edildiği başka durumlar da vardır. Bu durumlara ilk örnek taşınmaz satışı açısından verilebilir. Taşınmaz satış sözleşmesinde, kanun koyucu, TBK m. 244 (İsvBK m. 219) hükmünde, taşınmazın nicelik bakımından eksik ifa edilmesini ayıp olarak nitelendirmiş ve bu hâli ayıptan sorumluluk başlığı altında özel olarak düzenlemiştir⁶⁸. Esasen, taşınmazın resmi veya sözleşmede yazan yüzölçümünü içermemesi, bir nicelik eksikliği, yani bir eksik ifa hâlidir⁶⁹. Buna rağmen, kanun koyucu, söz konusu durumu, borçlu temerrüdü yerine ayıptan sorumluluk rejimi kapsamında düzenlemeyi uygun görmüştür. Öte yandan, kanun koyucu, yüzölçümü eksikliğinde, TBK m. 244 f. I uyarınca alıcıya yalnızca tazminat imkânı tanıyarak, ayıptan sorumluluktaki diğer haklardan alıcıyı mahrum bırakmış ve isabetli görülemeyecek biçimde alıcının sözleşmeden kısmen dönme imkânını ortadan kaldırmıştır. Kanımızca, bu sonucu haklı gösterecek bir

Becker, Art. 197 OR N 1; BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 52.

⁶⁴ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 197 OR N 13; BK-Becker, Art. 197 OR N 1; BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 52; İsvFM, ATF 87 II 244 = JdT 1962 I 98.

⁶⁵ İsvFM, 30.6.2005, 4C.7/2005; 30.6.2005, 4C.11/2005: “(...) Satıcı tarafından alıcıya bildirildiği müddetçe, bir binanın kullanılabilir yüzey alanı, hacmi veya oda sayısı, İsvBK m. 197 f. I uyarınca vadedilen nitelikleri oluşturur (...)”. Aksi görüşte bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2013/2589, K. 2013/4359, T. 24.6.2013 (Kazancı): “(...) Mahkemece, süresinde ayıp ihbarı yapılmadığı için davanın reddine karar verilmiş ise de öncelikle sözleşmede açıkça yazılı olan daire başına birer otoparklık yerin tahsisi taahhüdünün yerine getirilmemesi ayıp değil, mahiyetince eksik iş niteliğindedir (...)”.

⁶⁶ İsvFM, ATF 87 II 244 = JdT 1962 I 98.

⁶⁷ İsvFM, ATF 57 II 284 = JdT 1932 I 87.

⁶⁸ CR-Foëx/Benoit, art. 219 CO N 4; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 197 CO N 3; Keller/Siehr, s. 47-48; Tercier/Bieri/Carron, N 998; Tandoğan, Cilt I/1, s. 270; Serozan, Borçlar Özel, N 872; Yargıtay HGK, E. 1992/15-649, K. 1992/732, T. 9.12.1992 (Kazancı): “(...) Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez (...)”.

⁶⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 6; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Foëx/Benoit, art. 219 CO N 4; Guggenheim, Contrats II, s. 64.

gerekçe bulmak güçtür. Bu nedenle, tarafımızca, yüzölçümü eksikliğinin *de lege ferenda* ayıptan sorumluluk yerine, eksik ifa ve kısmi temerrüt kapsamına dâhil edilmesi önerilir.

Eksik ifa kavramının ayıptan sorumluluk rejimi içinde değerlendirildiği diğer bir örnek tüketici hukukundan kaynaklanır. Satılanın eksik ifa edilmesi, tüketicinin korunması amacıyla, tüketici mevzuatı uyarınca bazı durumlarda nitelik eksikliği şeklinde mütalaa edilir⁷⁰. Nitekim, TKHK m. 8 f. III uyarınca montaj borcunun ifa edilmemesi ayıplı ifa olarak nitelendirilir.

Bazı durumlarda, nicelik veya nitelik eksikliği dışında, edimin doğasında bir eksiklik (*vice de nature*) meydana gelmiş olabilir⁷¹. Başka bir deyişle, bazı karakteristik niteliklerdeki eksiklik, borçlunun borcuna yabancı bir edimi alacaklıya teslim ettiği sonucuna götürebilir. Böyle bir durumda, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi, bir nicelik veya nitelik eksikliğinden değil de, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan borcuna yabancı bir edimi (*aliud pro alio*) alacaklıya teslim etmesinden kaynaklanır⁷². Özellikle çeşit borcunda, teslim edilen edimin, karakteristik özelliklerindeki eksiklik⁷³, **aliud teslim**, yani yanlış ifa veya hiç ifa etmeme (*Falschlieferung / Nichterfüllung*) olarak nitelendirilir. Öğretide aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk rejiminin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunsa da⁷⁴, aliud teslim, borcun hiç ifa edilmemesi anlamına gelir ve hiç ifa etmemenin kurallarına tabi tutulur. Otomatik vitesli forklift satışında otomatik kumanda sisteminin bulunmaması, çift dorseli tır satışında tırın tek dorsesinin bulunması, A4 kâğıdı yerine A5 kâğıdının teslim edilmesi veya havuzlu bir bungalovun teslim edilmesinin borçlanılması hâlinde havuzun olmaması aliud teslim olarak nitelendirilir. Karakteristik nitelik eksikliği ayıplı ifa veya eksik ifa olarak değil; aliud yani yanlış ifa olarak adlandırılır. Böyle bir durumda, aynen ifanın mümkün olması hâlinde, temel

⁷⁰ **Yargıtay 13. HD**, E. 2016/26078, K. 2019/12738, T. 17.12.2019 (Kazancı): “(...) Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 Sayılı Kanun'un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır (...)”.

⁷¹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 197 CO N 3.

⁷² Aliud teslim konusunda bkz. Cyprian, s. 3 vd.; Kramer, Festschrift Honsell, s. 247 vd.; Kramer, recht 1997, s. 78 vd.; Kahraman, s. 493 vd.; Acemoğlu, s. 19 vd.; Şenocak, s. 113 vd.; Esen, s. 13 vd.; Kara, Zamanaşımı, s. 134 vd.

⁷³ ZK-Schönle, Art. 185 OR N 82; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro. art. 197-210 CO N 29; BK-Weber, Art. 71 OR N 92; Kara, Zamanaşımı, s. 140 vd.; İsvFM, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 1999 (Karar için bkz. Kramer, recht 1997, s. 78 vd.); İsvFM, 11.2.2001, 4C.279/2000; 9.10.2003, 4C.204/2002; Yargıtay 19. HD, T. 22.5.2014, E. 2014/5653, K. 2014/9696 (Kazancı); Yargıtay 19. HD, T. 6.3.2017, E. 2016/6208, K. 2017/1785 (Kazancı).

⁷⁴ Kıyasen uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Serozan, Borçlar Özel, N 698-699; Serozan, Borçlar Genel, § 18 N 3. Doğrudan uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Esen, s. 92-93.

bir eksiklik söz konusu olduğu için, kısmi temerrüt değil, bütünüyle borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır.

Ayıptan sorumluluk ile kısmi temerrüt arasındaki ayrım, uygulanacak hükümler, bu hükümlerin koşulları ve sonuçları bakımından önem taşır:

- a) Ayıptan sorumluluk hâlinde, şayet özel borç ilişkileri bahsinde özel bir hüküm mevcutsa ilgili sözleşme türünün ayıptan sorumluluk rejimi, şayet mevcut değilse kötü ifayı düzenleyen TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) hükmü tatbik edilir. Keza, ayıptan sorumluluk hâlinde, genel hükümlerle tam yarışma esası gereği, TBK m. 112 uyarınca tazminat talep etmek mümkündür⁷⁵. Kısmi ifa hâlinde ise, TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmü uygulanır. Ayrıca, CISG kapsamındaki sözleşmeler açısından CISG m. 51 ile ticari satışlarda TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü uygulanabilir. Söz konusu iki hüküm dışında, kısmi ifanın gerçekleşmesinden sonra kısmi temerrüt konusunda uygulanabilir düzenleme bulunmadığı için, mevcut çalışmada ele alındığı üzere, borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümler kıyasen tatbik edilir.
- b) Ayıptan sorumluluk ile kısmi temerrüt arasındaki önemli bir diğer farklılık hukuki koşullar bakımından karşımıza çıkar. Ayıptan sorumluluk rejimi, satış sözleşmesinde olduğu gibi, çoğunlukla gözden geçirme ve bildirim külfeti veya kısa zamanaşımı süreleri gibi katı şartlara tabi tutulurken (TBK m. 223 ve m. 474), kısmi temerrüt konusunda kıyasen tatbik edilen genel hükümler çerçevesinde bu denli katı koşullar veya telafisi imkânsız külfetler mevcut değildir.
- c) Ayıptan sorumluluk ile kısmi temerrüt sonuç bakımından da birbiriyle ayrışır. Ayıptan sorumluluk rejiminde TBK m. 227 (İsvBK m. 205-206) veya TBK m. 475 (İsvBK m. 368) hükümlerinde alacaklıya, indirim, onarım, değişim, sözleşmeden dönme veya tazminat gibi çeşitli imkânlar tanınırken; kısmi temerrütte, TBK m. 125 (İsvBK m. 107 ve 109) hükmüne kıyasen, alacaklı,

⁷⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 197 OR N 6; BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 26; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 82; Yavuz, s. 232; Serozan, Borçlar Özel, N 667-668; Eren, Borçlar Özel, N 378, 470; Nomer, Borçlar Genel, N 185.13; Aral, Kötü İfa, s. 193; Gümüş, Cilt 1, s. 65-66; Zevkliler/Gökyayla, s. 147; Atamer, Taşınır Satımı, s. 213; Şahiniz, Ayıp, s. 198; Öz, Ayıp, s. 864; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 99-100; Kahveci, s. 61; Kara, Zamanaşımı, s. 97 vd. Aksi görüşte bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1453, dn. 335, N 1546, dn. 475; Erdem, Zamanaşımı, s. 92; BK-Becker, Art. 201 OR N 27; ZK-Schönle/Higi, Art. 197 OR N 19a; CR-Pichonnaz, art. 127 CO N 27; Bucher, BT, s. 95, 107; Furrer, s. 35; CHK-Müller-Chen, Art. 210 OR N 2; Berger, AT, N 1745; Schubiger, s. 35; Neuenschwander, s. 88; Stanislas, s. 158, 187; Venturi, N 1258.

bakiye kısmın aynen ifasının yanı sıra, ek süre akabinde, ifa edilmeyen kısım bakımından aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini talep edebilir. Böylece, her iki rejim bakımından alacaklıya tanınan hukuki çareler farklılaşır.

II. KISMİ TEMERRÜT KURUMUNA TEMEL OLUŞTURACAK HUKUKİ İMKANLAR

A. Genel Olarak

“*Kısmi Temerrüt (demeure partielle / Teilverzug)*” gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nda, gerek 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş bir kurum değildir⁷⁶. CISG m. 51 hükmünde, kısmi temerrüt hâlinde uygulanabilecek genel bir kurala yer verilmişse de⁷⁷, sınırlı bir uygulama alanına sahip olan söz konusu düzenleme dışında, kısmi temerrüt hâlinde doğrudan doğruya (*düz anlamıyla*) veya mefhumu muhalifiyle (*zıt anlamıyla*) uygulanabilir bir hüküm yoktur.

Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuki soruna cevap veren, mevcut duruma uygulanabilir bir hüküm bulunmazsa, bu konuda bir kanun boşluğu olduğundan bahsedilir⁷⁸. Şayet, hukuken çözüme varılması gerekli olan ve bu yüzden kanunda muhakkak düzenlenmesi gereken bir konuda, ne lafzı ne de yorumla belirtilen içeriği itibariyle uygulanabilir bir hüküm yoksa “*açık boşluk (lacune ouverte / offene Lücke)*” söz konusu olur⁷⁹. Açık boşlukların doldurulmasında izlenecek olan yöntem ise kıyas (*analoji / örneksime*), yani amaca uygun genişletme (*teleologische Extension*) yöntemidir⁸⁰.

⁷⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; Gauch/Schluép/Emmenegger, N 2813; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 765; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Poroy/Yasaman, s. 195; Öz, Dönme, s. 42; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

⁷⁷ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21. Türk mevzuatında tacirler arasındaki satış sözleşmeleri ile mal değişim (*trampa*) sözleşmelerine uygulanacak olan TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, kısmi temerrüt hâlinde uygulanma kabiliyeti olan bir düzenlemedir. Bkz. aşağıda, B.1/II/D/1, “TTK m. 23 f. I b. (a) Uyarınca Kısmi Temerrüt” isimli başlık.

⁷⁸ Hürlimann-Kaup/Schmid, N 177 vd.; Kramer/Arnet, s. 214-215; Deschenaux, Traité, s. 90-93; Oğuzman/Barlas, N 321; Nomer/Akbulut, N 158.

⁷⁹ Deschenaux, Traité, s. 93; Kramer/Arnet, s. 221; Oğuzman/Barlas, N 339; Nomer/Akbulut, N 165; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 178; Oktay, s. 283-284.

⁸⁰ Kramer/Arnet, s. 227; Nomer/Akbulut, N 171 vd.; Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325): “(...) bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre,

Kısmi temerrüt veya genel olarak kısmi ifa engelleri sistemi, kanunda düzenlenmediği için, kanunda bir **açık boşluk** bulunur⁸¹. Her ne kadar, kısmi temerrüt hâlinde bir kanun boşluğu bulunsa da, kanun koyucu, kısmi ifa engelleri konusunda tamamen suskun değildir. Nitekim, kısmi temerrüt rejiminde ve genel olarak kısmi ifa engellerinin sistematize edilmesinde, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II), kısmi imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 137, kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 (İsvBK m. 196) ile birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükümlerinden kıyasen de olsa yararlanılabilir⁸². Söz konusu hükümlere, kısmi temerrüdü doğrudan düzenleyen CISG m. 51 hükmü ile ticari satış sözleşmeleri ve mal değişim (*trampa*) sözleşmelerine kısmi temerrüt hâlinde uygulanma kabiliyeti olan TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü eklenebilir.

TBK m. 27 f. II, m. 137, m. 218, m. 230 ile CISG m. 51 ve TTK m. 23 f. I b. (a) hükümlerinden istifade edilerek kısmi temerrüt hâlinde uygulanacak temel kuralların tespit edilmesi, esasen pek çok eserde açıkça ifade edilmemiş olsa da, kanunda mevcut olan açık boşluğun kıyas yoluyla doldurulması faaliyetidir. Böylece, **toplu kıyas** (*hukuki veya genel kıyas ya da ilke kıyası*) yöntemiyle⁸³, başka bir deyişle, tümevarım metoduyla kanun boşluğunu doldurmak ve bazı temel ilkeler tespit ederek kısmi ifa

hakimin görevi, her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür (MK. m. 1) (...). Bazı yazarlara göre amaca uygun genişletme (*teleologische Extension*) ile kıyas arasında bazı farklar da vardır. Kıyasta bir kural benzer bir alana tatbik edilirken; amaca uygun genişletme yönteminde bir kural kendisine benzer, fakat normun amacına dâhil olan başka bir alan bakımından uygulanır. Amaca uygun genişletme ve kıyas konusunda detaylı bilgi için bkz. **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 188 vd.

⁸¹ **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325): “(...) *Borçlar Kanunu’nda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi 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 kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut “kanun içi” boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “doğruluk kuralından” yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür (...)*”.

⁸² **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 14, 39; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 23, 46; **Tandoğan**, Nullité, s. 291-292; **Lemp**, s. 61; **Biedermann**, s. 71-72; **Voser**, s. 80-81; **Vetsch**, s. 27-28; **Erdem**, CVIM, N 973, dn. 658; **Russenberger**, s. 75-76; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 958; **Poroy/Yasaman**, s. 195; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Serozan**, Dönme, s. 386-387; **Öz**, Dönme, s. 42. TBK m. 230 (İsvBK m. 209) açısından aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁸³ Toplu kıyas (*hukuki veya genel kıyas ya da ilke kıyası*) veya Almanca “*Gesamtanalogie* ya da *Rechtsanalogie*” konusunda bkz. **BK-Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1 ZGB N 383; **Kramer/Arnet**, s. 233-234; **Nomer/Akbulut**, N 177. Benzer şekilde, kısmi ifa imkânsızlığı konusunda toplu kıyas yapıldığı yönünde bkz. **KUKO-Thier**, Art. 97 OR N 8.

engellerini sistematize etmek mümkündür. Böylece, kanunda yer alan benzer düzenlemelerden yola çıkılarak, kanun koyucunun amacı tespit edilmekte ve kanun boşluğu, kanunun ruhundan yararlanılarak doldurulmaktadır.

İlk olarak, kıyas yapılırken, kısmi hükümsüzlük rejimi (TBK m. 27 f. II) ele alınmalıdır. Akabinde, kısmi imkânsızlık (TBK m. 137), kısmi zapt (TBK m. 218) ve satılanın bir kısmının ayıplı olması (TBK m. 230), kısmi temerrüt dışındaki kısmi ifa engelleri başlığı altında birlikte değerlendirilmelidir. Üçüncü olarak, kısmi temerrüt rejimini, sınırlı bir bakış açısıyla da olsa doğrudan düzenleyen hükümlere, yani CISG m. 51 ile TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü irdelenmelidir. Son olarak, söz konusu düzenlemelerden toplu kıyas yöntemiyle yararlanarak, kısmi ifa engellerinin genel çerçevesi çizilmelidir.

B. Kısmi Hükümsüzlük Rejimi

TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünde, kanun koyucu, kısmi (*bölümsel*) hükümsüzlük (*nullité partielle / Teilnichtigkeit*) açısından genel bir kural öngörmektedir. TBK m. 27 f. II uyarınca “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” İsviçre-Türk hukuk sisteminin öngördüğü çözüme göre, sözleşmenin sadece sakatlıktan etkilenen ilgili hükümleri geçersiz, geri kalan bölümü ise geçerli sayılır. Buna karşılık, geçersiz olan kısım olmaksızın, taraflardan yalnızca birinin sözleşmeyi bu hâliyle kurmayacağı anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamı geçersiz sayılır; başka bir deyişle, sözleşmenin bir kısmına tesir eden geçersizlik, sözleşmenin bütününe yayılır⁸⁴.

Kısmi hükümsüzlük rejimi, pek çok hukuki kurum gibi, temelini Roma Hukuku’ndan alır⁸⁵. Kısmi ifa engellerinde sıkça zikredilen ve kökenini Ulpianus’tan alan kısmi hükümsüzlük kuralı uyarınca “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez (utile per inutile non vitiatur)*”⁸⁶. Her ne kadar Roma Hukuku’nda, geçerli

⁸⁴ von Tuhr/Peter, § 29, s. 227; Engel, Obligations, s. 295; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 327; Bucher, AT, s. 242-243; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 3; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 560.

⁸⁵ Dunand/Schmidlin/Winiger, s. 47; Engel, Obligations, s. 294; Hürliemann, Teilnichtigkeit, N 28; Meyer, s. 3 vd.; Lang, s. 1.

⁸⁶ Digesta 45.1.1.5: “Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem” (Bkz. Pichonnaz, Fondements romains, N 1867, dn. 1583; Meyer, s. 3-4; Lang, s. 1 vd.; çevrimiçi, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>).

Digesta 45.1.1.5: “(Fr) Si, lorsque je stipule Pamphile, vous promettez Pamphile et Stichus, je pense

olan sözleşme bölümünün geçersiz olan bölümden olumsuz etkilenmeyeceği ifade edilmişse de, söz konusu ilke, temel bir hukuk kuralı (“*regula*”) olarak kabul edilmemiş; stipulatio kapsamında gerçekleşen sözlü şekil eksiklikleri bakımından sınırlı ve izole bir uygulama alanına sahip olmuştur⁸⁷. Zira, Roma Hukuku’nda hukuki işlem kavramı olmadığı için, hukuki işlemlere uygulanacak olan geçersizlik türleri mevcut değildir⁸⁸.

“*Utile per inutile non vitiatur*” kuralı, akılda kalıcı ve pratik olması sebebiyle, ortak hukuk döneminde de varlığını korumuş, orta çağ hukukçuları ve kilise tarafından genel bir kural olarak kabul görmüş, sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması hâlinde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmayacağı şeklinde tatbik edilmiştir⁸⁹. Ancak kuralın istisna öngörmeksizin mevcut hâliyle tatbiki, adaletsiz sonuçlara yol açtığı için, kuralın yarattığı sorunlara çözüm olarak bir istisna kabul edilmiş ve herkesçe bilinebilir olan taraf iradeleri uyarınca, işlemin kalan kısmının geçerli kabul edilmesi istenmiyorsa, kuralın uygulanmasından vazgeçilmiştir⁹⁰. Böylece, kural, zaman içinde sürekli gelişmeye uğramış ve kısmi hükümsüzlük, günümüze en yakın kisveye bürünmüştür⁹¹.

que l'addition de Stichus doit être considérée comme superflue. Car s'il y a autant de stipulations que des objets, il y a pour ainsi dire deux stipulations, l'une utile, l'autre inutile; et l'utile n'est pas viciée par l'inutile” (Bkz. **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 47; **Pichonnaz**, *Fondements romains*, N 1867, dn. 1583; çevrimiçi, http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html). Kural için ayrıca bkz. **Lang**, s. 1 vd.; **Meyer**, s. 3-4; **Serozan**, *Borçlar Genel*, § 15 N 11; **Serozan/Engin/Atamer**, *Birinci Başlık*, III § 7, N 26h; **Nomer**, *Borçlar Genel*, N 183.10.

Ulpianus’a ait olan söz konusu paragrafta, bir stipulatio’ya konu olan iki edimden, yani iki köleden bahsedilir. Vadeden yalnızca bir kölenin (Pamphili) adını anmış, vadedilen ise bir isim daha ekleyerek iki kölenin (Pamphili ve Stichus) borçlanılmasını talep etmiştir. Oysa, stipulatio’nun geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurması için soru ve cevap şeklinde gerçekleşen sözlü şeklin içerik olarak harfi harfine birbirine uygun olması gerekir. Dolayısıyla, her iki taraf Pamphili’nin adını anmış, yalnızca bir taraf Stichus’u zikretmiştir. İşte, Ulpianus, bu ünlü pasajında, biri yararlı (*geçerli*) diğeri yararsız (*geçersiz*) iki vaat bulunduğunu, yararlı olanın yararsızdan etkilenmeyeceğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 28; **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 47; **Pichonnaz**, *Fondements romains*, N 1867, dn. 1583.

⁸⁷ **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 47; **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 29-30; **Lang**, s. 1; **Meyer**, s. 3-4; **Pichonnaz**, *Fondements romains*, N 1867, dn. 1583.

⁸⁸ **Lang**, s. 1; **Meyer**, s. 3-4; **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 21.

⁸⁹ **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 31 vd.; **Lang**, s. 5; **Meyer**, s. 7 vd.; **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 47.

⁹⁰ **Lang**, s. 5-6; **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 33.

⁹¹ 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu, kısmi hükümsüzlük konusunda İsvBK m. 20 f. II hükmüne benzer bir düzenleme içermemekteydi. Bu dönemde kısmi hükümsüzlük, İsvBK m. 20 f. I (TBK m. 27 f. I) hükmünün mehzazını oluşturan ve sözleşmenin amacının hukuka, ahlaka aykırı ve imkânsız olamayacağını düzenleyen elsvBK m. 17 hükmünün *ratio legis*’inden çıkarılmaktaydı. Bkz. **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 61.

Alman Hukuku’nda, BGB § 139 hükmünde, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünde benimsenen çözüm tersten kabul edilmiş ve bir hukuki işlemin sadece bir bölümü kesin hükümsüz ise, işlemin geçersiz olan bölüm olmaksızın yine de yapılacağı anlaşılmadıkça işlemin tümüyle geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Bkz. **Lang**, s. 18 vd.; **Hürlimann**, *Teilnichtigkeit*, N 35 vd.; **Meyer**, s. 13 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Borçlar Genel*, § 44 N 2; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 560, dn. 501. Ayrıca bkz.

1. Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Amacı (*Ratio Legis*)

TBK m. 27 f. II hükmünün *ratio legis*'i, başta sözleşmeler olmak üzere, bütün hukuki işlemleri, mümkün olduğu ölçüde ayakta tutacak ve onlara geçerlilik kazandıracak çözüme öncelik tanımak şeklinde ifade edilen “*favor negotii*” ve “*favor contractus*” ilkelerine dayanır⁹². Böylece, sözleşmenin yalnızca bir bölümüne tesir etmiş olan geçersizliğin, sözleşme üzerindeki etkisi en aza indirilmiş olur. Keza, kısmi hükümsüzlük sayesinde, yaptırım öngören kural, en az zarar verecek biçimde tatbik edilir ve sözleşmeyle hukuk düzeni arasındaki uyumsuzluğun sona erdirilmesi için geçersizlik yaptırımına en az gerekli olduğu ölçüde başvurulur⁹³.

TBK m. 27 f. II hükmüyle öngörülen kısmi hükümsüzlük rejiminin diğer dayanağı TBK m. 26 (İsvBK m. 19) hükmünde düzenlenen “*sözleşme özgürlüğü*” ve “*irade özerkliği*” ilkesidir⁹⁴. TBK m. 27 f. II uyarınca geçersizliğin yalnızca sözleşmeyi doğrudan etkileyen kısımla sınırlandırılması ve geçersizlikten etkilenmeyen kısmın hüküm doğurmaya devam etmesi, irade özerkliğinin bir sonucudur. Keza, sözleşmenin kısmen veya tamamen geçersiz sayılıp sayılmaması

Herzog, s. 13 vd. **Avusturya Hukuku**'nda ABGB § 878 hükmünde, kısmi hükümsüzlük rejimi, imkânsızlık çerçevesinde ele alınmış, sözleşmenin konusunun imkânsız olması hâlinde sözleşmenin geçersiz hâle geleceği belirtildikten sonra, bir kısmının ifasının mümkün bir kısmının imkânsız olması durumunda, sözleşmenin her iki noktasının da diğerinden ayrılamayacağı açıkça anlaşılmadıkça, sözleşmenin ifası mümkün olan kısmının geçerli olduğu belirtilmiştir. **İtalyan Hukuku**'nda konu, kısmi hükümsüzlük (*Nullità parziale*) başlığını taşıyan İtalyan Medeni Kanunu'nun 1419. maddesinde düzenlenmiştir. TBK m. 27 f. II hükmüyle benzer düzenlemeye sahip olan İtMK m. 1419 f. I uyarınca bir sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü veya münferit şartların hükümsüzlüğü, tarafların sözleşmeyi, hükümsüzlükten etkilenen kısmı olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyecekleri ortaya çıkarsa, sözleşmenin tamamını hükümsüz kılar. İtMK m. 1419 f. II uyarınca ise, bazı şartların hükümsüz hâle gelmesi, hükümsüz hâle gelen şartlar kanunun emredici hükümleriyle ikame edildiği müddetçe, sözleşmenin tamamını hükümsüz hâle getirmez. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 52. **Fransız Hukuku**'nda, kısmi hükümsüzlük konusunda açık bir düzenleme bulunmamakta; buna karşılık, kanuna, ahlaka aykırı ve imkânsız olan geciktirici koşulun ve ona bağlı olan sözleşmenin geçersiz olduğunu düzenleyen FrMK m. 1172 hükmünün genişletici yoruma tabi tutulması yoluyla kısmi hükümsüzlük ilkesinin sözleşmeler açısından uygulanması kabul edilmektedir. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 55; **Simler**, s. 80 vd.; **Meyer**, s. 34 vd., 40, dn. 40; **Sandrock**, s. 485, dn. 11. Fransız Hukuku'nda da “*sözleşmenin geçerliliğini koruyan indirim*” veya “*en yüksek yasal hadde indirme*” yaptırımı kabul edilmektedir. Bkz. **Simler**, s. 299 vd.

⁹² **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 327; **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 61; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 11; **Gauch/Schluep/Schmid**, N 693; **Vionnet**, Vente, N 402; **Piotet**, ZSR 1957, s. 100; **Engel**, Obligations, s. 294; **Zufferey-Werro**, N 1621; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 1; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 547; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, III § 7, N 26h; **İsvFM**, ATF 43 II 661; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 120 II 35 = Pra 1995, s. 474 “(…) *Bu hüküm, hükümsüzlüğü hukuka veya ahlaka aykırılığı ortadan kaldırmak için kesin bir biçimde gerekli olanla sınırlandırarak sözleşmeyi korumayı amaçlayan favor negotii ilkesinin bir ifadesidir (…)*”. “*Favor negotii*” ilkesinin kanun koyucunun uyması gereken bir şiar olduğu yönünde bkz. **Spiro**, ZBJV 1952, s. 469, dn. 1.

⁹³ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 11; **Piotet**, ZSR 1957, s. 99; **Zufferey-Werro**, N 1621.

⁹⁴ **Piotet**, ZSR 1957, s. 99; **Spiro**, ZBJV 1952, s. 462; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 13; **Sandrock**, s. 491. Sözleşme özgürlüğü ilkesi hakkında bkz. **Oktay Özdemir**, İstanbul Şerhi, TBK m. 26 N 1 vd.

konusunda, belirleyici olan rolün tarafların farazi iradelerine ayrılması, kanun koyucunun, irade özerkliğine en az zarar veren çözümü seçtiğini gösterir⁹⁵.

TBK m. 27 f. II hükmü aynı zamanda “*pacta sunt servanda*” ilkesine dayanır⁹⁶. Zira, sözleşme, bir kısım hükümleri hukuka aykırı olsa bile, taraflar arasındaki kanun gibidir. Geçersizlik sebebiyle taraflar arasındaki uzlaşmanın doğası belli ölçüde değişikliğe uğrasa da, geçersizlikten etkilenmeyen kısmın taraflar arasında bağlayıcı kalmaya devam etmesi ve tarafların kısmen geçersizlik yaratan sebebe rağmen en başta verdikleri söze uygun şekilde yükümlülüklerini ifa etmesi, “*pacta sunt servanda*” ilkesinin gereğidir.

TBK m. 27 f. II hükmünde düzenlenen kısmi hükümsüzlük rejimi, aynı zamanda bir “*koruma işlevi (effet préventif / Schutzfunktion)*” ifa eder⁹⁷. TBK m. 27 f. II, aynı zamanda, hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere kanuna konmuş bir düzenlemedir. Hükümsüzlükten zarar gören taraf, kısmi hükümsüzlük yaptırımını kendi aleyhine sonuç doğurduğu hâlde, içeriği değişmiş olan sözleşme ile bağlı kalmayı tercih ediyorsa, hâkim, bu durumda sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğuna karar veremez. Böyle bir durumda, tarafların farazi iradeleri araştırılmaksızın sonuca ulaşılır. Kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf ileri sürmediği müddetçe, sözleşmenin diğer tarafı, geçersiz olan kısım olmasaydı sözleşmeyi akdedeceğini iddia edemez. Aksi yönde bir iddia, TMK m. 2 f. II (İsvMK m. 2 f. II) uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılır.

2. Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması İçin Gereken Şartlar

TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) uyarınca bir hukuki işlemin veya bir sözleşmenin tamamen değil, kısmen geçersiz sayılması iki koşulun varlığına bağlıdır. Öğretide **objektif şart** olarak anılan ilk koşul uyarınca⁹⁸, geçersizliği gerektiren

⁹⁵ Bu duruma yöneltilebilecek en büyük eleştiri ise, farazi irade beyanının, gerçek irade beyanı anlamına gelmediği ve tarafların gerçek iradesini yansıtmama tehlikesinin her daim mevcut olduğu gerçeğidir. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 13; **Gauch**, recht 1983, s. 96.

⁹⁶ **Engel**, Obligations, s. 294; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 11.

⁹⁷ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 12; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 368; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 103-104; **Tandoğan**, Nullité, s. 89-90; **Piotet**, ZSR 1957, s. 101-102; **Guhl/Koller**, § 7 N 43; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N 701; **Engel**, Obligations, s. 295; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 32.45. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 7; **İsvFM**, ATF 81 II 622; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 109 II 239 = JdT 1984 I 148 = Pra 1983, s. 768. Hükmün, kısmi hükümsüzlükten zarar gören tarafı değil, tarafların ortak farazi iradelerini koruduğu yönündeki karşı görüş için bkz. **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 64.

⁹⁸ **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 335; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 231 vd.; **Tercier/Pichonnaz**, N 549; **Zufferey-Werro**, N 1624; **Josephthal**, s. 16 vd.; **Tandoğan**, Nullité, s. 57; **Engel**, Obligations, s. 296; **Lang**, s. 18-19; **Meyer**, s. 70 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 563; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 18 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 549; **Başpınar**, s. 54 vd.; **Ergüne/Kurşun**,

sakatlık, sözleşmenin tamamına değil, yalnızca bir kısmına yaygın olmalı; başka bir deyişle, sakatlığın tesir ettiği bölüm, sözleşmenin geri kalanından ayrılabilir mahiyette olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kısmi hükümsüzlük sonucuna varılabilmesi için, sözleşmenin konu itibarıyla objektif olarak bölünebilmesi, yani, sakatlığın tesir ettiği kısmın sözleşmenin geçerliliğini koruyan diğer kısmına nazaran *bağımsız* ve *otonom* olarak değerlendirilebilmesi; ayrıca, kalan kısmın tek başına varlığını sürdürebilecek *anlamlı* ve *makul* bir sözleşmesel bütünlük arz etmesi şarttır⁹⁹. Sakatlığın tesir ettiği bölüm, sözleşmenin ikincil noktalarına dair olabileceği gibi; sözleşmenin objektif veya sübjektif esaslı noktalarına ilişkin de olabilir¹⁰⁰.

TBK m. 27 N 76; **İsvFM**, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

⁹⁹ **İsvFM**, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 70. Aynı görüşte bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 231-232; **Meyer**, s. 70; **Lang**, s. 18-19; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 18.

¹⁰⁰ **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 101; **İsvFM**, ATF 93 II 189; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 120 II 35; ATF 107 II 216 = JdT 1982 I 66: "(...) *Federal Mahkeme'ye göre, İsvBK m. 20 f. II uyarınca, kısmî hükümsüzlük, yalnızca sözleşmenin ikincil noktaları açısından değil; ayrıca esaslı noktalardan birinin hükümsüz olması durumunda da uygulanır (...)*". Karar için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 7. Söz konusu karar hakkında bkz. **Gauch**, recht 1983, s. 95 vd.; **Huguenin**, Nichtigkeit, s. 34 vd. Sakatlığın doğrudan tesir ettiği bölümün sözleşmenin objektif esaslı noktaları ile sübjektif esaslı noktalarına ilişkin olması durumunda, kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, esaslı unsurlara dair bir sakatlık, sözleşmenin kısmen değil tamamen geçersiz sayılması sonucunu doğurur. Bkz. **Engel**, Obligations, s. 295; **Tercier/Pichonnaz**, N 549; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 549. Öğretide savunulan diğer görüşe göre, geçersizlik objektif esaslı noktalara dair ise, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hâlinde geçersiz kısmın yerini ikame hüküm alacağı için, sözleşme tümüyle geçersiz hâle gelmez. Ancak, basit kısmi hükümsüzlük hâlinde, sözleşme boşluğunu dolduracak bir ikame hüküm bulunmadığı için, sözleşmenin kalan kısmı, objektif esas nokta olmadan bağımsız bir şekilde varlığını sürdüremez. Bu sebeple, basit kısmi hükümsüzlük hâlinde sözleşme tümüyle geçersiz olur. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 237; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 341-343; **Zufferey-Werro**, N 1624, 1634; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 22.

Sübjektif esaslı noktalar açısından durum daha karışıktır. Öğretide bir görüşe göre sübjektif esaslı nokta bir taraf için "*olmazsa olmaz şart / conditio sine qua non*" teşkil ettiği için, geçersizliğin sübjektif esaslı noktalara dair olması durumunda, sözleşmenin kısmen değil tamamen geçersiz sayılacağı savunulmaktadır. Bkz. **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 338; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 23; **Keller/Schöbi**, s. 150. Diğer görüşe göre ise, her iki taraf için sübjektif esaslı nokta teşkil eden bir husus için, objektif esaslı noktalar açısından varılan sonuç geçerli olmalı ve yalnızca basit kısmi hükümsüzlük hâli mümkün sayılmalıdır. Bu görüşe göre, tek bir taraf için sübjektif esaslı nokta teşkil eden bir husus söz konusu ise, basit veya değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük mümkündür. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 244-245.

Kanaatimizce, geçersizlik ister objektif esaslı unsurlara ister sübjektif esaslı unsurlara dair olsun, sözleşme boşluğunun doldurulması ve sözleşmenin ayakta tutulması kural olarak mümkündür. Bu durumda yegâne sınırlama, tarafların farazi iradeleridir. Başka bir deyişle, TBK m. 27 f. II uyarınca geçersizlik önceden bilinseydi sözleşmenin hiç akdedilmeyecek olduğu söylenebiliyorsa, sözleşme tümüyle geçersiz sayılmalı, aksi hâlde sözleşme boşluğunun doldurulması yoluna gidilmelidir. Objektif esaslı unsurlar bakımından bu sonuca, TBK m. 233 f. I, m. 401, m. 481, m. 502 f. III hükümlerinin toplu kıyas yöntemiyle yeniden ele alınması neticesinde ulaşılır. Zira, objektif esaslı unsurlara dair boşluğun hâkim tarafından doldurabilmesi mümkündür. Bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 25.1; **Nomer**, Miktar, s. 2053 vd. Bu yöndeki bkz. **Yargıtay İBK**, E. 1964/2, K. 1964/4, T. 18.11.1964 (RG T. 27.11.1964, S. 11867). Öte yandan, ihlal edilen normun koruma amacı sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını gerektiriyorsa, geçersizlik anlaşmasıyla birlikte sözleşme tamamen geçersiz hâle gelir. Bkz. **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 333; **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 68.

Öğretide **sübjektif şart** olarak anılan ikinci koşul uyarınca¹⁰¹, sözleşmenin kalan kısmını ayakta tutmak, başka bir deyişle, geçersizliği yalnızca sakatlığın tesir ettiği kısım ile sınırlamak, tarafların farazi ifadeleri (*volonté hypothétique des parties / hypothetische Parteiwille*) çerçevesinde uygun görülmelidir. TBK m. 27 f. II uyarınca, tarafların farazi iradelerinin kısmi hükümsüzlüğü gerektirmesi, tarafların ilgili sakatlık sebebini bilselerdi dahi, yine de sözleşmeyi akdedeceklerinin anlaşılması durumunda mümkün olur. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kısmi hükümsüzlük için, sözleşmenin objektif olduğu kadar, sübjektif olarak da bölünebilir olması, yani sakatlığın gerçekleştiği noktanın, diğerlerine nazaran, yalnızca sözleşmenin ilgili unsuru açısından olmazsa olmaz şart ("*condictio sine qua non*") teşkil etmesi gerekir¹⁰².

Tarafların farazi iradelerinin, taraf iradelerini merkeze alan sübjektif bir yaklaşımla¹⁰³ mı yoksa, dürüstlük kuralı ve güven ilkesinin hâkim olduğu objektif bir yaklaşımla¹⁰⁴ mı tespit edileceği tartışmalıdır¹⁰⁵. Zira, bir yanda, geçmişe dönerek, varsayımsal (*fiktif*) bir tahlille taraflara sübjektif irade beyanları izafe etmenin zorluğu; diğer yanda ise, sırf dürüstlük kuralı ile ortaya çıkarılan model insanın objektif iradesinin gerçek sözleşme taraflarının iradesiyle benzeşmeme tehlikesi veya tarafların gerçekte hiçbir zaman farazi olarak tespit edilen irade beyanı ile aynı sonucu arzulamayabilecekleri gerçeği, farazi iradelerin tespitini çoğu kez bir açmaz sokar.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken yaklaşım olan "*iki aşamalı inceleme görüşü*" çerçevesinde¹⁰⁶, ilk aşamada öncelikle sübjektif yönetime başvurulmalı;

¹⁰¹ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 348 vd.; CR-Guillod/Steffen, art. 19/20 CO N 103; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 196 vd.; Gauch, recht 1983, s. 96; Tandoğan, Nullité, s. 71; Engel, Obligations, s. 296; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 564; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 550; Başpınar, s. 87 vd.; Ergüne/Kurşun, TBK m. 27 N 80; İsvFM, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

¹⁰² İsvFM, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

¹⁰³ Sübjektif görüş uyarınca, tamamen sübjektif bir biçimde, sözleşmenin kurulduğu andaki bütün koşullar çerçevesinde, tarafların gerçek irade beyanlarının somut olarak ne şekilde gerçekleşebileceği tespit edilmeye çalışılır. Bu sebeple, farazi iradelerin tespiti, normatif ve objektif değil, bireysel ve somut bir faaliyettir. Bu görüşte bkz. BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 63; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 363; Koller, AT, N 13.21; Piotet, ZSR 1957, s. 110-113; Josephthal, s. 53, 59.

¹⁰⁴ Objektif görüş veya objektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü uyarınca, hâkimden beklenen, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında, olayın bütün özelliklerini göz önüne alarak, dürüst ve makul bir sözleşme tarafının, geçersizlik yaratan olguyu bilmesi ihtimalinde ne şekilde davranacağını tespit etmektir. Bu görüşte bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, N 700; Gauch, recht 1983, s. 96; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 210-223; Sandroock, s. 484; Tandoğan, Nullité, s. 76-77; Meyer, s. 98; Yung, RJB 1960, s. 60; Başpınar, s. 100-101; Ergüne/Kurşun, TBK m. 27 N 80.

¹⁰⁵ Tartışma konusunda bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 210-223; Zufferey-Werro, N 1625; Piotet, ZSR 1957, s. 107 vd.; Yung, RJB 1960, s. 59-60; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 4; Tandoğan, Nullité, s. 72 vd.

¹⁰⁶ Bu görüşte bkz. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 366; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 4; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 550; İsvFM, ATF 131 III 467; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017.

tarafların dış dünyaya yansımış ve anlaşılabilir hâle gelmiş olan irade beyanları çerçevesinde, gerçek ve ortak iradelerinin ne şekilde tezahür edebileceği araştırılmalı; tarafların farazi iradeleri, öncelikle bireysel ve sübjektif menfaat dengeleri ışığında tespit edilmelidir. Böylece, farazi irade tespit edilirken, olabildiğince gerçek iradeye yaklaşılmış olur ve farazi irade kavramına yöneltilen en büyük eleştiri olan tarafların farazi iradelerinin gerçek iradelerini yansıtmayabileceği tehlikesi en aza indirilir¹⁰⁷. Sübjektif yöntemle bir sonuca varılamadığı takdirde, ikinci aşama olan objektif veya normatif yöneme başvurulmalı; TMK m. 2 f. II (İsvMK m. 2 f. II) uyarınca dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında, somut olayın bütün özellikleri göz önünde tutularak, objektif bir değerlendirmeye dürüst ve makul sözleşenlerin mevcut şartlarda ne şekilde hareket edecekleri araştırılmalıdır. Farazi iradelerin araştırılmasında esas alınacak an ise, geçersizlik iddiasının ileri sürüldüğü veya sakatlık sebebinin ortaya çıktığı an değil, sözleşmenin kurulduğu andır¹⁰⁸.

Bu görüşü savunan İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre¹⁰⁹, İsvBK m. 20 f. II çerçevesinde tarafların farazi iradeleri tespit edilirken, öncelikle gerçek ve fiili iradelerinin araştırılması gerekir; gerçek iradelerin tespit edilememesi durumunda ise sorunun dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde, tarafların muhtemel farazi iradelerinin belirlenmesi yoluyla çözüme kavuşturulması şarttır. Yüksek Mahkeme'ye göre, objektif olarak, yani dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde tarafların farazi iradeleri araştırılırken, mantıklı ve dürüst sözleşme taraflarının düşünce ve

¹⁰⁷ Farazi irade, tarafların gerçek irade beyanlarına dayanmaz. Zira, hayali ve farazi vakıalar üzerinden hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği bir faaliyetin ürünüdür. Bkz. **Gauch**, recht 1983, s. 96; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 13. Ayrıca bkz. **Sandrock**, s. 483. Bkz. **Yung**, RJB 1960, s. 60: “*Bu araştırma hâkimi asla başaramayacağı bir kehanet vazifesiyle karşı karşıya bırakır. (Cette recherche place le juge devant une tache divinatoire qu’il ne saurait accomplir)*”. Aynı görüşte bkz. **Engel**, Obligations, s. 295.

¹⁰⁸ **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 367; **Tandoğan**, Nullité, s. 74, 89; **Josephthal**, s. 59; **Meyer**, s. 95; **Gauch**, recht 1983, s. 96; **Piotet**, ZSR 1957, s. 108; **Engel**, Obligations, s. 294; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 5; **Başpınar**, s. 101; **İsvFM**, ATF 143 III 558 = 4A_131/2017; **İsvFM**, 4A_133/2012. Her ne kadar kanunun lafzı, sözleşmenin kurulduğu anı işaret ediyorsa da, İsvBK m. 20 (TBK m. 27) hükmüne başvuru anının, farazi iradelerin araştırılması esnasında tamamen dışlanması mümkün olmadığı görüşünde bkz. **Bucher**, AT, s. 243, dn. 18.

¹⁰⁹ **İsvFM**, ATF 131 III 467; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017. Kararın Fransızca özeti için bkz. **Pichonnaz**, Grands arrêts, N 260. Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 161. İsviçre Federal Mahkemesi nispeten eski bir kararında objektif görüşü savunmuş ve hâkimin farazi olarak tarafların iç iradelerini veya arzularını araştırmak zorunda olmadığını; yapılması gerekenin objektif olarak, alanında uzman bir kişinin aynı durum altında ne şekilde hareket edeceğini tespit etmek olduğunu vurgulamış; böylece, sübjektif görüşü tamamen reddetmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380. Öğretide bu karar, Yüksek Mahkeme'nin tarafların farazi iradelerinin, yalnızca objektif görüş uyarınca tespit edilmesi görüşünü savunduğu şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 212. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi, sonraki kararlarında, tarafların farazi iradeleri tespit edilirken, öncelikle gerçek ve fiili iradelerinin araştırılması gerektiğini belirterek, sözleşmenin yorumlanması bakımından olduğu gibi, iki aşamalı inceleme görüşünü benimsemiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 131 III 467; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017.

hareket tarzının yanı sıra, sözleşmenin doğası ve sözleşmeyle güdülen amaç nazara alınmalıdır.

Tarafların farazi iradelerinin araştırılması neticesinde, sözleşmenin kısmen geçerli sayılması ile tamamen geçersiz sayılması arasında bir tereddüt hasıl olursa, kısmi hükümsüzlük yaptırımını tercih edilerek, sözleşmenin kalan kısmının geçerli sayılması fikrine öncelik tanınması gerekir¹¹⁰. Nitekim, hükmün *ratio legis*'ini oluşturan “*favor negotii*” ve “*favor contractus*” ilkeleri uyarınca, imkân bulunduğu ölçüde, hukuki işlemin geçerliliğine imtiyaz tanınması gerekir. Bu sebeple, şüpheden işlem yararlanır.

Her ne kadar, sözleşmenin akıbetini belirleyen temel unsur tarafların farazi iradeleri olsa da, geçersizliği öngören kanun hükmünün koruma amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin geçersizlik sebebini bilseydi sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki savunmasına değer atfedilmez; tarafların farazi iradelerine bakılmaksızın, kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla yetinilir¹¹¹. Normun koruma amacı veya dürüstlük kuralı gerektirdiği takdirde farazi iradelere itibar edilmemesi, kısmi hükümsüzlük yaptırımının, taraf iradelerinden daha önemli bir menfaati korumayı amaçlaması hâlinde mümkün olur¹¹².

Kısmi hükümsüzlük yaptırımını düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmü, emredici değil, yedek ve düzenleyici hukuk kuralıdır¹¹³. Bu sebeple, taraflar, hükümsüzlük anlaşması (“*Nichtigkeitsabrede*”)¹¹⁴ olarak isimlendirilen bir anlaşma ile, sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün hükümsüz sayılması ihtimali için, TBK m. 27 f. II hükmünün öngördüğü kısmi hükümsüzlük sistemini tadil ederek, tamamen

¹¹⁰ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 328; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 64; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 226; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 564; İsvFM, ATF 138 III 29; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017.

¹¹¹ von Tuhr/Peter, § 29, s. 227, dn. 31, 33d; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 62; Tandoğan, Nullité, s. 86; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 12; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 6; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 567; Oğuzman/Barlas, N 758. Öte yandan, kanunun korumacı aksini de öngörebilir. Bu ihtimalde sözleşme tamamen geçersiz sayılır. Bkz. BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 62. Alman Hukuku’nda ise BGB § 139 uyarınca durum tam tersidir ve sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması kural olarak kabul edilmiştir. Bkz. Lang, s. 64.

¹¹² Tandoğan, Nullité, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 6; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 567.

¹¹³ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 330; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 68; Zufferey-Werro, N 1626; Gauch/Schlupe/Schmid, N 695-696; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 170; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552.

¹¹⁴ Hükümsüzlük anlaşması konusunda bkz. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 330 vd.; Ziegler, s. 151; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 170 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N 695-697; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552. Bu tabir ilk olarak Hürlimann tarafından kullanılmıştır. Bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 170; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 330.

kaldırabilirler veya daha güçlü bir kısmi hükümsüzlük rejimi kabul edebilirler. Bu kapsamda, taraflar, sözleşmenin bir kısmına tesir eden sakatlığın, sebebine bakılmaksızın, sözleşmenin bütününün hükümsüzlüğüne yol açacağını kararlaştırabilirler¹¹⁵ veya farazi irade araştırması yapılmaksızın, sözleşme hükümlerinin geri kalanının mutlak surette geçerliliğini koruyacağını öngörebilirler¹¹⁶. Bu son ihtimalde, taraflar, kısmi hükümsüzlük hâlinde, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük düzenlemesi yaparak, öngördükleri başka bir yedek (*ikame*) hükmün (“*Ersatzregel*”), geçersiz hükmü ikame etmesini sağlayabilirler¹¹⁷.

3. Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Sonuçları ve Uygulama Alanı

Tam hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük ikilemini esas alan TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) uyarınca, kısmi hükümsüzlük hâlinde, geçersizlik, yalnızca sakatlığın tesir ettiği kısımla sınırlı tutulursa, kısmi hükümsüzlüğün farklı biçimlerde ortaya çıkması mümkündür:

- a. İlk olarak, “*basit kısmi hükümsüzlük (nullité partielle simple / schlichte Teilnichtigkeit)*” uyarınca, yalnızca sakatlıktan etkilenen hükümleri geçersiz sayılır; sözleşmenin diğer bölümü, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın geçerli biçimde hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹⁸.

¹¹⁵ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 174; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 331; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 68; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9.

¹¹⁶ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 176 vd.; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 331; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 68; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9. Bu tür hükümsüzlük anlaşmaları, kurtarıcı kloz (“*clause salvatrice / Salvatorische Klausel*”) veya özellikle Alman Hukuku’nda kısmi geçerlilik şartı (“*Teilwirksamkeitsklausel*”) olarak anılmaktadır. Bkz. BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 68; Tercier/Pichonnaz, N 552; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 177; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552.

Öğretide, böyle bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için, sözleşmenin geri kalan bölümünün geçerliliğini koruyabilecek biçimde olması, başka bir deyişle, sözleşme bakiyesinin en azından sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını (*essentialia negotii*) içermesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 177; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9. Kanaatimizce, objektif esaslı unsurlara dair olsa bile, sözleşme boşluğunun doldurulması ve sözleşmenin ayakta tutulması mümkündür. Bu sonuca, TBK m. 233 f. I, m. 401, m. 481, m. 502 f. III hükümlerinin toplu kıyas yöntemiyle uygulanması neticesinde ulaşılır. Objektif esaslı unsurlara dair boşluğun hâkim tarafından doldurabileceği yönündeki isabetli görüş için bkz. Nomer, Borçlar Genel, N 25.1; Nomer, Miktar, s. 2053 vd. Bu yönde bkz. Yargıtay İBK, E. 1964/2, K. 1964/4, T. 18.11.1964 (RG T. 27.11.1964, S. 11867).

¹¹⁷ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 178; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 331; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 68; Ziegler, s. 151; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 9. Karşılıklı görüşme yapma anlaşmaları (“*l’engagement de renégociation / die Ersetzungsklausel*”) böyledir. Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 552; Tercier/Pichonnaz, N 552.

¹¹⁸ Basit kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 192; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 353; Zufferey-Werro, N 1621 vd.; Gauch, recht 1983, s. 97; Gauch/Schluep/Schmid, N 702; Ziegler, s. 152; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 11; Başpınar, s. 149 vd.; İsvFM, ATF 120 II 35.

- b. İkinci olarak, “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük (nullité partielle modifiée / modifizierte Teilnichtigkeit)*” uyarınca, ilk ihtimalde olduğu gibi sözleşmenin bir veya birkaç hükmü geçersiz sayılır; ancak, meydana gelen sözleşme boşluğu, ikame hüküm (“*Ersatzregel*”) adı verilen bir kural tarafından doldurulur¹¹⁹. Söz konusu ikame hüküm, bir emredici hukuk kuralı¹²⁰ olabileceği gibi, tamamlayıcı nitelikteki yedek hukuk kuralı da olabilir¹²¹. Sözleşme boşluğunun tamamlayıcı hukuk kuralı ile doldurulabilmesi için, söz konusu kuralın, sözleşmenin içeriyle bağdaşan uygun ve uygulanabilir bir kural olması şarttır¹²². Şayet, tarafların kanundaki çözüm tarzının aralarındaki ilişkiye uygulanmasını istemedikleri için, sözleşmede yedek kuraldan ayrılan bir hüküm sevk ettikleri anlaşılıyor ise, sözleşme boşluğunun yedek hukuk kuralı ile tamamlanması mümkün olmaz¹²³. Sözleşme boşluğunu doldurabilecek emredici bir kural yoksa, keza, uygulanabilir nitelikte bir yedek hukuk kuralı da bulunmuyorsa, hâkim görüş uyarınca ve İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, sözleşme boşluğu, tarafların ortak farazi iradeleri tespit edilerek doldurulur ve tarafların farazi iradeleri uyarınca tespit edilen kural ikame hüküm olarak kabul edilir¹²⁴. Hâkim, tarafların ortak farazi iradelerini tespit ederken, tarafların sözleşmenin kurulması

¹¹⁹ Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 249 vd.; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 362; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 105; **Zufferey-Werro**, N 1632 vd.; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 703; **Tercier/Pichonnaz**, N 551; **Koller**, AT, N 13.21; **Piotet**, ZSR 1957, s. 113; **Gauch**, recht 1983, s. 97; **Ziegler**, s. 152; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 12; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 551; **Oğuzman/Barlas**, N 759; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, III § 7, N 26i; **Başpınar**, s. 152 vd. Farklı adlandırmalar konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 12; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, III § 7, N 26i. Sözleşme boşluğunun tamamlanması konusunda bkz. **Oktay**, s. 282 vd.

¹²⁰ Emredici hukuk kuralına aykırılık sebebiyle sözleşmenin bir hükmünün geçersiz sayılması durumunda, söz konusu geçersizlik sebebi önceden öngörülseydi sözleşmenin hiç yapılmayacağı yönündeki savunma dinlenmez. Zira, emredici hükme aykırılık sebebiyle sözleşmenin kısmen değil tamamen geçersiz sayılması, emredici hükmün koruyucu amacı ile bağdaşmayacağı gibi, emredici hükümle korunan tarafı sözleşmenin ayakta kalmasının sağlayacağı menfaatten yoksun bırakır. Bkz. **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 712a; **Gauch**, recht 1983, s. 98-99; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 288-289; **Gauch**, Teilnichtigkeit, s. 98 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 13;

¹²¹ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 276, 286; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 709-710; **Zufferey-Werro**, N 1634, dn. 53, 1635; **Gauch**, recht 1983, s. 98; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 13-14; **Oğuzman/Barlas**, N 759.

¹²² **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 709; **Zufferey-Werro**, N 1635; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 297-298; **Gauch**, recht 1983, s. 98; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 14-15.

¹²³ **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 709; **Gauch**, recht 1983, s. 98; **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 65; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 297-298; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 16. Aksi görüşte bkz. **Zufferey-Werro**, N 1637.

¹²⁴ **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 67; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 362; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 252, 297-298; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N 703; **Gauch**, recht 1983, s. 97; **Keller/Schöbi**, s. 150; **Zufferey-Werro**, N 1634; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 16; **Oğuzman/Barlas**, N 759; **Başpınar**, s. 152 vd.; **İsvFM**, ATF 127 III 529 = JdT 2002 I 432 = SJ 2002 I 62. Aksi görüşte bkz. **Bucher**, AT, s. 243-244.

anında geçersizlik sebebinin farkına varmış olsalardı, geçersiz hâle gelen bölüm yerine, ne şekilde bir hüküm öngöreceklerini araştırır¹²⁵.

- c. Üçüncü olarak, “*genişletilmiş kısmi hükümsüzlük (nullité partielle élargie / erweiterte Teilnichtigkeit)*” uyarınca, tarafların geçersiz sayılan bölüm olmadan da sözleşmeyi yapacakları, ancak geçersizlik sebebinden doğrudan etkilenmeyen ve bu yüzden geçerliliğini koruyan bazı hükümleri geçersiz sayılan hüküm olmaksızın akdetmeyecekleri anlaşılıyorsa, geçersiz hâle gelen hüküm, diğer bazı hükümlere sirayet ederek onların da geçersiz hâle gelmesine neden olur; ancak, sözleşme geçersizlikten doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmeyen diğer hükümlerle birlikte geçerliliğini sürdürür¹²⁶.

TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün, sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersiz bazılarının geçerli sayılması şeklinde, yani *yatay olarak* uygulanması mümkün olduğu gibi; sözleşmenin aşırılık içeren kısımlarının kısmen geçersiz sayılması şeklinde, yani *dikey olarak* uygulanması da mümkündür¹²⁷. Böylece, “*geçersizlik ancak geçersizlik sebebinin gerektirdiği ölçüde mevcuttur*” ilkesinden hareketle¹²⁸, sözleşmenin münferit bir hükmünün nicelik bakımından izin verilen veya hukuken geçerli kabul edilen sınıra indirgenmesi, yani “*sözleşmenin geçerliliğini koruyan indirim (geltungserhaltende Reduktion)*” veya “*en yüksek yasal hadde indirme (Reduktion auf das zulässige Mass)*” değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı içinde değerlendirilir¹²⁹. Bu sonuca, TBK m. 27 f. II hükmünün doğrudan

¹²⁵ Ortak farazi iradelerinin tespit edilmesinde, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmü çerçevesinde farazi iradelerin belirlenmesinde kullanılan aynı yöntemlere başvurulur. Bkz. **Yung**, RJB 1960, s. 59-60. Olayın bütün özellikleri nazara alınarak, sözleşme boşluğuna tatbik edilecek bir yedek hukuk kuralı bulunamıyorsa veya bulunan yedek hukuk kuralının somut olaya uygulanmasını, kanundaki çözümden ayrılan tarafların istemedikleri anlaşılıyorsa; ayrıca, sözleşme boşluğunu tarafların ortak farazi iradeleri uyarınca doldurmak da mümkün olmuyorsa, sözleşmenin kısmen değil, tamamen geçersiz hâle geleceği kabul edilmelidir. Bkz. **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 64a; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 15.

¹²⁶ Genişletilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı için bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 299 vd.; **Ziegler**, s. 153; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 17; **Oğuzman/Barlas**, N 760; **Başpınar**, s. 172 vd.

¹²⁷ Bu yönde bkz. **Spiro**, ZBJV 1952, s. 457 vd., 528-533; **Piotet**, ZSR 1957, s. 105; **Tandoğan**, Nullité, s. 182 vd.; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 261 vd.; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 104-105; **Zufferey-Werro**, N 1673 vd.; **Engel**, Obligations, s. 296; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 32.44; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 568; **Oğuzman/Barlas**, N 758, *özellikle*, dn. 352; **Başpınar**, s. 163 vd.; **İsvFM**, ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 93 II 189; ATF 107 II 216 = JdT 1982 I 66; ATF 114 II 159 = JdT 1989 I 2; ATF 120 II 35; ATF 123 III 292, JdT 1998 I 587. Fransız Hukuku’nda aynı yönde bkz. **Simler**, s. 248 vd.

¹²⁸ Bkz. **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 61; **Spiro**, ZBJV 1952, s. 528: “*Die Ungültigkeit gilt nur so weit als der Ungültigkeitsgrund*”. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 123 III 292; ATF 134 III 443; **İsvFM**, 4A_502/2012; 4A_404/2008; 4C.156/2006. “*Favor negotii*” ilkesine dayandığı yönünde bkz. **Zufferey-Werro**, N 1674.

¹²⁹ **Spiro**, ZBJV 1952, s. 457 vd., 528-533; **Piotet**, ZSR 1957, s. 105; **Tandoğan**, Nullité, s. 182 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid**, N 706; **Gauch**, recht 1983, s. 97; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 104-

uygulanması neticesinde, hukuka aykırı olan aşkın kısmın izin verilen sınıra indirilmesi suretiyle varılabileceği gibi; hukuka aykırı kısım tamamen geçersiz sayılarak, sözleşme boşluğunun bir ikame hükümle veya tarafların ortak farazi iradeleriyle doldurulması suretiyle de ulaşılabilir¹³⁰.

TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün, irade sakatlıklarında¹³¹, özellikle esaslı yanıltma ve aldatmada, ayrıca mağdur lehine olmak kaydıyla korkutma¹³² hâlinde kıyasen uygulanacağı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından müstakar bir biçimde içtihat edilmiştir. Keza, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, İsvBK m. 20 f. II hükmünün aşırı yararlanma (*gabin*) hâlinde de uygulanması mümkündür¹³³. Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde de, TBK m. 27 f. II hükmünün kıyas yoluyla irade sakatlıklarında uygulanabileceği, böylece, kısmi iptal yaptırımının tatbikinin mümkün hâle geleceği neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir¹³⁴. Nitekim, kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'yla edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine açıkça imkân tanıyarak, TBK m. 28 f. I hükmünde, kısmi hükümsüzlük yaptırımını

105; Zufferey-Werro, N 1673 vd.; Dedual, s. 53 vd.; Engel, Obligations, s. 296; Schwenzer, s. 121-122; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 568; Başpınar, s. 163 vd.; İsvFM, ATF 107 II 216 = JdT 1982 I 66; ATF 114 II 159; ATF 120 II 35. “Sözleşmenin geçerliliğini koruyan indirim” konusunda detaylı bir inceleme için bkz. Dedual, s. 53 vd. Fransız Hukuku'nda aynı yönde bkz. Simler, s. 248 vd., 303. Roma Hukuku'nda en yüksek yasal hadde indirim konusunda bkz. Lang, s. 2 vd.

Piotet'ye göre hâkim, bir hükmü geçersiz sayıp sözleşmenin geri kalanını ayakta tutabiliyorsa, evleviyetle, bir sözleşme hükmünün yalnızca bazı sonuçlarını ortadan kaldırabilir ve edimin kapsamında bir indirime gidebilir. Bkz. Piotet, ZSR 1957, s. 105.

¹³⁰ Geçersiz olan hükmün meydana getirdiği sözleşme boşluğunun doldurulması suretiyle aynı sonuca ulaşılması gerektiği görüşünde bkz. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 362; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 261 vd.; Keller/Schöbi, s. 151; Gauch, recht 1983, s. 97 vd.; Gauch/Schluep/Schmid, N 706; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 21. Geçersiz olan sözleşme hükmünün doğrudan izin verilen veya hukuka uygun olan sınıra indirilebileceği yönünde bkz. Spiro, ZBJV 1952, s. 457 vd., 528-533; Piotet, ZSR 1957, s. 105; CR-Guillod/Steffen, art. 19/20 CO N 104; Tandoğan, Nullité, s. 182 vd.; Engel, Obligations, s. 296; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 568; Oğuzman/Barlas, N 758, dn. 352; Başpınar, s. 165 vd.; İsvFM, ATF 107 II 216 = JdT 1982 I 66: “(...) Yüksek Mahkeme'nin içtihadına göre, hâkim, hukuka veya ahlâka aykırı bir yükümlülüğü, izin verilen sınıra indirebilir (...)”; ATF 120 II 35: “(...) İsvBK m. 20 f. II hükmünün ratio legis'i göz önünde bulundurulduğunda, bu hükmün mahkemeye, tarafların farazi iradelerine uygun olarak, kanunun izin verdiği ölçüde aşırı taahhütleri azaltma yetkisi verdiği anlaşılmaktadır (...)”.

¹³¹ Esaslı yanıltma açısından bkz. İsvFM, ATF 78 II 217 = JdT 1953 I 201; ATF 80 II 334 = JdT 1955 I 503; ATF 96 II 106 = JdT 1971 I 167; ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380 (Bkz. Huguenin, Nichtigkeit, s. 41 vd.); ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285; ATF 135 III 537 = Pra 2010, s. 296.

Aldatma açısından bkz. İsvFM, ATF 99 II 308 = JdT 1974 I 185.

¹³² İsvFM, ATF 125 III 353 = SJ 2000 I 161: “(...) Kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen İsvBK m. 20 f. II, irade sakatlıkları açısından da kıyasen uygulama alanı bulur. Fakat, kısmi hükümsüzlüğü ileri sürme imkânı, korkutma sebebiyle kurulmuş olan bir sözleşmede mağdura karşı kullanılamaz. Zira, korkutmaya başvuran sözleşmenin karşı tarafı, herhangi bir şekilde korunmayı hak etmemektedir. Korkutan, mağdurun bu durumu ileri sürmesi durumunda, sözleşmenin tamamen geçersiz hâle gelmesine katlanmak zorundadır (...)”. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 43.

¹³³ İsvFM, ATF 123 III 292 = JdT 1998 I 586. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 39.

¹³⁴ BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 66; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 317; Tandoğan, Nullité, s. 257 vd.; Piotet, ZSR 1957, s. 115 vd.; Spiro, ZBJV 1952, s. 507 vd.; Engel, Obligations, s. 296; Simler, s. 271 vd.; Lang, s. 41 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 25; Nomer, Kısmi İptal, s. 523 vd.

açıkça kabul etmiştir. Sözleşme kurulurken gerçekleşen ifa imkânsızlığı açısından doğrudan uygulanabilir bir hüküm olan TBK m. 27 f. II, sonraki kısmi ifa imkânsızlığı açısından da kıyasen uygulanacak bir hukuki kaynak olma niteliği teşkil eder¹³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, İsvBK m. 20 f. II hükmüne, borçlar hukuku alanı dışında da önem atfederek, İsvMK m. 7 (TMK m. 5) uyarınca, ölüme bağlı tasarrufların kısmen iptalinde¹³⁶ ve boşanmanın sonuçlarını düzenleyen sözleşmenin geçersizliğinde¹³⁷ ilgili hükme başvurmaktadır.

Kısmi hükümsüzlük rejimini düzenleyen TBK m. 27 f. II hükmünün benzer ve komşu kurumlar açısından uygulanması konumuz açısından ayrı bir önem taşır. Zira, TBK m. 27 f. II hükmünün kısmi temerrüt açısından kıyasen uygulanması da mümkündür¹³⁸. Bu nedenle, kısmi hükümsüzlük rejimi, kısmi temerrüt açısından ilkesel bir öneme sahiptir. Kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde edim ve karşı edim bakımından başvuru bölünebilirlik kavramı, kısmi hükümsüzlük rejiminde aynı kriterlerle ele alınır¹³⁹.

Geniş bir tatbik sahası bulunan TBK m. 27 f. II hükmünün karşılıklı borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmeler açısından uygulanması özellik arz eder. Zira, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim - karşı edim arasındaki sinallagma (*değiş tokuş - mübadele*) ilişkisine dikkat edilmeli ve söz konusu denge korunmalıdır. Bu çerçevede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcunu kısmen veya tamamen geçersiz sayıp, diğer tarafın borcunu aynen geçerli kabul etmek, sinallagma ilişkisine aykırıdır¹⁴⁰. Zira, edim yükümlülüğü ortadan kalkarsa, karşı edim yükümlülüğü de sona erer¹⁴¹. Öte yandan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, değiş-tokuş ilişkisi içinde yer alan edimlerin biri olmadan sözleşmenin anlamlı bir

¹³⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102; CR-Thévenoz, art. 119 CO N 29; Stöckli, Synallagma, N 605; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Barth, s. 48; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1823; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 910; Feyzioğlu, s. 380; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Dural, İmkânsızlık, s. 128; İsvFM, ATF 107 II 148 = Pra 1981, s. 463

¹³⁶ İsvFM, ATF 119 II 208 = Pra 1994, s. 395; ATF 107 II 144 = Pra 1981, s. 46; ATF 98 II 84.

¹³⁷ İsvFM, ATF 104 II 237 = SJ 1980 I 312; ATF 107 II 144 = Pra 1981, s. 46.

¹³⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Tandoğan, Nullité, s. 291-292; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42.

¹³⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207.

¹⁴⁰ Sandroock, s. 489-490; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 246; Lang, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 24; İsvFM, ATF 80 II 334 = JdT 1955 I 503. Öte yandan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcunun “sözleşmenin geçerliliğini koruyan indirim” çerçevesinde izin verilen sınıra indirildiği veya aynı sonuca bir ikame hüküm kapsamında ulaşıldığı hâllerde sinallagma ilişkisinin zarar gördüğünden bahsetmek mümkün değildir. Bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 248; Lang, s. 88.

¹⁴¹ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 246. Nitekim, TBK m. 136 f. II (İsvBK m. 119 f. II) aynı fikrin ürünüdür. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, edim yükümlülüğü imkânsız hâle gelirse, karşı edim yükümlülüğü de sona erer. Bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 246

bütün teşkil etmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla, edim ve karşı edim yükümlülüklerinin her ikisi, geçersizliği meydana getiren sebepten, eşit ekonomik parçalar olarak, aynı şekilde etkilenir¹⁴². Aksi hâlde, edim ve karşı edim yükümlülüklerinden birine tesir eden geçersizliğin diğerini etkilememesi durumunda, her iki yükümlülük arasında mevcut olan nispi eşdeğerlik (“*relative Äquivalenzgebot*”) ciddi biçimde bozulur. Böylece, sözleşme kendi tabiatına ve karakterine yabancılaşır¹⁴³.

4. Kısmi Temerrüt Açısından Değerlendirme

Kısmi hükümsüzlük (TBK m. 27 f. II) rejimi; amaç, sebep ve sonuç bakımından kısmi ifa engelleri ve kısmi temerrüt rejimi konusunda temel bir başvuru kaynağı olma özelliği gösterir:

- i. **Amaç** bakımından yaklaşıldığında, kısmi hükümsüzlük rejiminin “*favor negotii*” ilkesine dayandığı görülür. Nitekim, borçlu temerrüdünü mümkün olduğunca borcun ifa edilmemiş kısmıyla sınırlı tutmayı hedefleyen kısmi temerrüt rejimi de aynı saike dayanır. Yine, kısmi ifa engellerinin sonuçlarının yalnızca ifa edilmemiş kısım ile sınırlandırılması ve borcun ifa edilmiş kısmına hâle gelmemesi, “*pacta sunt servanda*” ile “*irade özerkliği*” prensiplerine de uygundur. Böylece, kısmi temerrüt rejiminde, gereği gibi ifa edilmiş olan kısmi edim, kısmi ifa engeli kapsamında yer almamış ve sözleşmeden dönme gibi aynen ifa talebini akamete uğratan yaptırımlardan etkilenmemiş olur.
- ii. **Sebepe** bakımından yaklaşıldığında, kısmi temerrüt açısından olduğu gibi, kısmi hükümsüzlük rejiminde de sözleşmenin içeriğinin objektif ve sübjektif açıdan bölünebilir olması aranır. Sözleşmenin içeriği bölünebilir nitelikteyse ve sakatlık yalnızca sözleşmenin bir kısmına ilişkinse, sözleşme iki kısma ayrılır. Böylece, hem kısmi hükümsüzlükte hem de kısmi temerrütte pire için yorgan yakılmamış ve sözleşmeyi olumsuz etkileyen sakatlık, sözleşmenin sağlıklı kısmına bulaştırılmamış olur.
- iii. **Sonuç** bakımından yaklaşıldığında, kısmi hükümsüzlüğün, içeriği bölünebilir nitelikte olan sözleşmeyi iki kısma ayırdığı ve kural olarak hükümsüzlükten etkilenmeyen bölümün geçerli bir şekilde hüküm doğurmaya devam ettiği tespit edilir. Nitekim, kısmi temerrütte de kural, sözleşmenin biri ifa edilmiş, diğeri ifa

¹⁴² Sandroek, s. 489.

¹⁴³ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 246; Sandroek, s. 490.

edilmemiş bölüm olmak üzere iki kısma ayrılması ve ifa edilmiş kısmın ifa edilmemiş kısımdan olumsuz etkilenmemesidir¹⁴⁴. Sözleşmenin iki kısma ayrılması suretiyle, alacaklı, kural olarak, borçlu temerrüdünün kendisine bahşettiği hakları yalnızca ifa edilmemiş kısım bakımından kullanır. Böylece, ifa modalitelerine uygun biçimde yerine getirilmiş olan kısmi ifa korunmuş olur ve kısmen ifa edilmiş edimin iade edilmesi gibi zor yollara başvurulmaz. Öte yandan, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olan içeriğini korumanın mümkün olmaması ihtimalinde, kısmi hükümsüzlük rejiminde olduğu gibi, alacaklıya kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvuru hakkı tanınır. Nitekim, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) uyarınca, geçersiz hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı hükümsüz hâle gelir. Söz konusu hükmün kıyasen kısmi temerrüt hâlinde uygulanması neticesinde ise¹⁴⁵, kısmi ifayı kabul etmiş olan alacaklının, temerrüde düşülen kısım olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyor ise, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabileceği sonucuna ulaşılır¹⁴⁶.

C. Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri

1. Kural Olarak İfa Engelinin Kısmen Sonuç Doğurması

a. Genel Olarak

Kısmi hükümsüzlük (TBK m. 27 f. II) başlığı altında ifade edildiği üzere, borçlar hukukunda kural, sakatlığın yalnızca ilgili olduğu kısım bakımından sonuç doğurmasıdır. Başka bir deyişle, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez (utile per inutile non vitiatur)*”¹⁴⁷. Böylece, ister baştaki veya sonraki, borçlunun sorumlu olduğu ya da olmadığı imkânsızlık, ister kötü ifa, ister kısmi zapt veya satılanın bir kısmı açısından ayıptan sorumluluk söz konusu olsun, sakınca

¹⁴⁴ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

¹⁴⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tandoğan, Nullité, s. 292; Erdem, CVİM, N 973, dn. 658; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 757; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Öz, Dönme, s. 42.

¹⁴⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 38; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2813; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Lemp, s. 61 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 292; Alcalay, N 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 757; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Erdem, CVİM, N 973, dn. 658; Öz, Dönme, s. 42. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/II/C/2, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlık.

¹⁴⁷ Engel, Obligations, s. 294; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 28; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Serozan/Engin/Atamer, Birinci Başlık, III § 7, N 26h; Nomer, Borçlar Genel, N 183.10.

yaratan, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen kısım, sözleşme uyarınca gereği gibi ifa edilmiş veya edilebilecek olan kısımdan etkilenmez¹⁴⁸. Kural olarak, kısmi ifa engeli, doğrudan etkilediği bölümle sınırlı tutulur ve borcun tamamına yayılması önlenir.

Alacaklıya kısmi ifa engeli sebebiyle tanınmış olan giderim imkânları, kural olarak, yalnızca borca aykırılığın doğrudan etkilediği kısım bakımından uygulanır. Bu kapsamda, alacaklıya tanınan bir tazminat hakkı ise, alacaklı yalnızca ilgili kısım bakımından zararının tazminini talep eder. Şayet alacaklıya bir sözleşmeden dönme hakkı tanınmışsa, alacaklı, sözleşmeden tamamen değil, yalnızca kısmen dönebilir. Kısmi imkânsızlık, kısmi zapt ve kısmi ayıp bakımından alacaklıya tanınan hukuki imkânlar, kendi içlerinde farklılık gösterebilir de, ifa engelinin kısmen meydana gelmesi durumunda, hukuki çarelere kural olarak kısmen başvurulur.

Benzer şekilde, kısmi temerrütte borcun bir kısmı ifa edilmişse, alacaklı, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Böylece, alacaklı, kural olarak, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararın tazmini isteyebilir veya ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanabilir¹⁴⁹. Sözleşmenin ifa edilmiş olan kısmı ise, geçerli bir şekilde hüküm doğurmaya devam eder. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi, alacaklıyı tamamen ifa yükümlülüğünden kurtarmaz; kural olarak, alacaklı kabul ettiği ifa kısmına karşılık teşkil edecek oranda, kendi edimini kısmen yerine getirmek zorundadır¹⁵⁰.

b. Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar

Gerek borçlunun sorumlu olduğu gerekse borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı açısından, borcun kısmen imkânsız hâle gelmesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir¹⁵¹. 818 sayılı eBK döneminde Türk Hukuku'nda ve hâlen İsviçre Hukuku'nda söz konusu sorun, ifa imkânsızlığına dair genel kuralların, kısmi imkânsızlık durumunda kıyasen uygulanması neticesinde çözüme kavuşturulmuştur¹⁵². Kanundaki boşluğu nazara alan

¹⁴⁸ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Bkz. İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

¹⁴⁹ Bkz. aşağıda, B.3/III, "Kısmi Temerrüdün Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmeler Bakımından Sonuçları" isimli başlık.

¹⁵⁰ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971.

¹⁵¹ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 27-28; Gauch/Schluep/Tercier, N 1963; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1823. Öte yandan, TBK m. 486 hükmü, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığını sınırlı bir bakış açısıyla düzenleyen bir özel hüküm olma niteliği taşır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101.

¹⁵² BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2605; Koller, AT, N 57.04; Caytas, s. 159. Alman Hukuku'nda, kısmi ifa imkânsızlığı, BGB § 326 Abs. I hükmünde, kısmi temerrüde benzer şekilde düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB §

kanun koyucu, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığını, ilk kez, öğretideki görüşleri nazara alarak, TBK m. 137 hükmünde düzenlemiştir.

i. Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında

İsviçre-Türk Hukuku'nda hâkim fikre göre, **borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığı**, borcu sona erdirmez; TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) uyarınca, alacaklının olumlu zararını gidermeye yönelik bir tazminat alacağına dönüştürür¹⁵³. Böylece, asli edim yükümlülüğü ("*Primärleistungspflicht*") yerini, tali edim yükümlülüğü ("*Sekundärleistungspflicht*") olan tazminat alacağına bırakır¹⁵⁴. Bu kuralın, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı açısından tatbik edilmesi neticesinde, kural olarak, borcun imkânsız hâle gelen kısmının tazminat alacağına dönüştüğü sonucuna varılır¹⁵⁵. Alacaklı, imkânsız hâle gelmemiş olan kısmın aynen ifasıyla birlikte, imkânsız hâle gelmiş kısım bakımından meydana gelen zararının tazmin edilmesini talep eder.

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında başta *Oğuzman* olmak üzere öğretide savunulan diğer bir görüşe göre¹⁵⁶, borçlu sorumlu olsun veya olmasın, ifası imkânsızlaşan borç sona erer. TBK m. 136, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında istisnaen borcun sona ermesini düzenleyen bir hüküm değil, borcun borçlunun sorumluluğundan bağımsız olarak sona ermesini düzenleyen bir hüküm olarak anlaşılmalıdır. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında borcun düşmesi hâlinde, TBK m. 112 uyarınca, borçlu alacaklının zararını tazminle yükümlü olur. Bu görüşe göre, kısmi ifa imkânsızlığında alacaklı, daha önce ifa edilmişse, ifası

326 N B 44 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 326 N 19 vd.

Kısmi imkânsızlığa dair genel ilkelerin tespit edilmesinde, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) başta olmak üzere, kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 (İsvBK m. 196) ile birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünden yararlanılmıştır. Bkz. CR-Thévenoz, art. 119 CO N 29; Caytas, s. 159; Lemp, s. 61; Stöckli, Synallagma, N 605; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1823; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

¹⁵³ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 59; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 46-47; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 67; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2530; Gauch/Schluep/Tercier, N 1813-1814; Stöckli, Synallagma, N 606; Schwenger/Fountoulakis, N 64.20.

¹⁵⁴ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 46-47; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 67; Kley, s. 106; Stöckli, Synallagma, N 606; Schwenger/Fountoulakis, N 64.20.

¹⁵⁵ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 8; Stöckli, Synallagma, N 608; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2605, 2609; Barth, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910. Hâkim fikre göre, alacaklının hangi hâllerde, kısmi imkânsızlık yerine, tam imkânsızlık hükümlerine başvurma hakkına sahip olduğu konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.2/II/C/2/b/1, "Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında" isimli başlık.

¹⁵⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1472; Oğuzman, Inexécution, s. 93; Oğuzman, Hizmet, s. 144-145; Öz, Dönme, s. 156, dn. 12; Ercoşkun Şenol, s. 271. Aynı yönde bkz. Hatemi/Gökyayla, § 26 N 49.

imkânsızlaşan kısım bakımından tazminat talep edebilir. Şayet, ifası mümkün olan kısım daha önce ifa edilmemişse, alacaklı, imkânsızlaşmamış olan kısmi ifayı kabul edip, ifası imkânsızlaşmış olan kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir¹⁵⁷.

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklının karşı edimi ifa mecburiyeti altında bırakılarak, yalnızca olumlu zararının tazmin edilmesi, bazı durumlarda, alacaklıya uygun bir giderim imkânı sunmaz. Özellikle alacaklının karşı ediminin, imkânsız hâle gelen borçlunun ediminden daha değerli olması ihtimalinde, alacaklının olumlu zararının tazmin edilmesinin, alacaklıyı yeterince tatmin etmesi beklenemez¹⁵⁸. Böyle hâllerde, alacaklı ve borçlu arasındaki sinallagma (*değiş - tokuş*) ilişkisi tamamen bozulmuş olur. Bu sebeple, kanunda bir açık boşluk bulunduğunu tespit eden İsviçre ve Türk öğretisindeki yazarların çoğunluğuna göre¹⁵⁹, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı hâlinde kanundaki boşluk, TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109) hükmü kıyasen uygulanarak, alacaklıya, yenilik doğuran hak niteliğindeki “sözleşmeden dönme hakkı (*droit de résolution / Rücktrittsrecht*)” tanınması suretiyle

¹⁵⁷ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1489. Bu görüşe göre, alacaklının hangi hâllerde, kısmi imkânsızlık yerine, tam imkânsızlık hükümlerine başvurma hakkına sahip olduğu konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.2/II/C/2/b/1**, “*Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında*” isimli başlık.

¹⁵⁸ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63; **Tandoğan**, Nullité s. 288-289; **Develioğlu**, İmkânsızlık, s. 164; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_99/2015; 21.7.2015, 4A_101/2015.

¹⁵⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 459-473; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 58; ZK-Oser/Schönenberger, Vor. Art. 97-109 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR N 138; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 30; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2587; **Huguenin**, OR, N 904; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 64.27; **Gauch/Schlupe/Tercier**, N 1814; **Koller**, AT, N 29.09, 58.09; **Keller/Schöbi**, s. 248; **Cuendet**, s. 54; **Bucher**, AT, s. 424; **Glatthard**, s. 61 vd.; **Ehrat**, N 236; **Glättli**, Schadenersatz, s. 89; **Decurtins**, s. 12, 54; **Neuenschwander**, s. 96; **Tandoğan**, Nullité s. 288-289; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 873-874; **Serozan**, Dönme, s. 265 vd.; **Erdem**, CVIM, N 973, dn. 658; **Develioğlu**, İmkânsızlık, s. 169. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında, bilinçli susma sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının reddedildiği yönündeki aksi görüş için bkz. **von Tuhr/Escher**, § 68, s. 105, dn. 79; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1485; **Oğuzman**, Inexécution, s. 92; **Hatemi/Gökyayla**, § 26 N 51.

TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) hükmünde düzenlenen diğer ihtimalde, yani borcun gereği gibi ifa edilmemesi, kötü ifa veya borcun müspet ihlali hâllerinde, borçlunun borcunu esaslı bir şekilde ihlal etmesi durumunda da alacaklıya TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109) hükmüne kıyasen sözleşmeden dönme hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63-64; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 472; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 97 OR N 9; BK-Becker, Art. 97 OR N 10; CHK-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR N 139; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 30; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10; **Keller/Schöbi**, s. 284; **Bucher**, AT, s. 335; **Decurtins**, s. 12, 54; **Ehrat**, N 236; **Wiegand**, recht 1984, s. 20-21; **Glatthard**, s. 142 vd.; **Wiechers**, s. 10 vd.

Sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109) hükmünün, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık durumuna veya sözleşmenin müspet ihlali hâline uygulanması durumunda basit (*olağan veya kanuni*) kıyas (*Einzelmanalogie / Gesetzesanalogie*) yönteminden mi yoksa toplu (*hukuki veya genel kıyas ya da ilke kıyası*) kıyas (*Gesamtanalogie / Rechtsanalogie*) yönteminden mi yararlanıldığı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız basit kıyas görüşü için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 464; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63; **Huguenin**, OR, N 904; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2587; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 64.27. Toplu kıyas görüşü için bkz. **Koller**, AT, N 29.09, 58.09. Basit ve toplu kıyas konusunda bkz. **Kramer/Arnet**, s. 233-234.

doldurulmalıdır. Zira, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de aynı gün verdiği iki kararla benimsediği ve oldukça isabetli olan bu bakış açısına göre, borçlunun kusuru sebebiyle alacağı imkânsız hâle gelen alacaklı, borçlunun kusurlu bir biçimde temerrütte olması sebebiyle alacağını elde edemeyen alacaklıya nazaran daha az korunmaya layık değildir¹⁶⁰.

Nasıl ki, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı açısından, alacaklıya, sözleşmeden dönme hakkı tanınıyorsa, imkânsızlık hâlinin kısmen gerçekleşmesi hâlinde de alacaklı bu imkândan mahrum bırakılmamalıdır. O hâlde, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında sözleşmeden kısmen dönme mümkünse, alacaklı, kural olarak ifası imkânsızlaşan kısım bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁶¹. Sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün sayılması için, kısmi temerrütte olduğu gibi alacaklının karşı ediminin, yani ifası tamamen mümkün olan kendi borcunun bölünebilir olması şarttır¹⁶².

ii. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Kısmi İfa İmkânsızlığında

Borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığının aksine, **borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı**, borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmiştir¹⁶³. eBK döneminde ve halen İsviçre Hukuku'nda, kısmi hükümsüzlük ilkesinden yola çıkılarak¹⁶⁴, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığında,

¹⁶⁰ İsvFM, 21.7.2015, 4A_99/2015; 21.7.2015, 4A_101/2015: “(...) Borçluya atfedilebilen sonraki ifa imkânsızlığında alacaklı, kusuru sebebiyle temerrüde düşen borçlunun alacaklısına nazaran daha kötü bir durumda bırakılmamalıdır. Bu sebeple, ifa edilmiş kısım alacaklıya hiç menfaat sağlamıyorsa, modern doktrin, sonraki imkânsızlıkta İsvBK m. 97 f. I hükmünde bulunan boşluğu, alacaklıya geçmişe etkili bir yenilik doğurucu hak olan sözleşmeden dönme hakkı tanıyarak doldurmayı önermektedir. Bu durumda, borçlu temerrüdünü düzenleyen İsvBK m. 107 f. II ve m. 109 hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Federal Mahkeme, ilk kez bu kararlar öğretide ifade edilen bu görüşü benimsemiş ve borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmasına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, borçlunun sorumlu olduğu objektif ifa imkânsızlığında, şayet kısmen ifa edilmiş edim, alacaklı açısından bütün menfaatini yitirmişse, alacaklı, geçmişe etkili (“ex tunc”) olarak sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkını kullanabilir (...)”. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 190. Kararın değerlendirilmesi ve kararı onaylayan görüşleri için bkz. **Pichonnaz**, DC 2015, s. 332 vd.; **Schmid**, ZBJV 2017, s. 543; **De Werra**, JdT, s. 154; **Develioğlu**, İmkânsızlık, s. 164 vd.

¹⁶¹ **Tandoğan**, Nullité s. 288-289; **Glatthard**, s. 157. Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde tanınan sözleşmeden kısmen dönme hakkı ile, kısmi temerrütte alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesi arasında hukuken büyük bir fark bulunmamaktadır. Bkz. **Glatthard**, s. 157.

¹⁶² **Glatthard**, s. 157. Kısmi temerrütte bkz. aşağıda, **B.III/C/2/a**, “Karşı Edimin Bölünebilir Olması” isimli başlık.

¹⁶³ CR-Thévenoz, art. 119 CO N 1, 28; BSK-Wiegand, Art. 119 OR N 2; Engel, Obligations, s. 781; Gauch/Schluép/Tercier, N 1942; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 796; Feyzioğlu, s. 380; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1809; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 998; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 3; Dural, İmkânsızlık, s. 128.

¹⁶⁴ TBK m. 27 f. II hükmünün borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığı açısından kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102; CR-Thévenoz, art. 119 CO N 28; Stöckli, Synallagma, N 605; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Tercier/Pichonnaz, N 1600;

edimin bölünebilir olması ihtimalinde, borcun tamamının değil, yalnızca imkânsızlaşan kısmının sona ermesi gerektiği sonucuna ulaşılır¹⁶⁵. Başka bir deyişle, borçlu, yalnızca imkânsız hâle gelen kısım nispetinde borçtan kurtulur ve ifası mümkün olan kısım bakımından ifayla yükümlü kalmaya devam eder. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kural olarak, eBK m. 117 f. II ve İsvBK m. 119 f. II (TBK m. 136 f. II) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, karşı edim, şayet bölünebilir nitelikteyse, imkânsız hâle gelen edim oranında sona erer¹⁶⁶. Alacaklı, kısmen imkânsızlaşan alacağı ölçüsünde, kendi borcunu ifa etmekten kurtulur.

TBK m. 137 f. I hükmünde ise, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle, borcun kısmen imkânsızlaşması hâlinde, borçlunun kural olarak yalnızca borcun imkânsızlaşan kısmından kurtulacağı; alacaklının da borcun ifası mümkün olan kısmıyla yetinmesi gerektiği düzenlemiştir. Keza, TBK m. 137 f. II uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edimin de o oranda ifa edileceği vurgulanmıştır¹⁶⁷. eBK döneminde ve İsviçre öğretisinde kabul edildiği üzere, kanun koyucu, kısmi imkânsızlık hâlinde, edim - karşı edim dengesinin korunabilmesi amacıyla, edimin kısmen imkânsızlaşması hâlinde, kural olarak, karşı edimin de imkânsızlaşan edim nispetinde sona ereceğini ve o oranda ifa edileceğini belirtmiştir¹⁶⁸. Kısmi imkânsızlık hâlinde edim - karşı edim dengesinin korunması ve karşı edimin ifa engeli oranında azaltılması, kısmi temerrüt durumunda sözleşmeden kısmen dönülmesi hâlinde uygulanması gereken bir ilkedir.

Barth, s. 48; **Feyzioğlu**, s. 380; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1823; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 910; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Dural**, İmkânsızlık, s. 128.

¹⁶⁵ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 119 OR N 12; **BK-Becker**, Art. 119 OR N 3; **CR-Thévenoz**, art. 119 CO N 28; **BSK-Wiegand**, Art. 119 OR N 13, Art. 97 OR N 15; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2605; **Gauch/Schlupe/Tercier**, N 1964; **Engel**, Obligations, s. 782; **Barth**, s. 48; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 795; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1824; **Feyzioğlu**, s. 380; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Dural**, İmkânsızlık, s. 128. Esasen, edimin bir kısmının imkânsız hâle gelmesi hâlinde, ifası mümkün olan kısmın ifasının zorunlu olması “*yararlı olan bölüm yararsız olan bölümden etkilenmez (utile inutile non vitatur)*” şeklinde ifade edilen ilkenin ve “*işlem menfaati (favor negotii)*” kuralının doğal sonucudur. Bkz. **Engel**, Obligations, s. 294; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 28; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, III § 7, N 26h; **Nomer**, Borçlar Genel, N 183.10.

¹⁶⁶ **BSK-Wiegand**, Art. 119 OR N 13, Art. 97 OR N 15; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 594; **Bucher**, AT, s. 420; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11. Bu konuda, ayıptan sorumluluk rejimi çerçevesinde kabul edilen bedel indirimi hakkının kullanılmasında yararlanılan nispi yöntemden faydalanılabileceği yönünde bkz. **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11.

¹⁶⁷ Hükmün eleştirisi ve alacaklının serbestçe tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını talep edip edemeyeceği konusunda bkz. aşağıda, **B.2/II/C/2/b/2**, “*Borçlunun Sorumlu Olmadığı Kısmi İfa İmkânsızlığında*” isimli başlık.

¹⁶⁸ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1825; **Eren**, Borçlar Genel, N 4127.

Kısmi imkânsızlık rejimi, hukukta var olan Latince bir deyişle ifade etme geleneğine uygun biçimde şu şekilde özetlenebilir: “*Possibile per impossibile non vitatur*” veya “*mümkün olan bölüm imkânsız olan bölümden etkilenmez*”. Söz konusu kuralının imkânsızlık açısından genel sonucu, ister borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığı açısından ister borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı bakımından olsun, kural olarak, imkânsızlığın yalnızca ilgili olduğu ve doğrudan etkilediği kısım bakımından sonuç doğurmasıdır¹⁶⁹. Böylece, sözleşmenin imkânsızlıktan etkilenmeyen bölümü, normal bir borç olarak varlığını sürdürür.

c. Kısmi Zapta Kısmi Yaptırımlar

Kanun koyucu, satış sözleşmesinde, satılanın kısmen zapt edilmiş olma ihtimalini nazara alarak TBK m. 218 (İsvBK m. 196) hükmünü sevk etmiştir. Kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 hükmünün uygulanabilmesi için, ilk olarak, TBK m. 214 (İsvBK m. 192) uyarınca zapttan sorumluluğun genel koşullarının gerçekleşmesi şarttır¹⁷⁰. İkinci olarak ise, “*kısmi zapt*” hâlinin gerçekleşmesi gerekir¹⁷¹. Bu durum, TBK m. 218 f. I (İsvBK m. 196 f. I) hükmünde “*satılanın bir kısmının alıcının elinden alınmış olması*” veya “*satılanın sınırlı ayni bir hakla yüklenmiş olması*” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen, satılanın sınırlı ayni hakla yüklenmiş olması durumunda da satılanın kısmen zapt edilmiş olduğu sonucuna varıldığı için¹⁷², hükmün bütünüyle kısmi zapt hâline odaklandığı vurgulanmalıdır¹⁷³.

TBK m. 218 f. I uyarınca, kısmi zapt hâlinde, alıcının, kural olarak, yalnızca, kısmi zaptın yol açtığı zararının tazmin edilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir.

¹⁶⁹ Bkz. BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15, Art. 119 N 13; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Caytas, s. 29, 159-161; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2606 vd.; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

Baştaki kısmi ifa imkânsızlığı bakımından kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II ile İsvBK m. 20 f. II hükmü uygulanır. Bu sebeple, sonraki ifa imkânsızlığı açısından varılan sonuç, baştaki ifa imkânsızlığı bakımından da geçerlidir. Bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 82 vd.

¹⁷⁰ BK-Giger, Art. 196 OR N 4. Zaptın maddi koşulları konusunda bkz. Demirsatan, Zapt, s. 216 vd.

¹⁷¹ BSK-Honsell, Art. 196 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 2; BK-Giger, Art. 196 OR N 4. Kısmi zapt kavramı için “*éviction partielle / Teilentwehrung; teilweise Eviktion - teilweise Entwehrung*” tabirleri kullanılmaktadır. Bkz. BK-Giger, Art. 196 OR N 4; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 2.

¹⁷² CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 2; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; Vionnet, Vente, N 364.

¹⁷³ TBK m. 218 f. I hükmünde kanun koyucu satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması hâlinde hükmün uygulanabileceğini belirtmiştir. Öte yandan, hükmün mehzazını oluşturan İsvBK m. 196 f. I hükmünün Fransızca ve İtalyanca versiyonunda, açıkça, “*kısmi zapt halinde (en cas d’éviction partielle / quando l’evizione sia parziale)*” ifadesine yer verilmiştir. Buna karşılık, İsvBK m. 196 f. I hükmünün Almanca versiyonunda ise, TBK m. 218 f. I hükmünde olduğu gibi, “*satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması (Wenn dem Käufer nur ein Teil des Kaufgegenstandes entzogen wird)*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde başlığına uygun şekilde, kanunun lafzında da açıkça “*kısmi zapt*” kavramına yer verilmesi kanımızca hukuken daha isabetli olacaktır.

Bu durumda, satılan kısmen zapt edilmiş olursa, alıcı, kural olarak, kısmen de olsa sözleşmeden dönemez veya sözleşmeyi sona erdiremez¹⁷⁴. Tam zapt hâlinde alıcının haklarını düzenleyen TBK m. 217 (İsvBK m. 195) hükmü, alıcının kısmi zapt neticesince uğradığı zararların tazmini talebine kıyasen uygulanır¹⁷⁵. Bu durumda, alıcı, kısmi zapt hâlinde, TBK m. 217 f. I b. 4 (İsvBK m. 195 f. I b. 4) hükmüne kıyasen, satılanın kısmen elinden alınması sebebiyle uğradığı doğrudan zararları kusursuz sorumluluk rejimi dâhilinde talep edebilirken; TBK m. 217 f. II (İsvBK m. 195 f. II) hükmüne kıyasen, dolaylı zararları, satıcının kusursuzluğunu ispat edememiş olması ihtimalinde, kusur sorumluluğu çerçevesinde isteyebilir¹⁷⁶. Dolayısıyla, kısmi zapt hâlinde alıcının bütün zararının tazmin edilebilmesi için, borçlunun kusurlu olması veya -en azından- kusursuzluğunu ispat edememiş olması şarttır¹⁷⁷.

Alıcı, kısmi zapt durumunda, satılanın kısmen zapt edilen bölümünün ve sınırlı aynı hak tesisinin yol açtığı değer kaybının tazminini doğrudan zarar adı altında talep edebilir¹⁷⁸. Satılarda meydana gelen değer kaybının hesaplanması, belli açılardan zorluk arz edebilir. Bu sebeple, kısmi temerrüt rejimine benzer şekilde, öğretide, kısmi zapt sebebiyle satılarda meydana gelen değer kaybının hesaplanmasında, ayıptan sorumluluk rejimi çerçevesinde TBK m. 227 f. I b. 2 (İsvBK m. 205) hükmünde düzenlenen bedel indirimi hakkına dair ilkelerin kıyasen uygulanması gerektiği isabetli bir şekilde savunulmaktadır¹⁷⁹. Böylece, alıcı, somut olayın şartlarına göre, uğradığı zararın giderilmesi amacıyla, satış bedelinin kısmen iadesini veya zapt oranında indirilmesini talep edebilir¹⁸⁰. İndirilecek tutarın hesaplanmasında, **nispi metottan** yararlanılabilir¹⁸¹.

¹⁷⁴ BK-Giger, Art. 196 OR N 5, 8; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 3; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; Honsell, BT, s. 84; Keller/Siehr, s. 65; Müller, s. 72; Vionnet, Vente, N 364; Furrer, s. 28; Liechti, s. 71.

¹⁷⁵ BSK-Honsell, Art. 196 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 3; Keller/Siehr, s. 65; Furrer, s. 28; Liechti, s. 72.

¹⁷⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 3; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; BK-Giger, Art. 196 OR N 6; Furrer, s. 28; Liechti, s. 72. Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı konusunda bkz. Fischer, s. 11 vd.; Kara, GSÜHFD 2018, s. 483 vd.

¹⁷⁷ BSK-Honsell, Art. 196 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1; BK-Giger, Art. 196 OR N 6; Keller/Siehr, s. 65; Furrer, s. 28; Liechti, s. 72.

¹⁷⁸ BK-Giger, Art. 196 OR N 9; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 4; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 1.

¹⁷⁹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 4; BK-Giger, Art. 196 OR N 9; Keller/Siehr, s. 65.

¹⁸⁰ BK-Giger, Art. 196 OR N 9.

¹⁸¹ İsviçre-Türk öğretisi ve uygulamasında, nispi metot, bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda neredeyse oybirliğiyle kabul görmektedir. Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 21; BK-Giger, Art. 205 OR N 17 vd.; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 8; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 12; Engel, Contrats, s. 45; Tercier/Bieri/Carron, N 799; Honsell, BT, s. 123; von Büren, BT, s. 40; Keller/Siehr, s. 92-93; Vionnet, Vente, N 381; Chappuis, N 678; Schenker, Minderungsmethode, s. 90-91; İsvFM, ATF 116 II 305 = JdT 1991 I 173 = DC 1991 43/64;

Öğretide savunulan hâkim fikre göre, alıcının kısmi zapt hâlinde sözleşmeden kısmen dönmesi veya sözleşmeyi zapt oranında kısmen sona erdirmesi mümkün değildir¹⁸². Zira, bu görüşe göre, kısmi zapt hâlinde satış sözleşmesi, sona ermez veya hükümsüz hâle gelmez. Satış sözleşmesi hüküm doğurmaya devam ettiği için, alıcı, satış bedelini aynen ifa etmek zorundadır. Bu nedenle, alıcı, bu görüşe göre, TBK m. 217 f. I b. 1 (İsvBK m. 195 f. I b. 1) hükmüne kıyasen, ödemiş olduğu satış bedelinin, kısmen de olsa iade edilmesini talep edemez. Benzer şekilde, sözleşme hâlen ayakta olduğu için, alıcı, sözleşmenin kurulmasının yol açtığı seyahat masrafları, noter giderleri veya vergi ödemeleri gibi giderlerin tazmin edilmesini isteyemez¹⁸³. Alıcının sözleşmenin kurulmasının yol açtığı masrafları kısmen de olsa isteyememesini hakkaniyete uygun bulmayan aksi görüşteki yazarlar ise, alıcıya, sözleşmenin kurulması için yaptığı giderleri, zapt oranında kısmen tazmin etme imkânının tanınması gerektiğini savunmaktadır¹⁸⁴.

Kanımızca, öğretilde savunulan her iki yöndeki fikir de, kısmi zapt hâlinde tatmin edici sonuçlar doğurmaz¹⁸⁵. Hâkim fikir açısından bakıldığında, satılanın bir kısmı zapt edilmiş olmasına rağmen, alıcının hâlen satış bedelinin tamamını ödemek zorunda bırakılması ve sözleşme masraflarının tamamına katlanmakla yükümlü kılınması, menfaatler dengesi ve sözleşme adaleti açısından kabul edilebilir değildir. Keza, satılanın kısmen zapt edilmiş olmasıyla birlikte, sinallagma ilişkisi de yara almış, edim ve karşı edim dengesi bozulmuş ve sözleşmenin kurulması anında tarafların borçları arasında tesis edilen nispi eşdeğerlik ilişkisi ortadan kalkmıştır. Azınlık görüşü açısından bakıldığında ise, alıcıya sözleşmenin kurulması için gerçekleştirilen masrafların kısmen tazmini imkânının tanınmasının, sorunu suni ve yüzeysel biçimde çözmeye çalışma maksadı taşıdığı anlaşılmaktadır. Zira, aynı yazarlar, alıcıya bir

ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587; ATF 89 II 239 = JdT 1964 I 41; ATF 88 II 410 = JdT 1963 I 471; ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; **İsvFM**, 23.1.2013, 4A_470/2012; **Yargıtay HGK**, E. 2021/13-539, K. 2022/1267, T. 11.10.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2017/13-660, K. 2021/187, T. 2.3.2021 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2018/13-310, K. 2018/920, T. 18.4.2018 (Kazancı). Kısmi temerrüt rejiminde sözleşmeden kısmen dönme hâlinde aynı yönde bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/b/iii**, “*Nispi Metodun Kısmi Dönme Bakımından Uygulanması*” isimli başlık.

¹⁸² **BK-Giger**, Art. 196 OR N 8; **Liechti**, s. 71-72. Bu yönde bkz. **Müller**, s. 72; **Vionnet**, Vente, N 364.

¹⁸³ Bu giderlere, seyahat masrafları, noter giderleri, sözleşmenin kurulması sebebiyle ödenen vergiler dâhildir. Bkz. **BK-Giger**, Art. 196 OR N 8.

¹⁸⁴ **BSK-Honsell**, Art. 196 OR N 2; **KUKO-Honsell**, Art. 196 OR N 1; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 196 CO N 4.

¹⁸⁵ Ayrıtan sorumlulukta kural olarak her ayıplı ifa hâlinde alıcı sözleşmeden dönme hakkına başvurabilirken, kısmi zapt hâlinde satılanın yarısını kaybetmiş olan alıcı sözleşmeden dönme hakkını haiz değildir. Alıcıya sözleşmeden dönme hakkının kısmen de olsa tanınmasını kabul etmeyen yazarlar bile, bu çelişkiye dikkat çekmektedir. Bkz. **BK-Giger**, Art. 196 OR N 5. Alman Hukuku’nda kısmi zapt hâlinde, sözleşmeden kısmen veya tamamen dönme konusunda bkz. **Larenz**, BT, § 40, s. 31-32.

yandan bedel indirimi hakkını, diğer yandan sözleşmenin kurulması için yapılan masrafları kısmen tazmin ettirme imkânını tanımaktadır¹⁸⁶.

Kanaatimizce, kısmi zapt konusunda bir adım daha ileri gidilerek, çeşitli görüşlerle gölgesi tasvir edilen ancak bir türlü adı zikredilmeyen imkânın, yani **sözleşmeden kısmen dönme** hakkının alıcıya tanınması gerekir. Alıcıya kısmi dönme imkânının tanınmasıyla birlikte, kısmi ifa engellerine dair genel bir kural öngörmeyen ve açıkça bölümsel yaptırımlar düzenlemeyen kanun koyucunun bilinçsizce yol açtığı açık kanun boşluğu, kısmi dönme hakkının tanınmasıyla birlikte giderilmiş olur. Zira, bölümsel ifa engellerine genel olarak tatbik edilen ve kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün ve zapttan sorumluluk rejimine yakın bir kurum olan ayıptan sorumluluk açısından kısmi dönme hakkını düzenleyen TBK m. 230 f. I c. 1 (İsvBK m. 209 f. I) hükmünün, kısmi zapta kıyasen uygulanması hukuk tekniği açısından oldukça isabetlidir. Alıcıya kısmi dönme imkânının tanınması, sinallagma ilişkisi çerçevesinde, edim ve karşı edim arasındaki dengeyi ve kısmi zapt sebebiyle bozulmuş olan nispi eşdeğerliği yeniden tesis eder. Alıcı dilerse, TBK m. 196 uyarınca kısmi zaptın yol açtığı zararın tazminini talep eder; dilerse sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının tazminini ister¹⁸⁷.

Örneğin, iki adet aynı model otomobilin satışını konu edinen sözleşme ilişkisi kapsamında, otomobillerden birinin çalıntı olduğunun anlaşılması hâlinde, asıl malik otomobillerden birini istihkak davası yoluyla zapt ederse, alıcı, satış bedelinin tamamını ödeyerek elinden alınan otomobil için zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek satış bedelinin yarısını ifa edebilir. Bu son ihtimalde, alıcı, iki otomobil yerine tek otomobili konu edinen bir sözleşme akdetseydi, kaçınılabilecek olduğu masrafları, olumsuz zarar adı altında talep edebilir.

¹⁸⁶ BSK-**Honsell**, Art. 196 OR N 2; KUKO-**Honsell**, Art. 196 OR N 1; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 196 CO N 4.

¹⁸⁷ Kıyasen sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanabilmesi için, kısmi dönmenin mümkün olması gerekir. Kısmi dönme ise, edim ve karşı edimin bölünebilir olmasını gerektirir. Bkz. aşağıda, **B.3/III/C/2/a**, “*Karşı Edimin Bölünebilir Olması*” isimli başlık. Satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması suretiyle gerçekleşen kısmi zapt durumunda edimin bölünebilir olduğu açıktır. Buna karşılık, satılanın tamamının bir sınırlı aynı hak ile tahdit edilmesi durumunda, ilk bakışta satıcının edimin bazı hâllerde bölünebilir olmayabileceği düşünülebilir. Bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi veya bir geçit hakkının bulunması böyledir. Satılanın bölünebilir olmadığı böyle hâllerde, alıcı, kural olarak, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanamaz. Bu durumda, alıcı, zararın tazminini talep etme hakkıyla yetinmek zorunda kalır. İstisnaen, alıcının sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanamaması ve zararın tazmin edilmesinin onu tatmin etmemesi durumunda, TBK m. 218 f. II (İsvBK m. 196 f. II ve III) uyarınca alıcı, sözleşmenin tamamından dönebilir. Bu durum, kısmi temerrütle benzerlik gösterir. Bkz. aşağıda, **B.4**, “*Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Borçlu Temerrüdüne Başvurması*” isimli başlık.

d. Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme

Satış sözleşmesi çerçevesinde öngörülen ayıptan sorumluluk rejiminde, kanun koyucu, TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünde, birden çok mal satışında, bunlardan yalnızca bazılarının ayıplı olması ihtimalinde, sözleşmeden dönmenin kapsamını özel olarak düzenler¹⁸⁸. Bu açıdan, TBK m. 230 hükmü, “*satılanın çokluğu (Sachmehrheit)*” durumunda sözleşmeden dönme hakkının akıbetini inceler¹⁸⁹. İsvBK m. 209 ve dolayısıyla TBK m. 230 hükmünün mehzazını ise, eski BGB § 469 ve § 470 hükmü oluşturur¹⁹⁰.

TBK m. 230 f. I c. 1 (İsvBK m. 209 f. I) uyarınca, satış sözleşmesinin konusu birden çok satılanın oluşturması durumunda, yani birden çok mal satışında yahut satılanın birden çok parçadan oluşması ihtimalinde, sözleşmeden dönme hakkı kural olarak yalnızca ayıplı çıkan mallar bakımından kullanılır. Başka bir deyişle, satış sözleşmesinin konusunun çokluğu durumunda kural, **sözleşmeden kısmen dönme** şeklinde belirlenmiştir¹⁹¹. Nitekim, TBK m. 230 f. I c. 1 hükmü uyarınca, “*Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için*

¹⁸⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 1; BK-Giger, Art. 209 OR N 4; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1.

¹⁸⁹ İsviçre öğretisinde ve uygulamasında “*satılanın çokluğu (Sachmehrheit / Mehrheit von Kaufsachen)*” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 10-13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1-2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1-2; Furrer, s. 69; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

¹⁹⁰ BK-Giger, Art. 209 OR N 4; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Kısmi dönmenin sonuçlarını düzenleyen BGB § 471 hükmü ise kanuna alınmamıştır. Fakat, kısmi dönmenin sonuçlarının tespit edilmesi açısından ilgili düzenlemelerden yararlanılmaması için bir sebep yoktur. Aynı görüşte bkz. Furrer, s. 69.

TBK m. 230 f. I c. 1 ve İsvBK m. 209 f. I hükmüne karşılık gelen eski **BGB § 469 Abs. I** uyarınca, “*Birden çok mal birlikte satılmış olup da bunlardan sadece bir kısmı ayıplıyla, bütün mallar için tek bir toplam bedel belirlenmiş olsa bile, sadece bu kısım için sözleşmeden dönme talep edilebilir*”. TBK m. 230 f. I c. 2 ve İsvBK m. 209 f. II hükmünü karşılayan **BGB § 469 Abs. II** uyarınca, “*Bununla birlikte, şayet malların tamamı birlikte satılmışsa, taraflardan her biri, ayıplı malların kendisine zarar vermeden diğerlerinden ayırlamaması hâlinde, sözleşmeden dönmenin bütün mallara teşmil edilmesini talep edebilir*”. Keza, TBK m. 230 f. II ve İsvBK m. 209 f. III hükmünün mehzazını oluşturan **BGB § 470 Abs I ve II** uyarınca, “*Ayıplı olması sebebiyle asıl eşya için sözleşmeden dönülmesi yan eşyayı (fer’ileri) de kapsar. Şayet yan eşya (fer’i) ayıplı ise, sözleşmeden dönme yalnızca bu bakımdan talep edilebilir*”.

İlgili düzenlemelere kaynaklık eden BGB § 469 ve § 470 ile BGB § 471, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) ile yürürlükten kalkmıştır. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve borçlar hukuku alanında pek çok yenilik getiren Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu değişiklik metni için bkz. **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001**, Bundesgesetzblatt, Jahrg. 2001, Teil I, Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2001, s. 3138-3218 (www.bgb1.de).

¹⁹¹ BK-Giger, Art. 209 OR N 9; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 3; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Furrer, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 139; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003: “(…) İsviçre Hukuku, somut olaydaki sözleşme konusu açısından olduğu gibi, satılanın çokluğu hâlinde tekil ya da kısmi dönmeyi (“Einzel- oder Teilwandelung”) kural olarak belirlemiştir. Sözleşmeden dönme yalnızca kabul edilmeyen ve bedeli ödenmeyen ayıplı kısım için mümkündür (...)”.

kullanılabilir”. Sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmenin ayıplı ifadan etkilenmemiş bölümünü ayakta tutmaya yaradığı için, temelde “*favor negotii*” ilkesine dayanır¹⁹².

TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca, yalnızca sözleşmenin bir kısmından dönebilmek için, ya satış sözleşmesinin konusunu birden çok satılanın oluşturması ya da satılanın birden çok parçadan müteşekkil olması gerekir¹⁹³. Birden çok parçadan kasıt, satılanın birden çok birimden oluşan bir **bütünlük** arz etmesidir. Satılanın birden çok parçadan (*birimden*) oluştuğunun kabul edilebilmesi için, ticari hayatta, birden çok malın pratik nedenlerle bir bütün teşkil etmesi veya bir bütün gibi değerlendirilmesi yeterlidir¹⁹⁴. Kanun koyucu, TBK m. 230 f. I c. 1 hükmü açısından fiziksel olarak ayrı parçaları değil, ticari ve ekonomik birimleri esas almıştır. Bu sebeple, hüküm, ticari teamül uyarınca tek bir birim teşkil eden, birden çok parçadan müteşekkil olmayıp farklı bileşenlerden oluşan satılan bakımından uygulanmaz¹⁹⁵.

TBK m. 230 f. I c. 1 hükmü, birden çok ekonomik birimden oluşan satılan bakımından, söz konusu ekonomik birimlerden birinin ayıp ihtiva etmesi durumunda, ekonomik olarak birlik arz eden yalnızca o birim bakımından hüküm doğurur¹⁹⁶. Örneğin, balyalar hâlinde satılan bir kumaşın balyalarının birden çok parçadan oluşması durumunda, sözleşmeden dönme hakkı, her bir balya bakımından hüküm ifade eder; yoksa, balyaları oluşturan kumaş topları açısından ayrı ayrı sözleşmeden dönmek gerekmez¹⁹⁷. Keza, bir kasa elma satın alınması durumunda, alıcıdan, kasadaki elmaların çürük olanlarını ayırması beklenmez. Bu örnekte bir kasa elma, teamül uyarınca, tek bir bütün teşkil ettiği için, kasada yer alan elmalar farklı birimler olarak değerlendirilmez¹⁹⁸.

¹⁹² Vionnet, Vente, N 402.

¹⁹³ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; BK-Giger, Art. 209 OR N 9; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CHK-Müller-Chen, Art. 209 OR N 3; Furrer, s. 69; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

¹⁹⁴ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; BK-Giger, Art. 209 OR N 9; CHK-Müller-Chen, Art. 209 OR N 3; Vionnet, Vente, N 402; Furrer, s. 69; KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212: “(Fr) *l’unité de compte*”; “(De) *verkehrsmässige Wareneinheit*”.

¹⁹⁵ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; CHK-Müller-Chen, Art. 209 OR N 3.

¹⁹⁶ BK-Giger, Art. 209 OR N 9; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; CHK-Müller-Chen, Art. 209 OR N 3; İsvFM, ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258; KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212.

¹⁹⁷ İsvFM, ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258. Aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 9; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Furrer, s. 69, dn. 222.

¹⁹⁸ Farklı örnekler için bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 9; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Vionnet, Vente, N 400 vd.

TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda, ayıplı kısmın teslimi borcu ile satış bedeli borcunun ayıplı kısma karşılık gelen bölümü sona erer¹⁹⁹. Alıcı, sözleşmeden dönme hakkına konu ettiği ayıplı kısmı, TBK m. 229 f. I (İsvBK m. 208 f. I) uyarınca satıcıya iade eder. Bu açıdan, ayıptan sorumlulukta kısmi dönmenin sonuçları ile borçlunun kısmi temerrüdü sebebiyle gerçekleşen kısmi dönmenin sonuçları pek çok açıdan aynıdır²⁰⁰.

Kısmi dönme hâlinde şayet satış bedeli daha önceden ödenmişse, satıcı, satış bedelinin ilgili kısma karşılık gelen bölümünü TBK m. 229 f. I b. 1 (İsvBK m. 208 f. II) uyarınca iade etmek zorundadır. Tarafların, sözleşmenin konusunu oluşturan her bir edim için ayrı ayrı satış bedeli belirlemesi, TBK m. 230 f. I c. 1 açısından belirleyici değildir²⁰¹. Şayet taraflar, satış sözleşmesinde her bir kısım için ayrı satış bedeli belirlemişlerse, kısmi dönme üzerine sona erecek veya iade edilecek satış bedelini tespit etmek kolaydır. Bu durumda, sözleşmeden dönme üzerine, ayıplı olan kısım için belirlenen satış bedelinin sona ermesi veya şayet daha önce ödenmişse iade edilmesi gerekir²⁰². Buna karşılık, taraflar, satış sözleşmesinde tek bir satış bedeli belirlemişse, satış bedelinin ayıplı olan kısım oranında sona ermesi veya iade edilmesi şarttır²⁰³.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkı, **bedel indirimi** hakkının kullanılmasıyla²⁰⁴ aynı hukuki sonucu meydana getirir²⁰⁵. Bu sebeple, öğretideki hâkim fikre göre, TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca indirilmiş olan satış bedeli tespit edilirken, bedel indirimi hakkının kullanılmasında yararlanılan **nispi metot** isimli yöntemden faydalanılabilir²⁰⁶. Nispi metot uyarınca, indirilmiş olan bedel, başka bir deyişle

¹⁹⁹ Vionnet, Vente, N 403.

²⁰⁰ Kısmi temerrütte sözleşmeden kısmen dönmenin sonuçları konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4**, “Kısmi Dönmenin Sonuçları ve Kısmi Tasfiye İlişkisi” isimli başlık.

²⁰¹ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; Furrer, s. 69-70; Vionnet, Vente, N 403.

²⁰² CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 6; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1.

²⁰³ BK-Giger, Art. 209 OR N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1.

²⁰⁴ Değiştirici yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilen bedel indirimi hakkı, sözleşmede tek taraflı bir değişikliğe yol açarak, kararlaştırılan satış bedelinin ayıp oranında *ipso iure* indirilmesi sonucunu doğurur. Şayet satış bedelinin tamamı önceden ödenmişse, bir iade alacağı meydana gelir. Bkz. Venturi, N 1232-1234; Gauch, Entreprise, N 1617; Tandoğan, Cilt I/1, s. 195; İsvFM, ATF 117 II 554 = JdT 1993 I 139 = DC 1993 47 N 106; ATF 116 II 315 = JdT 1991 I 182.

²⁰⁵ BK-Giger, Art. 209 OR N 13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1. Kısmi temerrütte sözleşmeden kısmen dönme bakımından aynı yönde bkz. aşağıda, **B.3/III/C/3**, “Kısmi Dönmenin Hukuki Niteliği” isimli başlık.

²⁰⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5; BK-Giger, Art. 209 OR N 13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1. Kısmi temerrüt rejiminde sözleşmeden kısmen dönme hâlinde aynı yönde bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/b/iii**, “Nispi Metodun Kısmi Dönme Bakımından Uygulanması” isimli başlık.

satılanın sübjektif ayıplı değeri, sözleşmede kararlaştırılan bedelin, satılanın objektif ayıplı değerinin objektif ayıpsız değerine olan oranıyla çarpılması sonucunda tespit edilir²⁰⁷. TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca kısmi dönme hakkının kullanılması durumunda indirilmiş olan satış bedelinin tespit edilmesi için, sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli, satılanın ayıplı kısım olmaksızın arz edeceği objektif değerinin²⁰⁸, satılanın ayıpsız objektif değerine olan oranıyla çarpılır²⁰⁹. Elde edilen sonuç, TBK m. 230 f. I c. 1 çerçevesinde, sözleşmeden kısmen dönmüş olan alıcının ödemesi gereken (indirilmiş) satış bedelini verir. Başka bir deyişle, sözleşmede kararlaştırılan tam satış bedelinin, indirilmiş satış bedeline oranı, sözleşme konusunun toplam değerinin, ayıpsız kısmın (yani sözleşmeden dönme hakkının etkilemediği bölümün) toplam değerine olan oranına eşit olmalıdır.

Sözleşmede tek bir satış bedeli belirlenmesi ihtimalinde, sözleşmeden kısmen dönülmesi akabinde meydana gelen indirilmiş satış bedelinin tespit edilmesi konusunda, öğretide, kanuna alınmamış olan ve kısmi dönmeyen sonuçlarını düzenleyen eski BGB § 471 hükmünden de kıyasen yararlanılabileceği savunulmaktadır²¹⁰. Kısmi temerrüt açısından da başvurulana BGB § 471²¹¹ uyarınca, *“Birden fazla malın tek bir toplam bedel karşılığında satılması durumunda, sözleşmeden dönme hakkı yalnızca bazı mallar için kullanılırsa, toplam satış bedeli, satış sırasında, malların ayıpsız toplam değeri ile sözleşmeden dönmeyen malların toplam değeri arasındaki oran nispetinde azaltılır”*. Hüküm incelendiğinde, sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda, bedel indirimi hakkının kıyasen uygulanması ile, eski BGB § 471 hükmünden yararlanılması arasında netice itibarıyla farklılık bulunmadığı anlaşılar. Zira, BGB § 471 hükmü, genellikle bedel indirimi hakkı bakımından gündeme gelen nispi metodu, sözleşmeden kısmen dönme

²⁰⁷ BK-Giger, Art. 205 OR N 20, Art. 209 OR N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 20-21; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 8; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 12; MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 12; Venturi, N 1001 vd.; Schenker, Minderungsmethode, s. 90-91; Tercier/Bieri/Carron, N 799-800; Engel, Contrats, s. 45-46; Honsell, BT, s. 123; von Büren, BT, s. 40; Eren, Borçlar Özel, N 443; İsvFM, ATF 116 II 305 = JdT 1991 I 173 = DC 1991 43/64.

²⁰⁸ Alıcı, TBK m. 229 f. I (İsvBK m. 208 f. I) uyarınca, ayıplı olan satılanı, satıcıya iade etmekle yükümlü olduğu için, hesaplama yapılırken, satılanın ayıplı objektif değerinin nazara alınması isabetli değildir. Satılanın ayıpsız kısmının objektif değerinin nazara alınacağı yönünde bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 13.

²⁰⁹ BK-Giger, Art. 209 OR N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5.

²¹⁰ Furrer, s. 69.

²¹¹ BGB § 471 (aF): *“(1) Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.”*

bakımından ele alır. Bu nedenle, sözleşmeden kısmen dönme neticesinde indirilmiş satış bedelinin tespitinde her iki kaynaktan da istifade edilmesi düşünülebilir.

TBK m. 230 f. I hükmü, **art arda teslimli satış sözleşmeleri** (*contrat avec livraisons successives / Sukzessivlieferungsvertrag*) bakımından da uygulanır²¹². Art arda teslimli satış sözleşmelerinde ayıplı ifa, yalnızca ayıbın ilgili bulunduğu teslimat bakımından hüküm ve sonuç doğurur²¹³. Bu durumun art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından iki sonucu olduğu söylenebilir. İlk olarak, gerçekleştirilen teslimatın bir kısmı ayıplı ise, sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak yalnızca o kısım için kullanılabilir. İkinci olarak, art arda teslimli satış sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilen bir teslimatın tamamen ayıplı olduğu söylenebiliyorsa, yine, alıcı sözleşmeden dönme hakkını o teslimat bakımından ileri sürebilir. Buna karşılık, şayet, ayıplı teslimat nedeniyle satıcı, gelecekteki teslimatları da sözleşmeye uygun şekilde ifa edemeyecek durumdaysa, başka bir deyişle, sonraki teslimatın gereği gibi ifası imkân dâhilinde görünmüyorsa, alıcı, sözleşmeden dönme hakkını, art arda teslimli satış sözleşmesinin tamamı için kullanabilir²¹⁴.

2. Kısmi İfa Engelinin Bütüncül İfa Engeline Dönüşmesi

a. Genel Olarak

Kısmi ifa engellerinde ve kısmi temerrütte, istisnai hâllerde borca aykırılığı sınırlandırmak mümkün görünmezse, kısmi ifa engelinin bütüncül engele, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmesine izin verilir. Böyle hâllerde, kısmi ifa engelini, yalnızca borca aykırılığın doğrudan etkilediği kısımla sınırlandırmak mümkün olmaz. Kısmi ifa engelinin borcun tamamına yayıldığı böyle hâllerde, alacaklıya, borcun tamamı bakımından tazminat talep etme veya sözleşmenin tamamından dönme hakları tanınır.

²¹² BK-Giger, Art. 209 OR N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 209 OR N 5; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 10; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Honsell, BT, s. 122; İsvFM, ATF 26 II 711 (www.servat.unibe.ch); KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212.

²¹³ BK-Giger, Art. 209 OR N 14; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 10; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; İsvFM, ATF 26 II 711 (www.servat.unibe.ch); KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212.

²¹⁴ BK-Giger, Art. 209 OR N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 209 OR N 5; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 10; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Honsell, BT, s. 122; İsvFM, ATF 28 II 503 (www.servat.unibe.ch); KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212: “(...) Kural olarak, gerçekleşmiş olan bir teslimatın ayıplı olması, alıcıya yalnızca o teslimat bakımından fesih hakkı verir. Sözleşmenin tamamen feshi, yalnızca, gerçekleşmiş olan ayıplı teslimattan, diğer teslimatların da aynı şekilde ayıplı olacağı çıkarımının yapılması durumunda haklı görülebilir (...)”.

Kısmi ifa engelinin bütüncül ifa engeline dönüştüğü hâller çeşitlilik gösterebilir. Nitekim, kısmi temerrüt açısından olduğu gibi, alacaklının borcun kalan kısmının ifasında herhangi bir menfaatinin kalmaması hâlinde, kısmi ifa engeli, borcun tamamı bakımından sonuç doğurur²¹⁵. Benzer şekilde, kısmi zapt (TBK m. 218 f. II) ile kısmi hükümsüzlük kuralı (TBK m. 27 f. II) gözetilerek, ifa edilmeyen kısım olmaksızın alacaklının sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, kısmi ifa engelinin bütüncül ifa engeline dönüştüğü kabul edilebilir²¹⁶. Yine, satılanın bir kısmının ayıplı olması (TBK m. 230 f. I) yolundaki kuralın kıyasen uygulanması neticesinde²¹⁷, alacaklının veya borçlunun önemli bir zarara uğrayacak olması ihtimalinde, alacaklının ifa engelinin sonuçlarına kısmen değil tamamen başvurabileceği sonucuna varılır²¹⁸. Konunun kısmi temerrütte arz ettiği önem sebebiyle, ilgili borca aykırılık hâllerine daha yakından bakmak gerekir.

b. Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar

i. Borçlunun Sorumlu Olduğu Kısmi İfa İmkânsızlığında

İsviçre-Türk Hukuku'nda savunulan hâkim fikre göre, kısmi imkânsızlığın borçluya atfedilebilmesi durumunda, kural olarak, asıl borcun, ifası mümkün olduğu ölçüde ve oranda ifa edilmesi gerekir²¹⁹. Bunun yanında, borçlu, kısmi ifa imkânsızlığından sorumlu olduğu için, imkânsız hâle gelen kısım bakımından, alacaklıya tazminat ödemek zorundadır. Buna karşılık, hâkim fikre göre, imkânsızlıktan borçlu sorumlu olsa dahi, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkına dayanarak (TBK m. 84; İsvBK m. 69), alacağın imkânsızlaşmamış bakiye kısmını kabul etmekten kaçınamaz²²⁰.

²¹⁵ Kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamaması ihtimalinde, alacaklı, borçlu temerrüdüne kısmen değil, tamamen başvurabilir. Bkz. aşağıda, **B.4/II/C/1**, “*Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması*” isimli başlık.

²¹⁶ İfa edilmeyen kısım olmaksızın alacaklının sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa kısmi temerrüt, bütüncül temerrüde dönüşür. Bkz. aşağıda, **B.4/II/C/2**, “*İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması*” isimli başlık.

²¹⁷ TBK m. 230 hükmünün kısmi temerrütte kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; Bucher, AT, s. 382, dn. 218; Lemp, s. 61; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42; Yavuz, s. 151; Atamer, CISG, s. 342, dn. 326; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²¹⁸ Alacaklının veya borçlunun önemli bir zarara uğrayacak olması ihtimalinde kısmi temerrüt, bütüncül temerrüde dönüşür. Bkz. aşağıda, **B.4/II/C/4**, “*Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması*” isimli başlık.

²¹⁹ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103; Stöckli, Synallagma, N 608; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Barth, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 910; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 846.

²²⁰ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2608; von Büren, AT, s. 389, dn. 110. Benzer şekilde, borçlunun, borcun imkânsız hâle gelmemiş kısmını ifa etmek zorunda olduğu yönünde bkz. CR-Thévenoz, art. 97

Her ne kadar kural imkânsızlığın yalnızca doğrudan etkilediği kısım bakımından sonuç doğurması olsa da, hâkim görüş uyarınca²²¹, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı, şayet alacaklının ifaya olan menfaatini ağır bir şekilde ihlal eder veya ortadan kaldırırsa, başka bir deyişle, ifanın kalan kısmının gerçekleşmesi alacaklı için önemli bir değer arz etmezse, alacaklıdan kalan kısmın ifasını kabul etmesini beklemek hakkaniyete aykırı olur. O hâlde, böyle hâllerde, alacaklı, borcun tamamı imkânsız hâle gelmiş gibi, edimin ifası mümkün olan kısmının ifasını reddeder ve borcun tamamı için olumlu zararının tazminini talep eder. Alacağın ifası mümkün olan bakiye kısmını kabul etmesinin, alacaklıdan makul biçimde beklenip beklenemeyeceği değerlendirilirken, dürüstlük kuralı ışığında (TMK m. 2 f. I; İsvMK m. 2 f. I) sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumları gibi, somut olayın bütün şartları nazara alınır²²².

İfaya olan menfaati ağır şekilde zedelenen alacaklı, daha önce kısmi ifayı kabul etmiş veya kabul etmek zorunda kalmışsa, kabul ettiği kısmi ifayı iade ederek, borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi, borçludan tazminat talep edebilir²²³. Bu durumda, imkânsızlığın hukuki sonuçları edimin tamamı bakımından gerçekleşir²²⁴. Önemli

CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Barth, s. 48; Stöckli, Synallagma, N 608; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910.

²²¹ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102-104; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Stöckli, Synallagma, N 608; Neuenschwander, s. 96; Larenz, AT, § 22, II c; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 846. Alacaklı, bu hakkını, borçluya yönelteceği yenilik doğurucu bir beyanla kullanmalıdır. Bkz. Stöckli, Synallagma, N 608.

Söz konusu görüşün temelini 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) ile yürürlükten kalkan BGB § 325 Abs. I hükmü oluşturmaktadır. Eski BGB § 325 Abs. I uyarınca, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında, alacaklının kalan kısmın ifasında bir menfaati kalmamışsa, alacaklı, borcun tamamı imkânsız hâle gelmiş gibi, sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı için tazminat talep edebilir. Aynı sonuca, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren reform sonrası Alman Medeni Kanunu çerçevesinde ulaşmak da mümkündür. Nitekim, Alman Hukuku'nda BGB § 275 Abs. I uyarınca borcun imkânsızlaşması hâlinde ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. BGB § 283 atfıyla borçlunun ifa yükümlülüğünün ortadan kalkması hâlinde uygulanan BGB § 281 Abs. I uyarınca, alacaklı, ancak kısmi ifada herhangi bir menfaati kalmamışsa, kısmi ifayı reddederek, edimin tamamı için tazminat talep edebilir. Böylece, alacaklı, edimin imkânsız hâle gelmemiş olan bölümünün ifasında herhangi bir menfaati kalmamışsa, borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi, alacağın tamamı bakımından tazminat talep edebilir. Bkz. Rugullis, s. 138 vd.; Emmerich, § 12 N 29 vd.; Larenz, AT, § 22, II c. Alman Hukuku'nda kısmi ifa imkânsızlığı konusunda bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 44 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 326 N 19 vd.; Larenz, AT, § 22, II c.

²²² BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Stöckli, Synallagma, N 608.

²²³ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Stöckli, Synallagma, N 608; Neuenschwander, s. 96; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910.

²²⁴ Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 104; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Neuenschwander, s. 96; Stöckli, Synallagma, N 608; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Alacaklının borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi hareket etme imkânının bulunmasına rağmen, kısmi ifa imkânsızlığıyla yetinmesi mümkündür.

olan, alacaklının, borcun imkânsızlaşmamış olan kısmı bakımından ifa menfaatinin devam edip etmediğinin tespit edilmesidir²²⁵. Şayet, alacaklı, daha önce kabul ettiği kısmi ifayı iade edemiyorsa, sadece imkânsız hâle gelmiş olan kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep etmekle yetinir²²⁶.

Buna karşılık, öğretide savunulan diğer bir görüşe göre²²⁷, alacaklı, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında, ifası mümkün olan kısım ifa edilmemişse, henüz imkânsız hâle gelmemiş olan kısmi ifayı kabul edip, ifası imkânsızlaşmış olan kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep edebileceği gibi; kısmi ifayı reddetme hakkına dayanarak (TBK m. 84; İsvBK m. 69), alacağın ifası mümkün olan bakiye kısmının ifa teklifini reddedebilir ve borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi, alacağın tamamı için tazminat talep edebilir. Öte yandan, alacaklı, ifası mümkün olan kısım daha önce ifa edilmişse, bu görüşe göre, ifası imkânsızlaşan kısım bakımından tazminat talep edebilir. Şayet ifa edilmiş kısım, imkânsızlaşmış kısım olmaksızın alacaklı için değer taşımıyorsa, alacaklı, ifa edilmiş kısmı iade ederek, edimin tamamı bakımından zararının tazmin edilmesini isteyebilir²²⁸.

Kanımızca, alacaklının, TBK m. 84 f. I hükmüne dayanarak, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanması mümkün değildir. Nitekim, TBK m. 84 f. I hükmü, alacağın tamamı belli ve muaccel ise, alacaklının kısmi ifayı reddedebileceğini düzenler. Buna göre, alacaklı, tamamı belli ve muaccel olan bir borcun bir kısmını ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Borcun tamamı muaccel değilse, alacaklı, muaccel hâle gelmiş olan bölüm bakımından kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalır²²⁹. Borcun bir kısmının imkânsız hâle gelmesi durumunda, imkânsızlaşan kısım bakımından alacağın muaccel olduğu söylenemez. Kısmi imkânsızlıkta borçlu ifası mümkün olan kısım - tazminat alacağıyla birlikte- ifa olarak sunduğu müddetçe, alacaklı, TBK m. 84 f. I uyarınca, ifası mümkün ve muaccel olan kısmın ifa teklifini reddetme hakkına sahip

Bkz. **Stöckli**, Synallagma, N 608.

²²⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 64.31; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; **Stöckli**, Synallagma, N 608; **Larenz**, AT, § 22, II c; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2609; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11.

²²⁶ **Barth**, s. 49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 910. Aynı yönde bkz. **Neuenschwander**, s. 96.

²²⁷ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1489; **Eren**, Borçlar Genel, N 3263; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 871; **Ercoşkun Şenol**, s. 319.

²²⁸ Alacaklının kısmi ifayı iade ederek, serbestçe tam ifa imkânsızlığı hükümlerine başvurabileceği görüşünde bkz. **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 871. Yazar, her ne kadar TBK m. 137 hükmünün, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığına kıyasen dahi uygulanmayacağını belirtse de, netice itibariyle aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 871.

²²⁹ CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10; **İsvFM**, 9.6.2004, 4C.84/2004.

değildir. Bu nedenle, öğretide, kısmi ifa imkânsızlığının, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu yarattığını savunmaktadır²³⁰. Dolayısıyla, TBK m. 84 hükmünün incelenmesi neticesinde, kısmi imkânsızlıkta bu hükme dayanarak tam imkânsızlığı seçme hakkı tanıyan görüşün aksine, tam ters, hukuki sonuca varılmış olur.

Kanunda yer alan ve kısmi ifa engellerini düzenleyen hükümler incelendiğinde de, kanunun amacından da bu sonucun hasıl olduğu anlaşılır. Nitekim, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II), kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 (İsvBK m. 196) ile birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükümlerinde de alacaklıya serbestçe kısmi ifa engeli yerine, tam ifa engelini seçme hakkı tanınmamıştır. Söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması neticesinde, aynı çözüm tarzının kısmi ifa imkânsızlığı açısından da benimsenerek, alacaklının ifası mümkün olan kısmın aynen ifasıyla yetinmesi gerektiği ve kısmi ifayı özgürce reddedemeyeceği anlaşılır²³¹.

Öğretide savunulan diğer görüş uyarınca, imkansızlaşmamış kısmın ifa edilmemiş olması hâlinde, alacaklıya serbestçe tam imkânsızlık hükümlerine başvuru imkânı tanımak; buna karşılık, imkansızlaşmamış kısmın ifa edilmiş olması hâlinde, ifa edilmiş kısmın alacaklı açısından değer sağlamaması ihtimalinde tam imkânsızlık yolunu tercih edebileceğini söylemek, kanımızca kendi içinde çelişir ve suni bir ayrıma dayanır. Başta imkânsızlaşmış kısım yerine talep edilen tazminat alacağını serbestçe reddedebilen alacaklının, niçin kısmi ifadan sonra bu seçiminin sınırlandırıldığını açıklamak güçtür. Zira, borcun kısmen imkânsız hâle geldiği andan önce, tesadüfen kısmi ifayı kabul etmiş olan veya kısmi ifayı kabul ederken ifa imkânsızlığından haberdar olmayan alacaklı bakımından, farkı bir uygulamaya gitmek için yeterli bir gerekçe yoktur.

Alacaklının ifası mümkün olan kısmın aynen ifasında menfaati olduğu müddetçe, ifa imkânsızlığının kısmen sonuç doğurması; buna karşılık, alacaklının ifa menfaatini tamamen yitirmesi durumunda, tam imkânsızlık hükümlerini tercih edebilmesi, hem alacaklının menfaatlerini korur; hem de borçlunun keyfi bir tercihe maruz kalmasını engeller. Zira, her ne kadar borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu olsa da, borçlunun imkânsızlık yaratan olgu bakımından kusursuz olması da mümkündür. Sözleşmenin akıbetinin alacaklının ifaya olan menfaati çerçevesinde belirlenmesi,

²³⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 11; BK-Weber, Art. 69 OR N 40.

²³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 910; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

taraflar arasındaki menfaat ilişkisinin dengede kalmasını sağladığı gibi; “işlem menfaati (*favor negotii*)” ve “sözleşme menfaati (*favor contractus*)” ilkesi uyarınca, olabildiğince borç ilişkisi ayakta tutar ve mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini sağlar.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ister borcun bir kısmı imkânsız hâle gelsin, ister borcun tamamı imkânsız hâle gelmiş gibi hareket edilsin, alacaklı, kendi karşı edimini ifa etmek zorundadır²³². Zira, alacaklı, her iki varsayımda da sözleşme ile bağlı kalmaya devam etmekte ve borçluyla arasındaki sinallagma ilişkisi, varlığını sürdürmektedir²³³.

Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında sözleşmeden kısmen dönme mümkünse, alacaklı, kural olarak ifası imkânsızlaşan kısım bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir²³⁴. Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı alacaklının sözleşmeden hukuken beklediği yararı önemli ölçüde ortadan kaldıracak nitelikteyse, kısmi temerrüt rejimine benzer şekilde, alacaklı, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebilir²³⁵. Ayrıca, sözleşmeden kısmen dönme mümkün değilse, alacaklı sözleşmeden tamamen dönme hakkı kullanabilir.

ii. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Kısmi İfa İmkânsızlığında

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığının borç ilişkisini ne şekilde etkileyeceği, ilk kez, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, TBK m. 137 hükmünde düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme, 818 sayılı eBK döneminde ve halen mevcut İsviçre Hukuku’nda yer alan görüşlerden esinlenmiş olsa da, önemli bazı açılardan sorun yaratmıştır. Bu sebeple, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa

²³² CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67; Stöckli, Synallagma, N 608; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1490. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ifası imkânsız hâle gelen kısım nispetinde, karşı edimin de sona ereceği görüşünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31.

²³³ Stöckli, Synallagma, N 608. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sinallagma ilişkisi, borç ilişkisinde aynı zamanda bir garanti işlevi (“*Wertgarantie des Synallagmas*”) ifa eder. Yani, mübadele ilişkisinin de ötesinde, sözleşme kurulurken belirlenen edim - karşı edim arasındaki değer ilişkisinin sözleşme ilişkisi boyunca korunması gerekir. Söz konusu değer ilişkisi, bedel indirimi veya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gibi karşı edimin, edimin değerindeki azalma oranında indirilmesi yollarının dayanağını teşkil eder. Bkz. Stöckli, Synallagma, N 11-13. Sinallagma ilişkisinin garanti işlevi ışığında, edim ve karşı edim arasındaki nispi eşdeğerlik (“*relative Äquivalenzgebot*”) ilkesinin edimin bir kısmının imkânsız hâle gelmesiyle ortadan kalkması karşı edimin indirilmesini gerektiriyor olsa da, imkânsızlıktan sorumlu olan borçlunun imkânsızlaşan kısım için ödeyeceği tazminat, bozulan bu dengeyi yeniden sağlar. Bkz. Stöckli, Synallagma, N 608.

²³⁴ Tandoğan, Nullité s. 288-289; Glatthard, s. 157.

²³⁵ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67; Tandoğan, Nullité s. 289. Kısmi temerrütte bkz. aşağıda, B.4/II/B/1, “Alacaklının Kendi Ediminin Bölünebilir Nitelikte Olmaması” ve B.4/II/C/1, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlıklar.

imkânsızlığı açısından, ilk olarak önceki dönemin, akabinde ise, TBK m. 137 hükmü açısından mevcut dönemin değerlendirilmesi gerekir.

Borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, **818 sayılı eBK döneminde ve mevcut İsviçre Hukuku'nda**, kısmi imkânsızlık hâlinde, alacaklının kısmi imkânsızlık yerine, edimin ifası mümkün olan kısmını reddederek, borcun tamamının imkânsız hâle gelmesi ihtimalini serbestçe seçmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır²³⁶. Alacaklıya kısmi ifa imkânsızlığı ile tam ifa imkânsızlığı arasında serbestçe seçim yapma hakkı tanıyan görüşün aksine²³⁷, alacaklının tercihinin objektif bazı kriterlerle sınırlandırılması gerektiğini düşünen hâkim görüşe göre²³⁸, alacaklının, ifası kısmen mümkün olan edimi serbestçe reddederek, kısmi imkânsızlığı, tam imkânsızlığa çevirebilmesi mümkün değildir. Katıldığımız bu yaklaşıma göre, kısmi ifayı düzenleyen eBK m. 60 ile İsvBK m. 69 (TBK m. 84) hükmü, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı hâline uygulanmaz. Zira, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, borç, imkânsız hâle gelen kısım nispetinde sona erdiği için, borcun bakiye kısmının ifasını teklif eden borçlu, esasen ifası mümkün ve muaccel olan borcun tamamını ifa etmek istemektedir. Alacaklının tercihinin objektif bazı kriterlerle sınırlandırılması gerektiğini savunan bu

²³⁶ Görüş farklılıklarının tasnifi açısından bkz. CR-Thévenoz, art. 119 CO N 28-29; Pichonnaz, Impossibilité, N 586 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605 vd. Üzerinde görüş birliğine varılan yegâne nokta, karşı edim hasarına alacaklının katlanması hâlidir. Zira, karşı edim hasarına alacaklının katlanması ihtimalinde, kural olarak, imkânsız hâle gelen kısmın ifasını isteyemeyen alacaklı, ayrıca üstlendiği karşı edimi de ifa etmek zorundadır. Keza, hasara katlanan alacaklının bu konuda bir seçim hakkı da yoktur. Bkz. Gauch/Schlupe/Tercier, N 1965.

²³⁷ Alacaklıya serbest bir seçim imkânı tanınması gerektiğini düşünen ve konuya tamamen alacaklı merkezli yaklaşan ilk görüşe göre; alacaklı, dilerse kısmi ifa imkânsızlığını seçerek, borcun ifası mümkün olan kısmını kabul eder ve varsa kendi karşı edimini de imkânsız hâle gelmiş olan edim nispetinde indirilmiş biçimde ifa eder; dilerse, borcun ifası mümkün olan kısmını reddederek, borcun tamamen imkânsız hâle geldiğini kabul eder ve varsa kendi karşı edim borcunu ifa etmekten tamamen kurtulur. Bu görüşün hukuki temelini, kısmi imkânsızlık hâline kıyasen uygulanan ve kısmi ifayı düzenleyen eBK m. 60 ile İsvBK m. 69 (TBK m. 84) hükmü oluşturur. Alacaklıya, genel olarak kısmi ifayı reddetme hakkı tanıyan eBK m. 60 ile İsvBK m. 69 hükmünün kısmi ifa imkânsızlığına kıyasen uygulanması gerektiğini savunan bu görüşe göre alacaklı, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebepten borcun bir kısmı imkânsız hâle gelse bile, edimin ifası mümkün olan bölümünü, kısmi ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. O hâlde, bu görüşe göre, alacaklı, kısmi ifa imkânsızlığına rıza göstermediği müddetçe, imkânsızlık, imkânsız hâle gelen kısım nispetinde değil, borcun tamamı bakımından sonuç doğurur. Bkz. Engel, Obligations, s. 782; Feyzioğlu, s. 380; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1825. Alman Hukuku'nda henüz ifası mümkün olan kısım ifa edilmemişse bu görüşte bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59.

²³⁸ CR-Thévenoz, art. 119 CO N 30; BSK-Wiegand, Art. 119 OR N 13, Art. 97 OR N 15; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2609; Gauch/Schlupe/Tercier, N 1965; Pichonnaz, Impossibilité, N 590, dn. 723; Barth, s. 48; Neuenschwander, s. 96; Lemp, s. 60-61; Bucher, AT, s. 420; Caytas, s. 159-161; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 796; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Dural, İmkânsızlık, s. 128-130. Serozan, bu durumu, "bölümsel edimin tarafların gözündeki öznel kullanım değeri sıfırda (...) bölümsel imkânsızlık söz konusu olmaz da tümel imkânsızlık varsayılır." şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

yaklaşım, söz konusu objektif kriterin ne şekilde tespit edileceği konusunda görüş birliğine sahip değildir:

- a) Bizim de isabetli bulduğumuz hâkim fikre göre²³⁹, ifanın kısmen gerçekleştirilmesinde, alacaklının herhangi bir yararı kalmamışsa, başka bir deyişle, edimin ifası mümkün olan kısmı alacaklıya herhangi bir fayda sağlamıyorsa, alacaklı, borcun ifası mümkün olan kısmını reddederek, kısmi imkânsızlık yerine, borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi hareket eder. Bazı yazarlar²⁴⁰, edimin ifası mümkün olan kısmının alacaklıya fayda sağlamaması (*utilité de la prestation partielle*) kriterini, edimin ifası mümkün olan kısmını kabul etmesinin alacaklıdan makul bir biçimde beklenememesi (“*Unzumutbarkeit*”) şeklinde ifade etmektedir.
- b) Öğretide savunulan diğer görüşe göre²⁴¹, kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklının tercihini sınırlandırmak ve taraflar arasındaki dengeyi yeniden tesis etmek için başvurulacak olan kriter, eBK m. 20 f. II ile İsvBK m. 20 f. II (TBK m. 27 f. II) hükmünde düzenlenen kısmi hükümsüzlük kuralıdır. Kısmi hükümsüzlük rejiminin kıyasen uygulanması neticesinde, tarafların farazi iradelerinden, sözleşme akdedilirken kısmi imkânsızlık yaratan olgu önceden öngörülseydi sözleşmeyi hiç akdetmeyecekleri anlaşılabiliriyorsa veya sözleşmede güdülen ortak amaçtan, borcun ifası mümkün olan kısmının alacaklı tarafından kabul edilmeyeceği anlaşılıyorsa borcun kısmen değil, tamamen imkânsız hâle geldiği kabul edilir ve borç sona erer²⁴². Sözleşmeyle güdülen ortak amaçtan, ifa edilmiş kısmın alacaklı tarafından kabul edilmeyeceğinin anlaşılması, borcun tarafların gerçek veya farazi iradeleri uyarınca, *sübjektif* (*hukuken*) olarak bölünebilir olmadığı ve borcun bölünebilir olmaması

²³⁹ CR-Thévenoz, art. 119 CO N 30; BSK-Wiegand, Art. 119 OR N 13, Art. 97 OR N 15; Bucher, AT, s. 420; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Barth, s. 48; Neuenschwander, s. 96; Caytas, s. 159-161; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 796; Dural, İmkânsızlık, s. 128-130; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Nitekim, Alman Hukuku’nda BGB § 283 ve BGB § 281 Abs. 1 uyarınca, alacaklının borcun imkânsız hâle gelmemiş olan kısmının ifa edilmesinde herhangi bir menfaatinin kalmaması durumunda, alacağın tamamı imkânsızlaşmış gibi, edimin bütünü bakımından tazminat talep etme imkânı bulunmaktadır. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 283 N 68 vd.; Emmerich, § 12 N 29 vd.

²⁴⁰ BSK-Wiegand, Art. 119 OR N 13, Art. 97 OR N 15; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Bucher, AT, s. 420.

²⁴¹ Pichonnaz, Impossibilité, N 590, ayrıca dn. 717, N 595; BK-Weber, Art. 69 OR N 40; Bucher, AT, s. 420; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1824.

²⁴² Sözleşmeyle güdülen ortak amaçtan, ifa edilmiş kısmın alacaklı tarafından kabul edilmeyeceğinin anlaşılması, borcun tarafların gerçek veya farazi iradeleri uyarınca, *sübjektif* (*hukuken*) olarak bölünebilir olmadığı ve bu sebeple, imkânsızlığın kısmen değil tamamen sonuç doğurması gerektiği şeklinde de temellendirilir. Bu görüşte bkz. Pichonnaz, Impossibilité, N 590, 595; Eren, Borçlar Genel, N 4127.

sebebiyle, imkânsızlığın kısmen değil tamamen sonuç doğurması gerektiği şeklinde de temellendirilir²⁴³.

Borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle, borcun kısmen imkânsızlaşması hâlinde, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde**, TBK m. 137 f. I hükmünde, borçlunun kural olarak yalnızca borcun imkânsızlaşan kısmından kurtulacağı; alacaklının da borcun ifası mümkün olan kısmıyla yetinmesi gerektiği düzenlemiştir. Buna karşılık, kanun koyucu, borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığında, TBK m. 27 f. II’de yer alan istisnayı aynen kabul etmiş ve sözleşme kurulurken, tarafların kısmi ifa imkânsızlığını önceden öngörmesi ihtimalinde, taraflardan birinin böyle bir sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarda akdetmeyeceği söylenebiliyorsa kısmi imkânsızlığın borcun tamamına yayılacağını belirtmiştir²⁴⁴. Şüphesiz, tarafların sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceği sorusunu yanıtlamak için, TBK m. 27 f. II uyarınca olduğu gibi, tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesi gerekir²⁴⁵.

Kanun koyucu, TBK m. 137 f. II uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edimin de o oranda ifa edileceğini düzenlemiş; alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. O hâlde, kanun koyucu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim borcunun orantılı biçimde ve kısmen devam etmesi kuralına iki istisna öngörmüştür:

- a) İlk olarak, TBK m. 137 f. II uyarınca, karşı edimin bölünemez nitelikte olması durumunda, kısmi imkânsızlık değil, tam imkânsızlık hükümleri tatbik edilir²⁴⁶. Zira, bu ihtimalde, edim ve karşı edim orantılı olarak ifa edilemediği için, sıfıra uyarlanır (“*Anpassung auf Null*”) ve taraflar arasındaki denge, ancak edim - karşı edim yükümlülüğünün tamamen ortadan kaldırılması suretiyle yeniden sağlanabilir. Böylece, edimlerin kısmen elde tutulması suretiyle tesis edilemeyen sinallagma ilişkisi, sözleşmenin akdedildiği andan öncesine dönülerek “*sıfır*

²⁴³ Bu görüşte bkz. **Pichonnaz**, Impossibilité, N 590, 595; **Eren**, Borçlar Genel, N 4127.

²⁴⁴ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1824. Taraflardan birinin, kısmi imkânsızlığı öngörse idi, sözleşmeyi başka şartlarda yapmak isteyeceği durumlarda da kural olarak tüm borç sona ermelidir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1824.

²⁴⁵ Tarafların farazi iradelerinin tespiti konusunda başvurulabilecek yöntemler için bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 210-223; **Tandoğan**, Nullité, s. 72 vd.; **Zufferey-Werro**, N 1625; **Piotet**, ZSR 1957, s. 107 vd.; **Yung**, RJB 1960, s. 59-60; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 4. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.1/II/B/2**, “*Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması İçin Gereken Şartlar*” isimli başlık.

²⁴⁶ **Eren**, Borçlar Genel, N 4127.

noktasında” yeniden sağlanır. Keza, “*kısmi ifaya karşı kısmi ifa*” gerçekleşmeyeceğinden, alacaklı tam imkânsızlıkla yetinmek zorundadır²⁴⁷.

- b) İkinci olarak, TBK m. 137 f. II uyarınca, kanun koyucu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklıya bir seçme imkânı tanımış ve kısmi ifaya razı olmayan alacaklıya, serbestçe tam imkânsızlık hükümlerine başvurma yetkisi vermiştir²⁴⁸. Kanun koyucunun alacaklıya serbest bir seçme imkânı tanınması, esasen, kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmünün kısmi imkânsızlık hâlinde de uygulanması ve alacaklıya kısmi imkânsızlık hâlinde, kısmi ifayı reddetme hakkı tanınması anlamına gelir.

Kanun koyucu, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığını düzenlerken, borçlar hukuku sistematigiyle bağdaşmayan bir çelişkiye imza atmıştır. TBK m. 137 f. I uyarınca, alacaklı, kısmi imkânsızlık önceden öngörülseydi böyle bir sözleşmenin yapılmayacağını ispat ederek tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını sağlayabilirken; TBK m. 137 f. II uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, hiçbir gerekçe sunmadan tam imkânsızlık hükümlerini tercih edebilir. Böylece, kanun koyucu, eBK döneminde ve İsviçre Hukuku’nda savunulan aksi yöndeki iki görüşü, birbiriyle telif etmeden aynı anda kabul ederek kodifiye etmiştir.

Kanımızca, kendi içinde çelişki arz etmesi ve hukuk politikası bakımından isabetli olmamasının da ötesinde, alacaklıya seçme hakkı tanıyan düzenlemenin, lafzıyla ruhu birbiriyle bağdaşmamakta ve hükmün amacı bakımından somut olaya uygulanması menfaatler dengesiyle uyuşmamaktadır. Zira, borçlunun kusurunun veya herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı böyle bir hâlde, “*ya hep ya hiç ilkesi (Alles oder nichts-Prinzip)*” çerçevesinde, alacaklıya, ifası kısmen mümkün olan bölümü reddedip, borcun tamamı imkânsızlaşmış gibi hareket etme imkânı tanımak, TMK m. 2 f. I (İsvMK m. 2 f. I) hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırıdır. Keza, “*ya hep ya hiç ilkesi*” borçlunun sorumlu olmadığı ifa engelleri bakımından uygulanabilir bir kural değildir²⁴⁹.

Alacaklıya serbest seçim imkânı tanınarak, borçlunun alacaklının iradesine terk edilmesi, esasen borçlunun tamamen keyfî bir durum altında bırakılmasına ve sürekli hakkın kötüye kullanılması tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olur²⁵⁰. Üstelik

²⁴⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1825.

²⁴⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1825; Nomer, Borçlar Genel, N 183.10.

²⁴⁹ Caytas, s. 29.

²⁵⁰ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

kusurlu olmayan ve herhangi bir nedenle sorumlu kılınmamış olan borçlu, bu keyfi davranışa maruz kalmayı hak etmez. Böyle bir düzenleme, kısmi ifa engelleri açısından, modern hukuk sistemlerinde kabul edilebilir bir çözüm değildir²⁵¹. Nitekim, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı açısından dahi, alacaklıya tam imkânsızlık hükümlerini seçme hakkı tanınmamaktadır²⁵².

Görüldüğü üzere, TBK m. 137 f. II hükmünün mevcut hâliyle uygulanması, kanunun amacına ve dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç meydana getirmektedir. Bu sebeple, TBK m. 137 f. II hükmü, bir örtülü boşluk içerir. Örtülü boşluğun doldurulmasında başvurulacak temel yöntem ise amaca uygun sınırlama (*teleolojik redüksiyon*) yöntemidir²⁵³. O hâlde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından alacaklıya tam imkânsızlığı seçme hakkı tanıyan TBK m. 137 f. II hükmü, amaca uygun sınırlama yöntemine tabi tutulmalıdır²⁵⁴. Amaca uygun sınırlama neticesinde varılan sonuç, alacaklının ifa menfaatinin kısmen değil tamamen ortadan kalkması veya alacaklıdan kalan kısmın ifasını kabul etmesinin beklenememesi hâlinde, alacaklının tam imkânsızlığı seçerek, borcun tamamen sona ermesini sağlayabilmesidir. Böylece, iki imkânsızlık rejimi açısından bir yeknesaklık sağlanmış olur²⁵⁵.

c. Kısmi Zapta Bütüncül Yaptırımlar

i. Genel Olarak Sözleşmeden Tamamen Dönme Hakkı

Alicının kısmi zapt sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesi, alıcıya her zaman yeterli bir tatmin imkânı sunmaz. Böyle hâllerde, kanun koyucu, istisnai olarak, alıcının kısmi zapt sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmek yerine, TBK m. 218 f. II c. 1 (İsvBK m. 196 f. II) uyarınca, sözleşmeyi tamamen sona erdirebileceğini öngörmüştür. Nitekim, TBK m. 218 f. II c. 1 uyarınca “*Ancak alıcının, satılandaki bu*

²⁵¹ Caytas, s. 29; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

²⁵² CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102-104; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Stöckli, Synallagma, N 608; Neuenschwander, s. 96; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1489.

²⁵³ Kramer/Arnet, s. 252; Nomer/Akbulut, N 167, 181; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 187c. Teleolojik redüksiyon (*amaca uygun sınırlama*) yöntemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kramer/Arnet, s. 252 vd.; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 185 vd.

²⁵⁴ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

²⁵⁵ Borçlunun sorumlu olduğu ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı açısından, önerdiğimiz gibi yeknesak bir rejim öngören bazı yazarlar için bkz. BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15, Art. 119 N 13; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2606 vd.; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir”.

TBK m. 218 f. II hükmünde “sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini isteme” ifadesini kullanan kanun koyucunun, alıcıya gerçek bir sözleşmeden dönme imkânı tanıyıp tanımadığı yeterince açık değildir. Lafzi yorum ilkesi ışığında yaklaşıldığında, kanunda yer alan “sona erdirme” ifadesinin, “feshih” kavramına benzer şekilde, “sözleşmeden dönme” hakkına karşılık geldiği söylenebilir²⁵⁶. Zira, ani edimli borç ilişkilerinde, fesih yerine sözleşmeden dönme kavramından bahsetmek daha doğru olur. Keza, amaçsal yorum yapıldığında, TBK m. 218 f. II hükmünün, sözleşmeyi kendiliğinden (*ipso iure*) geçersiz kılmayı amaçlamadığı; aksine, alıcıya tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanımak istediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, TBK m. 218 f. II c. 1 hükmüyle, alıcıya tanınan sözleşmeyi sona erdirme imkânı, esasen **sözleşmeden dönme hakkı** şeklinde okunmalıdır²⁵⁷.

Öğretide ifade edilen hâkim fikre göre²⁵⁸, kısmi zaptta sözleşmeden dönme hakkı, satılanın tamamen zapt edilmesinin aksine (TBK m. 217 f. I; İsvBK m. 195 f. I), kendiliğinden (*ipso iure*) sonuç doğurmaz. Hâkim fikre göre, kısmi zapt hâlinde TBK m. 218 f. II c. 1 hükmünün tanıdığı sözleşmeden dönme hakkı, alıcı tarafından yenilik doğuran (*inşai*) dava yoluyla kullanılır. Zira, kanunun lafzında, açıkça alıcının sözleşmenin sona erdirilmesini hâkimden talep edebileceği belirtilmiştir. Söz konusu görüşe göre, hâkim, bu yolla, TBK m. 218 f. II c. 1 hükmünün şartlarının oluşup oluşmadığını denetleme imkânı edinir²⁵⁹. Bu durumda, satış sözleşmesi, hâkimin verdiği yenilik doğuran (*inşai*) kararlarla birlikte hükümden düşer²⁶⁰.

Kanaatimizce, kısmi zapt hâlinde sözleşmeyi sona erdiren yenilik doğuran hakkı, hâkim denetimine tabi kılmak için yeterli neden yoktur. Bu sebeple, alıcı, sözleşmeyi sona erdirme hakkını tek taraflı yenilik doğuran işlem yoluyla

²⁵⁶ TBK m. 218 f. II hükmüne kaynaklık eden İsvBK m. 196 f. II hükmünün Almanca versiyonunda alıcının “sözleşmeyi sona erdirmeyi talep edebileceği (*die Aufhebung des Vertrages zu verlangen*)” belirtilmiştir. Öte yandan, eBK m. 193 f. II hükmünde, alıcının “feshi dava edebileceği” düzenlenmiş; hükmün mehzazını oluşturan İsvBK m. 196 f. II hükmünün Fransızca versiyonunda “feshi dava etme (*actionner en résiliation*)” ibaresine yer verilmiş; yine, İtalyanca versiyonunda da “feshi dava edebileceği (*chiedere la risoluzione*)” ifade edilmiştir.

²⁵⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 5. Aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 196 OR N 12; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 2; Müller, s. 72; Vionnet, Vente, N 364.

²⁵⁸ BSK-Honsell, Art. 196 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 2; BK-Giger, Art. 196 OR N 12; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 5; Keller/Siehr, s. 66; Furrer, s. 28; Liechti, s. 71; Zevkililer/Gökyayla, s. 157.

²⁵⁹ BK-Giger, Art. 196 OR N 12; Furrer, s. 28; Liechti, s. 71. Dava açılmasının, muhtemel bir hakkın kötüye kullanılması tehlikesini bertaraf etmek için tek yol olduğu yönünde bkz. Liechti, s. 71.

²⁶⁰ BK-Giger, Art. 196 OR N 12; Liechti, s. 71.

kullanabilir²⁶¹. Zira, tam zapt hâlinde sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği kabul edilirken (TBK m. 217 f. I; İsvBK m. 195 f. I); kısmi zapt hâlinde sözleşmenin niçin hâkim kararıyla sona erdirilmesi gerektiğini anlamak güçtür. Sözleşme ilişkisini sona erdiren iptal, dönme veya fesih hakları, kural olarak, İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde tek taraflı yenilik doğuran işlem yoluyla kullanılır. Bu durumda, TBK m. 218 f. II c. 1 hükmünün, lafzı ve ruhu arasındaki çelişki nazara alınarak, bir örtülü boşluk bulunduğu ve söz konusu örtülü boşluğun “*teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama)*” yöntemiyle doldurması gerektiği tespiti yapılmalı; kısmi zapt hâlinde alıcının hâkim kararına ihtiyaç duymaksızın, yenilik doğuran işlem yoluyla sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

TBK m. 218 f. II c. 1 uyarınca, farazi irade beyanı çerçevesinde, alıcının satılandaki durumu, yani kısmi zapt olgusunu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahiptir²⁶². Alıcının satılanı mevcut durumda satın alıp almayacağı belirlenirken, ticari işlerde kabul edilen genel anlayış esas alınmalıdır²⁶³. Keza, mevcut şartlar altında makul ve akli başında bir insanın ne şekilde hareket edeceği sorgulanarak bir sonuca varmak gerekir²⁶⁴.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması hâlinde sözleşme ilişkisi tasfiye edilir²⁶⁵. Esasen bu durumda sözleşme, kısmen değil, tamamen çözülmüş olur ve alıcı tam zapt hâlinde TBK m. 217 (İsvBK m. 195) uyarınca satıcıya karşı hangi taleplerde bulunabilecek idiyse, TBK m. 218 f. II c. 1 uyarınca sözleşmeden dönünce yine o taleplerde bulunabilir. TBK m. 217 hükmü, *kıyasen*, TBK m. 218 f. II c. 1 uyarınca sözleşmeden dönme hâlinde de uygulanır²⁶⁶. Bu meyanda, satıcı, TBK m. 217 f. I b. 1-4 hükmüne kıyasen, satış bedelini faiziyle birlikte geri vermekle ve herhangi bir kusuru olmasa bile kısmi zaptın yol açtığı doğrudan zararları tazmin etmekle

²⁶¹ Bu görüşte bkz. ZK-Schönle/Higi, Art. 196 OR N 22-22a; Vionnet, Vente, N 364. Sistematiik yorum ve zamana göre objektif yorum ilkeleri ışığında hükmün amaca uygun yorumlanması konusunda bkz. ZK-Schönle/Higi, Art. 196 OR N 22-22a.

²⁶² Alman Hukuku’nda, kısmi temerrüt rejimi açısından olduğu gibi, ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya herhangi bir fayda sağlamaması hâlinde sözleşmeden tamamen dönüleceği yönünde bkz. Larenz, BT, § 40, s. 31-32.

²⁶³ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 5; Furrer, s. 28. Zamansal açıdan sözleşmenin kurulma anı esas alınır. Bkz. Keller/Siehr, s. 66.

²⁶⁴ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 5.

²⁶⁵ BSK-Honsell, Art. 196 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 2; BK-Giger, Art. 196 OR N 12-13; Müller, s. 72.

²⁶⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 196 CO N 5; BSK-Honsell, Art. 196 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 196 OR N 2; BK-Giger, Art. 196 OR N 13; Keller/Siehr, s. 66; Furrer, s. 28; Liechti, s. 72.

yükümlüdür. Keza, satıcının kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda, alıcının uğradığı dolaylı zararların da giderilmesi gerekir.

ii. Kısmi Zapt ve Kısmi Temerrüdün Yarışması

Kısmi zapt ile kısmi temerrüt birbirine yakın ve birbiriyle çoğu zaman iç içe olan iki kurumdur. Satılanın tamamen zapt edilmesi, TBK m. 214 (İsvBK m. 192) uyarınca bir garanti (*tekeffül*) rejimine vücut verse de, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun ifa edilmemesi, yani, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devredilmemiş olması, TBK m. 117 (İsvBK m. 102) uyarınca borçlu temerrüdü sonucunu doğurur. Başka bir deyişle, zapttan sorumluluk rejimi ile borçlu temerrüdü hükümleri, aynen ifanın mümkün olması durumunda, herhangi bir sınırlama olmaksızın yarışabilir²⁶⁷. Böylece, alıcı, zapttan sorumluluk rejimine başvurmak yerine, tam yarışma içindeki genel hükümlere yönelerek, TBK m. 118 (İsvBK m. 103) uyarınca, gecikme tazminatıyla birlikte, zapt edilen kısmın aynen ifasını talep edebilir. Keza, satış sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşme olduğu için, alıcı, TBK m. 125 (İsvBK m. 107 f. II ve m. 109) uyarınca, aynen ifadan vazgeçerek, olumlu zararının tazmini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının giderilmesi haklarından birini tercih edebilir.

Kısmi zapt hâlinde, alıcının zapttan sorumluluk rejimi yerine, borçlu temerrüdü hükümlerine ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurması mümkündür²⁶⁸. Bu durumda, satılan kısmen zapt edilmiş olduğu için, alıcı, satılanın zilyetlik ve mülkiyeti devredilmemiş olan bölümü bakımından kısmi temerrüt hükümlerine başvurur²⁶⁹. Satılanın tamamen zapt edilmesi durumunda sözleşmeden tamamen dönme imkânı olan alıcıya, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, satılanın kısmen zapt edilmesi durumunda kısmi dönme hakkının tanınması gerekir. Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın talep edilmesi durumunda, kısmi zapt hâlinde olduğu gibi (TBK m. 218 f. I), ifa edilmeyen kısmın aynen ifasından feragat edilerek, onun yerine, kısmen gerçekleşmeyen ifa menfaatinin giderilmesi istenir.

Bazı durumlarda, kısmi zapt ile kısmi temerrüdün kesişmesi mümkün olmaz. Nitekim, satılanın tamamının bir sınırlı aynı hak ile tahdit edilmesi durumunda, bir kısmi ifadan bahsedilemeyeceği için, kısmi temerrüt hâlinde de bahsetmek mümkün

²⁶⁷ **Larenz**, BT, § 40, s. 31-32; **BK-Giger**, Art. 192 OR N 10, Art. 196 OR N 16; **Nomer/Engin**, TBK m. 214 N 14-16. Bkz. **AlmFM**, BGH NJW 2000, s. 1256: “(...) Satıcı, satın alınan malın mülkiyetini üçüncü taraf haklarından ari olarak devretme yükümlülüğünü yerine getirmese, bu BGB § 325 Abs. 1 anlamında bir kısmi ifa değil, borcun (tamamen) ifa edilmemesi anlamını taşır (...).”

²⁶⁸ **BK-Giger**, Art. 196 OR N 16; **Larenz**, BT, § 40, s. 31-32.

²⁶⁹ **Larenz**, BT, § 40, s. 31-32.

değildir. Esasen böyle bir durumda, eksik ifa değil, kötü ifa söz konusudur²⁷⁰. Yine, kısmi zapt hâlinde, alıcının elinden alınan kısmın aynen ifası mümkün değilse; yani aynen ifa objektif bir biçimde imkânsız hâle gelmişse, kısmi temerrüt değil, kısmi ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Böyle bir durumda, alıcının kısmi zapt yerine, kısmi ifa imkânsızlığı rejimine başvurması mümkündür.

d. Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme

i. Genel Olarak Sözleşmeden Tamamen Dönme Hakkı

Kanun koyucu, TBK m. 230 f. I c. 1’de satılanın bir kısmının ayıplı olması ihtimalinde, alıcının kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kısmen kullanması gerektiğini öngörmüş; istisna olarak, TBK m. 230 f. I c. 2 (İsvBK m. 209 f. II) hükmünde, ayıplı olan kısmın ayıpsız kısımdan, taraflardan birine objektif olarak önemli bir zarar vermeksizin ayrılamaması ihtimalinde, alıcının sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönebileceğini (“*Gesamtwandelung*”) düzenlemiştir²⁷¹. Nitekim, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmü uyarınca, “*alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamaması zorunludur*”.

Sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebilmek için iki koşul aranır²⁷²: İlk olarak, ayıplı parçanın diğerlerinden ayrılmasının objektif olarak taraflardan birine önemli bir zarar verebilecek mahiyette olması gerekir. İkinci olarak, sözleşmenin konusunu oluşturan farklı parçaların, sözleşmenin kurulması anında, taraf iradelerine göre aynı hukuki kaderi paylaşıyor olması şarttır. Belirleyici olan unsur, bir arada satılan malların bir bütün teşkil etmesi ve sözleşmenin konusunu oluşturan malların toplam değerinin, kısmi değerlerinin toplamından daha yüksek olması nedeniyle,

²⁷⁰ Öğretide ayrıca, zapttan sorumluluk hükümlerinin TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) hükmünde düzenlenen, borcun gereği gibi ifa edilmemesi (*kötü ifa*) sebebiyle doğan tazminat talebiyle yarışabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. BK-Giger, Art. 192 OR N 7-9; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 192 OR N 1; Keller/Siehr, s. 70. Özellikle, satılanın sınırlı aynı hakla yüklenmesi kötü ifaya örnek gösterilebilir.

²⁷¹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 10; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²⁷² BK-Giger, Art. 209 OR N 10; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Söz konusu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini, sözleşmenin tamamından dönmeyi talep eden taraf ispat eder. Bkz. Furrer, s. 70.

sözleşme konusunun sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla dahi ayrılamayacak olmasıdır²⁷³.

Alicının, satılanın ayıplı kısmı olmaksızın, yalnızca ayıpsız kısmını teslim almakta herhangi bir menfaati kalmamışsa, sözleşmenin tamamından dönebileceği kabul edilir²⁷⁴. Örneğin, bir çift koşum atının birlikte satın alınması durumunda, alıcı, hasta olan at olmaksızın diğerinden yararlanamayacak ise, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, yalnızca hasta olan atı değil, aynı zamanda diğerini de satıcıya iade eder. Benzer şekilde, masraf, zaman ve iş yoğunluğu sebebiyle, sözleşme konusunu oluşturan ayıplı malları ayıpsız parçalardan ayırmak alıcıdan beklenemiyorsa, alıcı, sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönebilir²⁷⁵. Bu neticeye, dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I; İsvMK m. 2 f. I) ilkesinin mevcut duruma uygulanması vasıtasıyla varılır²⁷⁶. Bin iki yüz parça, ucuz ve seri üretim ürünün, ayıplı olup olmamasına göre ayrılamaması hâli böyledir²⁷⁷.

Kısmi dönmenin yerini bütüncül dönmeye bırakması, yalnızca alacaklının değil, aynı zamanda borçlunun menfaatlerini koruma amacı güder. Nitekim, sözleşmenin tamamından dönebilmek için, TBK m. 230 f. I c. 2 uyarınca, kısmi dönmenin “*alıcıya veya satıcıya*” önemli bir zarar verebilecek olması aranmıştır. O hâlde, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünün aradığı koşulun gerçekleşmesi durumunda, alacaklı kadar, borçlu da, dönme hakkının sözleşmenin tamamı bakımından hüküm doğurmasını talep edebilir²⁷⁸. Özellikle, satıcının, satılanın ayıpsız olan kısmını ayıplı olan kısımdan ayrı ve daha iyi biçimde değerlendirme imkânı yoksa sözleşmenin tamamından

²⁷³ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 10; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “(...) *Kural olarak, sözleşmeden dönme sadece ayıplı parçalar bakımından mümkündür; istisnai olarak, sözleşmenin tamamından dönmeye sadece bir bütün olarak satılan malların değerinin münferit parçaların değerlerinin toplamından daha fazla olması hâlinde veya özellikle ayıplı malların ayıklanmasının orantısız bir maliyet gerektirmesi nedeniyle alıcının artık ayıplı olmayan parçanın teslim edilmesinde herhangi bir menfaatinin kalmaması hâlinde izin verilir (...)*”.

²⁷⁴ Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²⁷⁵ BK-Giger, Art. 209 OR N 11; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; Honsell, BT, s. 122; Furrer, s. 70; İsvFM, ATF 34 II 701; ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003. Söz konusu kriter, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından İsvBK m. 209 hükmünün mehzazını oluşturan eİsvBK m. 255 hükmü açısından ilk kez Alman Hukuku’ndan etkilenilerek savunulmuş, akabinde yürürlükteki düzenleme bakımından da geçerli kabul edilmiş ve daha sonra öğreti tarafından benimsenmiştir. Bkz. İsvFM, ATF 34 II 701; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

²⁷⁶ İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003. Alman Hukuku’nda dürüstlük kuralını düzenleyen BGB § 242 hükmüne dayandığı yönünde bkz. İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

²⁷⁷ İsvFM, ATF 34 II 701; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Honsell, BT, s. 122.

²⁷⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70.

dönme satıcının yararına olur. Satılanın, ticari teamül uyarınca, ekonomik bir birlik teşkil etmesi durumunda, yalnızca sözleşmenin bir kısmından dönülürse, borçlunun önemli bir zarara uğrayabileceği söylenebilir²⁷⁹. Benzer şekilde, sözleşmenin konusunu meydana getiren her bir malın münferit değerlerinin toplamının, sözleşme konusunun toplam değerinden belli ölçüde daha düşük olması ihtimalinde, borçlunun, kısmi dönme yerine, sözleşmenin tamamından dönmeyi arzulaması mümkündür²⁸⁰. Örneğin, bir yemek takımının bazı parçalarının ayıplı çıkması ihtimalinde ya da bir mobilya takımı veya çok ciltli bir ansiklopedi gibi, birlikte bir bütün oluşturan eşyalar bakımından durum böyledir²⁸¹.

ii. Satılanın Fer'ileri (Yan Eşya) Bakımından Sözleşmeden Dönme

TBK m. 230 f. II (İsvBK m. 209 f. III) hükmünde kanun koyucu mevcut çalışma açısından ayrıca önem taşıyan özel bir düzenlemeye yer vermiştir. TBK m. 230 f. II uyarınca “*Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz*”.

Kanun koyucu, her ne kadar TBK m. 230 f. II hükmünde, “*satılanın aslı veya asıl eşya*” ile “*eklenti*” kavramına yer vermiş olsa da hükmün dar anlamıyla eklenti ve asıl eşya arasındaki ilişkiyi esas alıp almadığı açık değildir²⁸². Nitekim, hükmün mehzazını oluşturan eski BGB § 470 Abs I ve II hükmünde, “*fer'i veya yan şey*” anlamına gelen “*Nebensache*” kelimesi tercih edilmiş; “*eklenti*” anlamına gelen “*Zugehör*” kelimesi kullanılmamıştır. Keza, İsvBK m. 209 f. III hükmünün Almanca versiyonunda²⁸³ da “*fer'i veya yan şey (Nebensache)*” kavramına yer verilmiştir²⁸⁴. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu da BGB § 470 ve İsvBK m. 209 f. III hükmünün Almanca lafzını gözeterek, eklenti veya teferruat yerine “*fer'iler*” kavramını tercih etmiştir. Buna karşılık, İsvBK m. 209 f. III hükmünün Fransızca ve İtalyanca

²⁷⁹ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

²⁸⁰ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 11; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2.

²⁸¹ Çeşitli örnekler için bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 10; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2.

²⁸² BK-Giger, Art. 209 OR N 7; Tandoğan, Nullité, s. 79; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187.

²⁸³ OR Art. 209 (De): “(3) *Die Wandelung der Hauptsache zieht, selbst wenn für die Nebensache ein besonderer Preis festgesetzt war, die Wandelung auch dieser, die Wandelung der Nebensache dagegen nicht auch die Wandelung der Hauptsache nach sich*”.

²⁸⁴ “*Fer'i veya yan şey*” anlamına gelen “*Nebensache*” ile “*eklenti*” anlamına gelen “*Zugehör*” kavramlarının incelenmesi için bkz. BK-Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N 109, Art. 644-645 ZGB N 6; ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 644-645 ZGB N 15.

versiyonunda hem “fer’i veya yan” hem de “eklenti” anlamına gelen “accessoires / accessoria” kelimesi kullanılmıştır. Bu nüansı gözetmeyen TBK m. 230 f. II hükmü ise eşya hukukunda özel bir anlamı olan eklenti kavramını, bir çeviri hatasından ileri geldiğini düşündürtecek biçimde, doğrudan doğruya hükmün odağına almıştır.

TBK m. 230 hükmünün gerekçesinde²⁸⁵, 818 sayılı Borçlar Kanunu’na göre bir hüküm değişikliği olmadığı belirtilmişse de; TBK m. 230 f. II’de kullanılan eklenti kavramının, eklenti dışında “bağlı eşya” sayılanları da kapsadığı ifade edilmiştir. Oysa, bir hukuk terimi olan ve TMK m. 686 f. II (İsvMK m. 644 f. II) hükmünde tanımlanan eklentinin, terim anlamı dışında, bağlı eşya gibi ikincil eşyaları da kapsadığı yönündeki görüş tamamen hatalıdır.

Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde savunulan hâkim fikre göre, TBK m. 230 f. II hükmünde zikredilen eklenti kavramı, dar ve teknik anlamda bir eşya hukuku terimi olan eklenti (Zugehör) değil; asıl eşya olmaksızın satın alınmayacak olan ikincil, yan ve fer’i şeyleri (Nebensache) kapsar²⁸⁶. Satış sözleşmesinin konusunu birden fazla satılanın oluşturması durumunda, şayet bu eşyalardan bazıları asıl (asli / birincil), bazıları yan (fer’i / ikincil) eşya olarak nitelendirilebiliyorsa; başka bir deyişle, sözleşmenin konusunu oluşturan satılanlar arasında aslilik - fer’ilik ilişkisi mevcutsa, TBK m. 230 f. II hükmü uygulama alanı bulur²⁸⁷.

Örneğin, bir kuyumcуда yer alan mücevherler veya bir işletmede yer alan aletler bütünüleyici parça sayılmasa da, işletmenin söz konusu unsurlarla birlikte satışı hâlinde, işletmede satılacak mallar veya yer alan aletler, yan eşya sayılır. Keza, bir makineyle

²⁸⁵ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 83: “818 sayılı Borçlar Kanununun 206 ncı maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “Birden ziyade şey veya parça birlikte satılmış olup da” şeklindeki ibare, Tasarıda “Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ibareyle, satış sözleşmesinin konusunu, aynı cinsten, bağımsız ekonomik değeri bulunan birçok taşınır mal yanında öğretide “eşya topluluğu” (Sachgesamtheit) kavramıyla ifade edilen, ekonomik bütünlük oluşturan, birlikte satılan birden çok eşya kastedilmektedir. Aynı fıkarda kullanılan “eklentilerini” şeklindeki ibare, eklenti sayılmamakla birlikte, öğretideki adlandırmayla “bağlı eşya” sayılanları da kapsamaktadır (...) 818 sayılı Borçlar Kanununun 206 ncı maddesinin son fıkrasında kullanılan “ferilerine de şamil olur; amma” şeklindeki ibare, Tasarıda “eklentilerini de kapsar; fakat” şeklinde değiştirilmiştir.” Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.”

²⁸⁶ BK-Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N 109, Art. 644-645 ZGB N 6; BK-Giger, Art. 209 OR N 7; BK-Becker, Art. 209 OR N 3; ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 644-645 ZGB N 15; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 3; Vionnet, Vente, N 401-402; Furrer, s. 70; Tandoğan, Nullité, s. 79; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187; Zevkliler/Gökyayla, s. 139.

²⁸⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 8; BK-Giger, Art. 209 OR N 7; Vionnet, Vente, N 401-402; Furrer, s. 70; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187.

birlikte, o makinede işlenmek üzere satılan hammaddeler, bütünleyici parça sayılmaksızın, yan eşya kabul edilir.

Aslilik - fer'ilik ilişkisinin bulunup bulunmadığı, somut olay özelinde, öncelikle taraf iradelerine, akabinde somut olayın koşullarına ve ticari teamüllere göre belirlenir²⁸⁸. TBK m. 230 f. II anlamında taraf iradelerine göre bir tasnif yapılırsa, asıl eşya olmadan satın alınmayacak olan şey, yan (*fer'i*) eşya; yan eşya olmadan pekâlâ satın alınabilecek olan şey ise, asıl eşya olarak nitelendirilebilir²⁸⁹. Bu bakımdan, sözleşmenin konusunu oluşturan edimler arasında, bir malın değerine olan “*tabiiyet (bağlılık) derecesi*” önem taşır²⁹⁰. Ekonomik bakımdan, biri değerine bağlı olan iki eşya arasında hukuki bir bağlılığın da mevcut olduğu söylenebilir²⁹¹.

Satış sözleşmesinin konusunu oluşturan nesneler arasında, TBK m. 686 f. II uyarınca, teknik anlamda asıl eşya ve eklenti ilişkisinin mevcut olması durumunda, genellikle, TBK m. 230 f. II anlamında asıl eşya ve yan eşya ilişkisinin bulunduğu söylenebilir²⁹². Fakat, eklenti sayılan bütün eşyaların, TBK m. 230 f. II uyarınca yan eşya sayıldığını söylemek doğru olmaz²⁹³. Bu durumda, somut olayın özelliğine göre, satış sözleşmesinin konusunu oluşturan mallar arasında asıl eşya ve yan eşya yahut aslilik - fer'ilik ilişkisinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir²⁹⁴. Zira, TBK m. 686 f. II uyarınca, şüphe hâlinde, bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini kapsıyor olsa da, bu durumun aksinin kararlaştırılması her zaman

²⁸⁸ BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109; ZK-**Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 644-645 ZGB N 15; BK-**Giger**, Art. 209 OR N 6; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 8; BSK-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; KUKO-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; **Furrer**, s. 70.

²⁸⁹ BK-**Giger**, Art. 209 OR N 6; ZK-**Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 644-645 ZGB N 15; BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187; **Tandoğan**, Nullité, s. 79.

²⁹⁰ **Tandoğan**, Nullité, s. 79; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187. Bağlılık ilişkisi (*lien de dépendance*) kavramı için bkz. **Vionnet**, Vente, N 402.

²⁹¹ ZK-**Oser/Schönenberger**, Art. 209 OR N 4; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187.

²⁹² ZK-**Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 644-645 ZGB N 15; BSK-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; KUKO-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; **Honsell**, BT, s. 122; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 8. Aynı yönde bkz. BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109.

²⁹³ BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109, Art. 644-645 ZGB N 6; BK-**Giger**, Art. 209 OR N 7; ZK-**Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 644-645 ZGB N 15; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187. Her eklentinin yan eşya sayılıp sayılmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eklentiler daima yan eşya sayılır ve TBK m. 230 f. II hükmünün uygulanmasına sebebiyet verir. Bkz. BK-**Becker**, Art. 209 OR N 3. Bizim de isabetli bulduğumuz aksi görüşe göre, taraf iradelerine göre eklentinin yan eşya sayılması mümkün olsa da böyle bir genelleme yapılamaz. Bkz. BK-**Giger**, Art. 209 OR N 7; BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109; ZK-**Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 644-645 ZGB N 15. Eklenti kavramı, yan eşya kavramına nazaran bazı durumlarda daha geniş bazı durumlarda daha dar anlamlıdır. Başka bir deyişle, eklenti sayılmayan yan eşya olabileceği gibi, yan eşya sayılmayan eklenti de olabilir. Bkz. BK-**Meier-Hayoz**, Art. 644-645 ZGB N 6.

²⁹⁴ CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 8; BK-**Giger**, Art. 209 OR N 6; BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109; **Furrer**, s. 70; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187.

mümkündür²⁹⁵. Örneğin, ata nazaran dizgin, fotoğrafa nazaran çerçeve, arabaya nazaran jant kapağı, bilgisayara nazaran klavye hem eklenti hem de yan eşya olarak, ayıpsız olsalar bile, asıl satılanın hukuki kaderine tabi olur²⁹⁶.

Özetle, TBK m. 230 f. II hükmünün uygulanabilmesi için: (i) satış sözleşmesinin konusunu birden fazla eşyanın oluşturması; (ii) bu eşyalardan bazılarının asıl eşya bazılarının yan (*fer'i*) eşya olarak nitelendirilmesi, yani aralarında aslilik - fer'ilik ilişkisinin bulunması; (iii) asıl eşya ile yan eşya olarak adlandırılan eşyalardan birinin ayıplı olması; (iv) alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi gerekir. Bu şartların sağlanması durumunda, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 230 f. II hükmü uygulanır; başka bir deyişle, TBK m. 230 f. I hükmü uygulanmaz²⁹⁷.

TBK m. 230 f. II uyarınca, şayet alıcı, satılanın aslı için sözleşmeden dönme hakkını kullanıyorsa, satılanın fer'ileri için, yani ona nazaran ikincil konumda bulunan yan eşyalar bakımından da sözleşmeden dönmüş sayılır. Satış bedelinin, asıl veya yan eşya bakımından ayrı ayrı belirlenmiş olması, TBK m. 230 f. II hükmünün uygulanmasını engellemez²⁹⁸. Zira, TBK m. 230 f. II'de “*ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile*” denilerek, asıl eşya ve yan eşya için ayrı satış bedelinin belirlenmesinin hükmün uygulanmasına mâni olmayacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık, alıcı, yalnızca yan eşya bakımından, yani satılanın aslının fer'ileri açısından sözleşmeden dönme hakkını kullanıyorsa, TBK m. 230 f. II uyarınca sözleşmeden dönme hakkı, yalnızca ilgili bulunduğu yan şeyler bakımından sonuç doğurur ve asıl eşyaya teşmil edilmez. Benzer şekilde, bu ihtimal bakımından açıkça belirtilmiş olmasa da, sözleşmede tek bir satış bedelinin belirlenmesinin veya asıl eşya ile fer'iler için ayrı satış bedellerinin tespit edilmesinin hükmün icrasına bir etkisi yoktur²⁹⁹.

D. Kısmi Temerrüt Rejimini Doğrudan Düzenleyen Kurumlar

1. TTK m. 23 f. I b. (a) Uyarınca Kısmi Temerrüt

a. Hükmün Kapsamı ve Niteliği

TTK m. 23 f. I hükmünde, kanun koyucu, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, tacirler arasındaki satış ve mal değişim (*trampa*) sözleşmelerine Türk Borçlar

²⁹⁵ BK-Giger, Art. 209 OR N 7; BK-Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N 109.

²⁹⁶ Benzer örnekler için bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 8; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 3; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187.

²⁹⁷ BK-Giger, Art. 209 OR N 5; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 8.

²⁹⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 9.

²⁹⁹ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 3; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 9; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 3.

Kanunu'nun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş ve TTK m. 23 f. I hükmünde konumuz açısından önem taşıyan bir özel düzenleme sevk etmiştir³⁰⁰. TTK m. 23 f. I b. (a) uyarınca “*Sözleşmenin niteliğine, tarafların amacına ve malın cinsine göre, satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesi mümkün ise veya bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse; sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanabilir. Ancak, o kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir.*”

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün uygulama alanının belirlenmesi, konu bakımından öncelikle önem taşır. İlk olarak, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü kapsamına giren satış ve mal değişim sözleşmeleri TTK m. 3 f. I uyarınca ticari iş sayılmalıdır. İkinci olarak, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün uygulanabilmesi için, sözleşmenin her iki tarafının tacir olarak nitelendirilmesi gerekir³⁰¹. Nitekim, TTK m. 23 f. I hükmünde açıkça düzenlemenin “*tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde*” uygulanacağı ifade edilmiştir. Son olarak, sözleşmenin her iki tarafının tacir olmasının yanı sıra, hükmün uygulanabilmesi için, akdedilen satış veya mal değişim sözleşmesinin her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması şarttır³⁰².

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü temel olarak satılanın belirli taksitlerle ifa edildiği **taksitli sözleşmeler** (*Ratenlieferungsverträge*) ile **art arda teslimli sözleşmeleri** (*contrats avec livraisons successives / Sukzessivlieferungsverträge*) düzenlemeyi amaçlar. Bu açıdan, düzenleme, CISG m. 73 hükmüyle benzerlik gösterir³⁰³. Nitekim, “*satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesi*” ibaresi art arda teslimli satış sözleşmelerini işaret eder. Keza, alıcıya olağanüstü durumlarda sözleşmeyi ileriye etkili olarak (*ex nunc*) feshetme imkânının tanınması, art arda teslimli satış sözleşmelerine özgüdür. Öte yandan, hükmün kapsamına mal değişim sözleşmelerinin de eklenmiş olması durumu değiştirmez. Zira, TBK m. 283 ile, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin mal değişim sözleşmelerine de uygulanacağı vurgulanmıştır.

³⁰⁰ TTK m. 23 f. I b. (a) hakkında bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 289 vd.; Arkan, s. 178-179; Poroy/Yasaman, s. 194 vd.; Bozer/Göle, s. 423-425.

³⁰¹ Arkan, s. 178; Poroy/Yasaman, s. 194; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 289.

³⁰² Poroy/Yasaman, s. 194; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 289; Arkan, s. 178.

³⁰³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 294-295.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü özel olarak art arda teslimli satış sözleşmelerini düzenlese de hükmün lafzının kasten geniş bırakıldığı ve uygulama alanının geniş tutulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün; borçlunun borçlu olduğu edimin tamamının, yani edim bütününün sözleşme kurulurken belli olduğu, ancak borçlunun borcunun kısım kısım, yani belirli taksitlerle muaccel hâle geldiği ve ifa edildiği gerçek dar anlamda art arda teslimli sözleşmeler ile edimin tamamının yani toplam miktarın önceden belirli olmadığı gerçek olmayan veya geniş anlamda art arda teslimli sözleşmeler açısından uygulanması mümkündür³⁰⁴. Borcun toplam miktarı belli olmadığı ve borç ilişkisi zamana yayıldığı için, gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler, sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilir³⁰⁵. Toplam borç miktarının belli olmadığı nazara alınırsa, bir bütünün parçasını oluşturmayan her bir teslimatın ifa edilmesi kısmi ifa teşkil etmez³⁰⁶. Bu tür borç ilişkilerinde, belirli aralıklarla doğan farklı borçlar söz konusu olduğu için, söz konusu aralıklı edimlerden bazılarının ifa edilmemesi, kısmi temerrüt olarak adlandırılmaz. Kısmi temerrüt olarak nitelendirilsin veya nitelendirilmesin, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, kısım kısım ifa edilen borç ilişkilerinde bazı taksitlerin veya teslimatların ifa edilmemesi durumunda uygulanır.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü her ne kadar art arda teslimli sözleşmeleri konu edinse de, hükmün “*kısım kısım yerine getirilmesi mümkün olan*” sözleşmeler açısından uygulanacağı ifade edilerek, “*art arda teslimli satış*” tabirinden kaçınılmış ve satılanın devri borcu bakımından kısmi ifanın mümkün olduğu bütün satış sözleşmeleri hükmün kapsamına dâhil edilmek istenmiştir. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde, kısım kısım yerine getirilmesi mümkün olan sözleşmelerin yanı sıra, “*bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse*” hükmün uygulanacağını belirtilmesi, kısmi ifanın bir şekilde gerçekleştiği bütün sözleşmeler bakımından hükmün uygulanmasının istendiğini gösterir.

Bir edimin kısmen ifa edilebilmesi için **bölünebilir** olması şarttır³⁰⁷. Hükümde zikredilen kısım kısım yerine getirilmesi mümkün olan edimler, bölünebilir edim

³⁰⁴ Gerçek veya dar anlamda art arda teslimli sözleşmeler ile gerçek olmayan veya geniş anlamda art arda teslimli sözleşmeler konusunda bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 7-8; Sauter, s. 21 vd.; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 I N 5 vd.; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 343 vd. Ayrıca bkz. Art arda veya taksitli sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdü rejimi için bkz. aşağıda, B.4/IV/A, “*Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi*” isimli başlık.

³⁰⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 V N 1; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 346.

³⁰⁶ Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 880-881.

³⁰⁷ Bkz. aşağıda, B.2/II/B, “*Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi)*”

kavramına atıf yapar. Buna karşılık, bölünebilirlik şartını sağlamayan edim bakımından borcun kısmen ifa edilmesi söz konusu olmaz³⁰⁸. Edimin bölünebilir olmaması durumunda kısmi ifa mümkün olmadığı için, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde yer alan “*bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse*” ifadesi oldukça isabetsiz bir düzenlemedir. Edimin bölünebilir olmamasına rağmen kısmi teslimin kabul edilmesi, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün, kısmi ifanın gerçekleştiği bütün sözleşmeler bakımından uygulanmasının istendiği şeklinde anlaşılmalıdır.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, temelde kısmi temerrüt rejiminin bir bölümünü içine alan bir düzenlemedir. Nitekim, borca aykırılığın yalnızca doğrudan ilgili olduğu kısımla sınırlı tutulması ve ifa edilmiş kısmın ifa edilmemiş olan kısımdan etkilenmemesi, kısmi temerrüt rejimine özgüdür. Öte yandan, hükmün geniş lafzı, kısmi temerrüt olarak nitelendirilemeyen diğer bazı hâlleri de kapsamına alır. Bu açıdan, münferit teslimatlarda temerrüde düşülmesi kısmi temerrütten daha geniştir³⁰⁹. Nitekim, sürekli nitelik taşıyan ve borcun kapsamının sözleşme kurulurken belli olmadığı (*gerçek olmayan*) art arda teslimli satış sözleşmesi böyledir. Buna karşılık, kanun koyucu, öğretideki hâkim eğilim çerçevesinde³¹⁰, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünü düzenlerken, art arda teslimli sözleşmelerini ayırmadan, borçlu temerrüdünün sonuçlarını bütüncül bir biçimde kaleme almıştır. Öte yandan, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, alıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devrini talep etme alacağı bakımından satıcının temerrüde düşmesi hâlini düzenlediği için, satıcının borçlu temerrüdünü esas alırken, alıcının borçlu temerrüdünü kapsam dışı bırakmıştır.

Öğretide bazı yazarlar, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün kıyasen bütün satış sözleşmeleri bakımından uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³¹¹. Kanımızca, hükmün ne denli isabetli olduğu tartışmaya açık olsa da, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün bütün satış sözleşmeleri açısından kıyasen uygulanması mümkündür. Hatta, bir adım daha ileri gidilerek, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünden, satış sözleşmesi

isimli başlık.

³⁰⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7-8; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; CR-Hohl, art. 69 CO N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Glatthard, s. 55-56.

³⁰⁹ BK-Becker, Art. 107 OR N 47. Hükmün kısmi temerrüt rejimini düzenlediği görüşünde bkz. Gayretli Aydın, s. 32.

³¹⁰ Örneğin bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215 vd.; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Becker, Art. 107 OR N 47 vd.; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Schenker, Schuldnerverzug, N 777 vd.

³¹¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 290.

dışında diğer başka sözleşme türleri bakımından da kıyasen yararlanılabileceği söylenebilir³¹². Böylece, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, kısmi temerrüt rejimi bakımından kıyasen başvurulacak bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmüne, gerçekte haiz olduğundan çok daha geniş bir etki tanımak ve kıyasen uygulama alanını genişletmek mümkün olsa da, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, esasen İsviçre-Türk Hukuku'nda kabul edilen kısmi temerrüt rejimine ve art arda veya taksitli sözleşmeler bakımından benimsenen borçlu temerrüdü sistematığına bir yenilik getirmez³¹³. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, hükmün uygulama alanına girmeyen sözleşmeler bakımından kabul edilen sonuçlar ile benzer bir hükmün bulunmadığı İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde benimsenen çözümler, Türk Hukuku'yla aynıdır.

b. Bölünebilirlik Şartı

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün uygulanabilmesi için, sözleşmenin niteliğine, tarafların amacına ve malın cinsine göre, satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesinin mümkün olması gerekir. Sözleşmenin kısım kısım yerine getirilmesinin mümkün olması, edimin bölünebilir olması anlamına gelir. Nitekim, borcun bir kısmının ifa edilebilmesi için, edimin bölünebilir olması gerekir³¹⁴. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü hem objektif hem de sübjektif açıdan bölünebilirlik konusuna atıf yapar.

Edimin objektif açıdan, yani fiili ve teknik anlamda bölünebilir olması, edimin niteliğinde ve değerinde değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilmesi hâlinde mümkün kabul edilir³¹⁵. Objektif açıdan bölünebilir olma koşulu, borçlunun, muhteva itibarıyla, borçlu olduğundan objektif olarak daha azını alacaklıya ifa etmesi şeklinde

³¹² Nitekim, benzer bir kıyas İsvBK m. 191 (eBK m. 188) hükmü açısından yapılmakta ve ticari satışlar açısından öngörülen İsvBK m. 191 hükmünün bütün ifa engelleri bakımından uygulanacağı savunulmaktadır. Bkz. ZK-Schönle, Art. 191 OR N 36; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202-203; Schenker, Schuldnerverzug, N 658, 684; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 184; Lemp, s. 176, 180; Ramoni, N 126; Tandoğan, Cilt I/1, s. 146.

³¹³ Serozan, Dönme, s. 399. Art arda veya taksitli sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdü rejimi için bkz. aşağıda, B.4/IV/A, "Taksitte Temerrüt ("Ratenverzug") Rejimi" isimli başlık.

³¹⁴ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7-8; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; CR-Hohl, art. 69 CO N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Glatthard, s. 55-56. Bkz. aşağıda, B.2/II/B, "Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi)" isimli başlık.

³¹⁵ BK-Becker, Art. 69 OR N 8; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; Erman-Artz, BGB § 266 N 3; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Deschenaux, Obligations I, s. 16; Glatthard, s. 55-56; Caytas, s. 159; Barth, s. 45; Würigler, s. 34-35, 99; Jürgens, s. 18; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 871; Dural, İmkânsızlık, s. 91; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/a, "Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik" isimli başlık.

tanımlanır³¹⁶. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde malın cinsine ve sözleşmenin niteliğine göre sözleşmenin kısım kısım ifa edilebilir olması, **objektif bölünebilirlik** şartına karşılık gelir.

Objektif açıdan edimin bölünebilir olması, edimin kısmi ifaya konu olup olamayacağı açısından tek başına belirleyici değildir³¹⁷. Bir edimin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için, ayrıca edimin sübjektif olarak bölünebilir olması şarttır³¹⁸. Edimin sübjektif olarak, yani hukuken bölünebilir olup olmadığı, tarafların irade beyanları çerçevesinde, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumları nazara alınarak belirlenir³¹⁹. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde belirtilen, tarafların amacına göre sözleşmenin kısım kısım yerine getirilmesi **sübjektif bölünebilirlik** şartına denk düşer.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde “*bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse*” hükmün uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Edimin bölünebilir olmaması durumunda kısmi ifa mümkün olmadığı için, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde yer alan ifade oldukça isabetsizdir. Öte yandan, söz konusu ifadede, objektif veya sübjektif açıdan borç bölünebilir olmasa da, alacaklının kendi rızasıyla ifa olarak sunulan edim bölümünü kabul etmesi durumunda, hükmün yine de uygulama alanı bulmasının istendiği anlaşılmaktadır. Kanımızca belirleyici olan husus tarafların karşılıklı irade beyanı olduğuna göre, ilk bakışta bölünebilir olmayan edimin bir kısmının alacaklıya ifa olarak sunulması ve alacaklının da rızaen kısmi ifa teklifini kabul etmesi durumunda, zımnen veya iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla, ifa sırasında yapılan bir anlaşmayla borcun bölünebilir olduğu kararlaştırılmış sayılır.

³¹⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; CHK-Wullschleger, Art. 69 OR N 3.

³¹⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Caytas, s. 159; Glatthard, s. 55-56; Dural, İmkânsızlık, s. 129; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

³¹⁸ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Caytas, s. 159; Dural, İmkânsızlık, s. 129; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958. Bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/b, “Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlık.

³¹⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CHK-Wullschleger, Art. 69 OR N 3; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Glatthard, s. 55-56; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

c. Kural: Borçlu Temerrüdünün İfa Edilmeyen Kısım Bakımından Gerçekleşmesi

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde, borçlunun borcun bir kısmında temerrüde düşmesi durumunda kural olarak tamamen değil kısmen temerrüde düşeceği kabul edilmiş ve sözleşmenin kısım kısım yerine getirilmesi mümkün ise, sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcının haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım bakımından kullanabileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece, borçlunun borcun tamamında değil yalnızca bir kısmında temerrüde düşmesi durumunda, borçlu temerrüdünün sonuçları yalnızca ifa edilmemiş kısım ile sınırlandırılmıştır³²⁰.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde kabul edilen kural, esasen borçlar hukukunda kısmi temerrüt rejimiyle kabul edilen kuralla aynıdır. Nitekim, kısmi temerrüt rejiminde, yani borcun yalnızca bir kısmının ifasında temerrüde düşülmesi durumunda, temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir³²¹. Kısmi temerrüt hâlinde sözleşme, iki kısma ayrılır: Bunlar sözleşmenin ifa edilmiş kısmı ile henüz ifa edilmemiş kısmıdır. Borcun bir kısmının ifa edilip borçlunun borcun kalan kısmında temerrüde düşmesi durumunda, borçlu temerrüdünün sonuçları, yalnızca borcun ifa edilmemiş kısmıyla sınırlandırılır. Borcun ifa edilmiş olan kısmı, borçlu temerrüdünden etkilenmez.

Art arda teslimli satış sözleşmelerinde veya diğer taksitli sözleşmelerde, borçlunun belirli bir teslimatta veya taksitte temerrüde düşmesi ihtimalinde, borçlu temerrüdünün ancak borçlunun ifasında geciktiği taksitler bakımından sonuç doğuracağı; alacaklının ise seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından kullanacağı kabul edilir³²². Borçlar hukukunda kabul edilen aynı ilkeyi

³²⁰ Serozan, Dönme, s. 398.

³²¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrt, N 252; Alcalay, N 34; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: “(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısım ile sınırlı tutulmuştur (...)”.

³²² ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 216; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42a; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Schenker, Schuldnerverzug, N 778; Bucher, AT, s. 382 vd.; Lemp, s. 62 vd.; Keller/Schöbi, s. 279; Sauter, s. 92; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 4; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

benimseyen TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, ifa engelleri sistematigine bir yenilik getirmese de, bu ilkeyi tekrar etmesi ve güçlendirmesi açısından önemlidir.

Borcun kısım kısım ifa edilmesi mümkünse ve sözleşmenin bir kısmı yerine getirilmemişse, TTK m. 23 f. I b. (a) uyarınca, alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım bakımından kullanabilir. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde atıfta bulunulan alıcının hakları, en başta TBK m. 125 hükmünde zikredilen seçimlik haklardır. Temerrüde düşen alacaklı TBK m. 125 f. I uyarınca her zaman borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatı ödenmesini talep edebilir. Buna karşılık, alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ek süre vererek, TBK m. 125 f. II uyarınca aynen ifadan feragat edebilir; böylece, aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

TTK m. 23 f. I b. (a) uyarınca alıcının haklarının ifa edilmeyen kısım bakımından uygulanması durumunda alıcının hakları şu şekilde formüle edilir. Alıcı, her zaman borcun ifa edilmemiş olan bakiye kısmının ifa edilmesini ve eksik ifa edilen kısım bakımından gecikme tazminatı ödenmesini talep edebilir. Bunun yanı sıra, alıcı, borcun ifa edilmemiş kısmının aynen ifasından feragat ederek, ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir veya ifa edilmemiş kısım bakımından sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir³²³. Öte yandan, ticari satışlarda³²⁴ satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 212 f. II ve III hükmü ile satıcının temerrüdü hâlinde olumlu zararın somut ve soyut yöneme göre hesaplanmasını düzenleyen TBK m. 213 hükmünün de uygulanacağı unutulmamalıdır.

d. İstisna: Borçlu Temerrüdünün Sözleşmenin Tamamı Bakımından Gerçekleşmesi

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde, borçlu temerrüdünün ifa edilmeyen kısımla sınırlandırılması kuralına bir istisna öngörülmüş ve bazı özel şartların sağlanması

³²³ Kısmi temerrütte karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik hakları konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III**, “*Kısmi Temerrüdün Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmeler Açısından Sonuçları*” isimli başlık.

³²⁴ Türk Borçlar Kanunu’nda zikredilen ticari satış kavramı, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen ticari iş veya tacir kavramlarından bağımsız olarak, satıcının satılanı tekrar satmak (“*Weiterverkauf*”) ve kâr elde etmek amacıyla satın almış olması anlamına gelir. Bkz. **von Tuhr/Escher**, § 1, s. 5; **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 7; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 16; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 2; **Knoepfel**, s. 7; **Cavin**, s. 9; **Achtari**, N 887; **Tercier/Bieri/Carron**, N 491; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 131-132; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 6, 10; **Serozan**, Borçlar Özel, N 595; **Gümüş**, Cilt 1, s. 51-52; **Ayrancı**, s. 91-92; **İsvFM**, ATF 65 II 173; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228. Farklı görüşler için bkz. aşağıda **B.3/III/A/2/c/iv**, “*Satış Sözleşmesinde Kesin Vade Karinesi*” isimli başlık.

hâlinde, henüz muaccel hâle gelmemiş kısım bakımından da hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. TTK m. 23 f. I b. (a) uyarınca, “*ifa edilmeyen kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa*” ya da “*durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa*” alıcı sözleşmeyi feshedebilir.

TTK m. 23 f. I b. (a) c. 2 hükmünde öngörülen düzenleme, hükmün lafzında tam bir açıklık bulunmasa da, art arda teslimli satış sözleşmesi gibi taksitli sözleşmelerde, sözleşmenin henüz muaccel hâle gelmemiş kısmı bakımından borçlu temerrüdüne hangi hâllerde başvurulacağını düzenler. Bu açıdan, ilgili hüküm, borçlu temerrüdünün, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı bakımından hangi hâllerde sonuç doğuracağı sorusunu cevaplandırmaz. TTK m. 23 f. I b. (a) c. 2 hükmünde zikredilen, sözleşmeyle beklenen yararın ve izlenen amacın tehlikeye düşmesi veya sözleşmenin kalan kısmının gereği gibi ifa edilmeyeceğinin anlaşılması hâlleri, ifa edilmiş kısmı değil; sözleşmenin henüz muaccel hâle gelmemiş ve ifa edilmemiş kısmını ilgilendiren unsurlardır. Nitekim, TTK m. 23 f. I b. (a) c. 2 hükmünde sözleşmenin ileriye etkili olarak (*ex nunc*) feshedileceğinin öngörülmesi, ifa edilmiş kısmın korunarak, sözleşmeden dönme hakkının, ifa edilmemiş kısım ile henüz muaccel olmamış gelecekteki kısım bakımından sonuç doğurmasının istendiğinin kanıtıdır.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmüne benzer şekilde, art arda teslimli sözleşmelerde ve taksitli işlemlerde, İsviçre Federal Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı ve İsviçre-Türk öğretisinde kabul edilen hâkim fikir çerçevesinde, istisnaen, alacaklının seçimlik haklarını sözleşmenin henüz muaccel hâle gelmemiş kısmı bakımından kullanabileceği kabul edilir. Buna göre, borcun muaccel hâle gelecek olan kısmının ifa edilmesi ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüşse, alacaklı, muaccel hâle gelmiş taksitlerle birlikte henüz muaccel olmamış taksitler açısından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir³²⁵. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü bu bakış açısıyla ele alınacak olursa iki sonuca ulaşılır:

³²⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 47; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177, BGB § 323 N B 154; von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 6; Schenker, Schuldnerverzug, N 782; Bucher, AT, s. 383; Lemp, s. 63; Keller/Schöbi, s. 279; Schwenger/Fountoulakis, N 66.37; Sauter, s. 92; Monod, s. 88 vd.; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT

- a) TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde zikredilen “*ifa edilmeyen kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa*” ifadesi, öğretide kabul edilen “*sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşmesi*” koşuluna karşılık gelir. Nitekim sözleşmeden beklenen yarar ve sözleşmeyle izlenen amaç, henüz mevcut olmayan, ancak sözleşmenin gelecekte muaccel hâle gelerek, gereği gibi ifa edilmesi hâlinde hasıl olacak olan faydadır. Sözleşmeyle beklenen yarar ve izlenen amaç ortadan kalkıyorsa sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüş demektir.
- b) TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde zikredilen “*durumdan ve şartlardan sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa*” ifadesi, öğretide kabul edilen “*borçlunun gelecekte muaccel hâle gelecek olan kısmı ifa etmesinin ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesinin ihtimal dışı görülmesi*” şartına karşılık gelir. Sözleşmenin ileride muaccel hâle gelecek olan kısmının borçlu tarafından tam ve gereği gibi ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa, borçlu temerrüdü, ifa edilmeyen kısmın yanı sıra, ileride muaccel hâle gelecek olan kısma sirayet eder.

Bu ihtimalde, alıcı, sözleşmeden dönme hakkını vadesi gelmiş ve ifa edilmemiş kısımla birlikte, henüz vadesi gelmemiş kısım bakımından da kullanır³²⁶. Öte yandan, alıcı, ifa edilmiş olan kısım bakımından karşı edim borcunu ifa etmek zorundadır. Eğer alıcının karşı edimi her bir kısım nazara alınarak ayrı ayrı tayin edilmemişse, alıcı, ifa edilen kısmın toplam borca oranı ölçüsünde kendi karşı edim borcunu ifa etmelidir³²⁷.

Görüldüğü üzere, borcun kısım kısım ifa edildiği hâllerde, sözleşmeden dönme hakkı, fesih şeklinde, ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğurur ve fesih hakkının kullanımıyla benzer sonuçlar doğurur³²⁸. Bu nedenle, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde, sözleşmeden dönme yerine, **sözleşmenin feshi** ifadesi tercih edilmiştir. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde zikredilen “*fesih*” terimi, borçlar hukuku açısından isabetli bir şekilde kullanılmış olsa da, ticaret hukuku eserlerinde haksız yere eleştiriye matuf

2015 II 398; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/IV/A, “*Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi*” isimli başlık.

³²⁶ Aynı yönde bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 160; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b, 43; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; Lemp, s. 63; Schenker, Schuldnerverzug, N 784; Bucher, AT, s. 383.

³²⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; Schenker, Schuldnerverzug, N 784.

³²⁸ von Tuhr/Escher, § 73, s. 160, dn. 128; Serozan, Dönme, s. 393.

olmuş ve sözleşmeden dönme kavramından ayırt edilmek istenirken dönme ile karıştırılmıştır³²⁹.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde yalnızca fesih hakkından bahsediliyor olsa da, alıcı, TBK m. 125 hükmünde kendisine tanınan diğer seçimlik hak olan olumlu zararın tazmini imkânını da tercih edebilir. Böylece, sözleşmeyle izlenen amacın veya beklenen yararın gerçekleşmeyeceği ya da sözleşmenin kalan kısmının ifa edilmeyeceği anlaşılırsa, alıcı, henüz ifa edilmemiş olan kısım ile birlikte, ileride muaccel hâle gelecek olan kısmın aynen ifasından feragat ederek olumlu zararının tazminini talep edebilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, borçlu temerrüdünün ifa edilmiş kısım bakımından sonuç doğurması ihtimalini düzenlemez. Buna karşılık, bazı eserlerde, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, lafzi yorum ilkesi çerçevesinde ve dar bir biçimde yorumlanarak, hükümde zikredilen hâller dışında, borçlu temerrüdünün yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğuracağı savunulmaktadır³³⁰. Oysa, bu görüş isabetli sayılmaz³³¹. Zira, hüküm, bu ihtimali düzenlemediğinden, genel ifa engelleri rejiminin uygulanması gerekir.

Her ne kadar ifa edilmiş olan kısım borçlu temerrüdünden etkilenmiyor olsa da, istisnaen, borçlu temerrüdünün sözleşmenin ifa edilmiş kısmına da yayılması mümkündür. Kısmi temerrüt açısından kabul edildiği üzere, borçlunun temerrüde düştüğü veya gelecekte muaccel olacak kısım olmaksızın alacaklının sözleşmeyi akdetmeyeceği makul bir biçimde kabul ediliyorsa -TBK m. 27 f. II hükmüne kıyasen- alacaklı ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanabilir³³². Aynı şekilde, ifa edilmemiş kısım olmaksızın, borcun ifa edilmiş olan taksitleri alacaklıya herhangi bir yarar sağlamıyorsa, yine alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir³³³.

³²⁹ Sözleşmeden dönme kavramının daha isabetli olduğu yönünde bkz. **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, İşletme, s. 294.

³³⁰ **Poroy/Yasaman**, s. 195-196.

³³¹ **Serozan**, Dönme, s. 398-399; **Kuntalp**, s. 100.

³³² **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 221; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 784; **Lemp**, s. 63. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II/C/2**, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlık.

³³³ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 43; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 221; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; **Lemp**, s. 63; **Sauter**, s. 124, dn. 2; **Bucher**, AT, s. 383, dn. 224. Benzer şekilde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 160, dn. 128. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II/C/1**, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlık.

Söz konusu iki ihtimale ek olarak, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü ve alacaklının borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanma imkânı edindiği diğer özel durumlarda da alacaklı, ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir³³⁴. Nitekim bu hâller, TTK m. 23 f. I b. (a) c. 2 hükmünde zikredilen sözleşmenin akıbetinin ve borcun kalan kısmının gereği gibi ifasının tehlikeye düşmesi durumunu değil, hâlihazırda ifa edilmiş kısmın alacaklıya bir yarar sağlamaması ihtimalini düzenler. Şayet, ifa edilmiş kısma ek olarak, henüz muaccel olmamış kısım bakımından seçimlik haklar kullanılmak isteniyorsa, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesinin ihtimal dışı görünmesi veya sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşmesi koşullarının gerçekleşmesi gerektiği unutulmamalıdır.

2. CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri

a. Hükümün Kapsamı ve İçeriği

CISG, kısmi temerrüt konusunda uygulanma imkânı olan, nispeten açık bir düzenleme, daha doğrusu sözleşmeye kısmi aykırılık hâlinde tatbik edilebilecek genel bir kural öngörmektedir³³⁵. CISG m. 51 hükmü, genel olarak, kısmi ifa ve kısmen ayıplı ifa hâllerinde, seçimlik hakların nasıl kullanılabileceğini düzenler³³⁶. CISG m. 51 f. I uyarınca *“Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır.”* CISG m. 51 f. II uyarınca *“Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir”*.

CISG m. 51, satılan malların bir kısmının teslim edilmesi (*kısmi ifa*) veya bir kısmının sözleşmeye uygun olması (*bir kısmının ayıplı olması*) durumunda uygulanabilen ve kural olarak sözleşmeye aykırılığı yalnızca teslim edilmeyen veya sözleşmeye aykırı olan kısım ile sınırlayan yedek hukuk kuralıdır³³⁷. Söz konusu hüküm

³³⁴ Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru imkânı sağlayan özel hâller konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II**, *“Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller”* isimli başlık.

³³⁵ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21.

³³⁶ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 16; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 17; Bianca/Bonell-Will, Art. 51 CISG N 1.1.; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 1; Enderlein/Maskow, Art. 51 CISG N 1; Erdem, CVİM, N 805; Atamer, CISG, s. 340. CISG m. 35 uyarınca, CISG sistematigi içinde, eksik (*kısmi*) ifanın da ayıplı ifa başlığı altında düzenlendiğini düşünen görüşe göre, CISG m. 51 hükmünde kısmi ifa ile kısmen ayıplı ifanın ayrı ayrı belirtilmiş olması isabetli değildir. Bkz. Honsell-Schnyder/Straub, Art. 35 CISG N 27; Atamer, CISG, s. 340, dn. 308.

³³⁷ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 1 vd.; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 1; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 5; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 1;

temelde dört ihtimali mercek altına alır³³⁸: İlk olarak, alıcının kendisine tanınan hakları, kural olarak, yalnızca eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım bakımından kullanabileceği; ikinci olarak, sözleşmeyi sona erdirmeye veya sözleşmeden dönme hakkının yalnızca eksik kısım için uygulanacağı³³⁹; üçüncü olarak, eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısmın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi hâlinde, alıcının sözleşmenin tamamını sona erdirebileceği; son olarak ise, alıcının borcun kısmen ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı bütün zararın tazmin edileceği düzenlenmiştir. Hükmün amacı, sözleşmeye aykırılığı mümkün olduğunca sınırlı tutarak, kısmi ifa engelinin, borcun gereği gibi ifa edilmiş olan kısmına tesir etmesini olabildiğince engellemektir³⁴⁰.

CISG m. 51 hükmünün uygulanabilmesi için aranan temel şart, satış sözleşmesinin konusunun **bölünebilir** olmasıdır³⁴¹. Şayet edim bölünebilir değilse, CISG m. 46-50 hükümleri, edimin tamamı bakımından doğrudan uygulama alanı bulur³⁴². CISG m. 51 uyarınca bölünebilirlik koşulu, TBK m. 84 ile İsvBK m. 69 çerçevesinde ele alınan bölünebilirlik şartıyla benzerlik gösterir. CISG m. 51 hükmü uyarınca, bölünebilirlik (*divisibilité / Teilbarkeit / divisibility*) bir edimin fiziksel ve ekonomik olarak farklı bağımsız parçalara ayrılabilmesi şeklinde tanımlanır³⁴³. Benzer şekilde, satılanın birden fazla kişiye satılmasının ve teslim edilebilmesinin mümkün olması durumunda da, edimin bölünebilir olduğu kabul edilir³⁴⁴. Birbirinden bağımsız

Salger, Art. 51 CISG N 1; **Piltz**, N 5-271; **Erdem**, CVIM, N 805. Hükmün düzenleyici hukuk kuralı olduğu yönünde bkz. Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 1; MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 7; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 1.

³³⁸ **Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 1; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 1; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 1; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 1.

³³⁹ Nitekim, sözleşmeden kısmen dönme, her hukuk sisteminde kabul edilen bir çözüm yolu değildir. Bkz. MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 1, dn. 3; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 1, dn. 3; Bianca/Bonell-**Will**, Art. 51 CISG N 1.1.; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 1.

³⁴⁰ MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 1; Honsell-**Schnyder/Straub**, Art. 51 CISG N 2; Bianca/Bonell-**Will**, Art. 51 CISG N 2.1.; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 1.

³⁴¹ Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 4; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 2; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 2; Honsell-**Schnyder/Straub**, Art. 51 CISG N 8; Bianca/Bonell-**Will**, Art. 51 CISG N 2.1.1.; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 3; **Salger**, Art. 51 CISG N 1; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 9; **Erdem**, CVIM, N 809; **Piltz**, N 5-271; **Atamer**, CISG, s. 340.

³⁴² SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 3. Bölünebilirlik konusunda bkz. aşağıda, **B.2/II/B**, “*Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi)*” isimli başlık.

³⁴³ MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 2; Bianca/Bonell-**Will**, Art. 51 CISG N 2.1.1.; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 4; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 2; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 3; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 10; **Atamer**, CISG, s. 340.

³⁴⁴ MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 2; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 3. Edimin bölünebilir sayılması için, edimi oluşturan parçaların aynı veya farklı ölçülerde olması önem taşımaz. Bkz. MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 2; MüKoHGB-**Benicke**, Art.

olsa bile, bireysel parçalar işlevsel olarak bir bütün oluşturuyorlarsa, edimin bölünebilir olmadığı kabul edilir³⁴⁵. Bir makinenin bir parçasının eksik veya ayıplı olması ya da bir ansiklopedinin bir cildinin eksik olması böyledir. Sözleşme konusunun bölünebilir olması için, fiziksel ve ekonomik olarak bölünebilir olmasının yanı sıra, sözleşmeden kaynaklanan subjektif değer yargıları uyarınca da bölünebilir olması, yani, tarafların iradeleri çerçevesinde de edimin kısmen ifa edilmesinin mümkün olması gerekir³⁴⁶. Bu durum, özellikle, taraf iradeleri çerçevesinde, kısmi ifanın bağımsız olarak bir değer arz etmesi hâlinde mümkün olur. Şayet, sözleşme konusunun tamamına yaygın bir nitelik eksikliği mevcutsa, örneğin 750 gram olması gereken Noel kurabiyelerinin 710 gram olması durumunda, sözleşmeye aykırılık edimin bütününe yaygın olduğu için CISG m. 51 uygulanmaz³⁴⁷.

CISG m. 51 hükmünün, satılanın bir kısmının eksik veya ayıplı ifa edildiği durumlarda doğrudan uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla beraber, sözleşmeden doğan birden çok yükümlülüğün birinin farklı bir şekilde ihlâl edilmesi hâlinde de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Örneğin, zapttan sorumluluk hâlinde veya montaj gibi yan edim yükümlülükleri bakımından hükmün uygulama alanı ilk bakışta belirsizdir. Borca aykırılık türleri bakımından ayırım gözetmeyen CISG çerçevesinde, kısmi zapt hâlinde, CISG m. 51 hükmünün uygulanmasında tereddüt etmemek gerekir³⁴⁸. Keza, montaj veya paketleme gibi yan

51 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 2; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 3; Piltz, N 5-271.

³⁴⁵ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 2; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 4; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 2; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 10; Bianca/Bonell-Will, Art. 51 CISG N 2.1.1.; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 3; Piltz, N 5-271.

³⁴⁶ SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 3; Atamer, CISG, s. 340. Bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/b, “Subjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlık. Öğretide savunulan bir görüşe göre, edimin bölünebilir olup olmadığının diğer koşulu, ayıplı veya eksik kısma tekabül eden satış bedelinin sözleşmeyle belirlenip belirlenmediği veya söz konusu kısma denk gelen bedelin sözleşme hükümlerinden tespit edilip edilemeyeceğidir. Örneğin, on araba, bir milyon dolar bedelle satılmışsa, üç arabanın teslim edilmemesi durumunda, bu kısma tekabül eden satış bedeli tespit edilebilir. Oysa, bir arabanın satılmış olması durumunda, egzoz borusunun ayıplı olması hâlinde buna tekabül eden satış bedeli bilinemez. Böylece, kısmi dönme hâlinde, bedelin ne kadarlık bir kısmının iade edileceği tespit edilemez. Bkz. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 11-12.

³⁴⁷ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 2; Atamer, CISG, s. 340.

³⁴⁸ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 4, 17; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 10. *De lege feranda* uygulanması gerektiği yönünde bkz. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 16.

CISG m. 35 f. I uyarınca yalnızca ayıplı ifa hâlinde uygulanacağı, zira, sözleşmeye uygun olmayan ifa kavramıyla esasen ayıplı ifanın kast edildiği, zapttan sorumluluk hâlinde CISG m. 51 hükmünün uygulanmayacağı, bu durumda CISG m. 41-43 hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği yönünde bkz. Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 23; Soergel-Lüderitz/Schüssler-Langeheine, Art. 51 CISG N 5; MüKoHGB-Huber, Art. 51 CISG N 8, 15, 17; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 15-16.

Şayet satılanın bir kısmı, satılan üzerindeki hakta bir eksiklik sebebiyle zapt tehlikesiyle karşı

edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi durumunda da, kısmi ifayı veya kısmen ayıplı ifayı düzenleyen CISG m. 51 hükmünün tatbik edilmesi şarttır³⁴⁹. Dolayısıyla, bir yan edim yükümlülüğünün veya sözleşmeden doğan başkaca bir yükümlülüğün ihlal edilmesi ihtimalinde, CISG m. 51 f. I hükmüne kıyasen, CISG çerçevesinde söz konusu hakların yalnızca ihlal edilen yükümlülük bakımından tatbik edilmesi; ancak, yükümlülük ihlalinin sözleşmenin tamamına ilişkin sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi hâlinde sözleşmenin tamamının sona erdirilmesi gerekir³⁵⁰.

CISG m. 73 hükmünün özel bir düzenleme öngörmesi sebebiyle, **art arda teslimli satış sözleşmeleri** açısından CISG m. 51 hükmünün uygulanabilmesi kural olarak mümkün değildir³⁵¹. CISG m. 51 hükmünün art arda teslimli satış sözleşmeleri açısından uygulanabilmesi için, satıcının gerçekleştirmesi gereken bir teslimatı nicelik ve nitelik bakımından eksik ifa etmesi gerekir³⁵². Alıcı, CISG m. 51 f. I uyarınca, kural olarak haklarını ancak teslimatın eksik veya ayıplı olan kısmı bakımından kullanabilirken; CISG m. 51 f. II hükmündeki şartların sağlanması ihtimalinde, sözleşmenin tamamı bakımından değil, yalnızca ilgili teslimatın tamamı bakımından sözleşmeden dönme hakkını tatbik edebilir³⁵³. Nitekim, CISG m. 73 f. I hükmü de bu sonucu doğrular.

Alıcının art arda teslimli satış sözleşmesinin tamamını sona erdirebilmesi ve sözleşmenin tamamından dönebilmesi için, özel hüküm olan CISG m. 73 f. II ve III'te

karşıyaysa (CISG m. 41) veya bir fikri ve sınai hak söz konusuysa (CISG m. 42) CISG m. 51 hükmü tatbik edilir. Zira, kısmi ifa ile kısmen ayıplı ifa durumunu düzenleyen CISG m. 51 bakımından, zapttan sorumluluk hâlinde söz konusu olan taraf menfaatleri değişiklik göstermez. Bkz. MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 10. Öte yandan, CISG m.51 hükmünün zapttan sorumluluk bakımından uygulanacağını savunan görüş çerçevesinde, hükmün kıyasen mi doğrudan mı uygulanacağı tartışmalıdır. Bkz. MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 16.

³⁴⁹ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 16; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 20; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 23; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 21; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 17.

Sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde, CISG m. 51 hükmüne ihtiyaç duyulmadığı, CISG m. 45 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanacağı yönünde bkz. Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 1, dn. 1; Soergel-Lüderitz/Schüssler-Langeheine, Art. 51 CISG N 5.

³⁵⁰ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 16; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 20; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 17.

³⁵¹ Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 25; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 2; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 4; Atamer, CISG, s. 340.

³⁵² MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 3; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 6; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 3; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 5; Atamer, CISG, s. 340.

³⁵³ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 3; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 3; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 5-7; DiMatteo-Schelhaas/Flechtner, s. 627 N 36.

yer verilen şartların sağlanması gerekir³⁵⁴. CISG m. 73 f. II uyarınca, taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir. Art arda teslimli satış sözleşmeleri bakımından CISG tarafından benimsenen sistematik, İsviçre-Türk Hukuku açısından da aynen geçerlidir³⁵⁵.

CISG m. 48 hükmünde sözleşmeyi ihlal eden satıcıya, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı (*Nacherfüllung*), başka bir ifadeyle, “*ikinci servis şansı (Recht zur zweiten Andienung / right to cure)*” tanınmıştır. CISG m. 48’de öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, satıcı, sözleşmeye aykırılığı ya da her türlü borca aykırılığı ortadan kaldırma, yani, satılanın eksik ifa edilmiş olan kısmını tamamlama veya satılandaki ayıbı giderme hakkına sahiptir³⁵⁶. Üstelik, satıcının ikinci servis şansı, alıcının seçimlik haklarına nazaran önceliklidir³⁵⁷. Başka bir deyişle, satıcı, ikinci servis şansını ileri sürerek, eksik kalan kısmı ifa etmek isterse, alıcının seçimlik haklarını kullanmasına mâni olur.

Her ne kadar CISG m. 51 hükmünde, alıcının tazminat hakkını düzenleyen CISG m. 45 f. I b. (b) veya CISG m. 74-77 hükümlerine değil, yalnızca CISG m. 46-50 hükümlerine atıfta bulunulmuş olsa da, söz konusu düzenleme, kısmi ifa veya satılanın kısmen sözleşmeye aykırı olması hâlinde, alıcının tazminat hakkına bir hâlel getirmez³⁵⁸. Alıcı, satılanın eksik veya kısmen ayıplı ifa edilmesi sebebiyle uğradığı ilave zararların tazmin edilmesini talep edebilir³⁵⁹.

Gerek satılanın kısmen ayıplı olması gerekse kısmi ifa hâlinde, CISG m. 51 hükmüne başvurmak isteyen alıcı, CISG m. 39 uyarınca, makul bir süre içinde,

³⁵⁴ Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 6; MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 5; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 3; Honsell-**Schnyder/Straub**, Art. 51 CISG N 25; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 3; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 3; **Salger**, Art. 51 CISG N 6; DiMatteo-**Schelhaas/Flechtner**, s. 627 N 36; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 2; **Erdem**, CVIM, N 987 vd.

³⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/IV/A**, “*Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi*” isimli başlık.

³⁵⁶ MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 5; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 6; Staudinger-**Magnus**, Art. 48 CISG N 1, Art. 51 CISG N 8; **Atamer**, CISG, s. 344-345.

³⁵⁷ Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 6; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 6; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 8; **Atamer**, CISG, s. 347.

³⁵⁸ MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 7; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 1, 4; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 9; Kröll/Mistel/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 45.

³⁵⁹ MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 7; Kröll/Mistel/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 44; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 9; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 1, 4.

sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmek zorundadır³⁶⁰. Sözleşmeye aykırılığın, nicelik (*kısmi / eksik ifa*) veya nitelik (*ayıp*) eksikliğinden ya da hakka dair bir eksiklikten (*zapt*) ileri gelmesi, alıcının **bildirim yükümlülüğü**nde bir değişikliğe neden olmaz. Zira, CISG m. 35 f. I hükmünde, nicelik bakımından borcun gereği gibi ifası, sözleşmeye uygun bir ifanın koşulu olarak belirtilmiş ve CISG m. 39 hükmünde bütün sözleşmeye aykırılıkların, makul süre içinde satıcıya bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Şayet, alıcı, CISG m. 39 f. I uyarınca sözleşmeye aykırılığı bildirme yükümlülüğünü ihlal ederse, CISG m. 51 uyarınca kendisine tanınan hukuki imkânlarla başvurma şansını kaybeder ve satılanın tamamına karşılık sözleşme bedelini eksiksiz olarak ifa etmek zorunda kalır³⁶¹. Öte yandan, bildirim yükümlülüğünü ihlal eden alıcının, sözleşmeye aykırılığa dayanma imkânını kaybetmesi yönündeki kural mutlak değildir. Nitekim, CISG m. 40 uyarınca sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı, alıcının bildirimde bulunmadığını ileri süremez. Keza, satıcının kısmi ifada bulunması durumunda, şayet, fatura veya teslim belgelerinden anlaşılan açık bir eksik ifa³⁶² söz konusu ise, alıcının bildirimde bulunması aranmaz³⁶³. Buna karşılık, gizli eksik ifa (*verdeckte Manko- / Zuweniglieferung*) hâllerinde, alıcının, tıpkı ayıplı ifada olduğu gibi bildirimde bulunması şarttır; aksi hâlde, kendisine tanınan hakları kaybeder³⁶⁴.

³⁶⁰ Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 8; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 8; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 14; MüKoBGB-**Huber**, Art. 51 CISG N 8; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 7; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 5.

³⁶¹ MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 15; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 8; Staudinger-**Magnus**, Art. 39 CISG N 58; Schlechtriem/Schwenzer-**Schwenzer**, Art. 39 CISG N 30; **Achilles**, Art. 39 CISG N 12.

³⁶² Doğrudan doğruya faturadan veya teslim belgelerinden sözleşmede kararlaştırılardan daha azının teslim edildiğinin anlaşılması durumunda, açık bir eksik ifadan bahsedilir. Bkz. Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 7; **Atamer**, CISG, s. 342.

³⁶³ Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 8; **Atamer**, CISG, s. 342. Öğretide savunulan aksi görüşe göre, eksik ifa açık olsa bile, alıcının yine de bildirimde bulunması gerekir. Bkz. Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 7; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 15.

Kanaatimizce aksi görüş isabetli değildir. Zira, her ne kadar CISG m. 35 f. I hükmünde nicelik eksiklikleri, nitelik eksikliği gibi değerlendirilerek, ayıplı ifa veya sözleşmeye uygun olmayan ifa başlığı altında düzenlenmiş olsa da, açık bir eksik ifa hâlinde artık hiç ifa etmeme (*Nichtleistung*) söz konusu olur. Başka bir deyişle, eksik ifanın böylesine açık ve net olduğu hâllerde, eksik ifanın ayıplı ifa başlığı altında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda, borcunu ifa etmeyen ve borca aykırı davrandığının farkında olan satıcıya, satılanı eksik teslim ettiğinin bildirilmesinin hukuken bir manası yoktur.

³⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 8; **Atamer**, CISG, s. 342. Alıcının bildirimde bulunmasına rağmen, satıcının haksız yere satılanın eksik kalan kısmını ifa etmeyeceğini açıklaması ihtimalinde, alıcı, CISG m. 49 f. I b. (b) uyarınca satıcıya ek süre tayin etmeden sözleşmeden kısmen dönebilir. Bkz. Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 7.

b. Kısmi İfa (*Kısmi Temerrüt*) Hâlinde

CISG m. 51 hükmünün düzenlediği ilk ihtimal, **kısmi ifa**, yani bölünebilir bir borcun yalnızca bir kısmının ifa edilmesi, konumuz açısından ise **kısmi temerrüt** hâlidir. Bunun için kısmi ifanın gerçekleşmesi gerekir. Her ne kadar, satıcının, anılan istisnalar dışında, kararlaştırılan vadede edimin tamamını tek bir defada ifa etmesi gerekirse de, CISG çerçevesinde, TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmüne benzer biçimde, alıcıya, kendisine sunulan kısmi ifayı reddetme hakkı tanıyan bir düzenleme sevk edilmemiştir. Başka bir deyişle, CISG uyarınca alıcı, kural olarak, kısmi ifayı kabul etmek ve ifa edilen kısmın bedelini ödemek zorundadır³⁶⁵. Nitekim, CISG m. 53 ve m. 62 genel olarak alıcının, malları teslim almakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan, alıcı, kısmi ifanın yol açtığı, taşıma, depolama, harç gibi fazladan gerçekleşen masrafların tazminini, CISG m. 45 f. I b. (b) uyarınca satıcıdan talep edebilir³⁶⁶.

Alıcının kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olmadığı yönündeki kural, sözleşmeye esaslı aykırılık hâlinde yumuşatılır ve kısmi ifanın sözleşmenin tamamına yönelik bir esaslı ihlal teşkil etmesi durumunda, alıcının kısmi ifayı reddedebileceği kabul edilir³⁶⁷. Zira, alıcının satılanı reddetme hakkının varlığı, ancak, satılanı teslim almış olsaydı, başvurabileceği hukuki imkânların, kendisini, malı iade etmek yükümlülüğü altına sokacak olması ihtimalinde mazur görülebilir³⁶⁸. Yani, alıcının sözleşmeden dönme veya malın yenisiyle değiştirilmesini isteme hakkının bulunduğu hâllerde, alıcının zaten teslim aldığı malı iade etmesi gerekeceğinden, alıcının malı baştan kabul etmemesi ve satılanı reddetme hakkını kullanması mümkündür. Alıcının sözleşmeden dönme veya değişim hakkını kullanabilmesi için, sözleşmenin esaslı bir biçimde ihlal edilmesi şarttır. Bu nedenle, kısmi ifanın sözleşmenin tamamına yönelik bir esaslı ihlal teşkil etmesi durumunda, alıcının kısmi ifayı reddedebileceği sonucuna

³⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 11; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 7; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 17; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 14; Achilles, Art. 51 CISG N 2-3; Atamer, CISG, s. 187, 341.

³⁶⁶ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 17; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 11; Soergel-Lüderitz/Schüssler-Langeheine, Art. 51 CISG N 1; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 14; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 7; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4.

³⁶⁷ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 11; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 38; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 7; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 17; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 14; Achilles, Art. 51 CISG N 2-3; Atamer, CISG, s. 341.

³⁶⁸ Staudinger-Magnus, Art. 60 CISG N 20; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 60 CISG N 35; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 14; Atamer, CISG, s. 242.

varılır. Kısmi ifanın sözleşmenin tamamına yönelik bir esaslı ihlal teşkil edip etmediği belirlenirken, alıcının herkesçe bilinebilen menfaatleri, yani ifanın noksansız olmasının alıcı açısından arz ettiği önem nazara alınmalıdır³⁶⁹. Kısmi ifanın sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmediği hâllerde, alıcının kısmi ifayı reddetmesi, CISG m. 53 ve m. 62 uyarınca, alıcının teslim alma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir³⁷⁰.

Borcun kısmi ifası, başka bir deyişle edimin nicel olarak eksik teslim edilmesi, CISG m. 35 f. I uyarınca sözleşmeye aykırılık teşkil eder³⁷¹. Bu durumda, CISG m. 51 f. I uyarınca alıcıya CISG m. 46 ilâ 50. maddeler çerçevesinde tanınan seçimlik haklar, yalnızca eksik kısım için uygulanır. İlk olarak, sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha azının ifa edilmesi durumunda alıcı, CISG m. 46 f. I uyarınca eksik olan bakiye kısmının ifa edilmesini talep edebilir³⁷². Alıcının eksik olan bakiyenin ifa edilmesi yönündeki talebi, CISG m. 46 f. I uyarınca ikame mal talebi olarak değil, CISG m. 46 f. I çerçevesinde, “*asli ifa talebi*” olarak değerlendirilir³⁷³. Öte yandan, alıcının kısmi

³⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4; Beinert, s. 31 vd.

³⁷⁰ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4. CISG m. 7 f. I çerçevesinde dürüstlük kuralı uyarınca, kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğünden vazgeçmek mümkündür. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 4, dn. 17; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 14. Oysa, İsviçre-Türk Hukuku’nda durum tam tersidir. Alacaklı, kural olarak kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olup, istisnaen dürüstlük kuralı (TMK m. 2; İsvMK m. 2) uyarınca kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu altına girer. Bkz. aşağıda, B.2/II/D/3/c, “*Dürüstlük Kuralı Uyarınca*” isimli başlık.

³⁷¹ Piltz, N 5-269; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6.

³⁷² Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 12; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 5; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 8, 11; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 5; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 23; Achilles, Art. 51 CISG N 3; Erdem, CVIM, N 814.

Şayet, ticari bir teamül (CISG m. 9 f. II), dürüstlük kuralı (CISG m. 7 f. I) veya sözleşmede yer alan bir hüküm sebebiyle, satıcının sözleşmede kararlaştırılan miktar ve ağırlıktan sapma hakkı varsa ve fiilen gerçekleştirilen teslimat izin verilen tolerans sınırı dâhilindeyse sözleşmeye aykırılık veya kısmi ifa söz konusu olmaz. Bu durum, açıkça sözleşmede bir tolerans sınırının kararlaştırılması durumunda veya “*circa klozu*” olarak adlandırılan sözleşme hükmü uyarınca teslimatın miktar olarak yaklaşık bir tutarda yapılacağının belirtilmesi hâlinde ya da yalnızca teslim edilen miktarın faturalandırılması hâlinde geçerlidir. Bu durumda, eksik kısmın ifası talep edilemez. Yalnızca sapma aralığında kalan kısım oranında bedelin indirilmesiyle yetinilir. Tolerans sınırı ve circa klozu konusunda bkz. Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 5; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 5; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 8; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 9; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 12; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 17 vd.; Achilles, Art. 51 CISG N 3.

Önceden belirlenmiş veya ferden tayin edilmiş bir kısım malın miktarının, nicelik olarak sözleşmede belirlenen miktardan az çıkması durumunda, satıcının eksik olan kısmı aynen ifa yükümlülüğü bulunmaz. Zira, satıcının aynen ifa yükümlülüğü, ferden tayin edilmiş olan parça ile sınırlıdır. Ferden tayin edilmiş olan malın, sözleşmede kararlaştırılan miktardan az çıkması, CISG m. 51 f. I uyarınca kısmi ifa değil, CISG m. 35 f. I uyarınca, sözleşmeye uygun olmayan (*ayıplı*) ifa teşkil eder. Bu durumda, alıcı, CISG m. 50 uyarınca bedel indirimi talep edebilir. Her ne kadar CISG m. 51 hükmünün uygulanması reddedilse bile, alıcı, satılanın tamamına dair ifa menfaatinin ortadan kalkması ihtimalinde, sözleşmenin tamamını sona erdirmeye imkânına sahip olur. Bkz. MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 7; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 2.

³⁷³ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 46 CISG N 21; MüKoBGB-Huber, Art. 46 CISG N 8; Bianca/Bonell-Will, Art. 46 CISG N 2.1.1.1; Staudinger-Magnus, Art. 46 CISG N 10; Achilles, Art.

ifa hâlinde, CISG m. 46 f. II uyarınca ikame mal talep etmesi, başka bir deyişle değişim hakkını kullanması veya CISG m. 46 f. III uyarınca onarım hakkını kullanması, borca aykırılığın niteliği itibarıyla mümkün değildir³⁷⁴. Buna karşılık, alıcı, CISG m. 47 uyarınca satıcıya bir ek süre tayin ederek, CISG m. 49 f. I b. (b) uyarınca ifa edilmemiş olan kısım bakımından sözleşmeyi kısmen sona erdirir³⁷⁵. Buna karşılık, satılanın kısmen teslim edilmiş olması, başlı başına sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil ediyorsa, alıcı, CISG m. 49 f. I b. (a) uyarınca, ek süre tayin etmek gerekmeksizin sözleşmeyi kısmen sona erdirebilir³⁷⁶. Sözleşmeyi kısmen sona erdirmenin veya sözleşmeden kısmen dönmenin hukuki sonucu, satış bedelinin, eksik ifa oranında, yani, teslim edilmemiş olan kısım nispetinde indirim tabi tutulmasıdır³⁷⁷. Bu sebeple, sözleşmeden kısmen dönme konusunda, bedel indirimi hakkını düzenleyen CISG m. 50 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir³⁷⁸.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, alıcı, ifa edilmemiş olan kısmın aynen ifasını talep etmek veya sözleşmeyi kısmen sona erdirmek yerine, CISG m. 50 uyarınca alıcının bedel indirimi hakkını da kullanabilir³⁷⁹. Alıcının, kısmi ifa hâlinde indirim hakkına sahip olması, iki farklı görüş tarafından, iki farklı gerekçe ile açıklanmaktadır. İlkine göre³⁸⁰, CISG m. 51 f. I hükmünün indirim hakkını düzenleyen CISG m. 50'ye atıfta bulunması nedeniyle alıcı, kısmi ifa hâlinde de bedel indirimi

46 CISG N 2.

³⁷⁴ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6.

³⁷⁵ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 5; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 12; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 11; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; Salger, Art. 51 CISG N 4; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 31; Enderlein/Maskow, Art. 51 CISG N 4.

³⁷⁶ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 13; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 31; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 11. Örneğin satıcının sezonluk mal (sonbahar modasına uygun giyim ürünleri) teslim etmeyi borçlanması durumunda, satılanın bir kısmının teslim edilmemesi, sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil eder. Bkz. Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 13; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; Piltz, N 5-272.

³⁷⁷ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 1; Achilles, Art. 51 CISG N 3.

³⁷⁸ Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 1. Aynı durum, satılanın bir kısmının ayıplı olması hâlinde de geçerlidir. Bkz. Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 1.

³⁷⁹ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 6; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 50 CISG N 2, Art. 51 CISG N 6; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 14; Achilles, Art. 51 CISG N 3.

³⁸⁰ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 14; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 6. Aynı yönde bkz. Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 50 CISG N 2. Bu görüşe göre, kısmi ifa, bir ayıplı ifa (*Quantitätsmangel*) veya CISG m. 35 f. I uyarınca malların sözleşmeye uygun olmaması (*Vertragswidrigkeit*) hâli değil, borcun hiç ifa edilmesi (*Nichtleistung*) olarak nitelendirileceği için, ilk bakışta, yalnızca malların sözleşmeye uygun olmaması hâlinde tatbik edilecek olan CISG m. 50 hükmünün uygulanmayacağı düşünülebilir. O hâlde, bu görüşe göre, kısmi ifa hâlinde alıcının bedel indirimi hakkını kullanabilmesinin yegâne gerekçesi, CISG m. 51 f. I hükmünde CISG m. 50 hükmüne atıf yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla, CISG m. 51 f. I hükmü, CISG m. 35 hükmüne bir istisna teşkil eder ve hiç ifa etmeme hâli olan kısmi (*eksik*) ifa, CISG m. 35 f. I uyarınca sözleşmeye uygun olmayan veya ayıplı ifa ile aynı hukuki sonuca tabi kılınır.

hakkına sahip kılınmıştır. Kısmi ifa hâlinde bedel indirimi hakkının kullanılabileceğini savunan diğer görüşe göre ise³⁸¹, CISG m. 35 f. I hükmünde, miktar (*nicelik*) eksiklikleri de sözleşmeye uygunluğun bir ölçütü olarak kabul edilmiş; bir nicelik noksanlığı olan kısmi veya eksik ifa, ayıplı ifanın kapsamına alınmıştır. Bu sebeple, diğer ayıplı ifa hâlleri açısından olduğu gibi, kısmi (*eksik*) ifa hâllerinde de, alıcı, CISG m. 50 uyarınca bedel indirimi hakkını kullanabilir. Buna karşılık, öğretide savunulan aksi görüşe göre³⁸², alıcı, kısmi ifa hâlinde, bedel indirimi hakkına sahip değildir; yalnızca kalan kısmın aynen ifası ile sözleşmeden kısmen dönme haklarını kullanabilir. Zira, bu görüşe göre, bedel indirimi hakkı, eksik ifa hâlinde değil, ayıplı veya kötü ifa hâllerinde başvurulabilecek bir hukuki çaredir.

Kanımızca, kısmi ifa, ayıplı ifa değil, hiç ifa etmeme olarak nitelendirilmekteyse de, satılanın kısmen ifa edilmiş olması, CISG m. 35 f. I uyarınca, satılanın sözleşmeye aykırı biçimde ifa edilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu sebeple, indirim hakkını düzenleyen CISG m. 50 hükmünün, kısmi ifa hâlinde uygulanması gerekir. CISG m. 51 f. I hükmünde açıkça indirim hakkını düzenleyen CISG m. 50 hükmüne atıf yapması da bu durumu teyit eder niteliktedir. Öte yandan, CISG m. 50 uyarınca alıcının bedel indirimi hakkını kullanmasıyla sözleşmeyi kısmen sona erdirmesi arasında sebep ve sonuç bakımından pratik bir fark yoktur³⁸³. Sonuç bakımından yaklaşıldığında, alıcı, her iki durumda da satılanın ifa edilmiş olan kısmını elde tutar ve satılanın teslim edilmeyen kısmına tekabül eden satış bedelinin orantılı bir biçimde indirilmesini talep eder³⁸⁴. Sebep bakımından yaklaşıldığında ise, her iki ihtimalde de alıcının satıcıya bir süre vermesi ve sürenin faydasız kalması neticesinde ilgili hakka başvurması gerekir³⁸⁵.

³⁸¹ **Atamer**, CISG, s. 187-188. Bu görüşe göre, CISG m. 51 f. I hükmü, CISG m. 35 hükmüne bir istisna teşkil etmez. Zira, bu görüşe göre, alıcı, kısmi ifa hâli, CISG m. 35 f. I uyarınca sözleşmeye aykırı ifa teşkil ettiği için, doğrudan doğruya CISG m. 50 uyarınca bedel indirimi hakkını haiz olur.

³⁸² **Honsell-Schnyder/Straub**, Art. 51 CISG N 39; **SHK-Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 5; **MüKoBGB-Huber**, Art. 51 CISG N 12; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach**, Art. 51 CISG N 44. Bu görüşe göre, kısmi ifa, borcun ifa edilmemesi anlamına geldiği için, ayıplı ifanın dışında kalır ve CISG m. 35 f. I uyarınca sözleşmeye uygun olmayan ifa değil, hiç ifa etmeme şeklinde vasıflandırılır. Öte yandan, CISG m. 51 f. I hükmünün CISG m. 50 hükmüne yaptığı atıf, eksik ifayı değil, malların bir kısmının sözleşmeye uygun olması, yani malların bir kısmının ayıplı olması durumunu hedef tutar.

³⁸³ **MüKoHGB-Benicke**, Art. 51 CISG N 6; **Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 6; **Honsell-Schnyder/Straub**, Art. 51 CISG N 40.

³⁸⁴ **Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 6.

³⁸⁵ **MüKoHGB-Benicke**, Art. 51 CISG N 6.

c. Satılanın Bir Kısımının Ayıplı Olması Hâlinde

CISG m. 51 f. I hükmünde ele alınan ikinci ihtimal ise, satıcının sözleşmede kararlaştırılan satış konusunun tümünü teslim etmiş olmasına rağmen, teslim edilen **malların yalnızca bir kısmının ayıplı olması** veya bir bölümünün sözleşmeye uygun olmaması hâlidir³⁸⁶. Nitekim, CISG m. 51 f. I hükmünde bu durum “*teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler (...) sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır*” şeklinde ifade edilmiştir. O hâlde, CISG m. 51 f. I hükmünün koyduğu genel kural uyarınca, alıcı, ayıptan doğan haklarını yalnızca, satılanın sözleşmeye uygun olmayan kısmı açısından, başka bir deyişle, satılanın ayıplı bölümüne ilişkin olarak kullanabilir³⁸⁷.

Satılanın bir kısmının ayıplı çıkması durumunda, alıcı, CISG m. 51 f. I uyarınca, CISG m. 46-50 hükümlerine yalnızca ayıplı olan kısım bakımından başvurur. Ayıp bildiriminin zamanında ve usulüne uygun olarak yapılmasının ardından, alıcı, CISG m. 46 f. III uyarınca tamirat mümkünse ve satıcıdan makul bir biçimde beklenebiliyorsa onarım hakkını kullanabilir veya CISG m. 50 uyarınca bedel indirimi talep edebilir³⁸⁸. Keza, alıcı, CISG m. 45 f. I b. (b) uyarınca, satılanı alıkoyarak, ayıplı kısım bakımından tazminat talep edebilir³⁸⁹.

Sözleşmeyi sona erdirme (*sözleşmeden dönme*) veya ayıpsız benzeriyle değişim isteme (*ikame mal talep etme*) hakları açısından sözleşmeye aykırılığın esaslı olması şarttır³⁹⁰. Sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmadığı yönündeki değerlendirme, ayıplı olan kısmın satılanın tamamı bakımından yol açtığı ihlal açısından değil, yalnızca ayıplı olan kısım bakımından yapılır³⁹¹. Şayet sözleşmeye aykırı ve ayıplı olan kısmı kullanması veya bir başkasına satması alıcıdan makul bir biçimde beklenemiyorsa, sözleşmeye aykırılığın esaslı olduğu sonucuna varılır³⁹². Öte yandan, alıcı, ayıplı kısım olmadan satılanın sözleşmeye uygun olan diğer kısmını makul bir biçimde

³⁸⁶ SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 1; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 7; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9; Atamer, CISG, s. 342.

³⁸⁷ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 16; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 7; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 6; Atamer, CISG, s. 342.

³⁸⁸ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 6; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 15; Achilles, Art. 51 CISG N 4; Atamer, CISG, s. 342.

³⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 7; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9, 15; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 9; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 6.

³⁹⁰ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 7; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 15; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 6; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9; Atamer, CISG, s. 342.

³⁹¹ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 13; Atamer, CISG, s. 342; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 29-30.

³⁹² MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 9. Benzer şekilde bkz. Atamer, CISG, s. 343.

kullanamıyorsa, yine sözleşmeye aykırılığın esaslı olduğu kabul edilir. Sözleşmeye aykırılık esaslı ise, alıcı, CISG m. 46 f. II uyarınca satılanın ayıplı olan bölümü yerine ikame mal talep ederek, ayıplı kısmın ayıpsız benzeriyle değişmesini talep edebilir veya CISG m. 49 f. I b. (a) uyarınca, ayıplı kısım bakımından sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanarak, sözleşmeden kısmen dönebilir³⁹³. Sözleşmeden kısmen dönülmüş olması ihtimalinde, satış bedeli ayıplı kısma tekabül eden oranda indirilmiş olur³⁹⁴. Sözleşmeden kısmen dönmenin sonuçları bakımından, bedel indirimi hakkını düzenleyen CISG m. 50 hükmünden kıyasen yararlanmak mümkündür³⁹⁵.

Alıcı, henüz, satılanın kalan kısmının sözleşmeye aykırı olup olmadığı belli olmasa bile, ayıplı olan kısım bakımından, kendisine tanınan hakları kullanabilir³⁹⁶. Keza, alıcı, bölünebilir bir edimin tamamı ayıplı olsa bile, bir kısmını sözleşmeye uygun kabul ederek, kalan kısmı için kendisine tanınan seçimlik haklara başvurabilir³⁹⁷. Satılanın tamamının ayıplı olmasına rağmen, alıcının yalnızca bir kısmı için satıcının sorumluluğuna başvurması, alıcının satılanın tamamının ayıplı olduğunu ispat edememesinden veya malları kendisinden alan müşterisinin yalnızca bir kısım mallar bakımından kendisine başvurmasından ileri gelebilir.

CISG m. 51 f. I hükmünün satılanın bir kısmının ayıplı olması bakımından öngördüğü kuralın *ratio legis*'i, TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünün amacıyla tamamen örtüşür³⁹⁸. Öte yandan, TBK m. 230 hükmü, birden çok mal satışında, yalnızca aralarından bazılarının ayıplı olması ihtimalinde, sözleşmeden dönme hakkının akıbetini düzenler³⁹⁹. Buna karşılık, CISG m. 51, genel bir kural öngörerek, CISG m. 46-50 arasında alıcıya tanınan bütün haklar bakımından satılanın bir kısmının ayıplı olmasının sonuçlarını öngörür. Satılanın bir kısmının ayıplı çıkması durumunda diğer seçimlik hakların akıbeti, TBK m. 230 hükmünde düzenlenmediği için, TBK m. 230 hükmünün, kıyas yoluyla diğer haklar bakımından uygulanması gerekir⁴⁰⁰.

³⁹³ Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 15; Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 7; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 29-30; **Achilles**, Art. 51 CISG N 4; **Atamer**, CISG, s. 342.

³⁹⁴ Schlechtriem/Schwenzer-**Müller-Chen**, Art. 51 CISG N 7; **Neumayer/Ming**, art. 51 CISG N 1.

³⁹⁵ **Neumayer/Ming**, art. 51 CISG N 1.

³⁹⁶ **Achilles**, Art. 51 CISG N 4; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 16.

³⁹⁷ Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 16.

³⁹⁸ **Atamer**, CISG, s. 342, dn. 326.

³⁹⁹ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 1; **BK-Giger**, Art. 209 OR N 4; **BSK-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **KUKO-Honsell**, Art. 209 OR N 1. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/d**, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme” ile yukarıda, **B.1/II/C/2/d**, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme” isimli başlıklar.

⁴⁰⁰ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 14, 39; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 23, 46; **Lemp**, s. 61; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Öz**, Dönme, s. 42; **Yavuz**, s. 151; **Atamer**, CISG, s. 342, dn. 326;

d. Sözleşmenin Tamamını Sona Erdirme

CISG m. 51 f. I hükmünde, kural olarak, sözleşmenin ihlal edilmesi hâlinde tanınan hakların, yalnızca kısmen ifa edilmiş veya kısmen ayıplı olan satılan bakımından sonuç doğuracağı düzenlenmiştir, CISG m. 51 f. II hükmünde ise bu kurala bir istisna tanınmıştır. CISG m. 51 f. II uyarınca “*eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir*”. Başka bir deyişle, eksik veya kısmen ayıplı olan bölüm, sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil ediyorsa, alıcı, sözleşmenin tamamını ortadan kaldırabilir; yani, sözleşmenin tamamından dönebilir. CISG m. 51 f. II bakımından önemli olan husus, sözleşmeye aykırılığın, yalnızca eksik veya ayıplı olan kısım bakımından değil, sözleşmenin gereği gibi veya tam ifa edilmiş olan kalan kısmı bakımından da esaslı olmasıdır⁴⁰¹. Dolayısıyla, ifa edilmemiş kısım için CISG m. 49 f. I b. (b) uyarınca ek süre tayin eden alıcı, yalnızca ek süre içinde kalan kısım ifa edilmediği için, CISG m. 51 f. II uyarınca sözleşmeyi tamamen sona erdiremez. Bu durumda, kural olarak, alıcının CISG m. 51 f. I uyarınca sözleşmeyi kısmen sona erdirmekle yetinmesi gerekir⁴⁰². Alıcının sözleşmenin tamamından dönebilmesi için, ifa edilmiş olan kısmın, eksik veya ayıplı kısım olmaksızın, alıcıya herhangi bir yarar sağlamaması şarttır⁴⁰³.

Eksik veya ayıplı olan kısım olmaksızın kalan kısmı kullanması veya bir başkasına satması makul bir biçimde alıcıdan beklenemiyorsa ya da eksik veya ayıplı kısım olmadan kalan kısım alıcı açısından herhangi bir anlam ifade etmiyorsa, alıcı CISG m. 51 f. II uyarınca, sözleşmenin tamamından dönebilir⁴⁰⁴. Böyle bir ihtimal, özellikle farklı nitelikteki malların birbirini tamamladığı ve alıcının kısmi ifayı veya sözleşmeye uygun olan kısmı, eksik veya ayıplı kısım olmaksızın elde tutmakta hiçbir

İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁴⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 9; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 18; Soergel-Lüderitz/Schüssler-Langeheine, Art. 51 CISG N 4; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 8; Piltz, N 5-268, 5-272; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 34; Erdem, CVIM, N 971.

⁴⁰² Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 9; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 9; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 19; Bianca/Bonell-Will, Art. 51 CISG N 2.2.; Erdem, CVIM, N 975; Salger, Art. 51 CISG N 5.

⁴⁰³ Bianca/Bonell-Will, Art. 51 CISG N 2.2.; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 9; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 19; Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 2; Erdem, CVIM, N 971.

⁴⁰⁴ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 11; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 18; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 8; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 10; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 2; Piltz, N 5-272; Enderlein/Maskow, Art. 51 CISG N 5; Atamer, CISG, s. 343. Kısmi temerrütte aynı şekilde bkz. aşağıda, B.4/II/C/1, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlık.

menfaatinin bulunmadığı hâllerde ortaya çıkabilir⁴⁰⁵. Bu ihtimalde, sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde, sözleşmeye uygun olan kısım, eksik veya ayıplı kısım olmaksızın bağımsız bir şekilde kullanılamaz veya satılamaz. Örneğin, toptan ayakkabı satışında, en çok tercih edilen ayakkabı numaralarının teslim edilmemesi böyledir⁴⁰⁶. Keza, bir oturma ve yemek odası takımının bir bütün olarak satılması durumunda, bunlardan bir kısmının ayıplı çıkması sebebiyle kullanılamaması ve onarımın da mümkün olmaması ihtimalinde, CISG m. 51 f. II çerçevesinde CISG m. 49 f. I b. (a) uyarınca, alıcı, sözleşmenin tamamından dönebilir⁴⁰⁷. Öte yandan, bin balya pamuğun üç yüzünün eksik veya ayıplı çıkması durumunda, alıcının kural olarak, kendisine teslim edilen ve sözleşmeye uygun olan yedi yüz balyayla yetinmesi gerektiği; zira, alıcının kalan yedi yüz balya bakımından ifa menfaatinin korunduğu söylenebilir. Unutulmaması gerekir ki, şüphe hâlinde sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki görüşe ağırlık verilmeli; sözleşmeden tamamen dönmek isteyen alıcı ise, eksik veya ayıpsız ifa edilen kısımla yetinerek diğer seçimlik haklara başvurmalıdır⁴⁰⁸. Zira, sözleşmenin tamamen sona erdirilmesi başvurulacak son çaredir (“*ultima ratio*”)⁴⁰⁹.

Sözleşmeye uygun olmayan ifa açısından bakıldığında, satılanın temsil kabiliyetine sahip olan önemli bir kısmının ayıplı olması ihtimalinde, ayıpsız kısmı tespit etmenin çok zor olması hâlinde veya ayıplı olan kısım nazara alınarak, kalan kısmın ayıpsız olmasının ihtimal dışı görünmesi durumunda, sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür⁴¹⁰. Örneğin, satılan bin çift ayakkabının sekiz yüzünün ayıplı çıkması durumunda, ayıplı kısmı ayıpsız olan kısımdan ayırmanın çok zor veya imkânsız olması böyledir. Aynı şekilde, ayakkabıların yüzde sekseninin ayıplı çıkması durumunda, alıcının, geriye kalan ayakkabıları uygun bir biçimde pazarlayamayacağı ve iyi bir satış stratejisi oluşturamayacağı gerekçesiyle sözleşmenin tümünden dönmesi mümkündür⁴¹¹. Keza, on beş bin düdüklü tencerenin satılması durumunda,

⁴⁰⁵ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 10; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 18; Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 2; Piltz, N 5-272; Atamer, CISG, s. 343.

⁴⁰⁶ MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 11.

⁴⁰⁷ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 10.

⁴⁰⁸ Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 2. Aynı yönde bkz. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 35.

⁴⁰⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 35; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 49 CISG N 2

⁴¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 12; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 19; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 18; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 8; Achilles, Art. 51 CISG N 5; Atamer, CISG, s. 343.

⁴¹¹ Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N

bunlardan üçte birinin, her bir tencere açısından gerçekleştirilen uzun ve detaylı güvenlik incelemesinden geçmemesi ihtimalinde, artık alıcının sözleşmenin tamamından dönebileceği söylenebilir⁴¹².

Her ne kadar CISG m. 51 f. II hükmünde, eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi hâlinde, alıcının sözleşmenin tamamından dönebileceği düzenlenmişse de, aynı kural, satılanın tamamı bakımından ikame mal tesliminin talep edilmesi, yani sözleşme konusunun tamamı bakımından ayıpsız benzeriyle değişim hakkının kullanılması açısından da geçerlidir⁴¹³.

E. Kısmi İfa Engelleri ve Kısmi Temerrüt Açısından Varılan Sonuçlar

1. Kısmi İfa Engellerini Sistematize Etmek

Kanun koyucu, tüm kısmi (*bölümsel*) ifa engelleri⁴¹⁴ veya kısmi borca aykırılık açısından uygulanabilir olan, genel, soyut ve nesnel bir kural koymak yerine, kanunda yalnızca bazı özel durumlar için uygulanabilir olan, daha dar kapsamlı kurallara yer vermiştir. Kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II), borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 137, kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 (İsvBK m. 196) ile birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmü böyledir.

Kısmi ifa engelleri açısından genel bir düzenleme öngörmek, kanun koyucu açısından istisnai bir yol değildir. Nitekim, CISG m. 51 hükmünde, kısmi ifa engelleri konusunda genel ve soyut bir düzenleme sevk edilmiştir. Keza, Alman kanun koyucusu, BGB § 281 Abs. I ile § 323 Abs. V hükümlerinde, kısmi temerrüt ile borcun kısmen kötü ifa edilmesi kurumlarını bir arada düzenleyerek, açıkça bir kısmi ifa engelleri sistemi oluşturmuştur⁴¹⁵.

12; SHK-**Brunner/Altenkirch**, Art. 51 CISG N 8; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 18; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 37; **Atamer**, CISG, s. 343. Söz konusu örnek, Koblenz Eyalet Üst Mahkemesi kararından alınmıştır. Bkz. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 37

⁴¹² Örnek için bkz. MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 12. Keza, bir konserve satışında rastgele açılan konservelerin tamamı ayıplıysa, artık sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür. Bkz. MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 12; **Atamer**, CISG, s. 343. Kanaatimizce, bu ihtimalde, konservelerin tamamının açılarak kontrol edilmesi mümkün olmadığı için, rastgele seçilen numunelerin hepsi ayıplı çıkıyorsa, satılanın tamamının ayıplı olduğundan bahsetmek daha doğrudur.

⁴¹³ Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 18; MüKoHGB-**Benicke**, Art. 51 CISG N 12.

⁴¹⁴ Kısmi ifa engelleri yerine, Alman Hukuku'nda sınırlı ifa engelleri yani "*beschränkte Störungen*" ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 281 N 140.

⁴¹⁵ MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 281 N 140. Borcun kısmen kötü ifa edilmesi, "*nitelik bakımından kısmi ifa (qualitativer Teilleistung)*" hâlini yani aşıptan sorumluluk rejimini kapsarken, klasik anlamda kısmi temerrüt, kısmi ifayı, yani "*nicelik bakımından kısmi ifa (quantitativer Teilleistung)*" hâlini kapsar. Bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 281 N 140; CR-**Thévenoz**, art. 97 CO N 22.

Kanun koyucunun, kısmi ifa engelleri açısından genel bir kural sevk etmemiş olması ve kısmi temerrüt kurumunu kanunda düzenlememesi, **açık kanun boşluğu** (*offene Lücke / lacune ouverte*) olarak nitelendirilir⁴¹⁶. Kanunda bir açık kanun boşluğunun bulunması durumunda ise, boşluğu doldurmak için başvurulacak yol kıyastır. Her ne kadar kanun koyucu açık bir kısmi ifa engeli veya kısmi temerrüt rejimi öngörmemişse de, benzer kurumlardan yararlanılarak, **toplu kıyas** (*hukuki veya genel kıyas ya da ilke kıyası*) yöntemiyle⁴¹⁷, başka bir deyişle, tümevarım metoduyla kanun boşluğunu doldurmak ve bazı temel ilkeler tespit etmek mümkündür. Esasen, böyle bir durumda, kanunda yer alan benzer düzenlemelerden yola çıkılarak, kanun koyucunun amacı tespit edilmekte ve kanun boşluğu, kanunun ruhundan yararlanılarak doldurulmaktadır.

TBK m. 27 f. II kapsamında ifade ettiğimiz üzere, tüm kısmi ifa engellerinde temel kural, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde çevrilebilecek olan “*utile per inutile non vitiatur*” kuralıdır⁴¹⁸. Söz konusu kural kaynağını Roma Hukuku’ndan alır⁴¹⁹. Her ne kadar Roma Hukuku’nda genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmese de⁴²⁰, yüzlerce yıllık hukuk tarihi boyunca varlığını koruyan bu formül, zaman içinde kısmi ifa engellerine dair bir genel çerçeveye bürünmüştür. Bu kurala göre, hangi ifa engeli söz konusu olursa olsun, ifa engeli ancak kısmen, yani meydana geldiği ölçüde ve bu oranda hüküm doğurur. İster kısmi hükümsüzlük, ister kısmi temerrüt, ister baştaki veya sonraki, borçlunun sorumlu olduğu ya da olmadığı imkânsızlık, ister sözleşmenin müspet ihlali veya kötü ifa, ister kısmi zapt veya satılanın bir kısmı açısından ayıptan sorumluluk söz konusu olsun, sakınca yaratan, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen kısım, sözleşme uyarınca gereği gibi ifa edilmiş veya edilebilecek olan kısımdan etkilenmez⁴²¹.

⁴¹⁶ Kısmi temerrüt açısından bkz. **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325).

⁴¹⁷ Toplu kıyas (*hukuki veya genel kıyas ya da ilke kıyası*) veya Almanca “*Gesamtanalogie* ya da *Rechtsanalogie*” konusunda bkz. **BK-Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1 ZGB N 383; **Kramer/Arnet**, s. 233-234; **Nomer/Akbulut**, N 177. Benzer şekilde, kısmi ifa imkânsızlığı konusunda toplu kıyas yapıldığı yönünde bkz. **KUKO-Thier**, Art. 97 OR N 8.

⁴¹⁸ **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11. Kısmi ifa imkânsızlığında bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 183.10. Bu kural, Fransızca “*l’utile n’est pas viciée par l’inutile*” ve Almanca “*das Ungültige soll dem Gültigen nicht schaden*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 26; **Meyer**, s. 9.

⁴¹⁹ **Digesta 45.1.1.5**. Ulpianus, bu ünlü pasajında, biri yararlı (*geçerli*) diğeri yararsız (*geçersiz*) iki vaat bulunduğunu, yararlı olanın yararsızdan etkilenmeyeceğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 28; **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 47; **Meyer**, s. 3-4; **Pichonnaz**, Fondements romains, N 1867, dn. 1583. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.1/II/B**, “*Kısmi Hükümsüzlük Rejimi*” isimli başlık.

⁴²⁰ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 29-30.

⁴²¹ **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11. Bkz. **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99. Bkz. aşağıda,

Kısmi temerrüt bakımından olduğu gibi, kısmi ifa engellerinde kural olarak, sözleşme genel itibarıyla iki kısma ayrılır⁴²². Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş veya edilecek olan bölümdür; diğeri ise, borca aykırılığın gerçekleştiği ve alacaklının kendisine tanınan hakları tatbik edeceği kısımdır. *Serozan*’ın ifadesiyle⁴²³, bölümsel ifa engellerinde, “*sakıncalı bölüm kesilip atılır; sirayete, bulaşmaya veya onkolojiden ariyet alınma bir deyimle metastaza izin verilmez*” veya bir atasözüyle ifade etmek gerekirse “*pire için yorgan yakılmaz*”.

Kısmi ifa engellerinin, ancak tesir ettiği kısım nispetinde hüküm doğurması ve ifa edilmiş olan kısmın borca aykırılıktan etkilenmemesi kuralı, hukuki işlemi ve sözleşmeyi, imkân olduğu ölçüde ayakta tutmaya ve geçerli kılmaya yönelik bir temel prensip olan “*işlem menfaati (favor negotii)*” veya “*sözleşme menfaati (favor contractus)*” ilkesine dayanır⁴²⁴. Ayrıca, kısmi ifa engellerinin borca aykırılık ölçüsünde sınırlandırılması, sözleşmeyi olabildiğince gereği gibi ifa etme ve sözleşmeyle bağlı kalma anlamını taşıdığından “*pacta sunt servanda (ahde vefa)*” ilkesiyle de uyumludur⁴²⁵. Keza, borcun ifa edilmiş olan bölümü, ifa edilmemiş olan bölümünden olumsuz etkilenmediği için, kısmi ifa engelinin, borç ilişkisinin tamamına yayılmasının engellenmesi, borçlunun sözleşmeye bağlı kalınacağı yönündeki güveninin korunması ilkesine de uygundur⁴²⁶.

Karşılıklı borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerde ise, borçlunun yerine getirdiği kısmi ifaya karşı, alacaklının da edimini kısmen ifa etmesi gerekir. Böylece, kısmi ifa engeli yüzünden bozulan sinallagma ilişkisi ile sözleşme kurulurken tesis edilen nispi eşdeğerlik bağının yeniden sağlanması amacıyla, yalnızca edimin değil, aynı zamanda karşı edimin de ifa engeli ölçüsünde uyarlanması gerekir. O hâlde, kural olarak, alacaklı, kendi karşı edimini, kısmi ifa engelinden etkilenmeyen edim nispetinde ölçülü ve orantılı olarak ifa eder. Başka bir deyişle, kural olarak, karşı edim,

B.3/I, “Kısmi Temerrüdün Genel Sonuçları” isimli başlık.

⁴²² Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

⁴²³ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

⁴²⁴ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Kısmi hükümsüzlük rejimi bakımından aynı görüşte bkz. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 327; BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 61; Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 11; Gauch/Schlupe/Schmid, N 693; Piotet, ZSR 1957, s. 100; Zufferey-Werro, N 1621; Engel, Obligations, s. 294; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 547; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 1; Serozan/Engin/Atamer, Birinci Başlık, III § 7, N 26h; İsvFM, ATF 43 II 661; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 120 II 35 = Pra 1995, s. 474. TBK m. 230 hükmü bakımından aynı yönde bkz. Vionnet, Vente, N 402.

⁴²⁵ Aynı yönde bkz. Serozan, Dönme, s. 386.

⁴²⁶ Serozan, Dönme, s. 386.

kısmi ifa engelinden etkilenen kısmi edime karşılık geldiği oranda indirime tabi tutulur⁴²⁷.

Her ne kadar, kısmi ifa engelleri açısından genel kural, yararlı olan kısmın yararsız olan kısımdan etkilenmemesi, yani, kısmi ifa engelinin yalnızca ilgili olduğu bölüm açısından sonuç doğurması şeklinde olsa da, bu kuralı mutlak şekilde ve her durumda uygulamak hakkaniyete aykırı olur. Öncelikli olarak, edimin kısmi borca aykırılıktan etkilenmeyen bölümünün ifasında alacaklının herhangi bir menfaati kalmamışsa, kısmi ifa engeli yerini bütüncül ifa engeline bırakır⁴²⁸. Keza, pek çok hukuk sisteminde bulunan kısmi hükümsüzlük (TBK m. 27 f. II) rejimine kıyasen, alacaklının kısmi ifa engelinin meydana geleceğini bilmesi varsayımında, sözleşme ilişkisine girmeyeceği söylenebiliyorsa, bölümsel ifa engeli, yerini, bütüncül ifa engeline bırakır⁴²⁹.

Yukarıda zikredilen özel durumlarda edimin bir kısmı açısından meydana gelen ifa engeli, alacaklının kavuşmayı arzu ettiği ifa menfaatini, kısmen değil edimin tamamı bakımından ortadan kaldırmış olur. Ayrıca, kısmi ifada hiçbir menfaati kalmamış olan alacaklı açısından, ifa engelini kısmen tatbik edip, alacaklıdan kalan kısmın ifasını kabul etmesini beklemek, dürüstlük kuralına (TMK m. 2; İsvMK m. 2) aykırı sayılır. Keza, kısmi ifa engelinin meydana geleceğini bilmesi varsayımında alacaklının sözleşme ilişkisine girmeyeceği veya alacaklının kısmi ifada herhangi bir menfaatinin kalmadığı söylenebiliyorsa, sözleşmenin başında tesis edilmiş olan sinallagma ilişkisinin ve karşılıklılık dengesinin tamamen bozulmuş olduğu anlaşılır. Böyle hâllerde, kısmi ifa engeliyle yetinmek yerine, ifa engelinin, edimin tamamı bakımından gerçekleştiği kabul edilir⁴³⁰.

Kısmi ifa engelinin tümel ifa engeline dönüşüp dönüşmeyeceği konusunda, öncelikli olarak alacaklının menfaati esas alınır. Zira, borçlunun kusurundan ve

⁴²⁷ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Kısmi temerrüt rejiminde aynı yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27, BGB § 325 N 46; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426, 1429; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429. Kısmi ifa imkânsızlığı bakımından aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59.

⁴²⁸ Alacaklının kısmi ifada menfaatinin olmaması, Alman Hukuku'nda BGB § 281 Abs. I ile § 323 Abs. V hükümlerinde ifa edilmiştir. Kısmi temerrüt açısından bkz. aşağıda, B.4/II/C/1, "Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması" isimli başlık.

⁴²⁹ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Serozan, Dönme, s. 388 vd. Kısmi temerrüt açısından bkz. aşağıda, B.4/II/C/2, "İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması" isimli başlık.

⁴³⁰ Serozan, Dönme, s. 389. Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü diğer özel durumlar için bkz. aşağıda, B.4/II, "Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller" isimli başlık.

sorumlu tutulup tutulamayacağından bağımsız olarak, ifa engeli başlığı altında, imkânsızlık, temerrüt, kötü ifa gibi özel görünüm biçimleriyle meydana gelen borca aykırılık, temelde alacaklının ifa menfaatine ulaşmasını engeller. Bu karşılık, ifa engelleri sistematüğinde merkeze oturtulan alacaklının menfaati kıstası, keyfi ve sübjektif bir biçimde ele alınmamalıdır. Zira, sübjektif (*öznel*) bir kavram olan alacaklının menfaati belirlenirken, objektif (*nesnel*) bir kavram olan dürüstlük kuralından yararlanılır. Alacaklının ifa menfaatinin ortadan kalkıp kalkmadığı veya alacaklının ifa engelini öngörseydi sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceğı, dürüstlük kuralından istifade edilerek belirlenir⁴³¹. Alacaklı, dürüstlük kuralı uyarınca, ifada menfaati kalmadığını ispat etmedikçe, alacağın kısmen ifa edilmiş bölümüyle yetinir ve kalan kısım için ilgili borca aykırılık rejimine başvurur; alacaklının karşı edim borcu da tamamen değil kısmen, yani kısmi ifa engeli oranında düşürölür⁴³².

Kısmi ifa engelinin tümel ifa engeline dönüştüğü hâllerde, örneğın kısmi ifada alacaklının herhangi bir menfaati kalmamışsa veya kısmi ifa engelinin meydana geleceğini bilmesi varsayımında, alacaklının sözleşme ilişkisine girmeyeceğı söylenebiliyorsa, bölümsel ifa engeli yerini tümel ifa engeline bırakacağı için, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edimin de sıfırlanması gerekir⁴³³. Başka bir deyişle, kısmi ifa engeli, tümel ifa engeline dönüşünce, sinallagma ilişkisi, tamamen bozulmuş sayıldığı için, alacaklı açısından karşı edimi ifa mecburiyeti de ortadan kalkmış olur.

Basit bir örnekle açıklamak gerekirse, alıcı, özel bir günde giymek üzere, satıcıdan, pantolon ve ceketten oluşan bir takım elbise satın almış olsun. Satıcının herhangi bir gerekçeyle, pantolonun ifasından kaçınarak, yalnızca takım elbisenin ceketini teslim etmesi, bir kısmi ifa engeli sayılır ve kısmi temerrüt, kısmi imkânsızlık veya zapt olarak adlandırılabilir. Hatta, pantolonun üzerindeki lekeler varsa satılanın kısmen ayıplı olduğu söylenebilir. Bu tür hâllerden birinin meydana gelmesi ihtimalinde, kural olarak, alıcı, ceketini teslim alarak, pantolon için ilgili ifa engelinin sonuçlarına başvurur. Kısmi ifa engeli çerçevesinde satış bedelini kısmen ifa eden

⁴³¹ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

⁴³² Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Serozan'ın ifadesiyle “*alacaklı nesnel dürüstlük kuralının süzgecinden geçirilen bu kanıtı getiremedikçe, kural olarak işlem budama (kırpma) yoluyla kurtarılır. Böyle bir durumda karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmede alacaklının karşı edim borcu da, bölümsel aksilik oranında düşürölür*”. Bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Kısmi temerrütte bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4**, “*Kısmi Dönmenin Sonuçları ve Kısmi Tasfiye İlişkisi*” isimli başlık.

⁴³³ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

alıcı, satış bedelinin cekete tekabül eden kısmını öder ve pantolonun parasını ödemekten kaçınır.

Yukarıdaki örnekte, alıcının, pantolonun kendisine teslim edilmemesi sebebiyle ifa menfaatinden tamamen yoksun kaldığı veya ifa engelini öngörmesi ihtimalinde mevcut satıcıyla sözleşme ilişkisine hiç girmeyeceği söylenebiliyorsa, kısmi ifa engelinin edimin tamamına sirayet ettiği tespit edilir. Bu durumda, alıcı, kısmi ifa engelinden vazgeçerek, borca aykırılık, edimin tamamı bakımından gerçekleşmiş gibi, satıcıya karşı, tümel ifa engelinden doğan hukuki taleplerde bulunabilir. Alıcı, bu durum bir borçlu temerrüdü ise, satıcıyı edimin tamamı bakımından temerrüde düşürebilir; bir ifa imkânsızlığı ise, edimin bütünü imkânsız hâle gelmiş kabul edilir; satılan pantolon başka birinin ise, takım elbisesinin tamamı zapt edilmiş sayılır veya pantolon ayıplı ise, takım elbisenin bütünü ayıplı gibi hareket edilir. Kısmi engelin tümel engele dönüşmesi durumunda, alıcı, satış bedelinin tamamını ödemekten kaçınır ve ifa menfaatinden yoksun kaldığı edimin tamamı bakımından ilgili giderim yoluna başvurur. Örneğin, edimin tamamı bakımından tazminat talep eder veya sözleşmenin tamamından döner.

2. Kısmi Temerrüt Rejiminde Uygulanacak Hükümler

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nda kısmi temerrüt hâlinde hangi hükümlerin tatbik edileceğini açıkça düzenlememiştir⁴³⁴. Borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerin (TBK m. 117-126) doğrudan kısmi temerrüt hâlinde uygulanması da mümkün değildir⁴³⁵. Buna karşılık, kanunda kısmi temerrüt rejimi açıkça vazedilmiş olmasa da, alacaklının borçlu temerrüdü çerçevesinde kendisine tanınan imkânlarla kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde de başvurabileceği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur⁴³⁶. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdü hükümlerinin, durumun özelliği göz önünde tutularak, kıyasen kısmi temerrüt hâline tatbik edilmesi gerekir⁴³⁷.

⁴³⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 765; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Öz, Dönme, s. 42; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

⁴³⁵ Schenker, Schuldnerverzug, N 765.

⁴³⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 210; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 931-932; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): "(...) 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 (...)".

⁴³⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; BK-Becker, Art. 107 OR N 23; Schenker, Schuldnerverzug, N 765; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Bucher, AT, s. 382; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Öz, Dönme, s. 42; KanM

Borçlu temerrüdü hükümleri incelendiğinde, borçlu temerrüdünün genel şartlarının (TBK m. 117), kısmi temerrüt bakımından genel olarak uygulanabileceği görülür⁴³⁸. Borçlu temerrüdü neticesinde söz konusu olan aynen ifa talebi kısmi temerrütte ayrı bir özellik taşımaz. Öte yandan, aynen ifa talebinin yanı sıra, gecikme tazminatı talep edilirken kısmi temerrüdün özelliklerinin nazara alınması gerekir⁴³⁹. Borçlu temerrüdünün diğer sonucu olan beklenmedik hâlden sorumluluk (TBK m. 119) ile para borçlarında talep edilen temerrüt faizi (TBK m. 120-121) ve aşkın zarar (TBK m. 122) bakımından, kısmi temerrüt rejiminin büyük oranda farklılık arz etmediği söylenebilir⁴⁴⁰.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 125 hükmü, borcun yalnızca ifa edilmemiş olan bölümü bakımından uygulanır⁴⁴¹. Böylece, alacaklı, bakiye kısmın aynen ifasından vazgeçerek, ifa edilmemiş kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne başvurmak isteyen alacaklı, ek süre (*mehil /önel*) koşuluna ve ek sürenin istisnalarına riayet etmekle yükümlüdür (TBK m. 123-124)⁴⁴².

(Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a; Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325): “(...) Borçlar Kanunu’nda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi 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 kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut “kanun içi” boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “doğruluk kuralından” yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür (...)”.

⁴³⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; Schenker, Schuldnerverzug, N 765-766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1741; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 971.

⁴³⁹ Bkz. aşağıda, B.3/I/C, “Gecikme Tazminatı” isimli başlık.

⁴⁴⁰ Bkz. aşağıda, B.3/I/D, “Beklenmedik Hâlden Sorumluluk” ile aşağıda, B.3/II, “Kısmi Temerrüdün Para Borçları Açısından Sonuçları” isimli başlıklar.

⁴⁴¹ Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

⁴⁴² Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/III/A/2, “Ek Süre (Mehil) Tayini” isimli başlık.

İKİNCİ BÖLÜM

KISMİ TEMERRÜDÜN ŞARTLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Kısmen temerrüde düşen borçlunun sorumluluğuna başvurmak isteyen alacaklı, genel borçlu temerrüdünün şartlarına uygun hareket etmelidir. Borçlu temerrüdünün genel şartları, kısmi temerrüt bakımından büyük ölçüde aynen uygulama imkânı bulur⁴⁴³. Öte yandan, borçlu temerrüdünün şartlarının borcun ifa edilmemiş kısmında veya borçlunun temerrüde düşürülmek istendiği bölüm özelinde gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, somut olay bakımından kısmi temerrüdün gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, borçlunun ifadan imtina ettiği kısım bakımından borçlu temerrüdünün genel şartları incelenmelidir.

İfası mümkün ve muaccel bir borcu, zamanında ifa etmeyen borçlu, borcun ifasında gecikmiş durumdadır. Öte yandan, borcun ifasındaki her gecikme, borçlu temerrüdü olarak nitelendirilemez. Borçlu temerrüdü, **ifada nitelikli bir gecikme hâli** (*retard qualifié*) olarak tanımlanabilir⁴⁴⁴. Bu nedenle, her gecikme, borçlu temerrüdüne neden olmaz. Borçlu temerrüdünün koşullarını düzenleyen TBK m. 117 f. I (İsvBK m. 102 f. I) hükmünde “*muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*” denilerek, borçlu temerrüdünün kanuni şartları kısaca ifade edilmiştir. Böylece, kanun koyucu, TBK m. 117 hükmünde “*borcun muaccel olması*” şartıyla “*alacaklının temerrüt ihtarında bulunması*” şartını açıkça zikretmiştir. Muacceliyet ve ihtar koşullarının yanı sıra, borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için, “*ifanın mümkün olması*” ve “*borcun ifa edilmemesinin haklı bir sebebe dayanmaması*” gerekir. Borcun ifa edilmemesinin haklı bir sebebe dayanmadığını söylemek için, alacaklının ifayı kabule hazır olması ve borçlunun ifadan kaçınma hakkının bulunmaması şarttır. Böylece, **borçlu temerrüdü**, “*borçlunun ifası mümkün ve*

⁴⁴³ Glatthard, s. 56; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 971; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1741.

⁴⁴⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1498.

muaccel olan bir borcu ifa etmemesi ve ifadan kaçınma hakkı bulunmaması durumunda, ifayı kabule hazır olan alacaklının -kural olarak- ihtarıyla birlikte meydana gelen borca aykırılık hâli” olarak tanımlanabilir⁴⁴⁵.

Yukarıdaki tanımdan anlaşıldığı üzere, borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için, borçlunun borcunu zamanında ifa etmeme hususunda, kasten veya ihmal suretiyle hareket etmiş olması koşulu aranmaz. Başka bir ifadeyle, borçlunun temerrüde düşmesi için **kusur** önem taşımaz⁴⁴⁶. Öte yandan, borçlu temerrüdünün tamamen bir kusursuz sorumluluk rejimi kurduğu söylenemez. Zira, bütün tazminat talepleri gibi, borçludan aynen ifanın yanında gecikme tazminatı istenebilmesi (TBK m. 118; İsvBK m. 102), karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazminin talep edilmesi (TBK m.125 f. II; İsvBK m. 107 f. II) veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının ardından olumsuz zararın giderilmesinin istenmesi (TBK m. 125 f. III; İsvBK m. 109 f. II) borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır⁴⁴⁷. Keza, para borçlarında temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın (*munzam*) zararların tazmin edilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir (TBK m. 122; İsvBK m. 106). Buna karşılık, para borçlarında borçludan temerrüt faizi talep edilmesi (TBK m. 120; İsvBK m. 104) veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılması (TBK m. 125 f. III; İsvBK m. 109) için borçlunun kusurlu olması gerekmez.

⁴⁴⁵ “*Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa bu surette gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir.*” Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 911. Genel olarak bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 33 vd.; **Tercier/Pichonnaz**, N 1374 vd.; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.01 vd.; **Bucher**, AT, s. 355 vd.; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2656 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 3 vd.; **von Büren**, AT, s. 365 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 265 vd.; **Koller**, AT, N 55.08 vd.; **Wiegand**, recht 1983, s. 119; **Huguenin**, OR, N 910 vd.; **Schmid**, s. 3 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1374 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1498 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186.

⁴⁴⁶ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 5, 28; **BK-Becker**, Art. 102 OR N 27; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 15; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 158; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 10; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 141; **Tercier/Pichonnaz**, N 1384; **Bucher**, AT, s. 359; **Kramer/Probst**, N 491; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.04; **Koller**, AT, N 55.17; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2661; **Keller/Schöbi**, s. 268; **Huguenin**, OR, N 913; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 248; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 919; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1533; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1384.

Borçlu temerrüdünde kusurun rolü müşterek hukuk döneminden itibaren tartışmalıdır. İsviçre-Türk Hukuku’nun aksine, Alman Hukuku’nda BGB § 286 Abs. 4 uyarınca, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şarttır. Nitekim, BGB § 286 Abs. 4 uyarınca borçlu, sorumlu olmadığı durumlar nedeniyle ifa gerçekleşmediği sürece temerrüde düşmez. Başka bir deyişle, Alman Hukuku’nda “*Kein Verzug ohne Verschulden*” yani “*Kusur olmadan temerrüt olmaz*” ilkesi kabul edilmiştir. Bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 286 N 129 vd.; **Erman-Hager**, BGB § 286 N 56 vd.; **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 137; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 159; **Emmerich**, § 16 N 61 vd. İtalyan Hukuku’nda da borçlu temerrüdü için kusur aranırken, Fransız ve Avusturya Hukuk sistemleri İsviçre-Türk Hukuku’yla benzerdir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 159.

⁴⁴⁷ **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 10; **Kramer/Probst**, N 491; **Tercier/Pichonnaz**, N 1384; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1533; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1384.

B. İfası Mümkün Olan ve Muaccel Bir Borcun İfa Edilmemiş Olması

1. Borcun İfasının Mümkün Olması

Ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda, borçlunun temerrüde düşmesi için, **ifanın mümkün olması şartı**, açıkça düzenlenmemişse de; borçlu temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, ifası istenen borcun ifasının mümkün olması, başka bir deyişle, sonradan meydana gelen ifa imkânsızlığının bulunmaması şarttır⁴⁴⁸. Şayet, borç, henüz vadesi gelmeden yani muaccel olmadan imkânsız hâle gelmişse, borcun ifa edilmemesi borçlu temerrüdü olarak nitelendirilmez. Bu durumda, borçlu temerrüdü yerine, doğrudan imkânsızlık hükümlerine başvurulur. Aynı şekilde, borcun vadesinde ifa edilmemesi imkânsızlık sonucunu doğurmuşsa, imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur⁴⁴⁹. Borç muaccel hâle geldikten sonra imkânsızlaşır, ancak temerrüt ihtarında bulunulmadığı için borçlu temerrüde düşmezse, bu durumda da tamamıyla imkânsızlık hükümleri tatbik edilir.

Borçlu temerrüde düştükten sonra imkânsızlık meydana gelirse, borç imkânsız hâle gelene değin borçlu temerrüdü hükümleri, imkânsızlıktan sonra ise imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur⁴⁵⁰. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen ifa imkânsızlığından borçlu sorumlu tutulabiliyorsa, TBK m. 112 uyarınca, alacaklı, borcun imkânsız olması sebebiyle maruz kaldığı olumlu zararın tazminini isteyebilir⁴⁵¹

⁴⁴⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 40; CHK-Furrer/Wey, Art. 102 OR N 1; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; BK-Becker, Art. 102 OR N 1; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2658; Staudinger-Feldmann, Vor. BGB § 286-292 N 16; Bucher, AT, s. 339, 356; von Büren, AT, s. 365; Kramer/Probst, N 491; Schwenger/Fountoulakis, N 65.02; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2658; Tercier/Pichonnaz, N 1382; Müller, s. 58; Locher, s. 39; Schenker, recht 1989, s. 50; Spahr, RVJ 1990, s. 354; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1526; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 469; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 912; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1382; İsvFM, 9.3.2006, 1P.802/2005: "(...) İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün sonuçlarına ilişkin düzenleme, yalnızca borçlunun ediminin sonraki ifasının hâlâ mümkün olması hâlinde anlamlıdır ve geçerlidir. Kavramsal olarak, temerrüt ancak ve ancak borçlanılan edim mümkün olduğu sürece var olabilir (...) İfa daha sonra, yani satış sözleşmesinin akdedilmesinden sonra imkânsız hâle gelmişse, ne İsvBK m. 107 f. I'de öngörülen aynen ifa için ek süre ne de İsvBK m. 107 f. II'de öngörülen alacaklının seçim hakkı hüküm doğuramayacağından, İsvBK m. 107 uygulanmaz (...)". Ayrıca bkz. yukarıda, B.1/I/B/2, "Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı" isimli başlık.

⁴⁴⁹ Mutlak kesin vade ("absolutes Fixgeschäft") söz konusu olduğunda, kararlaştırılan ifa zamanı işlem açısından o kadar merkezi bir konumda yer almaktadır ki, vadenin geçmesiyle birlikte borç, objektif olarak imkânsız hâle gelir. Bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 14; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 6, Art. 97 OR N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 34-35c; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 19-20; MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 42; Emmerich, § 4 N 5; Medicus/Lorenz, § 37 N 13; Zimmermann, Fixgeschäft, s. 102 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 528; Honsell, BT, s. 71; Schwenger/Fountoulakis, N 7.18, 66.21; Müller-Chen, s. 120 vd.; Huguenin, OR, N 710.

⁴⁵⁰ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 3a; Müller, s. 58; Spahr, RVJ 1990, s. 354; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1529.

⁴⁵¹ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 59; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 46-47; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 67; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2530; Gauch/Schluep/Tercier, N 1813-1814;

veya TBK m. 125 f. III hükmüne kıyasen sözleşmeden dönerek olumsuz zararının giderilmesini talep edebilir⁴⁵². Buna karşılık, borçlu, sonradan meydana gelen ifa imkânsızlığından sorumlu tutulamıyorsa, yani borçlu kusursuz olduğunu ispat etmişse, TBK m. 137 f. I uyarınca borcun imkânsızlaşan kısmı sona erer. Şayet, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, borçlu, TBK m. 137 f. II uyarınca, karşı edimi talep hakkını o oranda kaybeder; eğer daha önce karşı edim ifa edilmişse, iade etme borcu altına girer. Fakat, TBK m. 119 f. I (İsvBK m. 103 f. I) uyarınca beklenmedik hâlden sorumlu olan borçlu, her ne kadar kusuru bulunmasa da, temerrüt sırasında gerçekleşen imkânsızlıktan da sorumlu olur⁴⁵³. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, TBK m. 119 f. II uyarınca, kurtuluş kanıtı getirmeli; bu kapsamda, temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir. Aksi hâlde, TBK m. 136 ve 137 uyarınca imkânsızlıktan sorumlu tutulamayacak olan borçlu, sırf temerrüde düştüğü sırada imkânsızlık gerçekleştiği için, TBK m. 119 f. I uyarınca, borçlunun sorumlu oluşu ifa imkânsızlığı rejimine (TBK m. 112) tabi olur.

Kısmi temerrüdün meydana gelebilmesi için, borçlunun temerrüde düştüğü kısmın ifasının mümkün olması gerekir. Başka bir deyişle, borçlu, ifasında geciktiği edim kısmını objektif olarak ifa edebilecek durumda olmalıdır⁴⁵⁴. Buna karşılık, ifa imkânsızlığının edimin yalnızca bir bölümünü etkilemesi, edimin kalan kısmı bakımından kısmi temerrüt rejiminin uygulanmayacağı anlamına gelmez. İfa imkânsızlığının edimin yalnızca bir kısmını etkilemesi durumunda, imkânsızlığın tesir ettiği kısım açısından kısmi ifa imkânsızlığı, ifası mümkün olan bakiye kısım

Schwenzer/Fountoulakis, N 64.20; Stöckli, Synallagma, N 606.

⁴⁵² BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 459-473; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 58; ZK-Oser/Schönenberger, Vor. Art. 97-109 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR N 138; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 30; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2587; Huguenin, OR, N 904; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.27; Gauch/Schlupe/Tercier, N 1814; Koller, AT, N 29.09, 58.09; Keller/Schöbi, s. 248; Cuendet, s. 54; Bucher, AT, s. 424; Glatthard, s. 61 vd.; Ehrat, N 236; Glättli, Schadenersatz, s. 89; Decurtins, s. 12, 54; Neuenschwander, s. 96; Tandoğan, Nullité s. 288-289; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 873-874; Serozan, Dönme, s. 265 vd.; Erdem, CVİM, N 973, dn. 658; Develioğlu, İmkânsızlık, s. 169. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında, bilinçli susma sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının reddedildiği yönündeki aksi görüş için bkz. von Tuhr/Escher, § 68, s. 105, dn. 79; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1485; Oğuzman, Inexécution, s. 92; Hatemi/Gökyayla, § 26 N 51.

⁴⁵³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 51; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 3a, 10; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2679; Engel, Obligations, s. 690; Keller/Schöbi, s. 269; Bucher, AT, s. 361; Schenker, Schuldnerverzug, N 302; Voser, s. 59, 62; Koller, AT, N 54.83. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/I/C, “Beklenmedik Hâlden Sorumluluk” isimli başlık.

⁴⁵⁴ İmkânsızlığın “objektif” olması gerektiği görüşünde bkz. ZK-Schönle, Art. 184 OR N 169 vd.; ZK-Aeppli, Art. 119 OR N 49 vd.; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 12; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 5; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2575 vd., 2658; Tercier/Pichonnaz, N 1592; von Büren, AT, s. 365, 390 vd.; Gauch, Werkvertrag, N 719; Schenker, Schuldnerverzug, N 17 vd.; Stöckli, Synallagma, N 576; Ziegler, s. 24, 65 vd.; Eren, Borçlar Genel, N 4121; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1592.

açısından ise, -kısmi- borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır⁴⁵⁵. Aynı şekilde, temerrüt süresi boyunca, TBK m. 119 f. I uyarınca, beklenmedik hâl sebebiyle borcun tamamının imkânsız hâle gelmesinden sorumlu olan borçlu, borcun tamamen değil kısmen imkânsız hâle gelmesinden de sorumludur⁴⁵⁶. İfa imkânsızlığı borcun ifasını engellediği ölçüde borçlu temerrüdüne son vereceği için, edimin bir kısmının imkânsız hâle gelmesi durumunda, belli bir edim özelinde kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüdün birlikte var olduğu bir ifa engeli sorunsalı meydana gelir.

Kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüt rejimi, farklı edim bölümleri bakımından meydana geldiği için, bu durumda, alacaklı, her bir rejim bakımından kendisine tanınan hukuki imkânlarla her bir kısım açısından ayrı ayrı ve serbestçe başvurabilir. Kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüt hâlinin birlikte var olması rejimi, kısmi temerrüdün sonuçları başlığı altında, beklenmeyen hâlden sorumluluk (TBK m. 119) bahsinde incelendiği için, alacaklının başvuracağı hukuki imkânlar konusunda ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁵⁷.

2. Borcun Muaccel Olmasına Rağmen İfa Edilmemesi

Borcun ifasında bir gecikmeden bahsedebilmek için, **ifa zamanının gelmiş olması** zorunludur. Nitekim, kanun koyucu, TBK m. 117 f. I hükmünde, borçlunun temerrüde düşmesi için, ilk olarak alacağın ifa zamanının gelmesini, yani muaccel olmasını aramıştır⁴⁵⁸. Muacceliyet, alacaklının borcun ifasını talep ve dava etme yetkisine sahip olduğu zaman dilimini ifade eder⁴⁵⁹. Bu açıdan, **muacceliyet**

⁴⁵⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103, Art. 102 OR N 42. Bkz. yukarıda, B.1/I/B/2, “Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı” isimli başlık.

⁴⁵⁶ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 53; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 302, 309.

⁴⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/I/D/4, “Kısmi Temerrüt Hâlinde Özel Durum: Kısmi Temerrüt ile Kısmi İfa İmkânsızlığının Bir Arada Bulunması” isimli başlık.

⁴⁵⁸ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 53; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 4; Kramer/Probst, N 491; Tercier/Pichonnaz, N 1375; Müller, s. 58; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2659; Bucher, AT, s. 355; Locher, s. 39; Spahr, RVJ 1990, s. 354; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1375; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1504; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185): “(...) borçlu temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel olması gerekmektedir. Henüz muaccel olmamış borç hakkında temerrütten söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira henüz vadesi gelmemiş borç ifa alacaklısı tarafından talep ve dava edilemeyecektir. Başka bir deyişle muaccel olmayan borç için ifa yükümlülüğü doğmayacaktır. Borcun muaccel olması, alacaklının önceden bazı hazırlık çalışmaları yapmasını gerektiriyor ise alacaklı bu filleri yerine getirmediği sürece borç muaccel olmayacaktır (...).”

⁴⁵⁹ BK-Becker, Art. 75 OR N 1; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 53; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 4; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2156; Tercier/Pichonnaz, N 1139; Engel, Obligations, s. 684; Wiegand, recht 1983, s. 119; Schenker, recht 1989, s. 47-48; Müller, s. 58; Locher, s. 40; Gelzer, N 192; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1504; İsvFM, ATF 129 III 535; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99: “(...) Borçlu temerrüdü, alacağın muaccel olmasını gerektirir: yani, alacaklının ifayı talep etme hakkının bulunması zorunludur (...).”; İsvFM, 1.10.2010,

(*exigibilité / Fälligkeit*) kavramı, alacaklı açısından, alacaklının ifayı talep edebileceği dar anlamda ifa zamanı kavramına karşılık gelir. Buna karşılık, muacceliyet kavramı, borçlu açısından, borçlunun borcunu erken de olsa ifa edebileceği ve vadeye bağlı borçlarda daha önce gerçekleşen geniş anlamda ifa zamanını, yani **borcun ifa edilebilir olma zamanı** (*exécutabilité / Erfüllbarkeit*) kavramını dışlar⁴⁶⁰.

Borçlunun, genel olarak borçlu temerrüdüne düşmesi için, borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemiş olması gerekir⁴⁶¹. Kısmi temerrütte ise, borçlunun, borcun bir kısmını ifa etmiş olmasına karşılık, kalan kısmını ifa etmemiş olması şarttır⁴⁶². Yukarıda ele alındığı üzere, kısmi ifa, borçlunun kısmi temerrüdü bakımından bir özel şart teşkil eder⁴⁶³. Borcun kısmen ifa edilmiş olması durumunda, alacaklı, borçluyu, ancak borcun kalan kısmı için temerrüde düşürebilir. Başka bir deyişle, kısmi ifa hâlinde, alacaklının, borçluyu, borcun tamamı için temerrüde düşürmesi mümkün olmaz.

Borcun bir kısmının muaccel hâle gelmesine rağmen, bir kısmının muaccel olmaması durumunda, örneğin borcun kısım kısım muacceliyet kazanması hâlinde alacaklı, borçluyu temerrüde düşürmek için, edimin tamamının muaccel hâle gelmesini bekleyebilir. Buna karşılık, alacaklı mevcut hâliyle borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak isterse, borçluyu yalnızca borcun muaccel hâle gelmiş olan kısmı bakımından kısmi temerrüde düşürebilir⁴⁶⁴. Bu durumda, geniş anlamda veya gerçek olmayan kısmi temerrüt durumu meydana gelir⁴⁶⁵. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, şayet her taksitin ayrı bir vadesi mevcutsa, alacaklı, kural olarak borçlu temerrüdünün sonuçlarına (TBK m. 125) yalnızca vadesi gelen taksitler bakımından

4A_325/2010.

⁴⁶⁰ Bu yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 102 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 53; BSK-Schroeter, Art. 75 OR N 8, 20; BSK-Widmer Luchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 4; BK-Weber, Art. 75 OR N 40; Tercier/Pichonnaz, N 1138-1139; Schenker, recht 1989, s. 47; Bucher, AT, s. 306, 355, dn. 101; Spahr, RVJ 1990, s. 354; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1138-1139.

⁴⁶¹ Schwenzer/Fountoulakis, N 65.05; Tercier/Pichonnaz, N 1382; Schenker, recht 1989, s. 51; Müller, s. 58; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1382.

⁴⁶² CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2813; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506.

⁴⁶³ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506.

⁴⁶⁴ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 216; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42a; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Schenker, Schuldnerverzug, N 778; Bucher, AT, s. 382 vd.; Lemp, s. 62 vd.; Keller/Schöbi, s. 279; Keller/Siehr, s. 148; Sauter, s. 92; Vionnet, Vente, N 334; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 4; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; de Raemy, s. 98; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793 (Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 22); ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁴⁶⁵ Bkz. yukarıda, B.1/I/A/2/c, “Geniş Anlamda (Gerçek Olmayan) Kısmi Temerrüt” isimli başlık.

başvurabilir. Kural olarak, henüz vadesi gelmemiş olan taksitler bakımından, alacaklı, borcun kalan kısmının muaccel hâle gelmesini beklemek zorundadır. Alacaklının henüz muaccel olmamış taksitler bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilmesi için, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi mümkün görülmemeli veya sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüş olmalıdır⁴⁶⁶.

C. Alacaklının Temerrüt İhtarında Bulunması (*interpellatio*)

1. Temerrüt İhtarı Kavramı, Hukuki Niteliği ve İhtar Yerine Geçen İşlemler

Borçlunun temerrüde düşmesi için, TBK m. 117 f. I (İsvBK m. 102 f. I) uyarınca, kural olarak, **alacaklının temerrüt ihtarında bulunması** gerekir. TBK m. 117 f. I uyarınca “*muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*”. O hâlde, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için, alacaklının, borçlunun edim yükümlülüğünü ihtarla bulunarak yeniden canlandırması gerekir. Nitekim, ihtar, ifa zamanının belirsiz olduğu veya borçlu tarafından bilinmediği hâllerde doğabilecek olumsuz neticelerden borçlunun korunmasını sağlar⁴⁶⁷.

Temerrüt ihtarı (*interpellatio / interpellation / Mahnung*), alacaklı tarafından borçluya yöneltilen ve borcun ifa edilmesi talebini içeren, varması gerekli bir irade beyanıdır⁴⁶⁸. Temerrüt ihtarı, hüküm ifade ettiği anda, borçluyu temerrüde düşürür.

⁴⁶⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 47; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177, BGB § 323 N B 154; von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 6; Schenker, Schuldnerverzug, N 782; Bucher, AT, s. 383; de Raemy, s. 95-96; Lemp, s. 63; Keller/Schöbi, s. 279; Keller/Siehr, s. 148; Schwenger/Fountoulakis, N 66.37; Sauter, s. 92; Monod, s. 88 vd.; Dénéréaz Luisier, s. 191 vd.; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/II/D/1, “Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması” ve aşağıda, B.4/IV/A, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlıklar. Aynı şekilde, sözleşmenin müspet ihlali şeklinde nitelendirilen öncelenmiş borca aykırılık (*erken borçlu temerrüdü*) çerçevesinde, borcun gelecekte ifa edilmeyeceği anlaşıyorsa veya sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüşse, alacaklı vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir veya borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bkz. İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; ATF 52 II 142 = JdT 1926 I 339. Detaylı bilgi için bkz.; Gianella, N 427 vd.

⁴⁶⁷ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; İsvFM, ATF 97 II 58: “(...) L'exigence de l'interpellation a pour but d'épargner au débiteur un traitement trop rigoureux, lorsqu'il ignore l'époque de l'exécution ou que cette époque est indéterminée (...)”; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185): “(...) İhtar, alacak hakkının sağladığı ifayı talep yetkisinin olağan kullanma yöntemidir. Alacaklı ihtarla, borcun yerine getirilmesini istediğini borçluya bildirerek onu itaya davet eder. İhtar, ifa zamanının belirsiz olduğu veya borçlu tarafından bilinmediği hâllerde doğabilecek olumsuz neticelerden borçlunun korunmasını sağlar. Borçlu, ihtar anından itibaren ifada gecikmenin borca aykırılık teşkil edeceğini ve ciddi sonuçlar doğurabileceğini anlamış olur. Burada borçlunun korunmasının sebebi alacaklıya karşı zayıf konumda olması değil, hukuki durumun açıklık kazanmasını bilmeye hakkı olmasıdır (...)”.

⁴⁶⁸ von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 64 vd.; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 7; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand,

Borcun ifası talebini içeren beyanın borçlu temerrüdü sonucunu doğurması için, alacaklının borçluyu temerrüde düşürmeyi amaçlaması gerekmediği gibi, beyanın içeriğinde borç ifa edilmezse borçlunun temerrüde düşeceğinin ihtar edilmesi de gerekmez⁴⁶⁹. Zira, temerrüt ihtar, bir hukuki işlem değil, **hukuki işlem benzeri fiildir**⁴⁷⁰. Hukuki işlem benzeri fiile, hukuki işleme uygulanacak olan kurallar kıyasen tatbik edilse de⁴⁷¹, bir hukuki işlem benzeri fiilin hüküm doğurması için, irade beyanının belirli bir hukuki sonuca yönelmiş olması aranmaz. Böylece, alacaklı, borçluyu temerrüde düşürmeyi arzu etmese bile, alacağını elde etme yönünde bir irade beyanında bulununca, borçlu temerrüde düşmüş olur⁴⁷².

Alacaklı, açık veya örtülü bir biçimde ya da iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla temerrüt ihtarında bulunabilir⁴⁷³. Bir irade beyanının temerrüt ihtar olarak nitelendirilebilmesi için, borcun kesin ve açık bir biçimde ifa edilmesi talebini içermesi gerekir⁴⁷⁴. Alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi talebini içeren bir

Art. 102 OR N 5 vd.; **Emmerich**, § 16 N 23; **Bucher**, AT, s. 356; **Kramer/Probst**, N 491; **Tercier/Pichonnaz**, N 1378; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.08; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 86; **Schenker**, recht 1989, s. 51; **Müller**, s. 59; **Spahr**, RVJ 1990, s. 355; **Gelzer**, N 195; **Rüetschi**, SJZ 2003, s. 342; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1508; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1378; **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131; ATF 129 III 535 = JdT 2003 I 590.

⁴⁶⁹ **von Tuhr/Peter**, § 23, s. 174; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 65; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 17; **Locher**, s. 39; **Spahr**, RVJ 1990, s. 355; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1508; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **İsvFM**, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66: “(...) Borçlu ihtarla birlikte temerrüde düşer ve para borçlarında bu andan itibaren temerrüt faizi ödemek zorundadır. Meydana gelen söz konusu hukuki sonuçlar, alacaklının iradesinden bağımsızdır. Alacaklının bu durumda söz konusu hukuki sonuçların meydana gelmesini istemesi ve hatta beyanında bu sonuçlara yer vermesi gerekli değildir (...)”.

⁴⁷⁰ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 136; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 64; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 17; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 7; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 7; **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 46; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 286 N 63; **Ennecerus/Lehmann**, § 51, s. 218-219; **Keller/Schöbi**, s. 266; **Huguenin**, OR, N 920; **Engel**, Obligations, s. 685; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.08; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2728; **Emmerich**, § 16 N 23; **Koller**, AT, N 3.03, 55.19; **Schmid**, s. 7 vd.; **Voser**, s. 20 vd.; **Wiegand**, recht 1983, s. 120 vd.; **Spahr**, RVJ 1990, s. 355; **Gelzer**, N 196; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 906; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1508; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 914; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1378; **İsvFM**, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66.

⁴⁷¹ **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 7; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 64; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 7; **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 46; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 286 N 63; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 136; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.08; **Emmerich**, § 16 N 23; **Huguenin**, OR, N 920; **Koller**, AT, N 3.03, 55.19; **Keller/Schöbi**, s. 266; **Engel**, Obligations, s. 685; **Schmid**, s. 7 vd.; **Voser**, s. 20 vd.; **Wiegand**, recht 1983, s. 120 vd.; **Gelzer**, N 196; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1508, dn. 411; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 914; **Barlas**, Temerrüt, s. 36.

⁴⁷² **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 64-65; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 17; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 7; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 136; **Guggenheim**, Contrats II, s. 188; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2728; **Locher**, s. 39; **Spahr**, RVJ 1990, s. 355; **Wiegand**, recht 1983, s. 120 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1508; **İsvFM**, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66.

⁴⁷³ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 8; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 5; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 17; **Tercier/Pichonnaz**, N 1378; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.08; **Spahr**, RVJ 1990, s. 356; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1378.

⁴⁷⁴ **BK-Becker**, Art. 102 OR N 8; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 5; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 17; **Tercier/Pichonnaz**, N 1378; **Spahr**, RVJ 1990, s. 356;

ihhtarname göndermesi, bu işlevi açık bir biçimde yerine getirir⁴⁷⁵. Bunun yanında, borcun ifası için bir **eda davası** açılması da ihtar görevini görür⁴⁷⁶. Keza, daha önce borçlu temerrüdü gerçekleşmemişse, alacaklının alacağını elde etmek için **icra takibine** başvurmuş olması ve borçluya ödeme emri tebliğ edilmesi de temerrüt ihtar niteliğindedir⁴⁷⁷. Buna karşılık, borcun ifa talebini içermediği için, alacağa yönelik tespit davası açılması, temerrüt ihtar niteliği taşımaz⁴⁷⁸. Keza, alacağın def'i yoluyla ileri sürülmesi veya alacak bakımından takas beyanında bulunulması ihtar yerine geçmez⁴⁷⁹. Öte yandan, **kısmi dava** açılması, ancak ilgili olduğu alacak nispetinde temerrüt ihtar yerine geçer⁴⁸⁰. Davacı, kısmi davada talep sonucunu karşı tarafın izniyle veya ıslah yoluyla artırır (HMK m. 141 f. II), borçlu daha önce temerrüde düşmemişse, borçlu temerrüdü, kalan kısım için talep sonucunun artırıldığı andan itibaren gerçekleşir⁴⁸¹. Arabuluculuk yoluyla sulh sağlanmışsa, **arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesi** de ihtar yerine geçer⁴⁸².

Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1378; **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131: “(...) *Borçlu temerrüdü, borçlu olunan miktarın muaccel olması ve alacaklının borçluya bildirimde bulunması, yani başka bir anlama gelmeyecek şekilde borcunu ödemesini istemesi durumunda gerçekleşir (...)*”. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 78.

⁴⁷⁵ **Spahr**, RVJ 1990, s. 356.

⁴⁷⁶ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 137; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 22; **Bucher**, AT, s. 357; **Spahr**, RVJ 1990, s. 356; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1510; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **İsvFM**, 25.2.2005, 5C.177/2005. Tüketici hakem heyetine başvuru yapılması ihtar yerine geçer. Bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 186.

⁴⁷⁷ **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 22; **Spahr**, RVJ 1990, s. 356; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, N 427; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 184; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **İsvFM**, 25.2.2005, 5C.177/2005.

⁴⁷⁸ **BK-Becker**, Art. 102 OR N 8; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 9a; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 22; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 137; **Bucher**, AT, s. 357; **Spahr**, RVJ 1990, s. 356; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1510.

⁴⁷⁹ **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 9a; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 136-137.

⁴⁸⁰ **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 946; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1002 vd.; **Tanriver**, s. 721; **Yargıtay 11. HD**, E. 2016/14490, K. 2017/2268, T. 19.4.2017 (Kazancı): “(...) Ayrıca borcun ifası için dava açmanın ihtar niteliğinde sayılacağı, kısmi davada ise ancak dava açılan kısım için ihtarın gerçekleşeceği (...)”.

⁴⁸¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 946; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1014; **Yargıtay 11. HD**, E. 2022/5686, K. 2024/2100, T. 14.3.2024 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/686, K. 2023/2573, T. 5.10.2023 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2016/14490, K. 2017/2268, T. 19.4.2017 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2016/14488, K. 2017/1266, T. 3.3.2017 (Kazancı).

⁴⁸² **Yargıtay 9. HD**, E. 2022/3222, K. 2022/3813, T. 21.3.2022 (Kazancı): “(...) *Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği ihtar da 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. Dairemizin yerleşik kararları bu doğrultudadır (...)*”. Ayrıca bkz. **Kökgör/Dede**, s. 547 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 186, dn. 1682.

2. Temerrüt İhtarının Hukuki Şartları

a. İhtarın İçeriği Bakımından

Temerrüt ihtarının ihtar şeklinde nitelendirilmesi gerekmesi de, beyanın içeriğinden, alacaklının borçludan borcun ifasını talep ettiği açık, kesin ve belirli bir şekilde anlaşılmalıdır⁴⁸³. Hâkim, beyanın açık veya kesin olup olmadığını, somut olayın koşulları çerçevesinde ve güven ilkesi ışığında, irade beyanlarını yorumlayarak tespit eder⁴⁸⁴. Borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklı, aynı zamanda borçlunun yerine getirmesini istediği borcu açık ve kesin bir biçimde tasvir etmelidir⁴⁸⁵. Alacaklıya karşı birden fazla borcu olan borçlu, hangi borcun talep edildiğini, beyandan, tereddüde düşmeden anlayabilmelidir⁴⁸⁶. Borçlunun belirli bir miktar edimi ifa etmekle yükümlü olduğu hâllerde, borcun miktarı belirtilmeli veya beyandan belirlenebilir olmalıdır⁴⁸⁷. Öte yandan, borcun miktarı belirli veya belirlenebilir değilse, borcun miktarının belirtilmesi gerekmez⁴⁸⁸.

⁴⁸³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 66; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; BK-Becker, Art. 102 OR N 8, 11; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 7; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 29; MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 65; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2703, 2705; Bucher, AT, s. 356-357; Engel, Obligations, s. 685; Schenker, Schuldnerverzug, N 86, 126; Wiegand, recht 1983, s. 120; Vetter/Buf, s. 152.

⁴⁸⁴ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 67; ZK-Schraner, Art. 75 OR N 34; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2705; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66.

⁴⁸⁵ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 69; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 34; Huguenin, OR, N 922; Spahr, RVJ 1990, s. 358; İsvFM, ATF 129 III 535 = JdT 2003 I 590: “(...) İhtar, alacaklının borçluya alacağını derhâl talep ettiğini belirten bir irade beyanıdır. Borçlunun kendisinden neyin talep edildiğini anlayabilmesi için, yeterli ve doğru bir şekilde, bildirimde ifa edilecek olan edimin tasvir edilmesi gerekir. Bu bir para borcuysa, kural olarak miktarı belirtilmelidir. Fakat, bazen alacaklı, ihtarın bizzat içeriğinde talebini rakamsal olarak bildirmekten kaçınabilir. Örneğin, alacaklının miktarın daha önce belirtilmiş olduğu ve borçluya önceden gönderilmiş olan bir faturaya atıf yapması böyledir (...)”. Karar için bkz. Kara/Develioğlu, N 65.

⁴⁸⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 12; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; BK-Becker, Art. 102 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 70; Koller, AT, N 55.22; Schenker, Schuldnerverzug, N 138; Spahr, RVJ 1990, s. 351, 358. Borcun hukuki sebebinin değil, kimliğinin belirlenmesi gerekir. Bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 70.

⁴⁸⁷ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 71; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 34. Bu gereklilik, bir faturaya atıfta bulunularak da karşılanabilir. Bkz. CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 71; İsvFM, ATF 143 II 37 = JdT 2018 I 87; ATF 129 III 535 = JdT 2003 I 590; İsvFM, 9.4.2010, 4A_87/2010; Yargıtay 13. HD, E. 2019/659, K. 2019/8401, T. 17.9.2019 (Kazancı).

⁴⁸⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 71; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18a; İsvFM, ATF 143 II 37 = JdT 2018 I 87; ATF 129 III 535 = JdT 2003 I 590: “(...) öğretide savunulan hâkim fikre paralel olarak, Federal Mahkeme, bildirimin yapıldığı sırada, gerçek miktarın taraflarca bilinmiyor olması durumunda veya alacağın varlığı henüz belirsizse, miktar içermeyen bildirimin geçerli olduğunu kabul etmektedir (...)” (Karar için bkz. Kara/Develioğlu, N 65). Tazminat alacakları, zenginleşme alacağı, miras veya mal rejimi tasfiyesinden doğan alacaklar, manevi tazminat alacakları böyledir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 71; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18a; İsvFM, ATF 83 II 427 = JdT 1958 I 232; ATF 116 II 225 = JdT 1991 I 226. Hangi borç için ihtarda bulunulduğu belli ise miktar

Alacaklı, temerrüt ihtarında bulunurken, alacağın tamamı yerine yalnızca bir kısmını talep edebilir⁴⁸⁹. Alacaklının, temerrüt ihtarında, miktar bakımından asıl borçtan daha azını talep etmesi durumunda, yani borçluya bir **kısmi ifa talebi** yöneltmesi hâlinde, borçlu, yalnızca ihtara konu edilen kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşer⁴⁹⁰. Zira, alacaklının kısmi ifa talebi, yalnızca alacağın talep edilen bölümü için hüküm doğurur. Alacaklının borcun yalnızca bir kısmı için temerrüt ihtarında bulunması durumunda, borçlu, yalnızca talep edilen kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşeceği için, kısmi temerrüt meydana gelir. Öte yandan, alacaklının alacağın yalnızca bir kısmını ihtara konu etmesi, alacağın kalan kısmından feragat ettiği anlamına gelmez; meğer ki, alacaklı bir kısmi ibra teklifinde bulunmuş olsun⁴⁹¹. Borcun yalnızca bir kısmı için temerrüt ihtarında bulunulması, karine olarak alacağın kalan kısmı bakımından ibra teklif edildiği şeklinde yorumlanmaz. Alacağın yalnızca bir kısmını talep eden alacaklı, söz konusu talebine uygun şekilde kendisine sunulan kısmi ifayı, TBK m. 84 f. I uyarınca reddedemez⁴⁹². Zira, alacaklının kısmi ifa talebine uygun şekilde, edimin bir kısmının ifa olarak sunulması, kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirir⁴⁹³.

Bazı durumlarda, her ne kadar temerrüt ihtarı, borcun yalnızca bir kısmını konu ediniyor olsa da, ihtar metninin yorumlanması neticesinde, gerçekte, alacaklının edimin tamamının ifa edilmesini arzuladığı anlaşılabilir⁴⁹⁴. Örneğin, işsahibi, yükleniciden, son aşamada gerçekleştirilecek olan peyzaj çalışmalarını tamamlamasını talep ediyorsa, yüklenicinin bütün inşaatın tamamlanmasının istendiğini anlaması gerekir ve temerrüt ihtarı, borcun tamamı için hüküm doğurur. Böyle durumlarda, kısmi ifa talebi, edimin bir kısmı için değil, tamamı bakımından (*“pars pro toto”*)

gösterilmesine gerek olmadığı görüşünde bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 186.

⁴⁸⁹ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 16; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 47-48; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 74; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 30; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 14-15; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 1, 6; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 20; **Soergel-Wolf**, BGB § 266 (aF) N 21; **Grüneberg-Grüneberg**, BGB § 266 N 11; **Deschenaux**, Obligations II, s. 21; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.27; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 141; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 876; **İsvFM**, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 1958. Bkz. aşağıda, **B.2/II/D/2**, “*Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı*” isimli başlık.

⁴⁹⁰ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 137; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 74; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 18; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 11; **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 6; **Huguenin**, OR, N 923; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 141; **Spahr**, RVJ 1990, s. 358-359; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1511.

⁴⁹¹ **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 18; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 74; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151.8, dn. 1408; **Yargıtay 17. HD**, E. 2017/4120, K. 2018/4459, T. 24.4.2018 (Kazancı).

⁴⁹² **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 31; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 16; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 48; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 21; **Guggenheim**, Contrats II, s. 68.

⁴⁹³ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 36.

⁴⁹⁴ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 142.

sonuç ifade eder. Benzer şekilde, borçlu olunandan daha azının talep edilmesi bir hataya dayanıyorsa ve söz konusu hata borçlu tarafından bilinebilir durumdaysa; düşük bir miktar için ihtarda bulunulması, borcun tamamı bakımından hüküm doğurur⁴⁹⁵.

Her ne kadar temerrüt ihtarının edime uygun olması gerekirse de, temerrüt ihtarında asıl borçtan fazlasının talep edilmesi durumunda, ihtarın geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide savunulan hâkim fikre göre, temerrüt ihtarında **asıl borçtan fazlasının talep edilmesi** durumunda (“*plus petitio / Zuvielleistung*”), ihtar borcun gerçek miktarı için hüküm ifade eder⁴⁹⁶. Öte yandan, asıl borçtan fazlasını talep eden alacaklı, beyanında daha azını kabul etmeyeceğini ifade ediyorsa veya alacaklının beyanı bu şekilde yorumlanmaya elverişliyse ya da borçlu kendisinden ne talep edildiğini dürüstlük kuralı uyarınca açıkça anlayamıyorsa alacaklının temerrüt ihtarı herhangi bir sonuç doğurmaz⁴⁹⁷.

b. İhtarın Şekli Bakımından

Borcun kaynaklandığı sözleşme şekle tabi olsa bile, temerrüt ihtarında bulunmak için herhangi bir geçerlilik şekline uymak gerekmez⁴⁹⁸. Alacaklı, açık veya örtülü bir biçimde ya da iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla, sözlü veya yazılı bir biçimde

⁴⁹⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; Huguenin, OR, N 923. Alman Hukuku’nda aksi yönde bkz. Erman-Hager, BGB § 286 N 36; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 286 N 20.

⁴⁹⁶ von Tuhr/Escher, § 72, s. 137; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 50; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 11; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 72; BK-Becker, Art. 102 OR N 12; von Büren, AT, s. 367; Koller, AT, N 55.24; Schenker, Schuldnerverzug, N 139-140; Wiegand, recht 1983, s. 118, 120; Spahr, RVJ 1990, s. 358; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1511; İsvFM, ATF 46 II 85.

⁴⁹⁷ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 73; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 6; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 36; Bucher, AT, s. 357; Schenker, Schuldnerverzug, N 139-140; Wiegand, recht 1983, s. 118, 120; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1511.

⁴⁹⁸ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 82; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 19; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 8; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 42; MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 66; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; Huguenin, OR, N 921; Engel, Obligations, s. 686; Tercier/Pichonnaz, N 1378; Bucher, AT, s. 357; Schwenger/Fountoulakis, N 65.08; Schenker, Schuldnerverzug, N 155; Spahr, RVJ 1990, s. 356; Gelzer, N 196; Voser, s. 23 vd.; Schmid, s. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar, s. 914; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 471; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1512; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1378; Barlas, Temerrüt, s. 38; Nomer, Borçlar Genel, N 186.5; Buz, Dönme, s. 102; Öz, İnşaat, s. 86; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185). Öte yandan, ispat gücü nedeniyle temerrüt ihtarının yazılı şekilde yapılması takdire şayandır. Bkz. Gelzer, N 196.

temerrüt ihtarında bulunabilir⁴⁹⁹. Aynı şekilde, temerrüt ihtarı, bir hukuki işlem olmadığı için, HMK m. 200 f. I uyarınca senetle ispat kuralına tabi değildir⁵⁰⁰.

Kural şekil serbestisi olmakla beraber, kanun koyucu, TTK m. 18 f. III hükmünde, temerrüt ihtarında bulunmak isteyen tacirler bakımından özel bir şekil şartı sevk etmiştir. TTK m. 18 f. III uyarınca, *“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”*.

TTK m. 18 f. III hükmünde öngörülen şekil şartının geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu tartışmalıdır. Her ne kadar kural olarak kanunda öngörülen şekil şartı geçerlilik şekli olarak kabul edilse de (TBK m. 12 f. II), kanımızca, TTK m. 18 f. III hükmünde zikredilen şekil şartı, geçerlilik değil, bir ispat şeklidir⁵⁰¹. Aksi yöndeki görüşe rağmen⁵⁰², hükümde öngörülen hâllerin, ihtarın içeriğini ispata yönelik olması nedeniyle, hükmün amacının ispat şekli getirmek yönünde olduğu söylenebilir. Nitekim, eTTK m. 20 f. III hükmünde yer alan *“ihtarın muteber olması”* ifadesine TTK m. 18 f. III hükmünde yer verilmemesi de bu sonucu doğrular⁵⁰³.

c. İhtarın Yapılabileceği Zaman ve Yer Bakımından

Kanun koyucu, nerede ve ne zaman temerrüt ihtarında bulunulabileceği konusunda açık bir düzenleme öngörmemiştir. Nitekim, öğretide savunulan hâkim görüşe göre⁵⁰⁴, alacaklının, **herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda** temerrüt

⁴⁹⁹ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 8; BSK-Widmer Luchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 17; Tercier/Pichonnaz, N 1378; Schwenger/Fountoulakis, N 65.08; Spahr, RVJ 1990, s. 356; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1378.

⁵⁰⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1513; Nomer, Borçlar Genel, N 186.5. HMK m. 199 uyarınca senetle değil belgeyle ispat edilebileceği yönünde bkz. Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185).

⁵⁰¹ Poroy/Yasaman, s. 193; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1512; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185); Yargıtay 13. HD, E. 2015/17604, K. 2015/29258, T. 8.10.2015 (Kazancı).

⁵⁰² Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 164; Nomer, Borçlar Genel, N 200.

⁵⁰³ Kanun koyucu, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, tacirler arasında yapılan temerrüt ihtarını geçerlilik şekline tabi kılmış ve eTTK m. 20 f. III hükmünde, ihtarın muteber olması için belirlen şekillerden biriyle yapılması gerektiğini ifade etmişti. Bkz. Poroy/Yasaman, s. 192-193; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1512. Söz konusu kural 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile değiştirilmiştir. TTK m. 18 f. III hükmünün bir ispat şekli öngördüğü, kanunun gerekçesinde de vurgulanmaktadır: *“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 (...)”* Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) m. 18.

⁵⁰⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 100, 103; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 19; Erman-

ihtarında bulunması mümkündür. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, bir barda, bir restoranda veya bir nişan yemeğinde, sabah 6.00’da veya gece 2.30’da yapılan temerrüt ihtarı geçerlidir ve alacaklının yeniden ihtarda bulunması gerekmez. Keza, ihtarın ifa yerinde yapılması zorunluluğu yoktur⁵⁰⁵. Öte yandan, hâkim fikre göre, uygun olmayan yer ve zamanda yapılan temerrüt ihtarı, dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) ve ticari teamüller uyarınca, ihtarın yapılabileceği ilk uygun zamanda hüküm ve sonuç doğurur. Uygun zaman, genellikle sonraki ilk iş gününün çalışma saatine tekabül eder.

TBK m. 117 f. I (İsvBK m. 102 f. I) hükmünde, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği öngörüldüğü için, borç henüz muaccel olmadan temerrüt ihtarında bulunulmasının mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide *von Tuhr* ve Alman Hukuku’nda BGB § 286 Abs. I hükmünün etkisiyle savunulan bir görüşe göre⁵⁰⁶, temerrüt ihtarı, borcun ifa edilmesi talebini içerdiği için, alacaklının, henüz borç muaccel olmadan ifa talebinde bulunması mümkün değildir. Bu görüşe göre, henüz borç muaccel hâle gelmeden yapılan ihtar geçersizdir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan hâkim görüşe göre⁵⁰⁷, henüz borç muaccel olmadan yapılan temerrüt ihtarını geçerli saymak gerekir. Zira, TBK m. 117 f. I hükmünün lafzı, alacaklının ihtiyatlı bir biçimde, borçluya da zaman tanıyarak, erken bir ihtarda bulunması ihtimalini dışlamaz. Öte yandan, ihtarda henüz muaccel olmamış alacağın derhâl ifa edilmesi talep ediliyorsa ve alacak muaccel hâle geldiğinde ifanın kabul

Hager, BGB § 286 N 34; **BK-Weber**, Art. 77 OR N 34; **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 138; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1514. Öğretide savunulan aksi görüşe göre ise, dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılan ihtar hukuki sonuç doğurmaz. Borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının somut olayın koşullarına göre yeniden ihtarda bulunması gerekir. Bkz. **Voser**, s. 27; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 473-474. Ticari teamüle ağır bir biçimde aykırıysa ihtarın geçersiz olacağı yönünde bkz. **BK-Becker**, Art. 102 OR N 21.

⁵⁰⁵ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 100; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 10; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 19; **Grüneberg-Grüneberg**, BGB § 286 N 16; **Schmid**, s. 10; **Voser**, s. 27.

⁵⁰⁶ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 136, dn. 10; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 13; **BK-Becker**, Art. 102 OR N 18; **Keller/Schöbi**, s. 266; **von Büren**, AT, s. 367; **Voser**, s. 24; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1507. BGB § 286 Abs. I hükmü uyarınca, borçlu, alacaklı tarafından alacağın muaccel hâle gelmesinden sonra yapılan ihtar üzerine borcunu ifa etmezse, ihtar sonucunda temerrüde düşer. BGB § 286 Abs. I hükmünü nazara alan Alman öğretisindeki yazarların çoğunluğu, muacceliyetten önce ihtarda bulunulamayacağı görüşündedir. Bkz. **Grüneberg-Grüneberg**, BGB § 286 N 16; **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 43; **Emmerich**, § 16 N 20.

⁵⁰⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 106; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 19; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 13; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 8; **Huguenin**, OR, N 920; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2704; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 65.09; **Bucher**, AT, s. 357; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 161; **Gelzer**, N 197-198; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 907; **İsvFM**, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66: “(...) İhtarın mutlaka borcun vadesinde yapılması gerekmez. Şayet borç daha önce muaccel hâle gelmişse, hükümlerini borçluya varmasıyla birlikte doğurur (...)”; **İsvFM**, 7.12.2001, 2A.135/2001.

edilmeyeceği beyan edilmişse veya ifanın kabul edilip edilmeyeceği açık değilse, ihtarı geçerli saymamak gerekir⁵⁰⁸.

d. İhtarın Hüküm Doğurduğu An

Temerrüt ihtarı varması -yöneltilmesi- gerekli bir irade beyanıdır. Bu nedenle temerrüt ihtarı borçlunun hakimiyet alanına varmasıyla birlikte hukuki sonuçlarını doğurur⁵⁰⁹. İhtarın hüküm doğurması için, borçlunun temerrüt ihtarının içeriğini öğrenmesi gerekmez. İhtarın içeriğine fiilen vâkıf olunamama riskine alacaklı değil, borçlu katlanır. O hâlde, öğretide çoğunluk tarafından kabul edildiği üzere, temerrüt ihtarı bakımından da **varma (vusul) ilkesi** uygulanır⁵¹⁰. Varma ilkesi uyarınca, borçlunun hakimiyet alanına ulaşana kadar beyanın kaybolma riski alacaklıda iken, varma anından sonra bu risk borçluya geçer⁵¹¹. Öte yandan, varmada öğrenilebilirlik veya öğrenilmesi beklenebilirlik aramak isabetli olur⁵¹².

Her ne kadar öğretide çoğunluk tarafından varma ilkesinin uygulanacağı kabul edilse de, temerrüt ihtarının etkilerini doğurmaya başlayacağı an, yani borçlu temerrüdünün gerçekleştiği tarih konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Öğretide savunulan hâkim fikre göre⁵¹³, varma ilkesi uyarınca, TBK m. 92 f. I b. 1 (İsvBK m. 77 f. I b. 1) hükmü nazara alınarak, temerrüt ihtarı, alacaklının hakimiyet alanına vardığı gün sayılmaksızın, sonraki ilk gün sonuçlarını doğurur ve alacaklı o gün

⁵⁰⁸ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 106.

⁵⁰⁹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 138; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 19; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 101; Kramer/Probst, N 491; Bucher, AT, s. 358; Spahr, RVJ 1990, s. 359; Weber, Festschrift Bucher, s. 787; Gelzer, N 196; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 474; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1516. Aksi görüşü savunan Oğuzman ve Öz'e göre, varma ilkesinden tamamen vazgeçilmeli; amacı ve işlevi nazara alınarak, temerrüt ihtarı, borçlu tarafından öğrenildiği andan itibaren hüküm ifade etmelidir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1516.

⁵¹⁰ Varma, teorisi (*théorie de la réception / Empfangstheorie / Zugangsprinzip*), İsviçre ve Türk Hukuku'nda genellikle kural olarak kabul edilmektedir. Bkz. Carron/Wessner, N 595; Schwenger/Fountoulakis, N 27.17; Gauch/Schlupe/Schmid, N 196; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 15 N 6; Akçura Karaman, Satış Sözleşmeleri, s. 188 vd. Bu sonuca İsviçre ve Türk kanunlarında yer alan farklı hükümlerin yorumu vasıtasıyla varmak mümkündür. Öte yandan, Alman Hukuku'nda BGB § 130 Abs. I hükmünde açıkça varma teorisi kabul edilmiştir. Bkz. Carron/Wessner, N 595; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 15 N 6. Bu yönde bir genel kuralın her zaman isabetli olmadığı görüşünde bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 250, dn. 107; Oğuzman/Barlas, N 686.

⁵¹¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 102; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 19; BK-Kramer, Art. 1 OR N 82 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N 196a; Schenker, Schuldnerverzug, N 150.

⁵¹² Bu yönde bkz. BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 102. Bizim de katıldığımız "varmada öğrenilebilirlik veya öğrenilmesi beklenebilirlik" arayan görüş için bkz. Larenz, AT, § 27, II b; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 15 N 8.

⁵¹³ von Tuhr/Escher, § 72, s. 138, 146, dn. 23; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 286 N 35; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 19; Schwenger/Fountoulakis, N 65.08; Keller/Schöbi, s. 266; Bucher, AT, s. 358; Spahr, RVJ 1990, s. 359; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 474; İsvFM, 25.2.2005, 5C.177/2005; İsvFM, ATF 98 II 23; KanM (Valais), RVJ 1992, s. 393; KanM (Genève), SJ 1946 442; KanM (Vaud), JdT 1978 II 29.

temerrüde düşer. O hâlde, borçlu temerrüdü, temerrüt ihtarının alacaklının hakimiyet alanına vardığı günden sonraki gün hüküm doğurur (“*dies a quo*”)⁵¹⁴. Şayet borçlu temerrüdü alacaklının borçluya karşı dava açması neticesinde gerçekleşmişse dava dilekçesinin⁵¹⁵ veya ilamsız icra takibi başlatması neticesinde gerçekleşmişse (*takip talebinin değil*) ödeme emrinin, borçluya tebliğ edildiği günü⁵¹⁶ takip eden gün işlemeye başlar.

Buna karşılık, öğretide giderek daha fazla taraftar toplayan bir görüşe göre ise⁵¹⁷, borçlu temerrüdü, temerrüt ihtarının varmasıyla değil, ihtarın varmasını takiben işleyecek olan uygun bir tepki ve harekete geçme süresinden itibaren (*tempus modicum / angemessene Reaktionszeit / un bref délai*) hüküm doğurmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, borçluya tanınan uygun düşünme ve harekete geçme süresi bir hazırlık süresi anlamına gelmez. Borçlu, bir para borcu söz konusu olduğunda, ifadaki kolaylık nazara alınarak, ihtarın ertesi günü -şayet bir iş günüyse- borcunu nakit olarak veya banka havalesi yoluyla ifa etmek zorundadır. Bu durumda borçlu temerrüdü, ihtardan hemen sonraki gün değil, ondan sonraki gün gerçekleşir. Kanaatimizce, TBK m. 117 f. I hükmünde kanun koyucu böyle bir tepki süresi öngörmemiştir. Nitekim, uygun harekete geçme süresinin tespiti, pek çok somut olayda taraflara ve hâkime zorluk yaratır. Söz konusu zorlukların başında temerrüt faizinin hangi günden itibaren işlemeye başlayacağı yatar. Bu nedenle, temerrüt ihtarının alacaklının hakimiyet sahasına varmasıyla birlikte sonuç doğurması en isabetli çözüm tarzıdır.

3. Temerrüt İhtarına Gerek Olmayan Hâller

Kanun koyucu, TBK m. 117 f. I (İsvBK m. 102 f. I) hükmünde ihtar şartına yer verdikten sonra, TBK m. 117 f. II (İsvBK m. 102 f. II) hükmünde ihtarla gerek olmayan hâlleri düzenlemiştir. Aşağıda incelenen ve ihtar gerekmeyen hâller dışında, tarafların

⁵¹⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 146, dn. 23; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 9; Gilliéron, N 646; Gelzer, N 195 vd.; İsvFM, ATF 98 II 23; KanM (Valais), RVJ 1992, s. 393; KanM (Genève), SJ 1946 442; KanM (Vaud), JdT 1978 II 29.

⁵¹⁵ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 9; Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 1056; Nomer, Borçlar Genel, N 190.2; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 354; Tanrıver, s. 661, 721; İsvFM, ATF 98 II 31 = JdT 1972 I 541; KanM (Valais), RVJ 1992, s. 393. Genel olarak davanın açılmasından itibaren işleyeceği yönünde bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 146, dn. 23.

⁵¹⁶ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 9; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, N 427; Nomer, Borçlar Genel, N 190.2; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 184; KanM (Genève), SJ 1946 442; KanM (Vaud), JdT 1978 II 29: “(...) Belirli vadenin olmaması veya borçlunun ihtarla daha önceden temerrüde düşürülmemesi durumunda, temerrüt faizi, ödeme emrinin tebliğ edildiği ertesi günden ödeme gününe kadar işlemeye devam eder (...)”.

⁵¹⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 38; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2727; Tercier/Pichonnaz, N 1380; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1380; Schenker, Schuldnerverzug, N 93, 107, 376. Uygun bir ifa süresi tanınması gerektiğini belirten benzer bir görüş bkz. BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 8.

da anlaşılarak ihtar koşulunu tamamen veya kısmen kaldırmaları mümkündür⁵¹⁸. Temerrüt ihtarı aranmayan hâllerde borçlu, ihtara gerek kalmadan, kanun gereği, kendiliğinden (*ipso iure*) temerrüde düşer.

a. Sözleşmede Belirli Vade Kararlaştırılması

TBK m. 117 f. II hükmünde düzenlenen ve temerrüt ihtarına gerek olmayan ilk hâl, borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşmasıyla birlikte belirlenmesi durumudur. TBK m. 117 f. II uyarınca, sözleşmede borcun ifa zamanının belirli bir takvim günü şeklinde kararlaştırıldığı hâller ile başka bir işleme gerek kalmaksızın, ifa zamanının sözleşmeye bakılarak kesin ve şüpheden uzak bir şekilde hesap edilebildiği durumlarda ihtar aranmaz⁵¹⁹. Başka bir deyişle, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları vadenin bir **belirli vade** (*bestimmter Verfalltag / terme comminatoire*)⁵²⁰ olması gerekir⁵²¹. Önemli olan, tarafların yalnızca sözleşmeye bakarak, bir hesaplama yapacak olsalar dahi, borcun ifa edileceği son günü net ve kesin olarak anlayabilmeleridir⁵²². Sözleşmede belirli vade kararlaştırılmış olması durumunda, ihtara gerek olmaksızın temerrüt hâlinin gerçekleşmesi, “*dies interpellat pro homine* (tarih insan yerine ihtar eder)” kuralının günümüz hukuk sisteminde de hâlen geçerli olduğunu gösterir⁵²³.

⁵¹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 32; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 8; Kramer/Probst, N 491; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 919; Nomer, Borçlar Genel, N 186.6.

⁵¹⁹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 137-138; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 26; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 110; BSK-Widmer Lühlinger/Wiegand, Art. 102 OR N 10; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 21; BK-Becker, Art. 102 OR N 28; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 69 vd.; Erman-Hager, BGB § 286 N 38 vd.; Bucher, AT, s. 358; Engel, Obligations, s. 687-688; Keller/Schöbi, s. 266; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2235, 2712; Kramer/Probst, N 491; Müller, s. 59; Schenker, Schuldnerverzug, N 79 vd.; Schenker, recht 1989, s. 50; Wiegand, recht 1983, s. 121; Spahr, RVJ 1990, s. 360-361; Gelzer, N 207; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 473; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1519; İsvFM, ATF 143 II 37 = JdT 2018 I 84. Belirli vade esasen sözleşmeye dayandığı için bir hukuki işlem olarak nitelendirilir ve senetle ispat edilmesi gerekir. Bkz. Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185).

⁵²⁰ eBK m. 101 f. II’de “borcun ifa edileceği gün mütefikan tayin edilmiş”, TBK m. 117 f. II’de “borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş”, İsvBK m. 102 f. II hükmünün Fransızca metninde “*le jour de l’exécution a été déterminé d’un commun accord (borcun ifa edileceği gün ortak bir anlaşmayla belirlenmiş)*” şeklinde ifade edilmiştir. Her üç ifade şeklini de isabetli bulmak güçtür. Nitekim, İsvBK m. 102 f. II hükmünün Almanca metninde yer alan “*ein bestimmter Verfalltag verabredet (bir belirli vade kararlaştırılmışsa)*” ifadesi, hukuken en isabetli tabir olarak nitelendirilebilir.

⁵²¹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 26; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 110 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1156, 1377; Bucher, AT, s. 358; Kramer/Probst, N 491; Schenker, recht 1989, s. 50; Müller, s. 59; Locher, s. 39; Spahr, RVJ 1990, s. 360-361; Gelzer, N 207; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1519; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1156, 1377; Barlas, Temerrüt, s. 54-55.

⁵²² BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 112; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 26; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 69 vd.; Koller, AT, N 55.28; Keller/Schöbi, s. 266; Spahr, RVJ 1990, s. 360-361; Schenker, recht 1989, s. 50 vd.; Gelzer, N 207; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1519; Öz, İnşaat, s. 152.

⁵²³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 113; von Tuhr/Escher, § 72, s. 138, dn. 31; Emmerich,

Sözleşmede ifanın belirli bir süre içinde yapılacağı kararlaştırılmışsa veya belirli bir tarihe kadar borçlunun ifada bulunabileceği düzenlenmişse, belirlenen süre zarfında borcun ifa edilmemesi neticesinde borçlu temerrüde düşer. TBK m. 117 f. II hükmünün zıt anlamından, herhangi bir vadenin kararlaştırılmadığı; TBK m. 90 uyarınca, doğumu anında muaccel olan borçlar bakımından, ihtarin şart olduğu anlaşılır. TBK m. 117 f. II hükmünün zıt anlamından çıkan diğer bir sonuç ise, vadenin taraflarca değil, bir kanun hükmü tarafından belirlendiği hâllerde⁵²⁴, alacaklının ihtarda bulunması gerektiğidir⁵²⁵. Zira, özel hukuka dair bu tür hâllerde, borçlunun kanunu iyi bilmemesi mümkündür⁵²⁶.

b. Taraflardan Birine Vadeyi Tayin Hakkı Tanınması

TBK m. 117 f. II hükmünde düzenlenen ve temerrüt ihtarına gerek olmayan ikinci hâl, borcun ifa edileceği günün, sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanılarak, usulüne uygun şekilde bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlenmiş olması hâlidir. TBK m. 117 f. II uyarınca vadeyi tayin etme hakkı, **muacceliyet (güncellik) ihbarı** (*Kündigung / dénonciation*) tanınmak suretiyle taraflardan birine veya bir üçüncü kişiye verilmişse, yenilik doğuran bir beyanla belirlenen vade tarihinde borcunu ifa etmeyen borçlu, temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın temerrüde düşer⁵²⁷. Zira, böyle bir hâlde borçlu, herhangi bir temerrüt ihtarı yapılmasa bile, borcunu ne zaman ifa etmesi gerektiği konusunda açık ve kesin bir biçimde bilgi sahibidir.

§ 16 N 33 vd.; Keller/Schöbi, s. 267; Kramer/Probst, N 491; Tercier/Pichonnaz, N 1156, 1377; Spahr, RVJ 1990, s. 360-361; Gelzer, N 207; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1156, 1377; Barlas, Temerrüt, s. 54. Detaylı bilgi için bkz. Emmerich, § 16 N 33 vd.

⁵²⁴ Adi kira sözleşmeleri ile konut ve çatılı işyeri kiralarında (TBK m. 314; İsvBK m. 257c) ve ürün kirasında (TBK m. 362 f. I; İsvBK m. 281 f. I) kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu, hizmet sözleşmesinde işverenin ücret ödeme borcu (TBK m. 406 f. I; İsvBK m. 323 f. I), tüketim ödünçü sözleşmesinde ödünç alanın faiz ödeme borcu (TBK m. 388 f. II; İsvBK m. 314 f. II), kanun uyarınca belirli vadeye tabi kılınmıştır.

⁵²⁵ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 29a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 111; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 10; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2711; Engel, Obligations, s. 688; Schwenger/Fountoulakis, N 65.11; Spahr, RVJ 1990, s. 361; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 475-476; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 15120; Nomer, Borçlar Genel, N 186.1; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185): “(...) Ancak, ifa zamanı veya süresinin kanun ile düzenlendiği hâllerde, borçlunun temerrüde düştüğünün kabulü için alacaklının ihtarda bulunması gerekir (...)”. Aksi görüşte bkz. Kramer/Probst, N 491.

⁵²⁶ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 476. Keza, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (nemo jus ignorare censetur)” kuralı özel hukukta tam anlamıyla geçerli değildir.

⁵²⁷ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 30; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 124 vd.; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 10; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 23 vd.; Müller, s. 60; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2717; Gelzer, N 214; Spahr, RVJ 1990, s. 361; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 476; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1521; Bilgin Yüce, s. 315 vd.; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185). Vadeyi tayin hakkı, bir yenilik doğuran hak ve muacceliyet ihbarı da bir yenilik doğuran işlemdir. Bkz. CR-Thévenoz, art. 102 CO N 30; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 124 vd.; Keller/Schöbi, s. 271; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1012.

Şayet, muacceliyet ihbarında bulunma hakkı, hak sahibine, sözleşme tarafından değil, TBK m. 392 (İsvBK m. 318) açısından olduğu gibi, bir **kanun hükmü** uyarınca tanınmışsa, temerrüt için ihtara gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre⁵²⁸, belirli vade açısından olduğu gibi, bir kanun hükmü tarafından tanınan muacceliyet ihbarı uyarınca vadenin bildirilmesi, borçlunun temerrüde düşmesi sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, bizce de üstün tutulması gereken hâkim görüşe göre⁵²⁹, kanun uyarınca vadeyi belirleme yetkisi olan taraf, geçerli bir şekilde borcun muaccel hâle geleceği zamanı belirledikten sonra, bu tarihin geçmesiyle birlikte, borçlu, ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Zira, kanunda yer alan belirli vadeden farklı olarak, kanunda tanınmış olan muacceliyet ihbarı hâlinde, taraflardan biri, diğer tarafa, ifa zamanını bildirerek, borcun muaccel hâle geleceğini haber verir.

c. İfası İstenen Borcun Haksız Fiilden veya Sebepsiz Zenginleşmeden Doğması

TBK m. 117 f. II hükmünde, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın borçlunun temerrüde düştüğü iki hâle yer verilmiştir. Bunlardan ilkinde göre, **haksız fiilden doğan tazminat borçları** bakımından fail, fiilin işlendiği anda temerrüde düşmüş sayılır⁵³⁰. Böylece,

⁵²⁸ BK-Becker, Art. 102 OR N 34; von Büren, AT, s. 367; Voser, s. 33 vd.; Spahr, RVJ 1990, s. 361; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1522.

⁵²⁹ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 30; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 125, 133; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 10; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 24; von Tuhr/Escher, § 72, s. 139; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2720; Koller, AT, N 55.37; Bucher, AT, s. 359, dn. 116; Schwenger/Fountoulakis, N 65.12; Huguenin, OR, N 926; Keller/Schöbi, s. 217; Schenker, Schuldnerverzug, N 216 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 121, dn. 11; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 476; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 918; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 910; Nomer, Borçlar Genel, N 186.7.

⁵³⁰ Söz konusu hüküm Meclis Adalet Komisyonu tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu metnine eklenmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun uygulandığı dönemde ve hâlen İsviçre Hukuku'nda dürüstlük kuralı yardımıyla aynı neticeye varılmaktadır. Bkz. von Tuhr/Escher, § 72, s. 140-141; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 147; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 11; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 31; Kramer/Probst, N 491; Engel, Obligations, s. 687; Koller, AT, N 5541; Tercier/Pichonnaz, N 1381; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2724; Bucher, AT, s. 695; Gelzer, N 216; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1523; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 918-919; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1381; Barlas, Temerrüt, s. 66; Nomer, Borçlar Genel, N 186.16.

Keza, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde de yargı uygulamasında, haksız fiilin işlenmesiyle birlikte doğan ve muaccel olan tazminat alacağına o andan itibaren, temerrüt ihtar aranmaksızın temerrüt faizi yürütülmüştür. Bkz. Yargıtay 17. HD, E. 2012/6936, K. 2012/12095, T. 5.11.2012 (Kazancı); Yargıtay 4. HD, E. 2011/1706, K. 2012/5122, T. 28.3.2012 (Kazancı); Yargıtay 4. HD, E. 2011/11327, K. 2012/2564, T. 21.2.2012 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2008/3-40, K. 2008/102, T. 6.2.2008 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2003/13-787, K. 2003/774, T. 17.12.2003 (Kazancı): "(...) Belirtilmelidir ki, haksız fiilde ve sebepsiz zenginleşmede temerrüt için ihtarın gerekmediği yolunda açık bir yasa hükmü yoktur. Ne var ki, müşterek hukukun "Gaspeden daima temerrüt halindedir" şeklindeki genel ilkesi, günümüzde de uygulama alanı bulmaktadır. (...)". İsviçre Hukuku'ndaki tazminat faizi uygulaması nedeniyle, "fur semper in mora" ilkesine gerek olmadığı görüşünde bkz. CR-

müşterek hukuk döneminden kalma “*hırsız her zaman mütemerrittir (fur semper in mora)*” şeklindeki geleneksel kural, pozitif hukuk tarafından da kabul edilmiştir⁵³¹. Her ne kadar eBK döneminde, dürüstlük kuralı yardımıyla bu sonuca varılmaktaysa da; yeni düzenlemede, dürüstlük kuralına bağlı kalınmaksızın -*götürü biçimde*- failin kasten hareket etmediği veya tazminat borcundan habersiz olduğu kusursuz sorumluluk hâllerini kapsar şekilde ihtar şartının kaldırılması isabetli değildir⁵³². Bu sebeple, hükmün mümkün olduğunda amacına uygun biçimde dar yorumlanması ve yalnızca kusura dayanan (*dar anlamda*) haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulanması gerekir⁵³³. Öte yandan, bazı durumlarda, zararın, hukuka aykırı fiilden daha sonra doğması veya görünür hâle gelmesi mümkündür⁵³⁴. Böyle hâllerde, borçlunun, en erken zararın belirlenebilir hâle geldiği anda temerrüde düştüğü kabul edilmelidir⁵³⁵.

TBK m. 117 f. II hükmü uyarınca, borçlunun ihtar aranmaksızın temerrüde düştüğü ve eBK ile İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer almayan ikinci hâl, **sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacakları** bakımından borçlunun zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte temerrüde düşmesidir⁵³⁶. TBK m. 117 f. II uyarınca, sebepsiz

Thévenoz, art. 102 CO N 31; Gauch/Schluop/Emmenegger, N 2725.

⁵³¹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 140-141; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 147; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 31; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 11; Tercier/Pichonnaz, N 1381; Engel, Obligations, s. 687; Bucher, AT, s. 695; Koller, AT, N 5541; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1523, dn. 438; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 918-919; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1381; Gelzer, N 216; Barlas, Temerrüt, s. 66.

⁵³² Nomer, Borçlar Genel, N 186.16; Nomer, İhtar, s. 1306-1308.

⁵³³ Bu görüşte bkz. Nomer, Borçlar Genel, N 186.16; Nomer, İhtar, s. 1306-1308.

⁵³⁴ Hukuka aykırı fiilden uzun süre sonra meydana gelen veya yıllar sonara tespit edilebilen zararlar gecikmiş zarar (*dommages tardifs/différés / Spätschaden*) kavramıyla açıklanır. Gecikmiş zarar konusunda bkz. Kara, Zamanaşımı, s. 104 vd.; Kara, Gecikmiş Zararlar, s. 65 vd.

⁵³⁵ Nomer, Borçlar Genel, N 186.16.

⁵³⁶ Söz konusu hüküm Meclis Adalet Komisyonu tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu metnine eklenmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde, Yargıtay’ın farklı yönde kararlarına rastlamak mümkündür. Bazı kararlarında Yargıtay sebepsiz zenginleşmeden borçlar için ihtar şartını uygulamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2010/14277, K. 2012/5371, T. 5.4.2012 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2002/2756, K. 2002/6224, T. 17.6.2002 (Kazancı). Bazı kararlarında ise Yargıtay, temerrüt faizinin sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği andan itibaren işleyeceğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2003/17246 K. 2004/6741 T. 5.5.2004; Yargıtay 13. HD, E. 2002/6022, K. 2002/7457, T. 19.6.2002 (Kazancı). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun sebepsiz zenginleşmeyi haksız fiille aynı şekilde değerlendiren ve gasbendenin daima temerrütte olduğunu belirten yaklaşımının, TBK m. 117 f. II hükmünün kanunlaşmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2008/3-40, K. 2008/102, T. 6.2.2008 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2003/13-787, K. 2003/774, T. 17.12.2003 (Kazancı): “(...) Belirtilmelidir ki, haksız fiilde ve sebepsiz zenginleşmede temerrüt için ihtarın gerekmediği yolunda açık bir yasa hükmü yoktur. Ne var ki, müşterek hukukun “Gaspeden daima temerrüt halindedir” şeklindeki genel ilkesi, günümüzde de uygulama alanı bulmaktadır. Bu ilkeye göre, haksız fiilin faili ve sebepsiz zenginleşen daima temerrüt halinde bulunduğu için, zaten gerçekleşmiş olan temerrüdü sağlamak üzere alacaklının bunlara ayrıca bir iharda bulunması gerekmez (...)”. Kararın isabetli olmadığı yönünde bkz. Nomer, Borçlar Genel, N 186.18; Nomer, İhtar, s. 1310-1312.

zenginleşmeden doğan borçlarda ihtar şartının kalkması için, zenginleşenin **iyiniyetli** olmaması gerekir. Başta iyiniyetli olan sebepsiz zenginleşen sonradan iyiniyetini kaybederse, zenginleşenin bu andan itibaren temerrüde düştüğü kabul edilir⁵³⁷. TBK m. 117 f. II hükmünde, TMK m. 2 f. I uyarınca dürüstlük kuralı yerine, TMK m. 3 uyarınca, bir vakıayı bilme veya bilebilecek olma durumuna dayanan iyiniyete atıf yapılmış olması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁵³⁸.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, haksız fiilden doğan borçlar bakımından ihtar şartını kaldıran TBK m. 117 f. II hükmünün, TBK m. 114 f. II atfıyla, kıyasen **sözleşmeden doğan tazminat borçları** bakımından da uygulanması mümkündür⁵³⁹. Böylece, TBK m. 117 f. II hükmünün, sözleşmeden doğan tazminat alacaklarına kıyasen uygulanması neticesinde, tazminat borcuna, doğumu anında temerrüt faizi yürütmek mümkün olur. Kanımızca böyle bir sonuç, tazminat borcunun aynı zamanda haksız fiile dayandığı hâllerde isabetli görülebilir. Aksi hâlde, haksız fiilden doğan borçlar bakımından ihtar şartını kaldıran kanun koyucunun, aynı düzenlemeyi niçin sözleşmeden doğan borçlar bakımından öngörmediği sorusunu cevaplandırmak mümkün olmaz.

d. Dürüstlük Kuralı Uyarınca İhtar Şartının Aranmaması

TBK m. 117 f. II hükmünde düzenlenmiş olmamakla beraber, TMK m. 2 f. I uyarınca, alacaklının ihtarda bulunmasının **dürüstlük kuralı** uyarınca beklenemeyeceği hâllerde, borçlu, ihtar şartı aranmaksızın temerrüde düşer⁵⁴⁰. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesi hâlinde, dürüstlük kuralı uyarınca ihtara gerek yoktur⁵⁴¹. Keza, borcun ne zaman ifa edileceğinin, alacaklı

⁵³⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1524.

⁵³⁸ Nomer, Borçlar Genel, N 186.17; Nomer, İhtar, s. 1310-1312. Nitekim, sözleşmeden doğan alacaklarda borçlu, borcunu kime ifa edeceğini bildiği hâlde, temerrüde düşmesi bakımından ihtar aranmakta; buna karşılık, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda, iade alacaklısını ve iade kapsamını bilme veya bilebilecek olma hâline göre ayırım yapılmaktadır. Bu durumun haklı olarak sözleşmeden doğan borçlar bakımından çelişkili bir durum yarattığı görüşünde bkz. Nomer, Borçlar Genel, N 186.17; Nomer, İhtar, s. 1310-1312.

⁵³⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1523.

⁵⁴⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 15; Ennecerus/Lehmann, § 51, s. 221; von Tuhr/Escher, § 72, s. 140-141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 918; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 477; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1525; Nomer, Borçlar Genel, N 186.14; İsvFM, ATF 97 II 58; Yargıtay İBK, E. 1994/2, K. 1995/2, T. 24.11.1995 (RG T. 2.01.1996, S. 22511): "(...) ihtar yapılmasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği hallerde de borçlunun ihtara gerek kalmadan temerrüde düşeceği, borcun ifa edileceği tarihi alacaklı değil, borçlu bilebilecek durumda ise, dürüstlük kuralının temerrüt için ihtar gereksiz kalacağı doktrinin de baskın görüşüdür. (...)".

⁵⁴¹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 141; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 31; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 11; Kramer/Probst, N 491; Tercier/Pichonnaz, N 1381; Spahr, RVJ 1990, s. 362; Gelzer, N 215; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1525; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1381; Nomer, Borçlar Genel, N 186.14; İsvFM, ATF 94 II 32; ATF

tarafından değil münhasıran borçlu tarafından bilindiği durumlarda da, borçlunun temerrüde düşmesi için, alacaklının ihtarda bulunması aranmaz⁵⁴². Yine, borçlunun temerrüde düşmek için ihtar şartından vazgeçmesi durumunda⁵⁴³ veya borçlu ihtarda bulunulmasını kasten engelliyorsa⁵⁴⁴ alacaklının ihtarda bulunmasına gerek yoktur.

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesi hâli, BGB § 286 Abs. II/3 hükmünde açıkça ihtara gerek olmayan hâller arasında zikredilmiştir. BGB § 286 Abs. II/3 uyarınca, borçlu, edimini ifa etmeyi ciddi ve kesin bir biçimde reddediyorsa, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar aranmaz⁵⁴⁵. Her ne kadar, İsviçre-Türk Hukuku'nda açıkça borçlunun ifada bulunmayı reddetmesi ihtar şartının aranmayacağı bir hâl olarak düzenlenmemişse de bu sonuca, dürüstlük kuralı uyarınca ve TBK m. 124 f. I b. 1 (İsvBK m. 108 f. I b. 1) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde varılabilir⁵⁴⁶.

e. Özel Bir Kanun Hükmü veya Mahkeme Kararı

TBK m. 117 f. II dışında, **TTK m. 1530** hükmünde, kanun koyucu, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan sözleşmelerden doğan para borçları için, ihtara gerek olmayan bazı temerrüt hâlleri düzenlemiştir⁵⁴⁷. TTK m.

97 II 58; **Yargıtay İBK**, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185): “(...) Bununla birlikte borçlu borç muaccel olmadan önce alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini açık olarak bildirmişse. bu durumda da ihtara gerek yoktur. Borçlu bu beyanla mütemerrit olur. Zira bu beyanla borçlu borcu ita etmeme iradesini önceden kesin olarak açıklamış olduğundan yapılacak ihtarın artık hiçbir yararı bulunmamaktadır (...).”

Borçlunun henüz vade gelmeden borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi, öncelenmiş borca aykırılık (*violation anticipée du contrat / antizipierter Vertragsbruch*) yaratır. Böyle bir durumda, yine ihtara gerek olmadan temerrüt hükümleri uygulanır. Bkz. **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 11; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 148 vd.; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 31; **İsvFM**, ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136. Detaylı bilgi için bkz.; **Gianella**, N 427 vd.

⁵⁴² **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 918; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1525; **Yargıtay İBK**, E. 1994/2, K. 1995/2, T. 24.11.1995 (RG T. 2.01.1996, S. 22511).

⁵⁴³ **BK-Becker**, Art. 102 OR N 36; **Spahr**, RVJ 1990, s. 362.

⁵⁴⁴ **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 31; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 11; **BK-Becker**, Art. 102 OR N 36; **Engel**, Obligations, s. 687; **Tercier/Pichonnaz**, N 1381; **Gelzer**, N 197; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1381; **İsvFM**, ATF 48 II 98 = JdT 1922 I 468. Bu durumda, TBK m. 175 (İsvBK m. 156) hükmü kıyasen uygulanır. Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 31; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 102 OR N 11; **Tercier/Pichonnaz**, N 1381; **BK-Becker**, Art. 102 OR N 36; **Gelzer**, N 197.

⁵⁴⁵ **BGB § 286 Abs. II/3**: “(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (...)”. Detaylı bilgi için bkz. **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 89 vd.; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 286 N 82 vd.

⁵⁴⁶ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 141; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 102 OR N 15; **CR-Thévenoz**, art. 102 CO N 31; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 151; **Tercier/Pichonnaz**, N 1381; **Gelzer**, N 215; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1381; **İsvFM**, ATF 94 II 32; ATF 97 II 58; **İsvFM**, 29.10.2007, 4A_206/2007: “(...) Federal Mahkeme'nin içtihadına göre, İsvBK m. 108 f. I b. 1 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, borçlunun davranışlarıyla açıkça borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi hâlinde, ihtar şartı aranmaz (...)”.

⁵⁴⁷ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1527a-1527f; **Oktay Özdemir**, TTK m. 1530, s. 677 vd.; **Nomer**, Borçlar

1530 f. II uyarınca, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklının kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olması koşuluyla, borçlu, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Böylece, TBK m. 117 f. II hükmünde düzenlenen belirli vade dışında, sözleşmede bir vade tarihine yer verilmişse, TTK m. 1530 f. II uyarınca, vadenin geçmesiyle birlikte temerrüt gerçekleşir⁵⁴⁸. TTK m. 1530 f. IV hükmünde ise, kanun koyucu, bir vade kararlaştırılmamış olması durumunda dahi, otuz günlük sürenin geçmesi ile, ihtara gerek kalmaksızın para borçlusunun temerrüde düşeceğini belirtmiştir⁵⁴⁹.

İfa edilecek **borcun mahkeme kararından doğması** veya **vadenin mahkeme tarafından tayin edilmesi** hâlinde, borçlunun temerrüde düşmesi için, ihtara gerek olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide savunulan baskın görüşe göre, borcun mahkeme kararından doğması veya vadenin mahkeme tarafından tayin edilmesi hâlinde borçluyu temerrüde düşürmek için ayrıca ihtarda bulunmaya gerek yoktur⁵⁵⁰. Böyle hâllerde, mahkeme kararının borçluya tebliğ edilmesi veya kararın tefhimi ihtar yerine geçer. Örneğin, her ayın ilk günü nafaka ödeneceğine hükmedilmesi böyledir. Bu meyanda, İsviçre Federal Mahkemesi, nafaka alacağı bakımından mahkeme tarafından belirlenen vadenin ihtar yerine geçtiğine hükmetmiştir⁵⁵¹. Nitekim, Yargıtay da benzer şekilde 1991 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁵⁵² kira tespit davasının kesinleştiği tarihten itibaren, dürüstlük kuralı yardımıyla borçlunun kira

Genel, N 186.19; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1381a; Yıldız, İHM, s. 359 vd.; Dural, TTK m. 1530, s. 119 vd.; Atamer/Okutan Nilsson, s. 32 vd.; Çağlayan, s. 173 vd.; Yargıtay 3. HD, E. 2016/1007, K. 2017/3634, T. 12.6.2017.

⁵⁴⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1527c. Ancak konu tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Yıldız, İHM, s. 70 vd.; Dural, TTK m. 1530, s. 119 vd.; Atamer/Okutan Nilsson, s. 32 vd.; Çağlayan, s. 173 vd.

⁵⁴⁹ Oktay Özdemir, TTK m. 1530, s. 692 vd.

⁵⁵⁰ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 11; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2726; Gelzer, N 215; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 919; İsvFM, ATF 145 III 345 = JdT 2019 II 243; İsvFM, 3.12.2009, 6B_509/2009; Yargıtay İBK, E. 1994/2, K. 1995/2, T. 24.11.1995 (RG T. 2.01.1996, S. 22511); Yargıtay 12. HD, E. 2021/8933, K. 2022/2107, T. 22.2.2022 (Kazancı); Yargıtay 12. HD, E. 2018/6304, K. 2019/4581, T. 18.3.2019 (Kazancı). Temerrüt ihtarında bulunulması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 20; Barlas, Temerrüt, s. 58.

⁵⁵¹ İsvFM, ATF 145 III 345 = JdT 2019 II 243; İsvFM, 3.12.2009, 6B_509/2009. Aynı yönde bkz. BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 11; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2726.

⁵⁵² Yargıtay İBK, E. 1994/2, K. 1995/2, T. 24.11.1995 (RG T. 2.01.1996, S. 22511): “(...) Tesbit kararı kesinleşmiş olmakla da kira farkı alacağı belirgin ve muaccel hale gelmiştir ve kiracı bu olguları bilmek durumundadır. Kira farkı alacağının kesinleşen mahkeme kararına dayanması ve niteliği itibariyle, ayrıca ihtara gerek kalmaksızın, mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren (talep halinde) kira farkı alacağına faiz yürütülmelidir. Benimsenen bu istisnai hal aynı zamanda Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen ve re'sen gözetilmesi gereken dürüstlük kuralının da bir sonucudur (...)”.

farkı alacağı bakımından ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceğini kabul etmiştir. Ayrıca, söz konusu kararı geniş yorumlayan Yüksek Mahkeme, para borçlarında kural olarak karar tarihinden itibaren temerrüt faizi talep edilebileceğini belirtmektedir⁵⁵³.

D. Borcun İfa Edilmemesinin Haklı Bir Sebebe Dayanmaması

Kanunda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için, borcun ifa edilmemesinin haklı bir sebebe dayanmaması (*retard injustifié*) gerekir⁵⁵⁴. Alacaklının kendisinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, yani alacaklının ifayı kabule hazır olmaması veya borçlunun bir def'i hakkına dayanarak ifadan kaçınma hakkına sahip olması durumunda, borcun ifa edilmemesinin haklı bir sebebe dayandığından bahsedilir.

1. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması

Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ifayı kabule hazır olması gerekir⁵⁵⁵. Alacaklının kendisi temerrütte ise, yani ifayı kabulden veya hazırlık faaliyetlerini yerine getirmekten kaçınıyorsa, sözleşmede belirli vade kararlaştırılmış olsa bile, borçlunun temerrüde düşmesi mümkün değildir⁵⁵⁶. Nitekim, alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için yapılması gereken ifaya hazırlık faaliyetlerini yerine getirmekten kaçınırsa, TBK m.

⁵⁵³ **Yargıtay 12. HD**, E. 2021/8933, K. 2022/2107, T. 22.2.2022 (Kazancı): “(...) Öte yandan, ilamda faiz ve faizin başlangıcı konusunda bir hüküm bulunmaması halinde karar tarihinden itibaren yasal faiz istenebilir. Ancak, hükmün infazı için kesinleşmesi gereken hallerde faizin kararın kesinleşme tarihinden itibaren hesaplanması gerekir. (İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 24.11.1995 tarih 1994/2 Esas-1995/2 Karar sayılı kararı ve HGK'nun 05.04.2000 tarih, 2000/12-739 Esas-2000/746 Karar sayılı ilamında vurgulandığı üzere) (...)”; **Yargıtay 12. HD**, E. 2018/6304, K. 2019/4581, T. 18.3.2019 (Kazancı): “(...) Kural olarak, ilamda faize hükmedilmemişse, kesinleşmeden infazı istenemeyecek ilamlar hariç, karar tarihinden itibaren faiz talep edilebilir (HGK'nun 05.04.2000 tarih, 2000/12-739 E. 2000/746 K. İçtihadı Birleştirme kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1995 tarih, 1994/2 E. - 1995/2 K. sayılı kararı) (...)”; **Yargıtay 12. HD**, E. 2018/3829 K. 2018/8156 T. 17.9.2018 (Kazancı); **Yargıtay 12. HD**, E. 2018/6790, K. 2019/6776, T. 18.4.2019 (Kazancı); **Yargıtay 12. HD**, E. 2018/6150, K. 2019/5015, T. 21.3.2019 (Kazancı).

⁵⁵⁴ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 13-14; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; Tercier/Pichonnaz, N 1383; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2663-2665.

⁵⁵⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 153; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; Vionnet, Vente, N 333, 357; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1531.

⁵⁵⁶ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 153; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 14; KUKO-Thier, Art. 102 OR N 6; Schwenzer/Fountoulakis, N 65.03; Tercier/Pichonnaz, N 1383; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2664; Huguenin, OR, N 983; Vionnet, Vente, N 333, 357; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1531; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1383; Zengin Özküçükparlak, s. 300 vd.; İsvFM, ATF 45 II 250 = JdT 1919 I 459; ATF 59 II 305 = JdT 1934 317; İsvFM, 3.3.2016, 4A_446/2015; 17.1.2006, 4C.277/2005, 27.2.2002, 4C.130/2002. Alacaklının temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmede yer alan belirli vade etkisini kaybeder ve artık borçlu temerrüdü için ihtar gerekir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 155a. Alacaklı temerrüdü konusunda detaylı bilgi için bkz. Zengin Özküçükparlak, s. 17 vd.

106 f. I (İsvBK m. 91 f. I) uyarınca kendisi bakımından **alacaklı temerrüdü** gerçekleşir ve alacaklı ifayı kabule hazır olmadığı için borçlu temerrüdü meydana gelmez. Esasen alacaklının kabul temerrüdüne düşmesi (“*Annahmeverzug*”) hâlinde ifa talebinin askıya alındığından bahsetmek doğru olur.

2. Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkına Sahip Bulunmaması

a. Genel Olarak

Borç muaccel olmasına rağmen, borçlunun bir def’i hakkı uyarınca alacaklının ifa talebine karşı koyabildiği ve **ifadan kaçınma hakkına** sahip olduğu durumlarda, söz konusu def’i hakkının kullanılması borçlu temerrüdüne engel olur⁵⁵⁷. Bu açıdan, ödemezlik def’inin (TBK m. 97) veya ifa güçsüzlüğü def’inin (TBK m. 98) ya da zamanaşımı def’inin (TBK m. 161) ileri sürülmesi, borçluyu temerrüde düşmekten kurtarır⁵⁵⁸. Keza, aynı veya sözleşmesel hapis hakkı da borçluya ifadan kaçınma hakkı verebilir⁵⁵⁹.

Bir def’i hakkının borçlunun temerrüde düşmesine engel olabilmesi için, ilk olarak, borçluya, geçici veya sürekli olarak, borcun ifasından kaçınma hakkı tanınması gerekir. İkinci olarak ise, söz konusu def’i hakkının geçerli bir irade beyanıyla alacaklıya karşı kullanılması şarttır. Zira, salt def’i hakkının varlığı, borçlu temerrüdüne engel olmaz ve re’sen nazara alınmaz⁵⁶⁰. Böylece, geçici bir def’i hakkının kullanılması durumunda (*örneğin ödemezlik def’i veya ifa güçsüzlüğü def’i*)

⁵⁵⁷ von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 13; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 59; BK-Weber, Art. 82 OR N 212 vd.; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; CHK-Furrer/Wey, Art. 102 OR N 46; KUKO-Gross, Art. 82 OR N 10; BK-Becker, Art. 102 OR N 5; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 12 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1383; Koller, AT, N 55.12; Schwenger/Fountoulakis, N 65.07; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2665; Bucher, AT, s. 356; Gauch, Werkvertrag, N 677; Schaller, N 138; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1383; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1505; İsvFM, ATF 68 II 220; İsvFM, 30.8.2010, 4A_27/2010.

⁵⁵⁸ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 59; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; Emmerich, § 16 N 8; Tercier/Pichonnaz, N 1383; Schwenger/Fountoulakis, N 65.07; Bucher, AT, s. 356; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1505; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1383; Nomer, Borçlar Genel, N 186.21.

⁵⁵⁹ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 60; Emmerich, § 16 N 8.

⁵⁶⁰ von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 59a, 156; BK-Weber, Art. 82 OR N 212; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 15; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2665; Bucher, AT, s. 356; Schenker, Schuldnerverzug, N 236 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 122; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1505; Kara, Zamanaşımı, s. 250-251. Borçlu tarafından ileri sürülmesi dahi, def’i hakkının salt objektif varlığının temerrüde engel olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Schwenger/Fountoulakis, N 65.07. Alman Hukuku’nda salt def’i hakkının varlığının temerrüde engel olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 12 vd.; Erman-Hager, BGB § 286 N 20 vd.; Emmerich, § 16 N 5 vd. Engel olacağı yönünde bkz. Erman-Ulber, BGB § 320 N 38.

temerrüt geçici olarak bertaraf edilirken, sürekli bir def'i hakkının kullanılması durumunda (*örneğin zamanaşımı def'i*) temerrüt ebediyen bertaraf edilmiş olur.

İsviçre-Türk Hukuku'nda yeknesak bir def'i sistemi olmadığı için, def'i hakkının alacak hakkını ve borçlu temerrüdünü ne şekilde etkilediği tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre⁵⁶¹, def'i hakkının ileri sürülmesiyle birlikte borç, geçici veya sürekli olarak muaccel olmaktan çıkar. Diğer görüşe göre ise⁵⁶², def'i hakkının ileri sürülmesi, muacceliyeti etkilemez; yalnızca borçluya ifayı reddetme hakkı tanır. Kanımızca, ifayı reddetme hakkını kullanan borçluya karşı, alacaklı, alacağını talep ve dava etme imkânından yoksun kaldığı için, def'i hakkının kullanılmasıyla birlikte, geçici def'ilerde muacceliyetin bir süre askıya alındığını, sürekli def'ilerde ise tamamen ortadan kalktığını açıkça kabul etmek isabetli olur.

Def'i haklarının kullanılması konusunda karşımıza çıkan diğer bir sorun, def'i haklarının hangi andan itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağıdır. Öğretide önceden beri savunulan ve klasik denebilecek görüşe göre, def'i hakkı, kullanıldığı andan itibaren değil, **geçmişe etkili olarak** (*ex tunc*), yani def'i hakkının doğduğu ve şartlarının gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁶³. Böylece, kullanılmış olmak kaydıyla, def'i hakkının doğmasıyla birlikte, borçlu temerrüdünün hukuki sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Buna karşılık, aksi görüşe göre⁵⁶⁴, def'i hakkının kullanılması geçmişe değil, ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sonuç doğurur ve def'i hakkı kullanılana değin meydana gelen hukuki sonuçlar korunur. Kanımızca, TBK m. 143 f. I (İsvBK m. 124 f. I) hükmünden kıyasen yararlanılarak, def'i hakkının kullanımının makale şamil (*retroaktif*) etkisi kabul edilmeli ve def'i hakkının ileri sürüldüğü an önemsizleştirilmelidir. Zira, ifa talebini reddetmek için bir savunma aracı olarak kullanılan def'i hakkının ileri sürülme anı, alacaklının alacağını ne zaman talep ettiğine göre değişir. Alacaklının ifayı talep anına göre def'i hakkını

⁵⁶¹ CR-Thévenoz, art. 102 CO N 15; CHK-Furrer/Wey, Art. 102 OR N 46; KUKO-Gross, Art. 82 OR N 19; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 4; KUKO-Thier, Art. 102 OR N 3; BK-Weber, Art. 82 OR N 212; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; Schwenzer/Fountoulakis, N 65.11. Krş. BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 4.

⁵⁶² ZK-Schraner, Art. 82 OR N 190; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2206; Guhl/Koller, § 32 N 6; Gauch, Werkvertrag, N 2381; Schenker, Schuldnerverzug, N 241 vd.; Schaller, N 133, 138.

⁵⁶³ von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 194; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 16; von Büren, AT, s. 366, dn. 2; Emmerich, § 16 N 11; Bucher, AT, s. 356; Schenker, Schuldnerverzug, N 246; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1114, 1505; Kaniti, s. 153-155; Kara, Zamanaşımı, s. 534. Ayrıca bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 61, dn. 95.

⁵⁶⁴ BK-Weber, Art. 82 OR N 214, Art. 83 OR N 62; CHK-Furrer/Wey, Art. 102 OR N 46; Koller, AT, N 55.13; Schwenzer/Fountoulakis, N 65.07; Schaller, N 139 vd.

geç ileri süren borçlu, erken ileri sürülen borçluya nazaran daha az korunmaya layık değildir.

b. Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i

TBK m. 97 (İsvBK m. 82) uyarınca, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Aksi hâlde borçlu, alacaklının ifa talebine, **ödemezlik def'i** (*exceptio non adimpleti contractus*) yardımıyla karşı koyabilir⁵⁶⁵. Ödemezlik def'inin ileri sürülmesi, def'i yoluyla karşı konulan borç bakımından borçlu temerrüdünü sona erdirir⁵⁶⁶. Şayet taraflardan biri edim borcunu nicelik bakımından eksik biçimde yerine getirmişse, yani bir kısmi ifa söz konusu ise, borçlu, yine de ödemezlik def'ini ileri sürebilir. Öte yandan, bu durumda ödemezlik def'inin kapsamı, yani ifayı reddetme hakkının kısmi ifa bakımından mı sonuç doğuracağı, yoksa henüz ifa edilmemiş edimin tamamı açısından mı uygulanacağı İsviçre-Türk Hukuku'nda tartışmalıdır⁵⁶⁷.

Borçlu, borcunu kısmen ifa etmiş, buna karşılık alacaklı kendi karşı edimini hiç ifa etmemişse, borçlu, karşı edim tamamen ifa edilinceye değin, kendi ediminin kalan kısmını ifa etmekten kaçınabilir. Benzer şekilde, alacaklı ve borçlunun her ikisi de borcunu kısmen ifa etmişse, borçlu, kendi ifa etmesi gereken edime oransal olarak karşılık gelen karşı edimi ifa etmekten kaçınabilir. Zira, çoktan aza evleviyet kuralı gereğince, fazlasını yapmaya hakkı olan taraf, daha azıyla yetinebilir. Borcunu kısmen ifa etmiş olan borçlunun, karşı edim tamamen ifa edilinceye değin borcun bakiye kısmının ifasından kaçınması, onu kısmi temerrüde düşmekten kurtarır. Keza, borçlu

⁵⁶⁵ Ödemezlik def'i konusunda bkz. BK-Weber, Art. 82 OR N 4 vd.; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 2 vd.; BSK-Schroeter, Art. 82 OR N 1 vd.; CR-Hohl, art. 81 CO N 1 vd.; CHK-Wullschleger, Art. 82 OR N 1 vd.; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 81 OR N 1 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2205 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 62.02 vd.; Simmen, s. 50 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1084 vd.; Serozan, Borçlar Genel, § 6 N 1 vd.; Kaniti, s. 20 vd.; Pekmez, s. 99 vd.

⁵⁶⁶ Soergel-Gsell, BGB § 320 N 80; Erman-Ulber, BGB § 320 N 38; Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 44; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 12; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 55; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 59; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; Tercier/Pichonnaz, N 1383; Schwenger/Fountoulakis, N 65.07; Bucher, AT, s. 356; Emmerich, § 16 N 8, 10; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1505; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1383. Borçlu temerrüdünde ödemezlik def'i konusunda ayrıca bkz. Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 24 vd.

⁵⁶⁷ BK-Weber, Art. 82 OR N 163 vd.; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 129 vd.; von Tuhr/Escher, § 64, s. 62 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2213; Simmen, s. 70 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1101; Pekmez, s. 227 vd. Alman Hukuku'nda bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 60 vd.; Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 50 vd.; Soergel-Gsell, BGB § 320 N 54, 85 vd.; Erman-Ulber, BGB § 320 N 33 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 10. Teorik değil, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşünde bkz. BK-Weber, Art. 82 OR N 163 vd.; Serozan, Borçlar Genel, § 6 N 11.

ve alacaklının her ikisinin de borcunu kısmen ifa etmesi durumunda, borçlunun kendi borcuna oransal olarak denk düşen karşı edimi ifadan kaçınması, yine borçluyu kısmi temerrüde düşmekten korur. Bu son ihtimalde, alacaklı, borçlu temerrüdünün diğer şartları gerçekleşmişse, kendi karşı edim borcu bakımından kısmi temerrüde düşer.

Bu noktaya kadar herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Zira, tamamen veya kısmen ifa edilmemiş olan edim ve karşı edim, oransal olarak birbirine denk veya ifasından kaçınılan borç diğerinden oransal olarak daha az durumda olduğu için, sinallagma (*değiş tokuş*) bağının her iki tarafında yer alan edim ve karşı edim dengesi ile sözleşme kurulurken tesis edilmiş olan nispi eşdeğerlik ilişkisi korunur. Buna karşılık, asıl tartışılan nokta, borcun konusunu oluşturan edimin bir kısmının ifa edilmiş olması ihtimalinde, ödemezlik def'i yoluyla, karşı edimin ifasından tamamen kaçınmanın mümkün olup olmadığıdır. Benzer şekilde, karşı edimin, tamamen olmasa da, kısmen ifa edilmiş olan edime oransal olarak karşılık gelen kısmından daha fazlası için ödemezlik def'inin kullanılıp kullanılamayacağının tespit edilmesi gerekir.

Alacaklı tarafından karşı edim alacağı kısmen ifa edilmiş olmasına rağmen, borçlunun kendi edimini tamamen veya kısmi ifa oranından daha fazla nispette ifa etmekten kaçınıp kaçınamayacağı tartışmasının temelinde, BGB § 320 Abs. II⁵⁶⁸ hükmü bulunmaktadır. BGB § 320 Abs. II uyarınca, “*Taraflardan birinin edimini kısmen ifa etmesi durumunda, karşı edimin ifasından kaçınmak, olayın koşullarına göre, özellikle borcun kalan kısmının nispeten az (önemsiz) olması nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı düşerse, karşı edimin ifasından (tamamen) kaçınılamaz*”. Tersten ifade edilmiş olsa da, Alman Hukuku’nda BGB § 320 Abs. II hükmü uyarınca, kural olarak, karşı edimin bir kısmının ifa edilmesi durumunda, borçlu, karşı edimin kalan bölümü ifa edilene değin, ödemezlik def’ini ileri sürerek, edimini tamamen ifa etmekten kaçınabilir⁵⁶⁹. Buna karşılık, kısmi ifa hâlinde edimin tamamen ifasından kaçınma, dürüstlük kuralına aykırı düşerse, borçlu, ödemezlik def’ini tamamen değil, kısmi

⁵⁶⁸ **BGB § 320:** “(2) *Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde*”. Kısmi ifa hâlinde ödemezlik def’ini düzenleyen BGB § 320 Abs. II konusunda detaylı bilgi için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 50 vd.; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 60 vd.; Soergel-Gsell, BGB § 320 N 54, 85 vd.; Erman-Ulber, BGB § 320 N 33 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 10; Medicus/Lorenz, § 20 N 26; Barlas, İÜHFM, s. 196.

⁵⁶⁹ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 62-63; Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 50; Soergel-Gsell, BGB § 320 N 54, 85; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 10; Erman-Ulber, BGB § 320 N 33; Medicus/Lorenz, § 20 N 26; Barlas, İÜHFM, s. 196. Böylece, borçlu bir “*alıkoyma hakkı (Zurückhaltungsrecht)*” elde etmektedir. Borçlu hem kısmi ifayı alıkoymakta hem de kendi edimini elde tutmakta, karşı tarafı borcunu tamamen ifa etmeye zorlamaktadır. Bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 62.

ifayla orantılı biçimde kullanmak zorunda kalır. Alman Hukuku'nda BGB § 320 Abs. II hükmünde benimsenen çözüm, kısmi ifayla orantılı bir ifayı reddetme hakkının, kural olarak ödemezlik def'inin baskı işlevine aykırı olduğu; borçlunun tamamen ifadan kaçınarak alacaklı üzerinde gerçek anlamda bir baskı kurabileceği gerekçesiyle desteklenmektedir⁵⁷⁰.

Alman kanun koyucusu, açıkça dürüstlük kuralına atıf yaparak, her türlü hakkın kullanımı açısından olduğu gibi, ödemezlik def'inin de dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması gerektiğini vurgulamıştır⁵⁷¹. Şayet, borçlunun kısmen ifa edilmemiş olan alacağına dayanarak, kendi borcunu tamamen ifa etmekten kaçınması dürüstlük kuralına aykırıysa veya hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, edimin bölünebilir olması durumunda, borçlu, yalnızca ifa edilmeyen alacağına karşılık gelen edimi ifa etmekten kaçınabilir; başka bir deyişle, kendi borcunu tamamen ifa etmekten kaçınamaz⁵⁷². O hâlde, borçlu, dürüstlük kuralı gerektirdiği ölçüde, kendi edimini, karşı edimin ifa edilmiş olan kısmına karşılık gelecek oranda ifa etmek zorundadır. Buna karşılık, borçlunun kendi ediminin bölünemez olması durumunda veya miktar olarak bakiye edim az olsa bile bu kısım olmadan ifa edilmiş olan bölüm işe yaramıyorsa, borçlu borcun tamamını ifa etmekten kaçınabilir⁵⁷³.

Örneğin, 100 kg buğdayı 10.000 TL karşılığında satan satıcı, satış bedelinin yarısı ifa edilmiş olsa bile, 100 kg buğdayın tamamının tesliminden kaçınabilir. Buna karşılık, alıcı, satış bedelinin 9.000 TL'lik kısmını ödemişse, satış bedelinin yalnızca önemsiz bir kısmı ifa edilmediği için, satıcı, 90 kg buğdayı teslim etmek ve yalnızca 10 kg buğdayın tesliminden kaçınmak zorunda kalır. Şayet, satıcının borcu bölünebilir

⁵⁷⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 50. Ödemezlik def'inin teminat ve baskı işlevi konusunda bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 3; Soergel-Gsell, BGB § 320 N 3-4; Erman-Ulber, BGB § 320 N 2; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1089; Pekmez, s. 42 vd.

⁵⁷¹ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 62; Erman-Ulber, BGB § 320 N 36; Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 81 vd.; Medicus/Lorenz, § 20 N 26; Barlas, IÜHFM, s. 196.

⁵⁷² Staudinger-Schwarze, BGB § 320 N 50; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 62-63; Soergel-Gsell, BGB § 320 N 54, 85; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 10; Erman-Ulber, BGB § 320 N 33; Barlas, IÜHFM, s. 196.

BGB § 320 Abs. II hükmünde zikredilen, ifa edilmeyen edimin nispeten önemsiz veya az olması hâli, sınırlayıcı değil, örnekseyici olarak belirtilmiştir. Kısmi ifa hâlinde ödemezlik def'inin edimin tamamı bakımından ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olabileceği başkaca hâller somut olayın koşullarından kaynaklanabilir. İfa edilmemiş olan edimin alacaklı açısından önemi, kısmi edim borçlusunun söz konusu kısmi ifayı gerçekleştirmedeki menfaati, diğer tarafın sözleşmeye aykırı davranışının ağırlığı, borcun bakiye kısmının ifa edilmediği süre, bakiye kısım için herhangi bir teminat sağlanıp sağlanmadığı, somut olay bakımından dürüstlük kuralına aykırı davranılıp davranılmadığının tespiti bakımından önem taşıyabilir. Öte yandan, hâkim, söz konusu ölçütlerden yararlanırken geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 63; Erman-Ulber, BGB § 320 N 33; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 320 N 10; BK-Weber, Art. 82 OR N 174.

⁵⁷³ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 62.

nitelikte değilse, örneğin satıcı bir adet halı teslim etme borcu altında ise; alıcı, 9.000 TL ödemiş olsa bile, satıcı halıyı teslim etmekten kaçınabilir.

İsviçre-Türk Hukuku'nda BGB § 320 Abs. II hükmünde yer verilen çözümden etkilenen bir görüşe göre, karşı edim borcu kısmen ifa edilmişse, bakiye kısım ifa edilinceye kadar, borçlu, kendi edimini tamamen ifa etmekten kaçınabilir⁵⁷⁴. Başka bir deyişle, ödemezlik def'i, eksik ifa edilen karşı edim tamamlanana değin, edimin bütününe ifasından kaçınmaya imkân verir. Buna karşılık, ödemezlik def'inin borcun tamamı için kullanılması dürüstlük kuralına (TMK m. 2; İsvMK m. 2) aykırı ise, borçlu, ödemezlik def'ini, ancak kısmen ifa edilmemiş olan karşı edim oranında kullanabilir ve ancak kısmi ifa oranında edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Eksik olan karşı edimin nicelik veya nitelik itibariyle önemsiz olması, dürüstlük kuralının uygulanmasına imkân veren hâllerin başında gelir. Öte yandan, bu görüşe göre, borçlunun edimi bölünebilir değilse, karşı edimin bakiye kısmı önemsiz olsa bile, ifadan kısmen kaçınmak mümkün olmayacağı için, borçlu, edimin bütünü bakımından ödemezlik def'i kullanabilir ve ifa talebini tamamen reddedebilir⁵⁷⁵.

İsviçre-Türk öğretisinde savunulan ve bizim de isabetli bulduğumuz çoğunluk görüşüne göre ise⁵⁷⁶, borçlu, kendi edimini, kural olarak, ancak kısmen ifa edilmemiş olan karşı edim oranında ifa etmekten kaçınabilir. Başka bir deyişle, borçlu, ödemezlik def'i vasıtasıyla, kısmi ifaya karşılık gelen ölçüde kendi edimini kısmen ifa etmekten kaçınamaz. O hâlde, borçlu, **kısmi ödemezlik def'i** sonucunda elde ettiği karşı edim oranında, kendi borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Zira, borçlunun eksik ifaya dayanarak kendi edimini tamamen ifa etmekten kaçınması, edim - karşı edim arasındaki sinallagma ilişkisiyle bağdaşmaz ve ödemezlik def'inin teminat işleviyle açıklanamaz⁵⁷⁷. Kural bu olmakla birlikte, borçlunun ediminin bölünebilir olmaması ihtimalinde, borçlu ödemezlik def'ini kısmen kullanamayacağı için, kendi borcunu

⁵⁷⁴ von Tuhr/Escher, § 64, s. 62, dn. 35, § 64, s. 64; Koller, AT, N 40.51-40.52; Kaniti, s. 110-111, 124; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1101; İsvFM, ATF 38 II 121. BGB § 320 Abs. II hükmünün İsviçre Hukuku açısından uygulanabileceği görüşünde bkz. von Tuhr/Escher, § 64, s. 64, dn. 47; Kaniti, s. 124.

⁵⁷⁵ BK-Weber, Art. 82 OR N 169; Koller, AT, N 40.51; Kaniti, s. 124

⁵⁷⁶ ZK-Schraner, Art. 82 OR N 134; von Büren, AT, s. 465; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2210, 2213; Schwenger/Fountoulakis, N 62.08; Simmen, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 931; Pekmez, s. 227 vd., dn. 365; İsvFM, ATF 44 II 72; Yargıtay 13. HD, E. 2004/10039, K. 2005/1029, T. 28.1.2005 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2013/9575, K. 2014/9248, T. 14.5.2014 (Kazancı). Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63-64. Edimin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş kısımları birbiriyle bağlantılı değilse, ödemezlik def'inin kısmen ileri sürülebileceği görüşünde bkz. BK-Weber, Art. 82 OR N 171.

⁵⁷⁷ Simmen, s. 70 vd.; İsvFM, ATF 44 II 72. Aynı yönde bkz. BK-Weber, Art. 82 OR N 167; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 131.

tamamen ifa etmekten kaçınabilir⁵⁷⁸. O hâlde, her iki görüşe göre, borçlunun edimi bölünebilir değilse, ödemezlik def'i kısmen veya oransal olarak değil, edimin tamamı bakımından ve bütüncül olarak kullanılır.

Yukarıdaki örnek tekrar ele alınacak olursa, 100 kg buğdayı 10.000 TL karşılığında satan satıcı, satış bedelinin yarısı ifa edilmişse, kendi ediminin yarısını ifa etmek zorunda kalır ve yalnızca 50 kg buğdayın tesliminden kaçınabilir. Buna karşılık, satıcının borcu bölünebilir nitelikte değilse, örneğin satıcı bir adet halı teslim etme borcu altında ise; alıcı, satış bedelini kısmen ödemiş olsa bile, satıcı halıyı teslim etmekten kaçınabilir.

Kanaatimizce, İsviçre-Türk Hukuku'nda, alacağını kısmen elde etmiş olan borçluya, borcunun tamamından kaçınma imkânı tanıyan, BGB § 320 Abs. II benzeri bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, İsviçre-Türk Hukuku'nda ödemezlik def'ini ileri sürecektir olan borçlunun, kısmen de olsa ifa yoluyla tatmin edilmiş olduğunu görmezden gelerek, sanki karşı taraf edimini hiç ifa etmemiş gibi edimin tamamının ifasından kaçınmak isabetli bir çözüm sayılmaz. Nitekim, kısmi ifa hâlinde kural olarak sözleşme iki kısma ayrılır. Karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu sıfatına sahip olan taraflar, ifa edilmiş olan edime karşılık gelen karşı edim borcunu ifa etmekle yükümlüdür. O hâlde, **kısmi ifaya karşı kısmi ifa kuralı**, ödemezlik def'i vasıtasıyla hükümden düşürülemez ve kısmi ifada bulunan borçlu, karşı edimin tamamı bakımından ifadan kaçınma hakkını kullanamaz.

Kural bu olmakla birlikte, dürüstlük kuralı yardımıyla bazı istisnalar meydana getirmek mümkündür. Nitekim, kısmi temerrüt rejimine benzer şekilde, edimin bölünemez nitelikte olması durumunda, borçlu, kısmen değil, tamamen karşı edimin ifasından kaçınabilir⁵⁷⁹. Keza, ifa edilmiş olan karşı edimin önemsiz olması hâlinde veya ifa edilmiş kısmın herhangi bir yarar sağlamaması hâlinde, edimin tamamı bakımından ödemezlik def'ine başvurulabilir⁵⁸⁰. Yine, kısmi temerrüde benzer şekilde, borçlu, kısmi ifayı kalan kısmın bir an önce tamamlanması şartıyla -çekince

⁵⁷⁸ ZK-Schraner, Art. 82 OR N 132; BK-Weber, Art. 82 OR N 169; Simmen, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 931. Borçlunun ediminin bölünebilir olmaması ihtimalinde, borçlunun ödemezlik def'ini kullanamayacağı yönündeki karşı görüş için bkz. von Büren, AT, s. 465.

⁵⁷⁹ BK-Weber, Art. 82 OR N 169; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 132; Simmen, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 931. Kısmi temerrütte bkz. aşağıda, B.4/II/B/1, "Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması" isimli başlık.

⁵⁸⁰ Aynı yönde bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 6 N 11. Borcun ifa edilmeyen kısmının önemli olması, yani ifa edilen kısmın önemsiz olması durumunda borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulabileceği yönünde bkz. aşağıda, B.4/II/C/3, "Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısmi Ediminin Önemli Olması" isimli başlık.

ileri sürerek- kabul etmişse, kendi edimini tamamen ifa etmekten kaçınabilir⁵⁸¹. Öte yandan, borçlu, ödemezlik def'inin teminat işlevini nazara alarak, karşı edimin ifa edilmemiş kısmını güvence altına almak amacıyla, gerekli olduğu nispette, yani kısmi ifaya denk düşen kısımdan daha fazlası bakımından kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir⁵⁸². Örneğin, borçlu, muhtemel zarar kalemlerini veya alacağın ifası için yapılacak takip masraflarını nazara alabilir.

II. KISMİ TEMERRÜDÜN ÖZEL ŞARTI: KISMİ İFA

A. Kısmi Temerrüt Rejiminde Kısmi İfa Şartı ve Kısmi İfa Kavramı

1. Kısmi İfa Kavramının Kısmi Temerrüt Rejimindeki Yeri

Gerçek ve dar anlamıyla kısmi temerrüt, “*bir borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun henüz ifa edilmemiş olan bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi*” şeklinde tanımlanabilir⁵⁸³. Başka bir ifadeyle kısmi temerrüt, borçlunun muaccel hâle gelmiş ve ifası mümkün olan borcunun yalnızca bir kısmını ifa etmesi durumunda, alacaklının, kural olarak borcun kalan kısmının ifasını talep etmesiyle birlikte borçlunun içine düştüğü ifa engelidir⁵⁸⁴. Kısmi ifa, genel anlamda borçlu temerrüdünü kısmi temerrütten ayıran en önemli unsurdur. Kısmi temerrüt tanımından da anlaşıldığı üzere borcun bir kısmının ifa edilmesi, yani kısmi ifa (TBK m. 84; İsvBK m. 69), borçlunun kısmen temerrüde düşmesi bakımından bir **özel şart** (“*condictio specialis*”) teşkil eder⁵⁸⁵.

Borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği her durumda kısmi temerrüt durumuyla karşılaşmak mümkün değildir. Buna karşılık, kısmi ifa, kısmi temerrüt açısından özel

⁵⁸¹ ZK-Schraner, Art. 82 OR N 133; BK-Weber, Art. 82 OR N 170; Simmen, s. 71. Alacaklı, borçlu tarafından kendisine teklif edilen kısmi ifayı kabul ettiği anda, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkını açıkça saklı tutarsa, kalan kısmın ifa edilmemesi durumunda, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvuru imkânı edinir. Bkz. aşağıda, **B.4/II/B/1**, “*Alacaklının Hakkını Kısmi İfa Anında Açıkça Saklı Tutması*” isimli başlık.

⁵⁸² BK-Weber, Art. 82 OR N 173; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 136; BK-Becker, Art. 82 OR N 6; von Tuhr/Escher, § 64, s. 64.

⁵⁸³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Bucher, AT, s. 382; Lemp, s. 27-28; Schenker, Schuldnervzug, N 766; Ehrat, N 252; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Eren, Borçlar Genel, N 3525; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

⁵⁸⁴ Örneğin bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnervzug, N 766; Glatthard, s. 55; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Öz, Dönme, s. 42, 98.

⁵⁸⁵ Bu yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 102 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; Schenker, Schuldnervzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1506; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Ergül, s. 75.

şart teşkil ettiği için, kısmi ifanın tatbik sahası, aynı zamanda borçlu açısından muhtemel bir kısmi temerrüt riski barındırır. Başka bir deyişle, borçlu, borcunu kısmen ifa ettiği bazı hâllerde, ifadan imtina ettiği borç bakımından kısmen temerrüde düşer. O hâlde, kısmi ifa, kısmi temerrüt sonucunu sağlamak bakımından tek başına yetersiz kalır. Bu durumda, borcunu kısmen ifa etmiş olan borçlunun, kısmi temerrüde düşmesi için, borcun ifa edilmemiş olan kısmı bakımından, borçlu temerrüdünün genel koşullarının gerçekleşmesine ihtiyaç duyulur.

2. İsviçre Türk Hukuku'nda Kısmi İfanın Düzenleniş Biçimi

Kısmi ifa kurumunu düzenleyen TBK m. 84 ile İsvBK m. 69, ilk bakışta görüldüğünden daha karmaşık bir kısmi ifa mekanizması ihdas eder⁵⁸⁶. Nitekim, TBK m. 84 ile İsvBK m. 69 hükümleri ile, kanun koyucu, kısmi ifa kavramını veya hangi hâlde kısmi ifadan bahsedileceğini düzenlemez. Kısmi ifa rejimini düzenleyen TBK m. 84 hükmünde, kanun koyucu, alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olup olmadığı, başka bir ifadeyle, borçlunun borcunu geçerli bir biçimde kısmen ifa etme imkânının bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt verir. Zira, hükümde, borcunu kısmen ifa etmek isteyen borçlu ile bir an evvel alacağının tamamına kavuşmak isteyen alacaklı arasındaki çıkar çatışması ele alınır.

TBK m. 84 hükmünde taraflar arasındaki çıkar çatışmasını alacaklı lehine çözüme kavuşturan kanun koyucu, kural olarak, alacağın tamamının belli ve muaccel olması ihtimalinde, alacaklının, kendisi açısından sorun yaratmaya elverişli olan kısmi ifayı kabule mecbur olmadığını vazeder. TBK m. 84 (İsvBK m. 69)⁵⁸⁷ uyarınca, *“Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir. Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz”*.

İsviçre-Türk hukuk sistemiyle benzer çözüm yolunu vurgulayan Alman kanun koyucusu, BGB § 266 hükmünde, kısmi ifa sorununu borçlu bakımından çözüme kavuşturmuş ve borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının olmadığını ifade etmiştir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁵⁸⁷ **Paiement partiel, art. 69 CO:** “(1) *Le créancier peut refuser un paiement partiel, lorsque la dette est liquide et exigible pour le tout.* (2) *Si le créancier accepte un paiement partiel, le débiteur ne peut refuser d’acquitter la partie reconnue de la dette.*”; **Teilzahlung, Art. 69 OR:** “(1) *Der Gläubiger braucht eine Teilzahlung nicht anzunehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist.* (2) *Will der Gläubiger eine Teilzahlung annehmen, so kann der Schuldner die Zahlung des von ihm anerkannten Teiles der Schuld nicht verweigern.*”

⁵⁸⁸ **BGB § 266:** “(De) *Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt; (Tr) Borçlu kısmi ifada bulunma hakkına sahip değildir*”. Bkz. Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1 vd.; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1 vd.; Medicus/Lorenz, § 15 N 2 vd.; Nacken, s. 6 vd.

Fransız Hukuku'nda ise, kısmi ifa sorunu, alacaklı bakımından ele alınmış ve Fransız kanun koyucusu, FrMK m. 1342-4 f. I hükmünde, “*edim bölünebilir olsa da, alacaklı kısmi ödemeyi reddedebilir*” düzenlemesini sevk etmiştir⁵⁸⁹. Fransız Hukuku'yla benzer şekilde, kısmi ifa sorununu alacaklı açısından çözüme kavuşturan TBK m. 84 ve İsvBK m. 69 hükmü, esas olarak alacaklının menfaatlerini korumayı amaçlar⁵⁹⁰.

Şayet alacaklı, borçlunun kısmi ifa teklifini TBK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) uyarınca haklı olarak reddederse, söz konusu davranışına hukuken herhangi bir olumsuz netice bağlanmaz; keza, kısmi ifa teklifini reddeden alacaklı, temerrüde (TBK m. 106 vd.; İsvBK m. 91 vd.) düşmez⁵⁹¹. Alacaklı, TBK m. 84 f. I uyarınca, kural olarak kısmi ifayı kabul etmek zorunda olmadığı için, borçlunun kısmi ifa teklifini reddedebilir ve borçlu temerrüdünün diğer şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, borcun tamamı için borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarına başvurabilir⁵⁹². Böylece, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 uyarınca borcun tamamı bakımından aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini talep edebilir veya sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabilir. Bu sebeple, İsviçre ve Türk kanun koyucuları, kısmi ifa (“*Teilleistung*”) kavramını, netice bakımından hiç ifa etmeme (“*Nichtleistung*”) durumuna denk görmüş ve alacaklıya kısmi ifa teklifini reddetme hakkı tanımıştır⁵⁹³.

Her ne kadar alacaklı, kısmi ifa teklifini ve ifa olarak kendisine sunulan kısmi edimi kabul etmek zorunda değilse de, kısmi ifa teklifini kabul etmeyi tercih edebilir veya kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda kalabilir. Kısmi ifayı kabul eden veya kabul etmek zorunda kalan alacaklı, artık, yalnızca borcun kalan kısmı için borçluyu temerrüde düşürebilir⁵⁹⁴. Borçlunun kısmen ifa edilmiş olan borcun kalan kısmı için

⁵⁸⁹ FrMK m. 1342-4 f. I: “*Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible*”. Bkz. Terré/Simler/Lequette/Chénédé, N 1424; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N 704; Malinvaud/Mekki/Seube, N 939. Bu kural, Fransız Hukuku'nda ifanın veya ödemenin bölünmezliği kuralı (*règle de l'indivisibilité du paiement*) veya bütüncül ifa ilkesi (*principe de paiement intégral*) olarak anılır. Bkz. Malinvaud/Mekki/Seube, N 939; Terré/Simler/Lequette/Chénédé, N 1424.

⁵⁹⁰ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13, 47; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁵⁹¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 2; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; Guggenheim, Contrats II, s. 64; Deschenaux, Obligations II, s. 20.

⁵⁹² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 2; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1736; Öz, Dönme, s. 42.

⁵⁹³ BK-Weber, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 22; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 2; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206; Esser/Schmidt, § 15 III; AlmFİM, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158.

⁵⁹⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BK-Weber, Art. 69 OR N 53; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734.

temerrüde düşmesi hâlinde ise, **kısmi temerrütten** bahsedilir⁵⁹⁵. O hâlde, kısmi temerrüt, alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında olduğu için, kısmi ifayı kabul ettiği durumlar ile böyle bir zorunluluk olmaksızın, kendi rızasıyla kısmi ifayı kabul ettiği hâllerde meydana gelir⁵⁹⁶. Bu sebeple, genel borçlu temerrüdünden farklı olarak, kısmi temerrütten bahsedebilmek için, kısmi ifanın gerçekleşmesi şarttır.

Borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının veya alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını düzenleyen TBK m. 84 hükmü, emredici değil, düzenleyici hukuk kuralıdır⁵⁹⁷. Bu sebeple, tarafların aşağıda yer verdiğimiz kısmi ifanın şartlarını ve sonuçlarını değiştirerek, bambaşka bir sözleşmesel kısmi ifa rejimi tesis etmesi mümkündür. Dolayısıyla, sözleşmede açık veya örtülü olarak kanundan farklı bir kısmi ifa rejiminin kararlaştırılması ihtimalinde, sözleşmede düzenlenen rejimin, kanuni rejimin önüne geçtiği unutulmamalıdır.

3. Kısmi İfa Kavramı

TBK m. 84 hükmü, “*kısmi ifa*” kavramını tanımlamaz⁵⁹⁸. Hükme konu edilen **kısmi ifa**, en kısa ve öz tanımıyla, alacaklının borçlu olunan edime kısmen kavuşması, yani borçlunun nicelik bakımından borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa etmesidir⁵⁹⁹. İfanın konusunu oluşturan edim bakımından yaklaşıldığında, **kısmi edim** (*prestation partielle / Teilleistung*), borçlunun nicelik bakımından, borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa olarak sunmasıdır⁶⁰⁰. Bu açıdan kısmi edim, sözleşmede kararlaştırılan edimin nicelik bakımından daha azına karşılık gelir.

Kısmi ifa, herhangi bir edim yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilir. Bu açıdan kısmi ifa veya kısmi edim, asli veya yan edim yükümlülükleri bakımından gerçekleşebilir. Kısmen ifa edilecek olan borcun, asli edim yükümlülüğüne veya yan edim yükümlülüğüne dair olması önemsizdir⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734.

⁵⁹⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1736.

⁵⁹⁷ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; BK-Weber, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁵⁹⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7.

⁵⁹⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; CHK-Wullschleger, Art. 69 OR N 3; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; Guggenheim, Contrats II, s. 64.

⁶⁰⁰ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; CHK-Wullschleger, Art. 69 OR N 3.

⁶⁰¹ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Guggenheim, Contrats II, s. 65.

Kısmi ifa açısından, borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği bilinciyle hareket etmesi gerekmez. Başka bir deyişle, borçlunun borcunu kısmen ifa ettiğinin farkında olmaması, TBK m. 84 hükmünün uygulanmasını engellemez⁶⁰². Bu sebeple, TBK m. 84 hükmünde alacaklıya tanınan kısmi ifayı reddetme hakkı, borçlunun kusurlu olmasına bağlı değildir. Özellikle yüksek miktarda mal teslim edilmesi durumunda miktar sapması mevcutsa ya da nitelik eksikliği (*ayıplı ifa*) teşkil etmedikçe buharlaşmaya veya zamana bağlı nicelik kaybı söz konusu olursa, borçlu kusurlu olmasa bile, alacaklı, kural olarak, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifayı reddedebilir ve kısmi temerrüt rejimine başvurabilir⁶⁰³.

Kısmi ifa her ne kadar borçlunun nicelik bakımından borçlu olduğundan daha azını ifa etmesi şeklinde tanımlansa da, bu ifade, hangi hâllerde ifanın kısmen gerçekleşeceğini tespit etmek bakımından yeterli bir açıklık içermez. Aşağıda kısmi ifanın koşulları detaylı olarak inceleniyor olsa da, kısmi ifa konusunda yol gösterici kriter, somut olayın koşulları ışığında, değerlendirme konusu olan farklı edimlerin veya farklı edim parçalarının, kanun uyarınca ve sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde, bir bütünlük teşkil edip etmediği veya bütün bir biçimde borçlanılmış olup olmadığıdır⁶⁰⁴. Bu sebeple, kısmi ifa, söz konusu bütünlükten sapan her türlü eksik ifayı kapsamına alır⁶⁰⁵. İşte bu nedenle, kısmi ifa, nicelik bakımından borçlunun, borçlu olduğundan daha azını ifa etmesi olarak tanımlanır.

4. Hükmün Kapsamı

TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmü, her türlü borcun kısmen ifa edilmesi veya her türlü borç için kısmen ifa teklifinde bulunulması hâlinde uygulanır⁶⁰⁶. TBK m. 84

⁶⁰² MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 2; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2.

⁶⁰³ İsviçre-Türk Hukuku'nda küçük nicelik eksiklikleri, ayıplı ifa teşkil etmedikçe, kısmi veya eksik ifa olarak sınıflandırılır. Noksanlığin az olması, yapılan tasnife engel değildir. Bkz. yukarıda, **B.1/I/B/3**, “Kısmi Temerrüt ve Kötü İfa” isimli başlık. Buna karşılık, Alman Hukuku'nda, eski BGB § 434 Abs. III hükmünde bazı miktar eksiklikleri maddi ayıp başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz. Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; Atamer, CISG, s. 188, 341-342.

Küçük nicelik eksiklikleri her ne kadar kısmi ifa teşkil etse de, alacaklının her zaman kısmi ifayı reddedebileceği kolaylıkla söylenemez. Zira, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı açısından, kısmi ifayı kabul mecburiyeti doğurabilir. Bkz. CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 46, Vor. Art. 68-96 OR N 45; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 29; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 22; Engel, Obligations, s. 621; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 884; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369. Bkz. aşağıda, **B.2/II/D/3/c**, “Dürüstlük Kuralı Uyarınca” isimli başlık.

⁶⁰⁴ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 4; Weber, MDR 1992, s. 828.

⁶⁰⁵ Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Coing, s. 532.

⁶⁰⁶ BK-Becker, Art. 69 OR N 1; BK-Weber, Art. 69 OR N 6; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 2; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 1; von Tuhr/Escher, § 57, s. 14; Guhl/Koller, § 29 N 10; Bucher, AT, s. 302, 320, dn. 7; Keller/Schöbi, s.

hükümünün 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan eBK m. 68 hükümünün madde başlığı, mehzar İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi “*kısmen tediye*” şeklindedir. eBK m. 68 uyarınca “*Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen vuku bulan tediyei reddedebilir. Alacaklı kısmen tediyei kabul ederse borçlu, borçtan ikrar eylediği kısmı tediyeinden imtina edemez*”. 818 sayılı eBK m. 68 hükmünde zikredilen “*tediye*”, para borçlarının ifası için kullanılan “*ödeme*” kavramına karşılık gelir⁶⁰⁷. Nitekim, hükmün mehzarını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinin başlığı, “*kısmi ödeme (paiement partiel / Teilzahlung / pagamento parziale)*” şeklindedir. İsviçre kanun koyucusu, maddenin içeriğinde de, “*kısmi ödeme*” kavramına yer vermiştir. Her ne kadar eBK m. 68 hükmünde olduğu gibi, İsvBK m. 69 hükmünde, para borçları için kullanılan “*ödeme (paiement / Zahlung / pagamento)*” kavramına yer verilmiş olsa da, maddenin dar lafzına itibar edilmeyeceği ve hükmün her türlü borç için uygulama alanı bulacağı öğretide ifade edilmiştir⁶⁰⁸.

Kanun koyucu, “*tediye / ödeme*” kavramının yalnızca para borçlarında kullanıldığını gözeterek, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun madde gerekçesinde ifade edildiği üzere⁶⁰⁹, hükmün dar lafzından vazgeçmiş ve isabetli bir biçimde TBK m. 84 hükmünde “*kısmen ifa*” kavramını kullanmıştır. Bugün, kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmünün madde başlığı, “*kısmen ifa*” şeklindedir. Kanun koyucu, maddenin içeriğinde ise, madde başlığına paralel şekilde, alacaklının borcun tamamı belli ve muaccel ise “*kısmen ifayı*” reddedebileceğini düzenlemiştir.

TBK m. 84 hükmü, yalnızca borcun teknik anlamda ifası açısından değil, aynı zamanda ifa yerine geçen bazı **ifa ikameleri** (“*Erfüllungssurrogate*”) bakımından da uygulanır⁶¹⁰. Örneğin, TBK m. 107 (İsvBK m. 92) uyarınca, alacaklının temerrüde

207; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.25; **Guggenheim**, Contrats II, s. 64; **Würgler**, s. 99; **İsvFM**, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355.

⁶⁰⁷ Bkz. **TDK**, Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr>).

⁶⁰⁸ **BK-Becker**, Art. 69 OR N 1; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 6; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 2; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 4; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 1; **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 14; **Guhl/Koller**, § 29 N 10; **Bucher**, AT, s. 302, 320, dn. 7; **Keller/Schöbi**, s. 207; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.25; **Würgler**, s. 99; **Guggenheim**, Contrats II, s. 64; **İsvFM**, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355.

⁶⁰⁹ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 83: “*818 sayılı Borçlar Kanununun 68 inci maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 83 üncü maddesinde, kısmen ifa düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 68 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. İfanın mevzuu / 1. Kısmen tediye” şeklindeki ibareler, tediyeinin sadece para borçlarının ifası için kullanılabileceği göz önünde tutularak, Tasarıda “II. İfanın konusu / 1. Kısmen ifa” şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur*”.

⁶¹⁰ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 5; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 2; **BK-Weber**, Art. 69 OR

düşmesi hâlinde, borcunu tevdi ederek borçtan kurtulmak isteyen borçlu, TBK m. 84'te düzenlenen kurala uymak zorundadır⁶¹¹. Keza, alacaklı temerrüdünde, borcun konusu niteliği gereği tevdi edilmeye elverişli değilse, TBK m. 108 (İsvBK m. 93) uyarınca malı satarak satış bedelini tevdi etmek isteyen borçlu bakımından da kısmi ifa kuralı uygulanır⁶¹². Öte yandan, kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmü, takas savunması (TBK m. 139; İsvBK m. 120) açısından uygulama alanı bulmaz⁶¹³. Zira, TBK m. 84 hükmünün takas savunmasına uygulanması ihtimalinde, takas kurumu büyük ölçüde anlam ve önemini yitirir⁶¹⁴.

TBK m. 84 hükmünün özel hukuk dışında da uygulanma kabiliyeti mevcuttur. Örneğin, İsviçre Hukuku'nda İsvBK m. 69 (TBK m. 84) hükmü, sosyal güvenlik hukukunda da tatbik edilir⁶¹⁵. Türk Hukuku açısından da, ilgili hükmün sosyal güvenlik hukuku veya idare hukuku gibi, kamu hukukuna dair alanlarda uygulanması mümkündür. Böylece, sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde, alacaklı, hak etmiş olduğu sosyal güvenlik ödemelerini, örneğin emekli aylığını veya işsizlik maaşını kısmen kabul etmek zorunda kalmaz. Keza, idare hukuku çerçevesinde, alacaklı, idare mahkemesince takdir edilen bir tazminat alacağını, bütün hâlde talep ederek, kısmi ifa teklif eden idarenin insafına bırakılmış olmaz.

TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmü, nitelik değil, **nicelik** eksiklerini konu edinir⁶¹⁶. Bu açıdan, borçlunun ifa teklifinin, nicelik bakımından gereği gibi olmadığı

N 7.

⁶¹¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 2; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 7; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 1.

⁶¹² BK-Weber, Art. 69 OR N 7; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 5; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 2; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5.

⁶¹³ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 21. Öğretide savunulan bir görüşe göre, takas beyanında bulunulması (TBK m. 139; İsvBK m. 120), TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmüne nazaran özel hüküm ("*leges speciales*") teşkil ettiği için, takas konusunda uygulama alanı bulmaz. Bkz. BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8. Takas savunması kısmi ifayı kabul zorunluluğu yaratır. Bkz. aşağıda, B/2/I/D/3/b/iii, "*Takasta (TBK m. 139) ve Kısmi Takasta*" isimli başlık.

⁶¹⁴ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Gernhuber, Erfüllung, § 8 N 5. Şayet kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmü, takas açısından uygulansaydı, karşılıklı borçların birbirine eşit olduğu veya takas dermeyan eden kişinin alacağının karşı alacaktan fazla olduğu hâller dışında takas hakkını kullanmak mümkün olmazdı. Zira, kendi alacağı az olan tarafın takas beyanı, kısmi ifa olarak nitelendirilerek engellenmiş olurdu. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Gernhuber, Erfüllung, § 8 N 5.

⁶¹⁵ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 9; İsvFIM, ATAF, 12.11.2012, C-3251/2009: "(...) *Kıyas yoluyla uygulanabilecek olan İsvBK m. 69 f. I, somut olayda olduğu gibi borcun tamamının belli ve muaccel olması hâlinde, alacaklının - somut olayda temlik alanın - kısmi ifayı kabul etmek zorunda olmadığını öngörmektedir. Bu nedenle, alacaklı kısmi ifayı kabule mecbur değil, ancak yetkilidir (...)*".

⁶¹⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 7, 10; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Guggenheim, Contrats II, s. 64.

hâllerde TBK m. 84 hükmü uygulama imkânı bulur⁶¹⁷. Satılanın nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmediği hâllerde veya kötü ifa durumunda, genel olarak TBK m. 112 hükmü çerçevesinde borç gereği gibi ifa edilmediği için tazminat talep edilebilir. Keza, borcun konusunu oluşturan edimin nitelik eksikliği ihtiva etmesi durumunda, özel hükümlerde düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümleri tatbik edilir⁶¹⁸. Borçlunun borçlu olduğundan fazlasını ifa etmesi hâlinde (“*Mehrleistung* veya *Zuvielleistung*”) ise, TBK m. 84 hükmü kıyasen uygulanamaz ve alacaklıya kural olarak edimin tamamını reddetme hakkı tanınmaz⁶¹⁹.

TBK m. 84 hükmü, borçlunun kısmi ifa imkânının bulunup bulunmadığı sorusu üzerine yoğunlaşır. Buna karşılık, borçlunun kısmi ifayı gerçekleştirdikten sonra, meydana gelebilecek olan borca aykırılık hâli, TBK m. 84 hükmünde düzenlenmiş değildir. Kısmi ifa neticesinde meydana gelmesi muhtemel olan kısmi temerrüt, borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117 vd. (İsvBK m. 102 vd.) hükümlerinin kıyasen

⁶¹⁷ Alman Hukuku’nda 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) ile ifa engelleri yeniden düzenlenmiş ve borca aykırılık kavramı tek bir yükümlülük ihlali çerçevesinde yeniden ele alınmıştır. Bu sebeple, ayıplı ifa kapsamına giren nicelik eksikliklerinin de, aynı nicelik eksiklikleri açısından olduğu gibi, kısmi ifayı düzenleyen BGB § 266 hükmünün kapsamına dâhil olduğu belirtilmektedir. Böylece BGB § 266 uyarına kısmi ifayı kabule mecbur olmayan alacaklının, ayıplı ifa teklifini de aynı gerekçeyle reddedebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3-4. BGB § 266 hükmünün her türlü eksik yükümlülüğü kapsamına aldığı yönünde bkz. Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; Coing, s. 532.

⁶¹⁸ Satış sözleşmesinde TBK m. 219 vd. (İsvBK m. 197 vd.), kira sözleşmesinde TBK m. 318-319 (İsvBK m. 257g-257h) eser sözleşmesinde TBK m. 474 vd. (İsvBK m. 367 vd.), ayıptan sorumluluk rejimini Türk Borçlar Kanunu’nun Özel Borç İlişkileri kısmında düzenlemektedir.

⁶¹⁹ Borçlunun, borçlu olduğu edimi, borçlu olduğundan fazla ifa etmesi hâli (“*Mehrleistung* veya *Zuvielleistung*”) kanunda düzenlenmiş değildir. Kural olarak, bölünebilir borçlarda, borçlunun borçlu olduğundan fazlasını ifa olarak alacaklıya sunması hâlinde, alacaklı, kendisine sunulan edimi, alacaklı olduğu ölçüde kabul etmek zorundadır. Başka bir deyişle, alacaklı, borçlunun ifa olarak sunduğu fazla kısmı kabul etmemeli veya borçluya iade etmelidir. Borçlu edimini miktar bakımından fazla sunsa bile, alacaklı, borçlu olunan kısmı kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşer. Öte yandan, alacaklının temerrüde düşmesi için, alacaklıdan borçlu olunan kısmı kabul etmesinin beklenebilmesi, başka bir deyişle, önemli bir masraf yapmaksızın fazla kısmın asıl edimden ayrılabilmesi gerekir. Buna karşılık, bölünemeyen borçlarda edimin borçlu olunanından fazla sunulması, bölünebilir borçlarda fazla kısmın ayrılmasının çok zor veya imkânsız olması ya da borçlunun fazla olan kısmı ayırmayı reddetmesi ihtimalinde, alacaklının alacağın tamamını kabul etme veya tamamını reddetme şeklinde bir seçim yapması gerekir. Söz konusu ihtimallerde alacağın tamamını reddeden alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşmez. Fazla ifa konusunda bkz. Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 22; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 10; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 22; BK-Weber, Art. 69 OR N 10; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 3-5; BK-Giger, Vor. Art. 197-210 OR N 51; Schwenger/Fountoulakis, N 7.27a; von Büren, AT, s. 414; Buz, AJP 2016, s. 899 vd. Fazladan ifa CISG m. 52 f. II hükmünde genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. CISG m. 52 f. II uyarınca “*Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya red edebilir. Alıcı, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alırsa, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekir*”.

Öğretide edimin fazladan sunulması durumunda genel yaklaşım bu olmakla beraber, somut olay özelinde istisnaların olabileceği veya dürüstlük kuralı (TMK m. 2; İsvMK m. 2) uyarınca aksi bir sonuca varılabileceği unutulmamalıdır. Fazladan ifa edilen edimlerin iadesi ise ayrı bir sorun yaratır. İadenin sebepsiz zenginleşmeye mi yoksa sözleşmeye mi dayanacağı tartışmanın asıl noktasını oluşturur. Bkz. Buz, AJP 2016, s. 899 vd.

somut olaya uygulanması neticesinde çözüme kavuşturulur⁶²⁰. Keza, borcunu kısmen ifa etmiş olan borçluya karşı, alacaklının karşı edim borcu için ödemelik def'ine başvurup başvuramayacağı, ödemelik def'i kapsamında⁶²¹; kalan kısmın imkânsız hâle gelmesi kısmi ifa imkânsızlığı çerçevesinde ele alınır⁶²².

Son olarak, TBK m. 84 hükmünün, borcun anapara ve faizleri kapsar şekilde tamamen değil kısmen ifa edilmesi hâlinde, ifa edilmiş olan edimin borcun hangi kısmına mahsup edileceğini düzenleyen TBK m. 100 (İsvBK m. 85) hükmüyle yakın bir bağlantı içinde olduğu ifade edilmelidir⁶²³. Zira, TBK m. 84 f. I hükmünde kendisine tanınan kısmi ifayı reddetme hakkını kullanmayan alacaklının, kısmen ifa edilen bölümü borcun hangi kısmına mahsup edeceği önem taşır. İşte, TBK m. 100 f. I, gerçekleştirilen kısmi ödemenin, borçlu faiz veya giderleri ifa etmekte gecikmemişse anaparadan, gecikmişse faiz ve giderlerden mahsup edileceğini; TBK m. 100 f. II ise, kısmi ifanın öncelikle güvencesiz veya güvencesi daha zayıf olan kısımdan mahsup edileceğini düzenler. Başka bir deyişle, kısmi ifa, para borçlarında öncelikle faiz ve giderlere, diğer borçlarda ise güvencesi zayıf olan kısma mahsup edilmelidir⁶²⁴.

Vurgulamak gerekir ki, ayrı bir borç olması sebebiyle, faiz borcunun ifa edilmesi, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa teşkil etmez⁶²⁵. Aynı durum gider ve masraflar için de geçerlidir⁶²⁶. TBK m. 100 hükmünde zikredilen kısmi ifa kavramı, faiz ve gider borcunun bir kısmı ile anapara borcunun bir bölümünün ifa edilmesi hâlini ifade eder. Bu sebeple, kısmi ifa, anaparaya nazaran faiz borcunun ifa edilmesi anlamına değil, faiz ve gider borcu ile anapara borcunun bir bölümünün ifa edilmesi manasına gelir.

⁶²⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; BK-Becker, Art. 107 OR N 23; Bucher, AT, s. 382; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738.

⁶²¹ Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2, "Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkı" ve (özellikle) yukarıda, B.2/I/D/2/b, "Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemelik Def'i" isimli başlıklar.

⁶²² Kısmi ifa imkânsızlığı konusunda bkz. yukarıda, B.1/I/B/2, "Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı" ile yukarıda, B.1/II/C, "Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri" isimli başlıklar.

⁶²³ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3, 19; Würigler, s. 99 vd.; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁶²⁴ CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 1 vd.; BSK-Schroeter, Art. 85 OR N 1 vd.; BK-Weber, Art. 85 OR N 6; Würigler, s. 103 vd.; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 25.3.2009, 4A_71/2009.

⁶²⁵ von Tuhr/Peter, § 10, s. 73; von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 25; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1, Art. 73 OR N 15; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 13; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 875; Nomer, Borçlar Genel, N 152. Bkz. aşağıda, B.2/II/C/4, "Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller" isimli başlık.

⁶²⁶ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4; Weber, MDR 1992, s. 828.

TBK m. 100 hükmü, TBK m. 84 açısından olduğu gibi, temelde hakkaniyet gerekçesiyle alacaklının menfaatlerini korumayı hedefler⁶²⁷. Zira, TBK m. 100 hükmünün öngördüğü çözüm, TBK m. 101 f. I hükmünün aksine, faiz ve masraflar ile alacağın bir teminatla güvence altına alınmış olması hâllerinde, borçlunun seçim hakkını ortadan kaldırır⁶²⁸. Öte yandan, her ne kadar, kanun koyucu, TBK m. 100-105 (İsvBK m. 85-90) hükümlerinde, lafzen, yalnızca para borçlarında kullanılan “*ödeme (paiement / Zahlung)*” kavramına yer vermişse de, ilgili düzenlemelerin, imkân olduğu ölçüde, her türlü borç için uygulanma kabiliyetine sahip olduğu vurgulanmalıdır⁶²⁹. Bu açıdan, TBK m. 100 hükmü, başta kısmi ödeme olmak üzere, her türlü kısmi borç açısından ve her türlü kısmi ifa hâlinde; yani, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının olduğu veya olmadığı durumlarda uygulanır.

5. Hükümün Amacı

Kanun koyucu, TBK m. 84 hükmünde “*Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*” diyerek, alacaklıya kısmi ifayı reddetme hakkı tanımış ve borçluyu borcunu kısmen ifa etme imkânından mahrum bırakmıştır. Borçlunun borcunu kısmen ifa etme imkânının bulunup bulunmadığı ya da alacaklının kısmi ifa teklifini reddedip reddedemeyeceği sorusunu alacaklı lehine çözüme kavuşturan TBK m. 84 ve İsvBK m. 69 hükmü, esas olarak alacaklının menfaatlerini korumayı amaçlar⁶³⁰. Zira, TBK m. 84 f. I hükmü, alacaklıyı, kısmi ifa teklifini

⁶²⁷ CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 1; BSK-Schroeter, Art. 85 OR N 1, Art. 69 OR N 19; İsvFM, 25.3.2009, 4A_71/2009; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) Alacaklı prensip olarak kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olduğundan, alacağının bir kısmının ifasını kabul etmesi hâlinde herhangi bir zarara uğramamalıdır. İsvBK m. 85, alacaklıyı hakkaniyet ve yerindelik temelinde korumayı amaçladığı için, tam da bu noktada devreye girmektedir. Bu nedenle, borçlu, ödemesinin borcun hangi kısmına mahsup edileceğini seçme seçeneğine sahip değildir. Borçlu, kısmi ödemeyi önce faiz ve masraflara (İsvBK m. 85 f. I) ve ardından borcun teminatsız veya daha az teminatlı kısmına (İsvBK m. 85 f. II) uygulamalıdır. Bu sistem, alacaklının sözleşme, kanun veya iyiniyet ilkesi gereği kısmi ödemeyi kabul etmek zorunda olması hâlinde de geçerlidir (...)”.

⁶²⁸ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 19; Würzler, s. 103 vd.

⁶²⁹ CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 2; BSK-Schroeter, Vor. Art. 68-74 OR N 3-4, Art. 85 OR N 2; BK-Weber, Art. 85 OR N 41; ZK-Schraner, Art. 85 OR N 4; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2372. TBK m. 100 (İsvBK m. 85) hükmünün para borçları dışında, özellikle misli şeyler bakımından uygulanabilir. Her ne kadar, faiz alacağı yalnızca para borçları bakımından söz konusu olsa da, hükümde zikredilen giderler, dava ve takip masraflarını kapsadığından, TBK m. 100 f. I hükmü diğer borçlar bakımından da uygulama alanı bulabilir. Gider kavramının diğer dava ve takip masraflarını kapsadığı yönünde bkz. CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 4; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2373.

⁶³⁰ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13, 47; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; Ennecerus/Lehmann, § 21, s. 98; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

reddetme hakkıyla donatırken, borçluyu borcunu kısım kısım yerine getirme yetkisinden yoksun bırakır.

Alacaklı, kısmi ifa teklifini reddetme hakkının yanı sıra, kısmi ifanın kendi menfaatine olduğunu düşündüğü hâllerde, kısmi ifayı talep etme hakkına da sahiptir⁶³¹. O hâlde, TBK m. 84 hükmünün temel amacı, kısmi ifa teklifini reddetmekte menfaati olan alacaklının korunmasıdır. Böylece, kanun koyucu, alacaklının, borçlunun kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda kalarak dezavantajlı bir konuma düşmesine veya kısmi ifa nedeniyle hukuki menfaatlerinin zarar görmesine engel olmak istemiştir⁶³². TBK m. 84 hükmünün sağladığı koruma sayesinde kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda olmayan alacaklının ifaya olan menfaati, tek seferde ve bir bütün hâlinde gerçekleşir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre⁶³³, İsvBK m. 69 (TBK m. 84) hükmü, borçlunun hareket sahasını sınırlandırarak, alacaklıya, borçlu olunan edimi bir kerede elde etmek ve kısmi ifaya katlanmak zorunda kalmamak şeklinde önemli bir fayda sunar.

Borçlunun bir edimi ifa etmesi, bazı durumlarda alacaklının ifaya katılmasını veya hazırlık faaliyetlerinde bulunmasını gerekli kılar⁶³⁴. Alacaklıya kısmi ifayı reddetme imkânı tanıyan TBK m. 84 hükmü, alacaklıyı, birden fazla kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda kalarak, ek bir külfete katlanmaktan veya daha fazla çaba sarf etmekten kurtarır. Böylece alacaklı, kısmi ifanın yol açabileceği ek zahmetlerden korunmuş olur⁶³⁵.

Borçluya edimini kısım kısım ifa imkânı tanımayan TBK m. 84 hükmü, borçluyu, edimini tam ve noksansız bir şekilde ifa etmeye teşvik eder. Borçlu olduğu edimi parçalara bölerek farklı zamanlarda ifa etme hakkı olmayan borçlu, TBK m. 84 hükmünün tesis ettiği menfaatler dengesi sayesinde, uygun bir zaman dilimi içinde ifa hazırlıklarını tamamlayarak, borcunu bir bütün olarak ifa etmek zorunda kalır⁶³⁶. Aksi

⁶³¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 47-48; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14.

⁶³² MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6, 9; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁶³³ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: "(...) Bu hüküm, borçlunun haklarını sınırlandırarak, borçlu olunan edimin tamamını bir kerede elde etmek ve özellikle para borcu söz konusu olduğunda kısmi ödemelere katlanmak zorunda kalmamak gibi bariz bir ekonomik çıkarı olan alacaklıya fayda sağlamaktadır (...)".

⁶³⁴ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; ZK-Schraner, Art. 91 OR N 114 vd.

⁶³⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 9; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁶³⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369. Kuralın istisnasını oluşturan kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu konusunda bkz. aşağıda, B/2/I/D/3, "Alacaklının Kısmi

hâlde, kısmi ifada bulunma hakkına sahip olmayan borçlu, borcunu zamanında ifa edememe tehlikesiyle karşılaşır. Bu sebeple, TBK m. 84 hükmünün altında yatan temel düşünce, “*ya hep ya hiç ilkesi (Alles oder nichts-Prinzip)*” olarak ifade edilebilir⁶³⁷. Kanun koyucu, kısmi ifa (*Teilleistung*) hâlini, hukuki netice bakımından, hiç ifa etmeme (*Nichtleistung*) ile denk tutarak, gri alanları ortadan kaldırmış ve sadece borcun ifa edilmesi ile hiç ifa edilmemesi arasında net bir ayrım gözetmiştir⁶³⁸.

İsviçre, Türk, Alman ve Fransız kanun koyucularının, İsvBK m. 69, TBK m. 84, BGB § 266 ve FrMK m. 1342-4 f. I hükümleriyle hedefledikleri amaç ve söz konusu hükümlerin altında yatan *ratio legis*, ifanın kısmen gerçekleşmesinin, yani kısmi ifanın engellenmesidir. Zira, borcun bir kısmının ifa edilip diğer kısmının ifa edilmemesi, kanunda düzenlenmemiş olan ve mevcut çalışmanın konusunu oluşturan kısmi temerrüt sorununa veya kısmi ifa engelleri problematiğine yol açar. Nitekim, borcun tamamen ifa edilmemesi hâlinin uygulamada daha sık karşılaşılabilen bir durum olduğunu düşünen kanun koyucu, kısmi temerrüt rejimini doğrudan düzenlemeyerek, sorunu görmezden gelmiştir. Tartışmasız, kısmi temerrüdün meydana getirdiği en önemli sorun olan sözleşmeden dönme hakkının kısmen kullanılması, yani kısmi dönme sorunsalı, kanun koyucunun, ifanın kısmen gerçekleşmesini engelleme amacı güttüğü en karmaşık meseledir⁶³⁹. Böylece, kanun koyucunun, borçluyu “*ya hep ya hiç*” arasına sıkıştırarak, sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmenin kısmen feshi, sözleşmenin kısmen tasfiyesi, olumlu veya olumsuz zararın kısmen hesaplanması gibi meseleleri hasır altı etmek niyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Alacaklıya kısmi ifayı reddetme imkânı tanıyan TBK m. 84 hükmü de, söz konusu karmaşık hukuki imkânların uygulama alanını sınırlamayı amaçlar⁶⁴⁰.

İfayı Kabul Zorunluluğu” isimli başlık.

⁶³⁷ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; Caytas, s. 29. “*Ya hep ya hiç ilkesi (Alles oder nichts-Prinzip)*” olarak ifade edilen kural, TMK m. 2 f. I (İsvMK m. 2 f. I) hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi tarafından sürekli bir erozyona uğrar ve bazı hâllerde alacaklı “*ya hep ya hiç*” deme imkânına sahip olmaksızın, satılanın bir kısmına razı olmak zorunda kalır. Dürüstlük kuralından doğan kısmi ifayı kabul mecburiyeti böyledir. Bkz. Caytas, s. 29. Bkz. aşağıda, B.2/II/D/3/c, “*Dürüstlük Kuralı Uyarınca*” isimli başlık.

⁶³⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 18; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 2; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206; Esser/Schmidt, § 15 III; AlmFİM, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158.

⁶³⁹ Aynı yönde bkz. BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2. Sözleşmeden kısmen dönme konusunda bkz. aşağıda, B.3/III/C, “*Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini*” isimli başlık.

⁶⁴⁰ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2. Söz konusu hukuki sorunların çözümünde karşılaşılabilecek pratik ve teorik zorluklar nazara alındığında, kanun koyucuyu götürü biçimde haksız görmenin mümkün olmadığı anlaşılır. Zira, ticari yaşamın basit, hızlı ve yalın biçimde işlemesi esastır.

B. Bir Borcun Kısmi İfası (Kısmi İfanın Bir Edim Açısından Gerçekleşmesi)

1. Bölünebilirlik Şartı

Belli bir edim özelinde kısmi temerrüdün meydana gelebilmesi için, edimin bölünebilir nitelikte olması başat koşuldur⁶⁴¹. Zira, kısmi temerrüdü meydana getiren temel olgu, kısmi ifadır. Bir edimin kısmi ifasından bahsedebilmek için ise, **edimin bölünebilir olması** (*divisibilité / Teilbarkeit*) gerekir⁶⁴². Şayet borçlu olunan edim, bölünebilir nitelikte değilse, o edim özelinde kısmi ifa sorunu meydana gelmez⁶⁴³. Dolayısıyla, bir edim şayet bölünebilir değilse ne TBK m. 84 hükmü ne de kısmi temerrüt yaptırımını uygulama alanı bulmaz.

Bölünebilirlik şartı, borçlar hukukunda TBK m. 84 hükmünün uygulama alanını tayin ettiği gibi, HMK m. 109 f. I uyarınca **kısmi davanın** uygulama alanını da belirler. Nitekim, HMK m. 109 f. I (İsvHMK m. 86)⁶⁴⁴ hükmünde “*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*” denilerek, bölünebilirlik koşulunun, kısmi davanın da bir unsuru olduğu ifade edilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, bir borcun bölünebilir olması, aynı zamanda kısmi davanın da koşuludur⁶⁴⁵. Kısmi ifanın usul hukukunda izdüşümü olan kısmi dava açısından da bölünebilirlik şartı merkezi bir konumda yer alır. Öte yandan, usul

⁶⁴¹ **Glatthard**, s. 55-56; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1737. Kısmi ifa imkânsızlığı açısından da edimin bölünebilir olması gerekir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 97 OR N 101; **Barth**, s. 45; **Caytas**, s. 29; **Dural**, İmkânsızlık, s. 90; **Eren**, Borçlar Genel, N 4127; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 910. Kısmi borçluluk için de edimin bölünebilir olması gerekir. Bkz. **Işık**, s. 161.

⁶⁴² **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 7-8; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 1; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 7; **Enneccerus/Lehmann**, § 21, s. 98; **Guggenheim**, Contrats II, s. 65; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 766; **Glatthard**, s. 55-56; **Ergül**, s. 77.

⁶⁴³ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 14; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 8; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 1; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 766; **Glatthard**, s. 55-56.

⁶⁴⁴ **İsvHMK m. 6**: “(Fr) *Une prétention divisible est susceptible d’une action partielle*; (De) *Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden*; (Tr) *Bölünebilir bir talep kısmi davaya konu olabilir*”.

⁶⁴⁵ **CR-Bohnet**, art. 86 CPC N 2; **KUKO-Oberhammer/Weber**, Art. 86 ZPO N 1b; **DIKE-Füllemann**, Art. 86 ZPO N 1; **BSK-Dorschner/Bell**, Art. 86 ZPO N 1; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 2, dn. 3; **Hohl**, N 505; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 941; **Arsalan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usul, s. 301; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 989 vd.; **Tanriver**, s. 657; **Kuru**, s. 150; **Nomer**, Manevi Tazminat, s. 222; **İsvFM**, 7.5.2018, 4A_366/2017; **Yargıtay İBK**, E. 2017/8, K. 2019/3, T. 24.5.2019 (RG T. 29.9.2019, S. 30901): “(...) *Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez (...) Kısmi dava açılabilmesinin ön koşulunu, dava yoluyla yerine getirilmesi istenen edimin bölünebilir bir nitelik taşıması oluşturur. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 109. maddesinin birinci fıkrasında da, talep konusunun, yani istenen edimin, sadece niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, kısmi dava açılması yoluna gidilebileceğine açıkça vurgu yapılmıştır. Edimin bölünüp bölünemeyeceği sorunu ise, bir usul hukuku sorunu değil; maddi hukuk sorunudur ve edimin bölünebilirliğinden maksat, niteliğinde herhangi bir değişme ve değerinde herhangi bir azalma meydana gelmeksizin kısmen ifasının talep edilebilmesidir (...)*”.

hukukunda bölünebilirlik koşulunun, usul hukuku çerçevesinde değil, maddi hukuk yani borçlar hukuku kuralları uyarınca, aşağıda yer verdiğimiz ilkeler ışığında belirlenmesi gerekir⁶⁴⁶.

Bir edimin bölünebilir olması demek, o edimin kısmen ifa edilebilir olması anlamına gelir. Esasen sözleşmede öngörülen ifa programı, tek değil, birkaç aşamada gerçekleştirilebiliyorsa; yani edimin bütünü, sözleşme uyarınca miktar bakımından daha azına veya belli bölümlere ayrılabiliriyorsa, ifa fiili birbiri ardına birkaç eylemde gerçekleştirilebildiği için, edimin **bölünebilir** olduğu sonucuna varılır⁶⁴⁷. Bir edim, bölünebilir olsa bile alacaklı kısmi ifayı reddedebilir⁶⁴⁸. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere, kanun koyucu, TBK m. 84 hükmüyle, bir edimin parça parça ifa edilmesi tehlikesine karşı, alacaklının dezavantajlı bir konuma düşmesine veya kısmi ifa nedeniyle hukuki menfaatlerinin zarar görmesine engel olmak istemektedir⁶⁴⁹. Borçlunun bölünemeyen bir edimin bir kısmını alacaklıya ifa olarak sunması durumunda, kısmi dahi olsa herhangi bir edimden bahsetmek mümkün olmaz⁶⁵⁰. Bu durumda, kısmi temerrüt değil, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır.

Kısmi ifa ve kısmi temerrüt açısından belirleyici bir öneme sahip olan bölünebilirlik şartı, yalnızca edimin teknik olarak ve fiilen birden fazla parçaya ayrılabilmesi anlamına gelmez. Başka bir deyişle, borçlunun objektif olarak, borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa edebilme kabiliyetini haiz olması edimin bölünebilir olduğunu göstermez. Bir edimin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için, sübjektif olarak, yani hukuken bölünebilir olması; başka bir deyişle, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumları uyarınca daha küçük parçalara ayrılabilmesi şarttır. Bu nedenle bölünebilirlik şartının kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken iki unsuru bulunur⁶⁵¹. Bunlar, “*objektif (fiili ve teknik) olarak bölünebilir olma şartı*” ile “*sübjektif (hukuken) olarak bölünebilir olma şartı*” olarak nitelendirilir.

⁶⁴⁶ CR-Bohnet, art. 86 CPC N 2; Tanriver, s. 657; Nomer, Manevi Tazminat, s. 222; Yargıtay İBK, E. 2017/8 K. 2019/3 T. 24.5.2019 (RG T. 29.9.2019, S. 30901). Kısmi dava konusunda bkz. aşağıda, B.3/I/B/2, “Kısmi Temerrüt ve Kısmi Dava” isimli başlık.

⁶⁴⁷ Esser/Schmidt, § 15 III.

⁶⁴⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 9.

⁶⁴⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13, 47; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁶⁵⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

⁶⁵¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

a. Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik

Edimin objektif açıdan bölünebilir olması, edimin niteliğinde ve değerinde değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilmesi hâlinde mümkün kabul edilir⁶⁵². O hâlde, **objektif açıdan bölünebilir olma** koşulu, borçlunun, muhteva itibariyle, borçlu olduğundan objektif olarak daha azını alacaklıya ifa etmesi şeklinde tanımlanabilir⁶⁵³. Objektif açıdan bölünebilirlik, kısmi ifanın, sözleşmenin taraflarına veya borç ilişkisine göre değişmeyen, nicel, objektif ve nesnel koşuldur. Zira, bir edimin objektif olarak bölünebilir olup olmadığı, yalnızca edimin muhtevasına ve yapısına bağlıdır. Bu sebeple, objektif açıdan bölünebilirlik, teknik açıdan edimin fiziki olarak ve fiilen bölünebilir olup olmadığı sorusuna cevap verir⁶⁵⁴. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, objektif açıdan bölünebilirlik kavramını teknik anlamda bölünebilirlik şeklinde de tanımlar⁶⁵⁵.

Objektif açıdan bölünebilirlik şartının sağlanması için, edimin farklı parçalara ayrılması durumunda, değerinde ve niteliğinde bir değişiklik olmaması; bölünmenin edim nezdinde olumsuz bir sapma yaratmaması gerekir. Edimin değerinde değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilmesi, edimin farklı parçalarının ihtiva ettiği ekonomik değer toplamının, edimin değerine denk olması anlamına gelir. Yoksa, kısmi edimin ekonomik değerinin her zaman edimin toplam değerinden daha az olması kaçınılmazdır. Edimin parçalara ayrılması durumunda niteliğinde değişiklik olmaması ise, maddi, ekonomik ve hukuki olarak, alacaklının edimden beklediği yarar ve menfaatlerde bir azalma olmaması anlamına gelir. Edim kısım kısım ifa edildiğinde dahi, sanki bir bütün hâlinde ifa edilmiş gibi alacaklıya aynı ölçüde fayda sağlayabiliyorsa, edimin objektif olarak bölünebilir olduğu kabul edilir.

⁶⁵² BK-Becker, Art. 69 OR N 8; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; Erman-Artz, BGB § 266 N 3; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Deschenaux, Obligations I, s. 16; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Glatthard, s. 55-56; Caytas, s. 159; Barth, s. 45; Würzler, s. 34-35, 99; Jürgens, s. 18; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 871; Dural, İmkânsızlık, s. 91; Nomer, Manevi Tazminat, s. 223; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958: “(...) Edimin değerinde azalma olmaksızın ve edimin amacına aykırılık taşımaksızın parçalara ayrılabilmesi durumunda bölünebilir olduğu kabul edilir (...)”; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “(...) Bir edim, şayet değer kaybetmeden parçalara ayrılabilirse, teknik olarak yani objektif açıdan bölünebilir olarak nitelendirilir (...)” İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararının eleştirisi için bkz. Siegenthaler/Stöckli, s. 328

⁶⁵³ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; CHK-Wullschlegel, Art. 69 OR N 3; Tercier/Pichonnaz, N 1110.

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 101; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7. Objektif bölünebilirlik kavramı, fiili bölünebilirlik olarak da anılır. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

⁶⁵⁵ İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “Teilbarkeit im technischen Sinn / divisibilité au sens technique du terme”.

TBK m. 84 uyarınca, para borçları objektif açıdan bölünebilir borçlardandır⁶⁵⁶. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, paranın değer sağlama borcu olarak borç ilişkisine konu edildiği her durumda, para borcunun bölünebilir olduğu ve kısmi ifaya elverişli bulunduğu söylenebilir⁶⁵⁷. Nitekim, TBK m. 84'ün mehzazını oluşturan İsvBK m. 69 ile eBK m. 68 hükümlerinin hem madde başlığında hem lafzında açıkça “*kısmi ödeme*” kavramına yer verilmiştir. Hükümün lafzı her ne kadar sadece para borçları için kullanılan “*ödeme*” kavramına yer vermiş olması sebebiyle eleştirilse de, günümüzde TBK m. 84 hükmünde yer alan kısmi ifa kuralının öncelikle para borçlarını hedef tuttuğu söylenebilir. Zira, kısmi ifanın en önemli uygulama alanını para borçları oluşturur⁶⁵⁸.

Çeşit borçları, TBK m. 84 uyarınca, kural olarak, objektif açıdan bölünebilir olan ve kısmen ifa edilmeye elverişli borçlardandır⁶⁵⁹. Bir miktar çeşit borcunun tesliminin kararlaştırıldığı bir borç ilişkisinde, borcun yalnızca bir bölümünün teslim edilmesi mümkündür⁶⁶⁰. Bazı yazarlar konuyu çeşit borcu yerine misli eşya açısından ele alarak, misli eşyanın kural olarak bölünebilir olduğunu vurgular⁶⁶¹. Öte yandan, çeşit borcunun bölünebilir olduğunu belirten yazarların, herhangi bir istisna tanımadan kesin bir biçimde neticeye varmaları isabetli değildir⁶⁶². Zira, sözleşmede açıkça veya örtülü olarak çeşit borcunun bölünebilir olmadığı kararlaştırılabilir⁶⁶³. Böyle bir durumda, edim objektif olarak bölünebilir olsa da, -aşağıda incelendiği üzere- sübjektif olarak bölünebilir kabul edilmez ve o edim bakımından bölünebilirlik şartının arandığı kurallar uygulanmaz. Keza, çeşidiyle belirlenen borcun miktar olarak

⁶⁵⁶ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 17; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Deschenaux, Obligations I, s. 16; Jürgens, s. 18; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 871; Nomer, Manevi Tazminat, s. 224.

⁶⁵⁷ Kural olarak, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, para borcu her zaman bölünebilir bir borçtur. Bkz. CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Nomer, Manevi Tazminat, s. 223. Para borcunun değer sağlama borcu olarak değil, parça borcu olarak borç ilişkisinin içeriğine dâhil olması durumunda, aksi kanaate varmak mümkün olabilir. Seri numarası tespit edilmiş olan veya bir koleksiyona dâhil edilmek istenen bir deste paranın bölünebilir olup olmadığını, aşağıdaki ilkelere bakarak tespit etmek gerekir. Bkz. aşağıda, B.2/II/B/1/b, “*Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik*” isimli başlık.

⁶⁵⁸ Uygulamada, alacaklı, borçlu tarafından teklif edilen kısmi ödeme teklifini genel olarak kabul eder. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 6, 47; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5. Zira, alacaklı, para borçlarında kısmi ifayı kabul ederek, kısmen kendisine ifa edilen paradan yararlanma imkânına sahip olur. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 47. Böylece, borçlunun kısmi ifa yoluyla ödeme gücünü artırması mümkündür.

⁶⁵⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 17; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Caytas, s. 29; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 871.

⁶⁶⁰ Örneğin bkz. İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355.

⁶⁶¹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Jürgens, s. 18; Deschenaux, Obligations I, s. 16.

⁶⁶² Bu yönde bkz. ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5. Weber ise, “*kural olarak (i.d.R.)*” şerhini koymuş ve bir açık kapı bırakmıştır. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 17.

⁶⁶³ CR-Hohl, art. 69 CO N 2.

yalnızca bir biriminin borçlanması ihtimalinde, çeşit borcunun bölünebilir olmadığı ve kısmen ifa edilemeyeceği sonucuna varılabilir. Belli bir bölgede yer alan taşınmazlardan herhangi birinin devrinin talep edilmesi veya bir şişe şarabın tesliminin borçlanması böyledir.

Parça borçları açısından bakıldığında, öğretide eski bir yaklaşımın, parça borçlarının bölünebilir olmadığını belirttiği görülür⁶⁶⁴. Kanımızca, parça borçları açısından genel bir kural koymak mümkün değildir. Başka bir deyişle, bütün parça borçlarının kural olarak bölünebilir nitelikte olduğu söylenemeyeceği gibi, sözleşme konusunun ferdan tayin edilmiş olması da edimin bölünebilir olmasına engel teşkil etmez. Somut olayın koşulları ve ifa edilmesi istenen edimin yapısı elverdiği ölçüde, parça borçlarının bölünebilmesi mümkündür⁶⁶⁵.

Tek bir taşınmazın, yani tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilmiş olan tek bir parselin devrini içeren bir edimin objektif olarak bölünebilir olmadığı kabul edilmelidir⁶⁶⁶. Zira, taşınmazın mülkiyet payının bir kısmının devredilmesi, mülkiyetin ve mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerinin o oranda devralana geçirilmesi anlamına gelmediği için, kısmi ifa olarak nitelendirilmez⁶⁶⁷.

b. Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik

Bir edimin kısmen ifa edilip edilemeyeceği belirlenirken, edimin bölünebilir olup olmadığına bakılır. Fakat, edimin bölünebilir olması, yalnızca edimin, objektif açıdan, yani fiilen veya teknik anlamda bölünebilir nitelikte olması anlamına gelmez. Bu sebeple, objektif açıdan edimin bölünebilir olması, edimin kısmi ifaya konu olup olamayacağı açısından tek başına belirleyici değildir⁶⁶⁸. Bir edimin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için, edimin **hukuken bölünebilir olması** şarttır⁶⁶⁹. Başka bir deyişle, bir edimin kısmen ifa edilebilmesi konusunda belirleyici olan husus, edimin nicelik olarak olması gerekenden daha küçük parçalara fiilen ayrılıp

⁶⁶⁴ Würgler, s. 35; Esser/Schmidt, § 15 III; Deschenaux, Obligations I, s. 16.

⁶⁶⁵ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5; CR-Hohl, art. 69 CO N 2.

⁶⁶⁶ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Würgler, s. 35; Jürgens, s. 18; AlmFM, BGHZ 73, 243 (247) = NJW 1979, s. 1163; BGH, NJW 2000, s. 1256.

⁶⁶⁷ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Jürgens, s. 18.

⁶⁶⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Caytas, s. 159; Glatthard, s. 55-56; Dural, İmkânsızlık, s. 129; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “(...) Teknik anlamda bölünebilirlik, gerekli bir koşul olsa da yeterli değildir. Nihai olarak belirleyici olan husus, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleridir (...)”.

⁶⁶⁹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Caytas, s. 159; Dural, İmkânsızlık, s. 129; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958.

ayrıl原因aması değil, hukuki olarak bölünmesinin mümkün olup olmamasıdır. Bu sebeple, kısmi ifanın mümkün olup olmadığı belirlenirken, “*hukuki bölünebilirlik* (*rechtliche [Un-]Teilbarkeit*)” kavramına başvurmak gerekir⁶⁷⁰. Bir edimin, niteliğinde ve değerinde azalma olmaksızın parçalara ayrılabilmesi, o edimin hukuken bölünebilir olduğunu göstermez.

Bir edimin hukuken bölünebilir olup olmadığı, tarafların irade beyanları çerçevesinde, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumları nazara alınarak belirlenir⁶⁷¹. Bir edimin hukuken bölünebilir olup olmadığı belirlenirken, ilk olarak, sözleşmeyle güdülen **amaç** (*Vertragszweck*) nazara alınmalıdır⁶⁷². Tarafların sözleşmeyle güttükleri ortak amacın, edimin tamamen değil, kısmen ifa edilmesi hâlinde de hasıl olması varsayımında edimin hukuken bölünebilir olduğu kabul edilir⁶⁷³. Başka bir deyişle, tarafların sözleşme ilişkisine girerken takip ettikleri amacın, edimin nicelik bakımından daha azının ifası suretiyle de kısmen gerçekleşiyor olması gerekir. Şüphesiz, sözleşmenin amacının kısmi ifa hâlinde de korunup korunmadığı tespit edilirken, ilk olarak tarafların ortak irade beyanları esas alınmalıdır⁶⁷⁴. Sözleşmenin amacının tespitinde, ayrıca, alışveriş hayatındaki genel kanaatlerden yararlanmak mümkündür⁶⁷⁵.

Bir edimin hukuken bölünebilir olup olmadığı belirlenirken, ikinci olarak, **tarafların menfaat durumları** (*Interessenlage*) esas alınmalıdır⁶⁷⁶. Her olay özelinde

⁶⁷⁰ Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207-208; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 104; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Caytas, s. 159; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958: “*rechtlicher Hinsicht teilbar*”, “*rechtlich und wirtschaftlich teilbar*”.

⁶⁷¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CHK-Wullschlegler, Art. 69 OR N 3; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Glatthard, s. 55-56; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “(Tr) Nihai olarak belirleyici olan husus, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleridir; (Fr) Sont finalement décisifs le but du contrat et les intérêts en cause; (De) Massgeblich sind letztlich Vertragszweck und Interessenlage”. Benzer şekilde bkz. CR-Hohl, art. 69 CO N 2; Caytas, s. 29, 159.

⁶⁷² BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CHK-Wullschlegler, Art. 69 OR N 3; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 6; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Caytas, s. 29; Glatthard, s. 55-56; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁶⁷³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; Caytas, s. 29.

⁶⁷⁴ CR-Hohl, art. 69 CO N 2; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207-208.

⁶⁷⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; Guggenheim, Contrats II, s. 66.

⁶⁷⁶ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; CHK-Wullschlegler, Art. 69 OR N 3; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; Bucher, AT, s. 382, dn. 216; Glatthard, s. 55-56; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Örneğin bir çift koşum atının satın alınmış olması ihtimalinde, alacaklının yalnızca bir tane koşum atını teslim almada hukuken menfaati olmadığı için, söz konusu edimin bölünebilir olmadığı kanaatine varılmalıdır. Aynı yönde bkz. Schwenger/Fountoulakis, N 64.31.

gerçekleşen somut menfaat dengesinin tespit edilmesi TBK m. 84 açısından önem taşır⁶⁷⁷. Yukarıda ifade edildiği üzere, TBK m. 84 hükmü temel olarak alacaklının ifanın bütününe olan menfaatini koruma amacı güder⁶⁷⁸. Bu sebeple, menfaat durumları belirlenirken, öncelikle alacaklının ifaya olan menfaati esas alınmalıdır⁶⁷⁹. Edimin kısmen ifa edilmesi, alacaklı nazarında edimin özünü ve ekonomik değerini olumsuz etkilemiyorsa, edimin alacaklı açısından bölünebilir olduğu kabul edilebilir⁶⁸⁰. Buna karşılık, somut olayın koşullarına göre, edimin tamamı, alacaklı açısından bir yeknesaklık arz ediyorsa; başka bir deyişle, edim, alacaklı için, ekonomik veya şahsi olarak bir “*kapalı kalıp (geschlossene Form / forme fermée)*”⁶⁸¹ şeklindeyse, edimin alacaklı açısından bölünebilir olmadığı sonucuna varılabilir⁶⁸². Özellikle, arz edilen kısmi ifa, alacaklı açısından sakınca barındırıyorsa veya herhangi bir şekilde alacaklının ifa menfaatini tatmin etmiyorsa, edimin bölünebilir olduğundan bahsedilemez⁶⁸³. Keza, borcun kalan kısmını ifa olarak kabul etmesi, makul bir biçimde alacaklıdan beklenemiyorsa, yine edimin bölünebilir olmadığı sonucuna ulaşılır⁶⁸⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, edimin ifasının kısım kısım farklı vadelere tabi kılınması durumunda, edimin bölünebilir nitelikte olduğu söylenebilir⁶⁸⁵. Kanımızca, edimin kısım kısım vadelere ayrılması, sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde, tarafların edimin bölünebilir olduğunu kabul ettikleri anlamına gelir.

⁶⁷⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2.

⁶⁷⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10, 13; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁶⁷⁹ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Caytas, s. 29, 159.

⁶⁸⁰ BK-Weber, Art. 69 OR N 13.

⁶⁸¹ Kapalı kalıp veya kapalı form (*geschlossene Form / forme fermée*) özünde bir tiyatro ve drama terimidir. Yer, zaman ve olay örgüsünün birliğinin korunduğu, simetrik bir serim, düğüm ve çözüm örgüsüne yer verilen, karakterlerin katı bir şekilde dağıtıldığı, olayın açık bir sonla bittiği klasik tiyatro eğilimine **kapalı form** denmektedir. Kapalı form, bir tiyatro oyunun bozulmaz bir birlik ve mükemmeliyetçi bir bütünlük içerdiği klasik ve ideal tipi yansıtan drama şeklidir. Bu açıdan, kapalı form benzetmesi, bir borç ilişkisinde bir edimin bölünemez nitelikte olması veya kısmen ifa edilmeye elverişsiz bulunması durumunu açıklamak bakımından oldukça isabetlidir. Zira, kapalı form üslubundaki ideal bir oyunda, yapı ve içerik bakımından hiyerarşik olarak organize edilmiş olan yapıyı bölmek, bazı bölümlerin yerini değiştirmek veya bazı kısımları çıkarmak mümkün değildir. Eserin yapısı, piramidal ve simetrik bir biçimde, serim, düğüm, düğüm içerisinde doruk, dönüm noktası, gecikme, felaket ve çözüm şeklinde olmalıdır. Kapalı ve açık form kavramları için bkz. Klotz, s. 215-223.

⁶⁸² BK-Weber, Art. 69 OR N 13.

⁶⁸³ BK-Becker, Art. 69 OR N 8; BK-Weber, Art. 69 OR N 13. Aynı yönde bkz. Caytas, s. 159.

⁶⁸⁴ Caytas, s. 159.

⁶⁸⁵ İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Karar için bkz. Kara/Develioğlu, s. 146. Aynı yönde bkz. KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2. İsviçre Federal Mahkemesi, kanımızca isabetli olmayarak, söz konusu kriteri teknik anlamda bölünebilirlik bakımından zikretmiştir. Kanımızca, söz konusu kriterin subjektif açıdan, yani sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde tespit edilen bölünebilirlik kavramı açısından ele alınması daha doğrudur. Bu sebeple, söz konusu kriter bu başlık altında yer verilmiştir.

Hatta, bu durumda tarafların bir adım daha ileriye giderek, borçluya borcunu belli vadelerde kısmi ifa hakkı tanıdıkları sonucuna varılır.

Tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları da İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre edimin bölünebilir nitelikte olup olmadığı konusunda fikir verir⁶⁸⁶. Örneğin, alacaklının sözleşmenin konusunu oluşturan edimin bir kısmı bakımından ayıp bildiriminde bulunması veya bilirkişiye başvurması, taraflarca edimin bölünebilir nitelikte kabul edildiğini gösterebilir.

Borçlunun kısmi ifada bulunmuş olması da, taraf davranışları çerçevesinde edimin bölünebilir olduğunu gösterebilir. Örneğin, ilk bakışta bölünebilir olmayan edimin bir kısmının alacaklıya ifa olarak sunulması ve alacaklının da rızaen kısmi ifa teklifini kabul etmesi durumunda, zımnen veya iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla, ifa sırasında yapılan bir anlaşmayla borcun bölünebilir olduğu kararlaştırılmış sayılır. Önemli olan, TBK m. 84 f. I uyarınca kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olan alacaklının kısmi ifa teklifini rızaen kabul etmiş olmasıdır. Aslında, böyle durumda, bölünebilirlik tartışması önemini kaybeder ve borcun ifa edilmemesi hâlinde, bakiye kısım bakımından -aynen ifa mümkünse- kısmi temerrüt rejimine başvurulur.

Kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmü dışında, TBK m. 85 (İsvBK m.70) hükmünde de bölünemeyen borç kavramına yer verilmektedir. Aynı hukuki kavram kullanılmış olsa da, TBK m. 84 ile TBK m. 85 (İsvBK m. 70) hükümleri açısından yeknesak bir anlam ifade eden “*bölünebilir borç veya bölünemeyen borç (prestation [in]divisible / [Un-] teilbare Leistung)*” tanımı yapmak mümkün değildir⁶⁸⁷. TBK m. 84 bakımından kısmi ifanın içeriği belirlenirken, yalnızca söz konusu hüküm kapsamında yer verilen somut menfaatler dengesi esas alınmalıdır⁶⁸⁸. TBK m. 84 kapsamında somut menfaatler dengesinin sağlanabilmesi için, kısmi ifanın konusunu oluşturan bölünebilir edimin, niteliğinde ve değerinde azalma olmaksızın parçalara ayrılabilmesi yeterli değildir. Ayrıca, taraflar arasındaki sözleşmeyle güdülen amaç ve taraf menfaatleri uyarınca edimin hukuken bölünebilir olması gerekir⁶⁸⁹. Nitekim, kısmi ifa açısından asıl belirleyici olan hukuki bölünebilirlik kavramıdır. Hukuki

⁶⁸⁶ İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁶⁸⁷ BK-Becker, Art. 69 OR N 8; BK-Weber, Art. 69 OR N 12. Alman Hukuku'nda TBK m. 84 hükmünü karşılayan BGB § 266 ile TBK m. 85 hükmünü karşılayan BGB § 420 açısından aynı görüşte bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 9; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 4; Coing, s. 532. Aksi yönde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1.

⁶⁸⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 12.

⁶⁸⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; BK-Becker, Art. 69 OR N 8.

bölünebilirlik kavramı, TBK m. 85 hükmünde yer verilen bölünemeyen borç kavramını kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmünden ayırır. Oysa, her iki hükmün temelinde yatan *ratio legis* farklılık göstermektedir. Bu nedenle bir hüküm açısından bölünebilir olan edimin, diğeri bakımından bölünebilir olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁶⁹⁰.

Edimin bölünebilir olup olmadığının tespitinde sözleşmeyle güdülen amaç ve taraf menfaatleri belirleyici olduğu için, muhteva itibariyle aynı olan iki edimin, farklı sözleşme ilişkilerinde bölünebilirlik bakımından farklı değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin, perakende satış bakımından bölünebilen bir edim, toptan satış bakımından bölünemeyen bir edim olarak nitelendirilebilir⁶⁹¹.

2. Farklı Edim Türleri Açısından Kısmi İfa Sorunu

a. Genel Olarak

Borçlar hukuku sistematüğinde, hukuk kaynaklarını meydana getirenler, dar anlamda borç ilişkisini, borcun konusunu oluşturan edime göre farklı sınıflandırmalar dâhilinde ele almıştır. Nitekim, borcun edimin konusuna göre verme (*dare*), yapma (*facere*) ve yapmama (*non facere*) borcu şeklinde sınıflandırılması mümkün olduğu gibi; edimin belirlenme şekline göre çeşit borcu ile parça borcu olarak farklı gruplara ayrılması da söz konusu olabilir. Keza, alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleşmesi, başka bir deyişle edimin ifa süresi bakımından ani, sürekli ve dönemsel edimler şeklinde bir ayırım yapılması da mümkündür.

Öğretide bazı eserlerde, kısmi ifa sorunu, edim türlerine göre belli kalıplar dâhilinde ve mutlak bir kesinlikte ele alınarak cevaplandırılmaktadır⁶⁹². Edim konusunda yapılan sınıflandırmalar, belli açıdan pek çok işlevi yerine getirir de, günümüzde karşılaşılan edim tipleri, geçmişin katı kalıplarına sığdıramayacak derecede çeşitli ve birbirinden farklıdır. Bu nedenle kazuistik bir değerlendirmeye kesin sonuçlara varmak ve katı bir şekilcilikle hareket etmek yerine, somut olay adaletini sağlamak amacıyla menfaat içtihatçılığı yöntemi takip edilmeli; geri dönülmesi mümkün olmayan soyut genellemelerden kaçınılmalıdır.

⁶⁹⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 3.

⁶⁹¹ BK-Becker, Art. 107 OR N 46; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; Guggenheim, Contrats II, s. 66.

⁶⁹² Örneğin bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 870, 1737; Öz, Dönme, s. 43; Gümüş, Kısmi İfa, s. 605; Şen, s. 88 vd.

Kısmi ifa konusunda edimin türüne göre bazı genel kanaatlere varmak mümkün olsa da, hangi edimlerin mutlak surette bölünebilir, hangilerinin bölünemez nitelikte olduğu sorusuna kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Bir edimin bölünebilir nitelikte olup olmadığı, yukarıda yer verdiğimiz iki aşamalı inceleme doğrultusunda⁶⁹³, somut olayın şartları çerçevesinde, objektif ve sübjektif kriterden yararlanılarak tespit edilmelidir. Ayrıca, objektif olarak bölünebilir olan bir edimin, nihai olarak bölünebilir kabul edilip edilmemesi konusunda belirleyici olan husus, edimin sözleşmenin amacı ve tarafların menfaatleri uyarınca hukuken (*sübjektif olarak*) bölünebilir olup olmadığıdır. Bu nedenle, aşağıda yer verilen değerlendirme, daha çok edimin objektif olarak bölünebilir nitelikte addedilip addedilemeyeceğini esas alır. Zira, objektif olarak bölünebilir nitelikte olan bir edim, somut olayın koşulları içinde ve sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde bu özelliğini yitirebilir.

Vurgulamak gerekir ki, kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmü, emredici değil, düzenleyici hukuk kuralı olduğu için⁶⁹⁴, tarafların yukarıda yer verdiğimiz kısmi ifa şartlarını sözleşmeyle değiştirmesi ve yeni bir sözleşmesel kısmi ifa rejimi tesis etmesi mümkündür. Bu nedenle, sözleşmede açıkça veya örtülü olarak, bir edimin bölünebilir nitelikte olduğu kararlaştırılmışsa veya borçlunun borcunu kısmen ifa edebilmesi ihtimal dâhilinde görülmüşse, başka bir değerlendirme yapılmaksızın edimin bölünebilir olduğunun kabul edilmesi gerekir.

b. Verme, Yapma ve Yapmama Borçları Açısından

Öğretide savunulan eski bir yaklaşıma göre, yapma (*facere*) ve yapmama (*non facere*) borçları kural olarak bölünebilir değilken, verme borçları kural olarak bölünebilir nitelikte kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere, kazuistik bir değerlendirmeyle kesin sonuçlara vararak yalnızca verme borçlarının bölünebilir nitelikte olduğunu belirten yaklaşım isabetli sayılmaz. Verme, yapma ve yapmama borçları, kısmi ifa ve kısmi temerrüt merceği altında incelenecek olursa, şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

⁶⁹³ Bölünebilirlik konusunda bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1/a**, “*Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik*” ve yukarıda, **B.2/II/B/1/b**, “*Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik*” isimli başlıklar.

⁶⁹⁴ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; BK-Weber, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁶⁹⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 870; Würdler, s. 34-35; Gümüüş, Kısmi İfa, s. 605; Şen, s. 89 vd.

- a) **Verme borçlarının** yukarıda yer verdiğimiz objektif ve sübjektif bölünebilirlik kriterleri çerçevesinde birden fazla parçaya ayrılması mümkün ise bölünebilir nitelikte olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, götürü bir biçimde verme borçlarının bölünebilir nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Verme borçlarının objektif açıdan bölünebilir sayılması için, edimin niteliğinde ve değerinde değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilmesi gerekir.
- b) **Yapma borçları** bakımından bölünebilirlik konusu, her zaman şüpheyle yaklaşılacak bir mevzu olmuştur. Zira, yapma borcunun konusunu oluşturan olumlu davranışın nasıl bölüneceği ve ne şekilde kısım kısım ayrılacağı, baştan tespit edilmesi zor ve muğlak bir durumdur. Bu nedenle, öğretide zaman zaman yapma borçlarının bölünebilir olmadığı ifade edilmektedir⁶⁹⁶. Buna karşılık, yapma borçlarının bölünebilir olup olmadığı yönündeki tartışmaya götürü bir cevap vermek yerine, yapma borçlarının kural olarak bölünemez nitelikte olmadığı vurgulanması gerekir.

İşgörme edimi açısından bakılacak olursa, belirli bir sonuç meydana getirmeyi hedeflemeyen ve bir hizmetin ifasını konu edinen işgörme edimi (“*Diensleistung*”) içeren yapma borçları, objektif olarak bölünebilir bir edim olarak nitelendirilebilir⁶⁹⁷. Bir işgörme ediminin bölünebilir olması konusunda belirleyici olan husus, somut olayın koşullarına göre, edimin, objektif ve fiili olarak değil, sübjektif ve hukuki olarak bölünebilir olmasıdır⁶⁹⁸. Zira, sözleşmeyle güdülen amaç ve tarafların menfaat durumları çerçevesinde, işgörme ediminin sübjektif olarak bölünebilir olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

- i. **Hizmet (iş) sözleşmesi** çerçevesinde, işçi tarafından işverene sunulan işgörme borcunun, kural olarak bölünebilir, dolayısıyla kısmen ifa edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁶⁹⁹. Nitekim, bir hizmet sözleşmesi uyarınca, bir işçinin belli bir süre çalışıp belli bir süre çalışmaması, kısmi ifa teşkil eder⁷⁰⁰. Örneğin,

⁶⁹⁶ Würdler, s. 35; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 870; Gümüş, Kısmi İfa, s. 605.

⁶⁹⁷ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 5; Erman-Artz, BGB § 266 N 3; Tillmanns, s. 307 vd.; Würdler, s. 35; AlmFİM, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158. Bu yönde bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı). Aksi görüşte bkz. Deschenaux, Obligations I, s. 16.

⁶⁹⁸ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

⁶⁹⁹ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 5; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 11; Erman-Artz, BGB § 266 N 3; Würdler, s. 35; AlmFİM, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158. Aksi görüşte bkz. Deschenaux, Obligations I, s. 16. İşgörme kavramı ve tanımı için bkz. Tolu Yılmaz, s. 296.

⁷⁰⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 11; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 5; AlmFİM, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158. Alman Federal İş Mahkemesi, önüne gelen olayda, işçinin greve katılması sebebiyle belli bir süre çalışmamış olması durumunda, alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda

haftada kırk saat çalışmakla yükümlü olan işçinin, otuz beş saat çalışma talebi, esasen bir kısmi ifa talebidir⁷⁰¹. Keza, on gün çalışma borcu altına giren işçinin yalnızca beş gün çalışması kısmi ifa olarak nitelendirilmelidir⁷⁰². Öte yandan, işverenin, söz konusu kısmi ifayı kabule mecbur olmaması ayrı konudur. Zira, özel hükümler saklı kalmak şartıyla, bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde, işveren, aksi sözleşmede düzenlenmedikçe veya başka bir istisna söz konusu olmadıkça, kısmi ifayı kabule mecbur değildir⁷⁰³. Öte yandan, bir hizmet sözleşmesinde, işçinin edimini kısmen ifa edip etmediği tespit edilirken, somut olayın hâl ve şartlarına dikkat edilmelidir⁷⁰⁴. Zira, bazı durumlarda işçinin edimini eksik değil, kötü ifa ettiği; yani gereği gibi ifa etmediği sonucuna ulaşılabilir.

- ii. **Eser sözleşmesi** çerçevesinde, eser meydana getirme ediminin, bir sonuç taahhüdünü içermesi sebebiyle kural olarak bölünebilir bir borç olmadığı ve kısmen ifa edilemeyeceği söylenebilir⁷⁰⁵. Her ne kadar bir eser meydana getirme edimi, pek çok ifaya hazırlık faaliyetini gerektirse de tek bir sonucun borçlanması durumunda, kural olarak, eserin teslim edilmesini içeren ifa fiili bölünebilir değildir⁷⁰⁶. Örneğin bir evin inşası veya bir makinenin montajı bölünebilir bir edim olarak değerlendirilmez. Öte yandan, birden fazla eser meydana getirme borcu altına girilmişse veya eser kısım kısım parçalara ayrılmışsa ya da meydana getirilecek eserin muhtevası miktar bakımından belirlenmişse eser meydana getirme borcunun bölünebilir hâle geldiği söylenebilir⁷⁰⁷. Yüz metre duvar örme borcu altına girilmesi veya beş bungalow inşaatı ya da üç makinenin montajı bölünebilir bir edim olarak nitelendirilebilir⁷⁰⁸. Keza, bir bina meydana getirmek yerine, yüklenici on bağımsız bölüm inşa etmeyi yüklenmişse, edimin bölünebilir olduğu

olmadığını düzenleyen BGB § 266 hükmü kapsamında, kanunen izin verilen bir kısmi ifa hâlinin bulunduğunu ve işverenin kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **AlmFfM**, BAG, NJW 1985, s. 2158.

⁷⁰¹ Staudinger-**Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 5.

⁷⁰² **Würgler**, s. 35.

⁷⁰³ Staudinger-**Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 5.

⁷⁰⁴ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 16a. Hükümün uygulanmasının sürekli borç ilişkilerinde zorluk arz ettiği yönünde bkz. **AlmFfM**, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158.

⁷⁰⁵ **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 7; Staudinger-**Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 5; Soergel-**Wolf**, BGB § 266 (aF) N 10; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 16; **Würgler**, s. 35; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 870.

⁷⁰⁶ Staudinger-**Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 5; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 870. Kısmi ifanın mümkün olabileceği görüşünde bkz. **Leuba**, Vente, s. 108-109.

⁷⁰⁷ **Würgler**, s. 35; **Öz**, Dönme, s. 43; **Gayretli Aydın**, s. 33.

⁷⁰⁸ Duvar örneği için bkz. **Würgler**, s. 35. Montaj örneği için bkz. **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı).

söylenbilir. Yine, yüklenicinin bir villayla beraber sosyal tesis inşa etmeyi borçlanması durumunda da kural olarak bölünebilir bir edim mevcuttur⁷⁰⁹. Benzer şekilde, Alman Federal Mahkemesi, bir yol yapım çalışmasında iki kepçe operatörü tarafından gerçekleştirilen mevcut toprağın kazılması ve taşınması işinin bölünebilir bir edim olduğunu belirtmiştir⁷¹⁰.

Kanun koyucu, bazı hükümlerde eser meydana getirme borcunun bölünebilir nitelikte olabileceğini nazara almıştır. Örneğin, TBK m. 479 f. II (İsvBK m. 372 f. II)⁷¹¹ uyarınca, eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur. O hâlde, TBK m. 479 f. II hükmünde, eser sözleşmesinde kısmi ifanın mümkün olmadığı yönündeki kuralın aksinin sözleşmeyle kararlaştırılması mümkün görülmüştür⁷¹². Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında eserin parça parça tamamlanması konusunda sözleşmede farklı vadeler kararlaştırılmışsa, kısmi ifanın mümkün olabileceğini belirtmiştir⁷¹³. Eser meydana getirme borcunun kısmen ifa edilebileceği konusunda verilebilecek diğer örnek TBK m. 486 (İsvBK m. 379) hükmüdür. TBK m. 486 uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşmenin, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiş, ayrıca, iş sahibi bakımından bir kabul zorunluluğu öngörülmüştür. TBK m. 486 (İsvBK m. 379 f. II) uyarınca, iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü kılınmıştır. Kanaatimizce, kanun koyucu, TBK m. 486 hükmünde, iş sahibinin eserden yararlanabilecek konumda olması hâlinde,

⁷⁰⁹ Yargıtay bu durumu eksik ifa olarak nitelendirir. Örneğin bkz. **Yargıtay 3. HD**, E. 2022/4289, K. 2022/6535, T. 15.9.2022 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/2184, K. 2023/2864, T. 24.10.2023 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2020/13-305, K. 2022/926, T. 15.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2019/13-349, K. 2022/806, T. 2.6.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2018/13-929, K. 2019/515, T. 2.5.2019 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2019/13-468, K. 2020/539, T. 8.7.2020 (Kazancı).

⁷¹⁰ **AlmFM**, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

⁷¹¹ İsvBK m. 372 f. II hükmünün Fransızca metninde “eğer kısmi ödeme ve kısmi teslim kararlaştırılmışsa (si des livraisons et des paiements partiels ont été convenus)” denilerek, açıkça edimin kısmi ifasına atıfta bulunulmuştur. Fakat, hükmün Almanca metninde, İsvBK m. 479 f. II hükmüne benzer şekilde “işin kısım kısım teslim edilmesi ve bedelin kısımlara göre belirlenmesi durumunda (Ist das Werk in Teilen zu liefern und die Vergütung nach Teilen bestimmt)” denilerek kısmi ifa kavramına yer verilmemiştir.

⁷¹² **Gauch**, Entreprise, N 108; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 16, 36. Öte yandan, sözleşmede eserin farklı bölümleri için farklı tamamlanma tarihleri öngörülmesi, mutlak surette kısmi ifanın kararlaştırılmış olduğunu göstermez. Bkz. **Gauch**, Entreprise, N 108.

⁷¹³ **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Öte yandan, somut olayda tek bir karşı edim yani tek bir bedel kararlaştırıldığı için, doğrudan İsvBK m. 372 f. II hükmünün uygulanması mümkün olmamıştır. Bkz. **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

eserin daha önce tamamlanan kısmının kısmi ifa teşkil edeceğini ve eserden yararlanabilen iş sahibinin, meydana gelen imkânsızlık nedeniyle kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında olduğunu düzenlemiştir. Nitekim, mehz İsvBK m. 379 f. II hükmünde, iş sahibinin daha önce ifa edilmiş olan kısmı kabul etmek zorunda olduğu belirtilmiş, tamamlanmış olan kısmın ifa teşkil ettiği vurgulanmıştır⁷¹⁴.

- iii. **Vekalet sözleşmesi** açısından, her ne kadar vekilin karakteristik edimi bir sonuç taahhüdü içermese de, eser sözleşmesiyle benzer bir sonuca ulaşılabilir. Kural olarak, vekalet sözleşmesinden doğan belirli bir iş görme borcu, bölünebilir bir borç sayılmaz ve kısmen ifa edilemez⁷¹⁵. Örneğin, kural olarak, bir avukatın müvekkili lehine belirli bir iş görme edimini yerine getirmesi bölünebilir değildir veya hekimin uyguladığı bir tedaviyi parçalara ayırmak kural olarak mümkün görünmez. Keza, bir finansal analiz raporunun hazırlanmasını talep eden yatırımcı, kısmi değil, kapsamlı ve noksansız bir analiz raporuna ihtiyaç duyduğu için, raporunun bir kısmının teslim edilmesi, alacaklıyı kısmen de olsa tatmin etmez⁷¹⁶. Yine, bir danışmanın bilgi verme veya aydınlatma borcunun edimin amacına uygun bir biçimde bölünmesi mümkün değildir⁷¹⁷.

Buna karşılık, somut olayın koşulları çerçevesinde, bazı vekalet sözleşmeleri bakımından aksi sonuca varılabilir. Nitekim, sayıyla, zamanla veya ifa yeriyle belirlenen bir iş görme edimi söz konusu ise, edimin bölünebilir olduğu kabul edilebilir. Örneğin, bir avukatın müvekkili adına birden fazla dava açması veya takipte bulunması gerekiyorsa, bunlardan yalnızca bir bölümünü yerine getirmesi, kısmi ifa sayılabilir. Benzer şekilde, öğretmenin iş görme ediminin belli konular çerçevesinde veya zamana bağlı olarak kısım kısım ayrılabilmesi mümkündür. Keza, bir hekimin bir amaca yönelik olarak birden fazla tedavi uygulaması gerekiyorsa, bunlardan bazılarının tatbik edilmemesi somut olayın koşullarına göre kısmi ifa sayılabilir. Yine, bir yıl boyunca ayda iki kez seans yapma borcu altına giren bir diyetisyenin veya psikoloğun borçlandığı edim de

⁷¹⁴ Bkz. **art. 379 al. II CO (Fr)**: “*Le maître est tenu d’accepter les parties déjà exécutées de l’ouvrage, s’il peut les utiliser, et d’en payer le prix*”. İsvBK m. 379 f. II uyarınca, “*İş sahibi, eser kullanılabilir durumdaysa, eserin ifa edilmiş olan kısımlarını kabul etmek ve bedeli ödemek zorundadır*”. Öte yandan, hükmün Almanca metninde eserin tamamlanmış olan kısmından söz edilmiştir. Bkz. **Art. 379 Abs. II OR (De)**: “*Der Besteller ist verpflichtet, den bereits ausgeführten Teil des Werkes, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und zu bezahlen*”.

⁷¹⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 16a.

⁷¹⁶ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 16a.

⁷¹⁷ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

bölünebilir kabul edilir. Bir noterin gerçekleştirdiği görevin de yine belli bölümlere ayrılması mümkün görülebilir.

Alman Hukuku'nda taşıma sözleşmesinin bölünebilir nitelikte olduğu kabul edilir. Zira, Alman Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda, havayolu yolcu taşımacılığı sözleşmesi kapsamında, bir işgörme edimi olan yolcu taşıma ediminin objektif ve hukuki olarak bölünebilir olduğuna hükmetmiştir⁷¹⁸. Bu durum, daha ziyade, karara konu olan olayda olduğu gibi, taşımaya konu olan edimin miktar olarak bölünebilir olması durumunda karşımıza çıkar. Zira, borcun konusunun miktar bakımından parçalara ayrılmaya elverişli olması, edimin bölünebilir olduğunu gösterebilir.

- c) **Yapmama borçları** açısından bakıldığında, genel olarak, borcun konusunu oluşturan olumsuz davranış ediminin kural olarak objektif biçimde bölünebilir olmadığı görülür⁷¹⁹. Nitekim, olumsuz bir davranışın kısmen icra edilmesi, ilk bakışta mantığa aykırı ve imkânsız olarak değerlendirilebilir. Öte yandan, yapmama borcunun konusunu miktar bakımından birden fazla olumsuz davranışın teşkil etmesi hâlinde ya da yapmama borcunun zamana veya mekâna göre belli kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda, somut olayın şartları çerçevesinde aksi sonuca ulaşmak mümkün olabilir⁷²⁰. Örneğin, bir rekabet etmeme borcu çerçevesinde, borçlunun, iki yıl boyunca Konya ve Ankara'da rekabet etmemeyi borçlanması hâlinde, altı ay boyunca karşı tarafla rekabet etmesi ya da bu yasağı sadece Konya'da ihlal etmesi, somut olayın şartları ve sözleşmenin amacı çerçevesinde kısmi ifa olarak nitelendirilebilir. Önemli olan, yapmama borcuna aykırılığın, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığına sebebiyet vermemesidir.

c. Ani, Sürekli ve Dönemsel Edimler Açısından

Alacaklının ifaya olan menfaati nazara alındığında edimin ani, sürekli ve dönemsel edim şeklinde üç temel gruba ayrılarak incelendiği görülür. Kısmi ifanın da ani, sürekli ve dönemsel edimler bakımından farklı şekillerde gerçekleşebileceği

⁷¹⁸ **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 1958. Karara konu olayda, birden fazla doğrudan uçuşu içeren havayolu taşımacılığı hizmetinin bölünebilir olduğu sonucuna varılmıştır. Kararda ayrıca Alman Federal Mahkemesi, bir edimin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için hukuken ve fiilen bölünebilir olması gerektiğini vurgulamış, alacaklının hukuken bölünebilir bir edim olan havayolu taşımacılığı ediminin bir kısmını talep etmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 1958.

⁷¹⁹ **Deschenaux**, Obligations I, s. 16; **Würgler**, s. 35; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 870.

⁷²⁰ Aynı yönde bkz. **Nacken**, s. 38.

söylenbilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, soyut genellemelere başvurmaksızın ve şekilci davranmaksızın, kısmi ifa ve kısmi temerrüt konusunda söz konusu üç edim türü nazara alınarak belirli sonuçlara varılabilir:

Ani edimler açısından bakıldığında, verme borçları açısından olduğu gibi, kısmi ifa ve kısmi temerrüt kavramlarının, farklı bir özellik göstermediği söylenebilir. Zira, ani edimli bir borcun bölünebilir olup olmadığı, yukarıda yer verdiğimiz objektif ve subjektif açıdan bölünebilirlik şartları çerçevesinde tespit edilir. Bu nedenle, her ani edimli borç açısından somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapmak gerekir⁷²¹.

Sürekli edimler açısından kısmi ifa sorununun net bir biçimde çözüme kavuşturulması, ani edimli borçların aksine, sanıldığı kadar kolay değildir. Yapma borçları bakımından olduğu gibi, sürekli edimli borçların bölünmeye elverişli olup olmadığı; yani, sürekli edimli borçlar açısından kısmi ifa ve kısmi temerrüt rejiminin tatbik edilip edilemeyeceği tereddütlere sebep olmuştur. Nitekim, öğretilde savunulan bir görüşe göre⁷²², gerçek ve teknik anlamıyla kısmi ifa ve kısmi temerrüt, ani edimli borç ilişkilerine hasredilmekte; bu görüş çerçevesinde, sürekli edimli borçlar bakımından kısmi ifa ve kısmi temerrüt olgusuyla karşılaşılmayacağı, edimin maddi varlığında meydana gelen eksikliği ifade eden kısmi ifa ve kısmi temerrüdün yalnızca ani edimli borç ilişkileriyle dönemsel edimli borç ilişkilerinde her bir borç bakımından meydana geleceği savunulmaktadır. Zira, bu görüşe göre sürekli borç ilişkilerinde kısmi ifa, zaman bakımından kendisini gösterir; belirli veya belirsiz bir süre daha devam etmesi beklenen ifanın erken kesilmesi anlamına gelir. İfanın vaktinden önce kesilmesi ise kısmi temerrüde yol açmaz. Bu görüşe göre, sürekli edimli borç ilişkilerinde ifanın zamanından önce sona ermesi hâlinde, kısmi temerrüt değil, genel anlamıyla borçlu temerrüdü meydana gelir. Bu durumda, aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinin yanı sıra, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, TBK m. 126 uyarınca şayet ifasına başlanmışsa, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Bu görüşü savunan yazarlardan Öz'e göre⁷²³, fesih yoluyla sona erdirilen sürekli edimli borç ilişkilerinde sona erme, ileriye etkili olduğu için, kısmi temerrüt sorunuyla

⁷²¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1737; Öz, Dönme, s. 43. Verme borçları açısından bkz. yukarıda, B.2/II/B/2/b, "Verme, Yapma ve Yapmama Borçları Açısından" isimli başlık.

⁷²² Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1737; Öz, Dönme, s. 43. Yapma borçları açısından detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/II/B/2/b, "Verme, Yapma ve Yapmama Borçları Açısından" isimli başlık.

⁷²³ Öz, Dönme, s. 43.

karşılaşılmaz. Başka bir deyişle, kısmi temerrüt ve bu kurum içinde yer alan kısmi dönme, ani edimli borç ilişkilerinde fesih kurumunun yokluğundan dolayı bazı durumlarda ortaya çıkan bir ihtiyacı karşılar.

Bu bakış açısı, bazı sürekli edim türleri açısından isabetli görülse de, bir genelleme yapılarak, her türlü sürekli edim açısından kısmi ifa sorunuyla karşılaşılmayacağını söyleyemesi kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla, somut olayın koşulları çerçevesinde, yukarıda yer verdiğimiz objektif ve sübjektif bölünebilir olma koşulu açısından⁷²⁴ değerlendirme yapılması gerekir. Örneğin, kira sözleşmesi kapsamında kural olarak, kiraya verenin kiralananın kullanım hakkını devretmesi borcunun, edimin değerinde bir azalma olmaksızın ve amacına zarar vermeksizin bölünmesi mümkün değildir⁷²⁵. Zira, kira sözleşmesinin konusunu tek bir kiralananın oluşturması durumunda, kiralananın alan olarak bölünmesi mümkün olmadığı gibi, kullanım hakkının süre bakımından parçalara bölünmesi de olası değildir. Buna karşılık, hizmet sözleşmesinden doğan işçinin işgörme borcu, objektif olarak bölünebilir bir edim olarak nitelendirilebilir⁷²⁶. Örneğin, daha önce belirttiğimiz gibi, haftada kırk saat çalışmakla yükümlü olan işçinin, otuz beş saat çalışma talebi, esasen bir kısmi ifa talebidir⁷²⁷. Bu nedenle, sürekli edimlerde kısmi temerrüt hâlinin gerçekleşmesi mümkündür⁷²⁸.

Dönemsel edimlerde, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, belli aralıklarla doğan ve muacceliyet kazanan aralıklı veya dönemsel (*periyodik*) bir borç söz konusu ise, borcun dönemsel olarak ifa edilmesi kısmi ifa teşkil etmez⁷²⁹. Esasen böyle durumlarda, aynı borç ilişkisinden belli aralıklarla doğan, ancak birbirinden farklı ve bağımsız borçlar söz konusudur. Nitekim, kira sözleşmesi çerçevesinde, kiracının her ay kira bedeli ödemesi kısmi ifa teşkil etmez⁷³⁰. Tüketim ödücü ve kredi sözleşmesi

⁷²⁴ Bölünebilirlik konusunda bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1/a**, “Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik” ve yukarıda, **B.2/II/B/1/b**, “Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlıklar.

⁷²⁵ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 7.

⁷²⁶ Erman-Artz, BGB § 266 N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 11; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 5; **AlmFfM**, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158. Aksi görüşte bkz. **Deschenaux**, Obligations I, s. 16.

⁷²⁷ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 5. Bkz. yukarıda, **B.2/II/B/2/b**, “Verme, Yapma ve Yapmama Borçları Açısından” isimli başlık.

⁷²⁸ **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 931.

⁷²⁹ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 22; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 12; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; **Deschenaux**, Obligations II, s. 20; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 880. Ayrıca bkz. aşağıda, **B.2/II/C/4**, “Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller” isimli başlık.

⁷³⁰ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 12; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 22; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 880.

çerçevesinde, ödünç verilen para borcu karşılığında belli aralıklarla ana para faizi ödenmesi de kısmi ifa olarak adlandırılmaz⁷³¹. Keza, sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilen (*gerçek olmayan veya geniş anlamda*) art arda teslimli satış sözleşmeleri bakımından da durum böyledir⁷³². Belirli türden mal ihtiyacını sürekli olarak karşılamayı amaçlayan sürekli teslimat sözleşmeleri ile tedarik sözleşmeleri çerçevesinde belirli aralıklarla ifa edilen edimler kısmi edim olarak nitelendirilmez. Örneğin, elektrik veya doğalgaz tedarik sözleşmeleri böyledir. Aynı şekilde, aile hukuku çerçevesinde nafaka borçlusunun her ay nafaka borcunu ödemesi de kısmi ifa sayılmaz⁷³³. Eğer, belli aralıklarla muacceliyet kazanan dönemsel borçlarda borçlu, birden fazla edimin ifasında gecikmişse, ifa ettiği borcun hangi borca mahsup edileceği TBK m. 101 (İsvBK m. 86) uyarınca belirlenir⁷³⁴.

Dönemsel edimli borç ilişkilerinde, kısmi ifa ve dolayısıyla kısmi temerrüt, dönemsel olarak ifası gereken her bir edim bakımından ve o edim özelinde gerçekleşir⁷³⁵. Belli aralıklarla muaccel hâle gelen bir dönemsel edimin bir kısmının ifa edilip kalan kısmının ifa edilmemesi durumunda, kısmi ifa sorunuyla karşılaşılır. Belli bir aya dair kira bedelinin ödenmemesi kısmi ifa teşkil etmezse de, o kira

Söz konusu kira bedellerinin birikmiş olması bu durumu değiştirmez. Öte yandan, tarafların toplam bir kira bedeli belirlmesi ve bu bedeli taksite bağlamaları durumunda, her bir taksit ödemesi kısmi ifa teşkil eder. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 880.

⁷³¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 22; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7.

⁷³² BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 881.

Edimin tamamının yani toplam miktarın önceden belirli olmadığı sözleşmelere “*geniş anlamda veya gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler*” denir. Gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmelerde, borçlu, toplam miktarı belirli olmayan aynı türden edimi, belirli veya belirli olmayan bir süre boyunca, belirli veya belirli olmayan aralıklarla, belirli veya belirli olmayan miktarlarda borçlanır. Belirli türden mal ihtiyacını sürekli olarak karşılamayı amaçlayan bu tür sözleşmeler sürekli teslimat sözleşmeleri (*Dauerlieferungsverträge*) veya tedarik sözleşmeleri (*Versorgungsverträge*) olarak anılır. Borcun toplam miktarı belli olmadığı ve borç ilişkisi zamana yayıldığı için, gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilir. Nitekim, toplam borç miktarının belli olmadığı nazara alınırsa, aralıklı bir borç söz konusu olduğu için, borcun aralıklı olarak ifa edilmesi kısmi ifa teşkil etmez. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 V N 1; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 346-347; **Sauter**, s. 21 vd. Sürekli nitelik taşıyan (*gerçek olmayan veya geniş anlamda*) art arda teslimli satış sözleşmeleri için ayrıca bkz. aşağıda, **B.4/IV/A**, “*Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi*” isimli başlık.

⁷³³ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4. Öte yandan, sermaye şeklinde ödenen nafakanın taksitlendirilmesi hâlinde varılan sonuç farklıdır. Bu durumda her bir taksitin ifası kısmi ifa teşkil eder.

⁷³⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 22. Her ne kadar TBK m. 100-105 (İsvBK m. 85-90) hükümleri, lafzen yalnızca “*ödeme (paiement / Zahlung)*” kavramına yer vermişse de, ilgili hükümler her türlü borç için uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bkz. BSK-Schroeter, Vor. Art. 68-74 OR N 3-4. Belli aralıklarla doğan borçlardan birinin ifası kısmi ifa teşkil etmediği için, borçlu, TBK m. 101 f. I uyarınca gerçekleştirilen ifanın ne şekilde mahsup edileceğini tayin edebilir. Bu açıdan, TBK m. 101 f. I hükmü, her bir dönemsel edimin kısmi ifa teşkil etmediği yönünde kayda değer bir yanıt vermektedir.

⁷³⁵ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1737. Ayrıca bkz. aşağıda, **B.2/II/C/4**, “*Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller*” isimli başlık.

bedelinin yarısının ödenmesi bir kısmı ifadır. Sürekli nitelik taşıyan art arda teslimli satış sözleşmesi çerçevesinde, sürekli gerçekleştirilen aylık kömür teslimatının hiç yapılmaması değil, kısmen yapılması kısmi ifa teşkil eder.

Dönemsel edimler bakımından öğretide bazı yazarlar, herhangi bir ayırım yapmaksızın, tamamı belirli olan bir borcun, belirli taksitlerle ifa edilmesinin kararlaştırıldığı ve borcun belirli vadelerle muacceliyet kazandığı taksitli işlemleri de kapsar şekilde, borcun taksit taksit ifa edilmesinin kısmi ifa teşkil etmediğini belirtmektedir⁷³⁶. Ödünç ve kredi taksitleri ile satış bedelinin taksite bağlanması veya belli türden malın kısım kısım ifa edilmesi bu duruma örnek olarak gösterilmektedir.

Kanımızca herhangi bir ayırım yapmaksızın bu sonuca varılması isabet taşımaz. Nitekim, bizim de katıldığımız aksi yaklaşıma göre⁷³⁷, borcun tamamının belirli olduğu taksitli işlemlerde her bir taksitin ifası, kısmi ifa teşkil eder. Kira veya ödünç faizi gibi borçlarda, kira bedeli veya faiz borcu, her ay doğarak muacceliyet kazanırken; kredi veya satış taksitlerinde borcun tamamı sözleşme kurulurken doğmuş olmakla birlikte, belli vadelerde muaccel hâle gelir. Borcun tamamının sözleşme kurulurken doğduğu, ancak belirli vadelerle taksit taksit muacceliyet kazandığı hâllerde, her bir taksitin ifası, bir bütünün parçasını teşkil ettiği için, kısmi ifa olarak nitelendirilir⁷³⁸. Öte yandan, TBK m. 84 f. I uyarınca, tamamı muaccel olmamış bir borcu taksitlerle ifa eden borçluya, sözleşme uyarınca, belirli vadelerle kısmi ifada bulunma hakkı tanındığı kabul edilir⁷³⁹ ve her bir taksitin ayrı ayrı yerine getirilmesi kısmi ifa olarak değerlendirilir⁷⁴⁰. Keza, kısmi ifa olarak nitelendirilen belli taksitlerin

⁷³⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6, 8; Erman-Artz, BGB § 266 N 4; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 19; Kuntalp, s. 25-26; Ergül, s. 78-79.

⁷³⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176; Schenker, Schuldnerverzug, N 777; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 2; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 343-344; Schenker, Schuldnerverzug, N 777; Lemp, s. 27-28; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 879-880. KanM (Luzern), 14.6.2017, LGVE 2017 I, N 13.

⁷³⁸ Bu yönde bkz. Deschenaux, Obligations II, s. 21; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Lemp, s. 27-28; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 879. Benzer yönde bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6, dn. 22, 8.

⁷³⁹ Borcun belli taksitlerle ödenmesinin kısmi ifa teşkil etmediğini savunan bir görüşe göre, sözleşme uyarınca borçluya bir kısmi ifa hakkının tanındığından söz edilebilmesi için, borçluya genel bir kısmi ifa yetkisinin verilmesi gerekir. Borçlunun açıkça ifa edeceği taksitlerin vadesiyle birlikte önceden belirlenmesi, bu görüşe göre, sözleşme uyarınca borçluya kısmi ifa hakkı tanındığı anlamına gelmez. Bkz. Soergel-Wolf, BGB § 266(aF) N 19. Kanımızca böyle bir ayırım yapılması, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu gibi, hukuki temelden yoksundur. Taraflar, dilerse sözleşmeyle borçluya genel bir kısmi ifada bulunma hakkı tanır, dilerse borçlunun kısmi ifada bulunma hakkını belli taksitlerle ve oranlarla sınırlandırır. Nitekim, taraflar, sözleşmenin içeriğini kural olarak serbestçe düzenleyebilir. Bkz. Oktay Özdemir, İstanbul Şerhi, TBK m. 26 N 31 vd.

⁷⁴⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215: “(...) Raten sind Teilleistungen, deren Fälligkeiten gestaffelt eintreten (...)”; Schenker, Schuldnerverzug, N 777; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; KanM (Luzern), 14.6.2017, LGVE 2017 I, N 13. Weber, İsvBK m. 69 hükmünün şerhinde, taksitli

ifa edilmemesi, kısmi temerrüde yol açar⁷⁴¹. Nitekim, borçlunun borçlu olduğu edimin tamamının yani edim bütününün (*Gesamtleistung*) sözleşme kurulurken belli olduğu, ancak borçlunun borcunun kısım kısım, yani belirli taksitlerle muaccel hâle geldiği ve ifa edildiği dar anlamda veya gerçek art arda teslimli sözleşmeler böyledir⁷⁴².

3. Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller

a. Borçlunun Borcun Daha Azını İfa Etmeye Yetkili Olması

Şayet borçlu, özel bir kanun hükmü uyarınca veya bir hâkim kararı doğrultusunda, özel bir sebebe dayanarak, asıl borcun yalnızca belirli bir kısmını ifaya yetkili ise ve söz konusu yetkisini kullanarak borcun tamamından kurtuluyorsa, asıl borçtan daha azının ifa edilmesi, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa sayılmaz⁷⁴³. Kanun veya mahkeme kararı uyarınca, asıl borcun yalnızca belirli bir kısmının ifasıyla borçlu borçtan kurtulduğu için, bu tür hâllerde ifanın kısmen yapılmış olup olmadığı sorusu önemini kaybeder.

TMK m. 885 (İsvMK m. 828) uyarınca, değerini aşan bir bedel için ipotek altına alınmış olan taşınmazı edinen kimsenin, alacaklıya, ipotekten kurtarma bedelini ödeyerek taşınmazını ipotekten kurtarma hakkını kullanması böyledir⁷⁴⁴. TMK m. 885 uyarınca, ipotekli taşınmazı satın alan kişi, ipotekle güvence altına alınmış olan borçtan daha azını ödeyerek, taşınmazı ipotekten kurtarmaktadır. Aynı şekilde, konkordato projesinin tasdik edilmesi durumunda, asıl borç tutarından daha azını ödeyecek olan borçlunun ifası, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa teşkil etmez⁷⁴⁵.

Asıl borcun hâkim tarafından tenkis edildiği hâllerde, asıl borcun muhtevası değişikliğe uğradığı için, indirilen miktarın ifa edilmesi, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa

işlemleri ("*Abzahlungsrate*") kısmi ifa kapsamında değerlendirmeyen, *Emmenegger* ile birlikte kaleme aldığı İsvBK m. 107 hükmünün şerhinde, taksitleri muacceliyet tarihi kademelendirilmiş kısmi edimler şeklinde nitelendirmektedir. Bkz. BK-Weber/*Emmenegger*, Art. 107 OR N 215.

⁷⁴¹ Aynı yönde bkz. *Lemp*, s. 27-28.

⁷⁴² Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 7; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 I N 5-6; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 343; Sauter, s. 21 vd.

Gerçek art arda sözleşmeler veya başka bir deyişle taksitli sözleşmeler (*Ratenverträge*), borçlunun belirli bir miktarda ve benzer nitelikte malı, sözleşme uyarınca belirlenen ya da alacaklının irade beyanıyla -muacceliyet ihbarı yoluyla- belirli hâle gelecek olan vadelerde, belirli taksitler hâlinde ifa etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Gerçek veya dar anlamda art arda sözleşmeler, toplam borç miktarı önceden belirli olduğu için sürekli borç ilişkisi olarak adlandırılmaz. Detaylı bilgi için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; MüKoBGB- Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 343 vd.; Sauter, s. 21 vd.; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 I N 5 vd.; Emmerich, BGB § 320 N 7-8. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. aşağıda, B.4/IV/A, "Taksitte Temerrüt ("*Ratenverzug*") *Rejimi*" isimli başlık.

⁷⁴³ BK-Weber, Art. 69 OR N 28; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 16.

⁷⁴⁴ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 28.

⁷⁴⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 28; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 16.

sayılmaz⁷⁴⁶. Örneğin, TBK m. 182 f. III (İsvBK m. 163 f. III) uyarınca aşırı sözleşme cezasının indirilmesi böyledir. Keza, TBK m. 445 f. II (İsvBK m. 340a f. II) uyarınca, aşırı nitelikteki rekabet yasağının ve karşı edimin hâkim tarafından sınırlanması durumunda, hâkim tarafından tenkis edilmiş olan karşı edimin ifası kısmi ifa teşkil etmez. Benzer şekilde, simsarlık sözleşmesinde aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, TBK m. 525 (İsvBK m. 417) uyarınca borçlunun istemi üzerine, ücretin hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilmesi ve indirilmiş ücretin simsara ödemesi kısmi ifa olarak nitelendirilmez.

Hâkimin, TBK m. 138 hükmü uyarınca, aşırı ifa güçlüğü hâlinde sözleşme ilişkisine müdahale ederek karşılıklı edimlerin indirilmesine hükmetmesi durumunda, sözleşmenin yeni hâliyle ifa edilmesi kısmi ifa sayılmaz. Keza, TBK m. 28 (İsvBK m. 21) uyarınca aşırı yararlanma (*gabin*) sebebiyle edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine karar verilmesi durumunda, kısmi ifadan bahsedilemez. Öte yandan, TBK m. 76 uyarınca, hâkimin, zarar görene davalı tarafından geçici ödeme yapılmasına hükmetmesi durumunda, amaç zarar göreni bir nebze olsun tatmin etmek ve alacağına erken kavuşmasını sağlamak olduğu için, aksi sonuca varılarak TBK m. 84 çerçevesinde bir kısmi ifanın mevcut olduğu söylenebilir.

b. İfa Yerine Edim ve İfa Uğruna Edim

Şayet ifa yerine edim (*datio in solutum*) söz konusu ise, kısmi ifadan bahsetmek mümkün değildir⁷⁴⁷. **İfa yerine edim**, tarafların, ifa sırasında, borçlanılan edimden başka bir şeyle borcun ifa edilmesi konusunda anlaşmalarıdır⁷⁴⁸. İfa yerine edimde, borç sanki borcun asıl konusunu oluşturan edimle ifa edilmiş gibi derhâl sona erer⁷⁴⁹. Bu sebeple, ifa yerine edim söz konusu ise, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa sorunuyla karşılaşılmaz.

Öte yandan, öğretide **ifa uğruna edim** (*datio solvendi causa*) söz konusu olduğunda, yine, kısmi ifa sorunuyla karşılaşılmayacağı belirtilmektedir⁷⁵⁰. İfa uğruna

⁷⁴⁶ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 28.

⁷⁴⁷ CR-Hohl, art. 69 CO N 3. Alman Hukuku'nda kısmi ifayı düzenleyen BGB § 266 hükmünün, yalnızca teknik anlamıyla edimi değil, ifa yerine edimi de kapsamına aldığı şeklinde aksi görüş için bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8.

⁷⁴⁸ von Tuhr/Escher, § 56, s. 11; BK-Weber, Vor. Art. 68-96 OR N 150; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; Schwenger/Fountoulakis, N 74.01; Bucher, AT, s. 313; Keller/Schöbi, s. 205; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 862; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 762; Engin, İfa Uğruna Edim, s. 841.

⁷⁴⁹ BK-Weber, Vor. Art. 68-96 OR N 150; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; Keller/Schöbi, s. 205; Schwenger/Fountoulakis, N 74.03; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 762; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 866-867; Engin, İfa Uğruna Edim, s. 843.

⁷⁵⁰ CR-Hohl, art. 69 CO N 3. Alman Hukuku'nda kısmi ifayı düzenleyen BGB § 266 hükmünün, yalnızca teknik anlamıyla edimi değil, ifa uğruna edimi de kapsamına aldığı şeklinde aksi görüş için

edimde, alacaklıya borcun konusunu oluşturan edimden farklı bir kazandırmada bulunulmakta, alacaklının bu kazandırma konusu edimi paraya çevirerek elde edeceği parayla alacağını karşılama kararıyla kararlaştırılmakta ve bu nispette borçlunun borcundan kurtulması amaçlanmaktadır⁷⁵¹. Bu görüşe göre, paraya çevirme neticesinde elde edilen miktar, bir kısmı ifa değil, asıl alacağa mahsup edilecek bir avans ödemesi veya ön ödeme niteliğindedir⁷⁵².

Bu bakış açısı kural olarak başlangıçta isabetli görünse de, kanaatimizce, asıl borcun para borcu olması ihtimalinde, paraya çevirme neticesinde elde edilen meblağ, şayet asıl borçtan miktar olarak daha azsa, ifa uğruna edim, kısmi ifa teşkil eder. Başka bir deyişle, para çevirme neticesinde elde edilen tutar, asıl borçtan nicel olarak daha azsa, borç tamamen sona ermeyeceği için, para borcunun bir kısmının ifa uğruna edim vasıtasıyla tahsil edilmesi kısmi ifa oluşturur⁷⁵³. Bu durumda alacaklı kendi rızasıyla kısmi ifayı kabul etmiş olur. Paraya çevirme neticesinde elde edilen tutarın ön ödeme veya avans ödemesi niteliğinde olması bu sonucu değiştirmez. Zira, borçlunun ifa uğruna edimin paraya çevrilmesi neticesinde bakiye borcu ifa etmemesi durumunda, alacaklının başvuracağı hukuki kurum, borç kısmen ifa edilmediği için, kısmi temerrüt olacaktır. Görüldüğü üzere, sonuç itibarıyla, borcun bir miktar para olması durumunda, ifa uğruna edimin kısmi ifa meydana getirebileceğinin kabul edilmesi şarttır.

Para borçları dışında ise, ifa uğruna edimin paraya çevrilmesi neticesinde, alacaklı, kural olarak, kısmen de olsa, borcun konusunu oluşturan edim vasıtasıyla tatmin olmayacağı için, kanaatimizce, kısmi ifadan bahsetmek mümkün değildir⁷⁵⁴. Bu durumda, borcun bakiye kısmı ifa edilmez ise, alacaklı, ifa uğruna edim vasıtasıyla elde ettiğini iade ederek, alacağın tamamı için, borçlu temerrüdü hükümlerine

bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8. İfa uğruna edim ve ifa yerine edim ayrımı konusunda bkz. **İsvFM**, ATF 119 II 227 = JdT 1994 I 196.

⁷⁵¹ BK-Weber, Vor. Art. 68-96 OR N 127; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; Keller/Schöbi, s. 205; Schwenzer/Fountoulakis, N 74.05; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 762; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 866-867; Engin, İfa Uğruna Edim, s. 839; Develioğlu, Bağımsız Garanti, s. 305, dn. 1049.

⁷⁵² CR-Hohl, art. 69 CO N 3. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında avans ödemesinin, yalnızca bir ön ödeme niteliğinde olduğunu, söz konusu avans ödemesinin basit bir biçimde kesin hesap anında asıl borca mahsup edileceğini belirtmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 136 III 14. İfa uğruna edimin kısmi ifa teşkil etmeyeceğini savunan Hohl da, İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu içtihadını gerekçe göstermektedir. Bkz. CR-Hohl, art. 69 CO N 3. Oysa, kararda ifa uğruna edimin kısmi ifa teşkil etmeyeceği yönünde bir kanı veya görüş yer almamaktadır.

⁷⁵³ Kısmi ifa teşkil edeceği yönünde bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Ergül, s. 85.

⁷⁵⁴ Nitekim, vardığımız sonuç kısmi ifa kavramıyla da uyum içindedir. Kısmi ifa, en kısa ve öz tanımıyla, borçlunun nicelik bakımından, borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa etmesidir. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 7; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 1, 4; CHK-Wullschlegel, Art. 69 OR N 3. Para borcu dışında, ifa uğruna edim yoluyla alacaklı doğrudan doğruya borcun konusunu oluşturan edimle tatmin edilmediği için, kanaatimizce, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe, kısmi ifadan bahsetmek mümkün değildir.

başvurabilir. Öte yandan, borcun konusu ne olursa olsun, tarafların, açık veya örtülü olarak, özellikle para borcu dışındaki bölünebilir borçlar bakımından, ifa uğruna edimi kısmi ifa kabul etmelerine bir engel yoktur.

C. Birden Fazla Edimin Kısmi İfası (Borç İlişkisinin Kısmi İfası)

1. Birden Fazla Edimin Kısmi İfaya Konu Olması Sorunu

Geniş anlamda borç ilişkisinden tek bir edimin vücut bulacağını söylemek, hatalı bir düşünce olur. Çoğunlukla borç ilişkisi, birden fazla edimin hukuki sebebini teşkil eder. Kısmi ifa kavramı özelinde gerçekleşen kısmi temerrüt rejimi, aynı borç ilişkisinden doğan birden çok edimin bir kısmının ifa edilmemesi suretiyle de meydana gelebilir⁷⁵⁵.

Kısmi temerrüde yol açan ve birden fazla edim yükümlülüğü ihtiva eden borç ilişkileri iki şekilde gruplandırılabilir. İlk olarak, bir borç ilişkisinden birden fazla asli edim yükümlülüğünün doğması mümkündür⁷⁵⁶. Bu ihtimalde, edimler arasında bir derecelendirme söz konusu değildir ve asli edimlerden bazılarının ifa edilmemesi kısmi temerrüde yol açar. İkinci olarak, bir borç ilişkisinden asli edim yükümlülüklerine ilaveten, yan edim yükümlülükleri doğabilir. Asli edim yükümlülüğünün ifa edilmesine rağmen yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi de kısmi temerrüt rejiminin tatbik alanına dâhildir. Biz, her iki ihtimali kapsar şekilde, birden fazla edimin bulunduğu hâllerde, edimlerden birinin ifa edilmemesi yoluyla gerçekleşen kısmi ifayı “*borç ilişkisinin kısmi ifası*” olarak nitelendirmeyi uygun buluyoruz.

Dar anlamda borç ilişkisinin konusunu teşkil eden tek bir edimin (*Leistung*) veya tek bir edim konusunun (*Leistungsobjekte*) söz konusu olması durumunda, kısmi ifa sorunu, yukarıda yer verildiği şekliyle, bölünebilirlik şartı merkeze alınarak çözüme kavuşturulmakta ve bölünebilir nitelikte görülen edimin kısmi ifa kabiliyetinin bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir edimin bölünebilir olduğu sonucuna varılırsa, edimin bir bölümünün ifası kısmi ifa olarak nitelendirilmekte ve ifa edilmeyen bölüm bakımından borçlunun kısmi temerrüdü mümkün hâle gelmektedir.

Geniş anlamda borç ilişkisinden, birden fazla borcun ve bu borçların konusunu teşkil eden birden fazla edimin veya edim konusunun⁷⁵⁷ doğması da mümkündür. O

⁷⁵⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Gayretli Aydın, s. 33.

⁷⁵⁶ Esser/Schmidt, § 6 III; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Eren, Borçlar Genel, N 98.

⁷⁵⁷ Bu başlık altında, aşağıda ifade edildiği üzere, bazı yazarlar, edim (*prestation / Leistung*) kavramını

hâlde, kısmi ifa sorununu götürü bir biçimde tek bir edime veya edim konusuna indirgemeksizin, borçlunun birden fazla edimi veya edim konusunu borçlanması durumunda, kısmi ifa sorununun meydana gelip gelmeyeceği ve meydana gelecekse kısmi ifanın ne şekilde gerçekleşeceği sorularının cevaplandırılması gerekir. Böylece, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan birden fazla edimin veya edim konusunun bir bölümünün ifa edilmesi durumunda, ifa edilmeyen bölüm bakımından borçlunun kısmi temerrüde düşüp düşmeyeceği tespit edilmiş olur.

Borçlunun, alacaklıya birden fazla edimi veya edim konusunu yerine getirmeyi taahhüt etmesi durumunda, bu edimlerden birini ifa etmesinin kısmi ifa olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, cevaplandırılması zor bir sorudur⁷⁵⁸. Kısmi ifa konusuna değinen eserlerde ise, tek bir sonuca varılmaksızın farklı yaklaşımlara yer verildiği söylenebilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk yaklaşım, bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde, birden fazla edimin veya edim konusunun kısmi ifaya konu olamayacağı yönündeki bakış açısıdır. Bu yaklaşımın, kısmi ifayı münhasıran tek bir edim ve tek bir borç özelinde ele aldığı anlaşılmaktadır. İkinci yaklaşım ise, içinde iki farklı eğilimi barındırsa da, temelde birden fazla edimin veya edim konusunun kısmi ifa teşkil edebileceğini kabul etmektedir⁷⁵⁹.

Kısmi ifayı ve dolayısıyla kısmi temerrüt kurumunu tek bir edimle sınırlayan ilk yaklaşımda isabet bulmak güçtür. Kanaatimizce, birden fazla edimin veya edim konusunun söz konusu olması ihtimalinde, bunlardan bir bölümünün ifası, kısmi ifa teşkil eder. Bu sonucu sebep ve sonuç bakımından doğrulamak mümkündür. Sebep bakımından yaklaşıldığında, alacaklının, eksik olan edim veya edim konusu sebebiyle tamamen tatmin edilmediği ve ifa menfaatine ulaşamadığı söylenmelidir. Keza, birden fazla edimin taahhüt edildiği bir borç ilişkisinde, edimlerden bir bölümünün ifa olarak sunulması ihtimalinde, alacaklının TBK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) uyarınca ifa teklifini reddedebilmesi gerekir. Tersten bakılırsa, birden fazla edimin birlikte borçlanması hâlinde, alacaklı, kendisine sunulan eksik ifa teklifini kabul etmek zorunda bırakılmamalıdır. Sonuç bakımından yaklaşıldığında ise, birden fazla edimin

geniş bir şekilde ele alarak, birbirinden farklı ancak birbiriyle bağlantılı edim konularını (*Leistungsobjekte*) tek bir edim kavramı içinde değerlendirdikleri için, “*borcun konusunu birden fazla edimin veya edim konusunun teşkil etmesi*” şeklinde bir ifade tercih edilmiştir.

⁷⁵⁸ Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 5; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 138.

⁷⁵⁹ Birden fazla edim açısından kısmi ifanın gerçekleşebileceği yönünde bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3-5; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 138, D 27; BK-Weber, Art. 69 OR N 20-21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Würigler, s. 99-100; Barth, s. 45; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Öz, Dönme, s. 42, 98.

tek bir borç ilişkisinin konusunu oluşturması durumunda, bunlardan yalnızca bir kısmının ifa edilmemiş olması, doğrudan borçlu temerrüdünün değil, kısmi temerrüt rejiminin uygulanmasını gerektirmelidir. Bu zorunluluk, genellikle, ya ifa edilmiş olan kısmın borçlu temerrüdünden etkilenmemesi gerektiği yönündeki temel kuraldan ya da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tek bir karşı edimin belirlenmiş olmasından ileri gelir. O hâlde, birden fazla edimin veya edim konusunun söz konusu olması ihtimalinde kısmi ifanın (-ve buna bağlı olarak kısmi temerrüdün-) gerçekleşebileceği kabul edilmelidir.

Birden fazla edimin veya edim konusunun kısmi ifa teşkil edebileceğini kabul eden yaklaşım ise, netice itibariyle benzer sonuçlara varmakla birlikte, “*edim (prestation / Leistung)*” kavramının⁷⁶⁰ ihtiva ettiği anlam çerçevesinde iki temel bakış açısına ayrılmaktadır. Edim kavramını içerik itibariyle daha geniş bir biçimde yorumlayan ve kısmi ifayı tek bir edim özelinde ele alan ilk bakış açısına göre⁷⁶¹, kısmi ifa konusu incelenirken, borç konusunun çokluğu hâlinde, birbirinden bağımsız birden çok edimle, birden çok şeyi kapsayan tek bir edimin ayırt edilmesi gerekir. Bu yaklaşıma göre, şayet, birden çok şeyi kapsayan tek bir edim mevcutsa, kısmi ifanın gerçekleşmesi mümkündür. Bu yaklaşım, her ne kadar tek bir edime gönderme yapıyor olsa da, esasen, edim kavramının içine birden çok edim konusunu (“*Leistungsubjekte*”) dâhil ederek, birbirinden farklı, ancak birbiriyle ilişkili edim konularını tek bir edim başlığı altında değerlendirir. Bu bakış açısına göre, amaç ve ekonomik işlev bakımından bir bütün teşkil eden edim konuları tek bir edim kabul edilerek, söz konusu bütünün parçalarını oluşturan şeylerin ayrı ayrı kısmi ifa konusu edilmeleri mümkün görülür⁷⁶².

Kısmi ifanın birden fazla edim bakımından gerçekleşebileceğini düşünen ve kısmi ifanın tek bir edime indirgenmesini yadırgayan, bizim de isabetli bulduğumuz bakış açısına göre⁷⁶³, tek bir borç ilişkisinden ileri gelen birden fazla edimin bir

⁷⁶⁰ Edim (*prestation / Leistung*) oybirliğiyle kabul edildiği üzere, borcun konusunu teşkil eder ve borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır. Bkz. CR-Morin, art. 1 CO N 51; Tercier/Pichonnaz, N 130; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 20; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 130.

⁷⁶¹ Bu yönde bkz. Deschenaux, Obligations II, s. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 765; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874. Krş. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734.

⁷⁶² Bu görüşü savunan Oğuzman ve Öz, görüşünü von Tuhr ve Escher ile Oser ve Schönenberger’e dayandırmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874. Oysa, von Tuhr ve Escher ile Oser ve Schönenberger, yalnızca tek bir edime konu olan birden fazla edim konusundan değil, amaç ve ekonomik işlev bakımından bir bütün teşkil eden birden fazla edimden bahsetmektedir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 15: “(...) die beiden Leistungen nach Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung in einem inneren Zusammenhang stehen (...)”; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1.

⁷⁶³ Bu yönde bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3-5; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 138, D 27; BK-Weber, Art. 69 OR N 20-21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N

bölümünün ifa edilmesi hâlinde kısmi ifadan bahsetmek mümkündür. Esasen bu yaklaşıma göre, birden fazla edim konusunun, tek bir edim mi yoksa birbirinden bağımsız edimler mi teşkil ettiği değil; birden fazla edimin, tek bir borç ilişkisinden mi yoksa ayrı ayrı borç ilişkilerinden mi doğduğu araştırılmalıdır. Böylece, ayrı borç ilişkilerinden doğan edimlerin kısmi ifaya konu edilemeyeceği kabul edilmiş olur. Öte yandan, önceki yaklaşıma benzer şekilde, kısmi ifa konusunda belirleyici olan unsur, sözleşmeyle güdülen amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesi ve edimler arasındaki ekonomik işlev uyarınca, borç ilişkisinden doğan birden fazla edim veya edim konusu arasında bir bütünlük veya bağlantı olup olmadığıdır.

Bizce de isabetli olan bu yaklaşıma göre, birden fazla edim konusunun tek bir edim teşkil edip etmediğinin tespiti, çoğunlukla tarafların iradelerine ve somut olayın koşullarına bağlı, zor ve gereksiz bir uğraştır⁷⁶⁴. Zira, edim kavramı, kendi içinde de bir belirsizlik arz eder. Bu nedenle, birden fazla edimin veya edim konusunun, yani konusu yapma, yapmama veya verme olan birden fazla yükümlülüğün tek bir borç ilişkisinden doğarak, bir bütün oluşturup oluşturmadığının tespiti, çok daha pratik ve sağlıklı sonuçlar verir. O hâlde, kısmi ifa konusunda yol gösterici kriter, somut olayın koşulları ışığında, değerlendirme konusu olan farklı edimlerin veya farklı edim parçalarının, kanun uyarınca ve sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde, bir bütünlük teşkil edip etmediği veya bütün bir biçimde borçlanılmış olup olmadığıdır⁷⁶⁵. Bu sebeple, kısmi ifa, söz konusu bütünlükten sapan her türlü eksik ifayı kapsamına alır⁷⁶⁶. Savunduğumuz ve isabetli bulduğumuz bu bakış açısı çerçevesinde, birden fazla edimin ne surette kısmi ifaya konu olabileceği, detaylı bir şekilde aşağıda incelenmektedir.

11; CR-Hohl, art. 69 CO N 2; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; Guggenheim, Contrats II, s. 66-67; Barth, s. 45; Würzler, s. 99-100; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1734; Gayretli Aydın, s. 33.

⁷⁶⁴ Nitekim, kanun koyucu, satılanın bir kısmının ayıplı olması durumunu düzenlediği TBK m. 230 f. I (İsvBK m. 209 f. I) hükmünde, “birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan mal (*plusieurs choses à la fois ou d’un ensemble de pièces / mehreren zusammen verkauften Sachen oder von einer verkauften Gesamtsache*)” şeklinde genel ve kapsayıcı bir tabir kullanmış; böylece, birden çok parçanın tek bir edim mi teşkil ettiği yoksa ayrı ayrı edimler şeklinde mi nitelendirilmesi gerektiği yönünde bir tartışmaya girmemiştir. Aynı bakış açısına sahip olan İsviçre öğretisinde ve uygulamasında İsvBK m. 209 (TBK m. 230) hükmü bakımından “satılanın çokluğu (*Sachmehrheit / Mehrheit von Kaufsachen*)” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 10-13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1-2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1-2; Furrer, s. 69; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

⁷⁶⁵ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 4; Guggenheim, Contrats II, s. 66; Weber, MDR 1992, s. 828; BK-Weber, Art. 69 OR N 13.

⁷⁶⁶ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 2; Coing, s. 532; BK-Weber, Art. 69 OR N 12.

2. Birden Fazla Edimin Bir Kısımının İfa Edilmesi Suretiyle Kısmi İfa

Farklı hukuki sebeplere veya farklı hukuki ilişkilere dayanan birden fazla farklı edimin ayrı ayrı ifa edilmesi, ne tek bir ifa fiili olarak nitelendirilir ne de kısmi ifa olarak adlandırılır. Şayet, birden fazla borç bağımsız hukuki sebeplerden veya ayrı sözleşmelerden ileri gelmişse, birinin diğerinden önce ifası, TBK m. 84 (İsvBK m. 69) uyarınca kısmi ifa teşkil etmez⁷⁶⁷. O hâlde, kısmi ifanın meydana gelebilmesi için, **birden fazla edimin aynı hukuki sebepten ileri gelmesi** şarttır. Birden fazla edimin, aynı borç ilişkisinden veya tek bir sözleşmeden doğmuş olması ihtimalinde, söz konusu edimlerin aynı hukuki sebepten ileri geldiği kabul edilmelidir⁷⁶⁸. Birden fazla edime vücut veren söz konusu borç ilişkisinin karma sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür⁷⁶⁹.

İlk olarak, birden fazla edimin tek bir borç ilişkisinden doğup doğmadığı ya da aynı hukuki sebebe dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, iki farklı edimin mevcut olduğu bir borç ilişkisinde, her iki edimin de dayandığı tek bir sözleşmenin mi; yoksa, ayrı iki edim yükümlülüğü bulunan iki farklı sözleşmenin mi söz konusu olduğunun belirlenmesi şarttır⁷⁷⁰. Şayet, iki farklı borç ilişkisinden iki farklı edimin doğduğu tespit edilecek olursa, her iki edim de tek bir hukuki sebebe dayanmadığı için, edimlerden birinin ifa edilip, diğerinin ifa edilmemesi kısmi ifa teşkil etmez⁷⁷¹. Buna karşılık, edimlerin aynı sözleşmeye dayanması ihtimalinde, edimlerden birinin ifasının teklif edilip, diğerinin teklif edilmemesi, kısmi ifa teklifi olarak nitelendirilebilir. O hâlde, tarafların tek bir borç ilişkisiyle, örneğin tek bir sözleşmeyle yükümlülük altına girip girmediğinin belirlenmesi önem arz eder.

İki ayrı sözleşmeden doğmuş iki farklı edimin mi yoksa tek bir sözleşmeden doğmuş iki bağlantılı edimin mi söz konusu olduğu, somut olayın bütün koşulları nazara alınarak belirlenir⁷⁷². Söz konusu tespit bakımından sözleşmenin dışsal ve şekli

⁷⁶⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 21; von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3, 5; Esser/Schmidt, § 15 III; Deschenaux, Obligations II, s. 20.

⁷⁶⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 5; Barth, s. 45.

⁷⁶⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 138.

⁷⁷⁰ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; BK-Weber, Art. 69 OR N 21; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; Barth, s. 45.

⁷⁷¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 21; von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3, 5; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Barth, s. 45.

⁷⁷² ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; Würigler, s. 99-100.

nitelikleri belirleyici değildir⁷⁷³. Örneğin, her iki edimin aynı anda borçlanılması ve sözleşmenin aynı anda kurulması, her iki edim yükümlülüğünün aynı sözleşme metninde yer alması ya da edim yükümlülüklerinin aynı şekil şartını yerine getiren tek bir senet üzerinde borçlanılması, farklı edimler bakımından aynı vadenin kararlaştırılması iki edimin de aynı hukuki sebepten ileri geldiğini zorunlu olarak göstermez⁷⁷⁴. Keza, her iki edimin aynı sözlü veya yazılı öneriyle teklif edilmesi veya aynı kabul beyanıyla borçlanılması şart değildir⁷⁷⁵. Benzer şekilde, sözleşmede tek bir karşı edimin kararlaştırılmış olması farklı edimlerin bölünebilir olup olmadığı konusunda tek başına belirleyici değildir.

Birden fazla edimin aynı hukuki sebebe dayandığı tespit edildikten sonra, birden fazla edimin kısmi ifaya konu edilip edilemeyeceği belirlenirken esas alınacak temel kıstas, edimler arasında bir iç bağlantının bulunması gerekliliğidir⁷⁷⁶. Aynı hukuki sebepten doğmuş ve aynı hukuki sebebe dayanan edimler arasında bir **iç bağlantı** (*innere Verbindung, innerer Zusammenhang*) ve **sözleşmesel bir bütünlük** (*Zusammengehörigkeit, Einheit / unité*) varsa, söz konusu edimlerin kısmi ifaya konu olabileceği kabul edilir⁷⁷⁷. Şayet birbirinden farklı edimler, birlikte bir bütün oluşturuyorlarsa, bu edimlerden bazılarının ifa edilip bazılarının ifa edilmemesi kısmi

⁷⁷³ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 21; **Barth**, s. 45. Kısmi hükümsüzlük açısından, farklı hukuki işlemlerin dışsal ve şekli bakımdan birlikte akdedilmesinin, hukuki işlemlerin bazı durumlarda bir bütün oluşturduğuna işaret edebileceği de savunulmaktadır. Özellikle işlemlerin aynı zamanda akdedilmesi ve aynı belgede tevsik edilmesi, işlemlerin bütünlük oluşturduğu yönünde bir karine teşkil edebilir. Ancak bu durumun aksinin ispat edilmesi mümkündür. Bkz. **Josephthal**, s. 116-117.

⁷⁷⁴ Örnekler için bkz. **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 21; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Krş. **Josephthal**, s. 116-117.

⁷⁷⁵ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Karine olarak sözleşmelerin bütünlük oluşturduğu, ancak aksinin ispat edilebileceği yönünde bkz. **Josephthal**, s. 117.

⁷⁷⁶ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 20-21; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **Barth**, s. 45; **Würgler**, s. 99-100.

⁷⁷⁷ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 14, 20-21; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 3, 5; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207; **Barth**, s. 45. Aynı yönde bkz. **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66-67; **Würgler**, s. 99-100; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 874; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Karar hakkında bkz. **Siegenthaler/Stöckli**, s. 328.

Kısmi imkânsızlık bahsi açısından aynı yönde bkz. **Schwenzer/Fountoulakis**, N 64.31. Kısmi hükümsüzlük açısından aynı yönde bkz. **Josephthal**, s. 116 vd. TBK m. 230 (İsvBK m. 209) açısından aynı yönde bkz. **BSK-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **KUKO-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 4; **BK-Giger**, Art. 209 OR N 9; **CHK-Müller-Chen**, Art. 209 OR N 3; **Furrer**, s. 69; **KanM (Valais)**, 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212.

Almanca “*innere Verbindung / Einheit*” veya “*innerer Zusammenhang*”, kavramı için bkz. **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 14, 21; **Würgler**, s. 99-100. Almanca “*Zusammengehörigkeit / Einheit / Gesamtheit*” kavramı için bkz. **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 13; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 3, 5; **Josephthal**, s. 116 vd.; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Fransızca “*unité*” kavramı için bkz. **Guggenheim**, Contrats II, s. 66-67.

ifa teşkil eder⁷⁷⁸. O hâlde, birbiriyle bağlantılı ve beraber bütünlük arz eden edimlerden birinin ifasının teklif edilmesi bir kısmi ifa teklifi olarak nitelendirilir. Başka bir deyişle, birbirinden farklı edimlerin sözleşme veya sözleşmeyle güdülen amaç uyarınca, tek bir edim gibi bir araya getirilmesi ve birleştirilmesi hâlinde, söz konusu bütünün parçalarını teşkil eden edimler, ifa sürecinde de birbirinden ayrılmaz ve birlikte ifa edilir⁷⁷⁹.

Aynı borç ilişkisinden doğan edimler arasında bir iç bağlantının bulunması ve edimlerin bir bütünlük oluşturması hâlinde kısmi ifaya konu olabileceğini öngören kurala, TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde de varmak mümkündür⁷⁸⁰. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, İsvBK m. 209 hükmünü, kısmi ifa ve kısmi temerrüt açısından kıyasen yararlanılacak bir kaynak olarak değerlendirir⁷⁸¹. Kanun koyucu TBK m. 230 hükmünde, birden çok malın veya birden çok parçadan oluşan bir malın birlikte satılması hâlinde sözleşmeden dönme hakkının akıbetini düzenlemiştir. TBK m. 230 hükmünde yer verilen “*birden çok mal*” veya “*birden çok parça*” kavramları ile, satılanın birden çok birimden oluşan bir bütünlük arz etmesi durumu kastedilmiştir. Başka bir deyişle, TBK m. 230 uyarınca, bir satılanın birden çok parçadan (*birimden*) oluştuğunun kabul edilebilmesi için, ticari hayatta, birden çok malın pratik nedenlerle bir “*bütün teşkil etmesi*” veya “*bir bütün gibi değerlendirilmesi*” yeterli görülmektedir⁷⁸². Sözleşmeden doğan edimlerin bütünlük arz etmesi durumunda ayıptan sorumluluk rejimi kısmen uygulandığına göre, küçükten büyüğe kıyas yapılarak, aynı borç ilişkisinden doğan edimlerin bütünlük arz etmesi ihtimalinde, edimlerin yalnızca bir kısmının ifa edilmemesinin kısmi ifa olarak nitelendirilmesi ve böylece edimlerin çokluğu hâlinde de kısmi temerrüt yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılır. Kısmi ifa ile kısmi ayıp konusunda aynı kriter

⁷⁷⁸ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 10-11; BK-Weber, Art. 69 OR N 20; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3, 5; Guggenheim, Contrats II, s. 66-67; Barth, s. 45; Würigler, s. 99-100; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “(...) Sözleşmenin amacı ve menfaat durumları nazara alınarak, örneğin, daha elverişli başka tekliflerin varlığına rağmen, edimler bir araya getirilerek sözleşme akdedilmişse, sözleşmesel bütünlüğün (Einheit / unité) varlığı kabul edilir (...)”.

⁷⁷⁹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 5.

⁷⁸⁰ Nitekim, TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünün kısmi temerrüt bakımından kıyasen uygulanabileceği görüşünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42. TBK m. 230 hakkında detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/d, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme” ile yukarıda, B.1/II/C/2/d, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme” isimli başlıklar.

⁷⁸¹ İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁷⁸² BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 4; BK-Giger, Art. 209 OR N 9; CHK-Müller-Chen, Art. 209 OR N 3; Furrer, s. 69; KanM (Valais), 29.1.1980, RVJ 1980, s. 212.

(“*edimlerin bütünlük arz etmesi*”) esas alındığına göre, TBK m. 230 uyarınca birden çok malın birlikte satıldığı söylenebiliyorsa, edimler arasında bağlantının bulunduğu ve bazılarının ifa edilip bazılarının ifa edilmemesinin kısmi ifa oluşturduğu kabul edilir⁷⁸³.

Edimler arasında bir bağlantının bulunup bulunmadığı veya edimlerin bir bütün oluşturup oluşturmadığı, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca belirlenir⁷⁸⁴. Edimlerin bağlantılı olup olmadığı belirlenirken, TBK m. 19 (İsvBK m. 18) uyarınca, tarafların gerçek ve ortak iradeleri araştırılır. Tarafların iradelerini sözleşmede açıkça beyan etmemeleri hâlinde, edimler arasında bağlantının bulunup bulunmadığı veya edimlerin bir bütün teşkil edip etmediği, sözleşmeyle güdülen amaç (*Vertragszweck*), menfaat durumları (*Interessenanlage*) ve edimlerin ekonomik işlevleri (*wirtschaftliche Bedeutung*) nazara alınarak tespit edilir⁷⁸⁵. Her olay özelinde gerçekleşen somut menfaat dengesinin tespit edilmesi TBK m. 84 hükmü açısından önem taşır⁷⁸⁶. Zira, her somut olay için genel geçer bir kural koymak mümkün olmadığı gibi, kazuistik bir metotla somut olayda gerçekleşebilecek her ihtimalin derinlemesine incelenmesi de mümkün değildir. Öte yandan, söz konusu bağlantının tespitinde, sırayla yukarıda zikredilen kriterlerden yararlanılması mümkündür:

- a) Edimler arasında bağlantı bulunup bulunmadığı veya edimlerin bir bütün oluşturup oluşturmadığı, ilk olarak taraflar arasındaki **sözleşme** uyarınca tespit edilir⁷⁸⁷. Nitekim, TBK m. 84 (İsvBK m. 69), emredici değil, düzenleyici hukuk kuralıdır⁷⁸⁸. Sözleşmede açıkça veya örtülü olarak, edimlerin birlikte ifa edilmesi gerektiği kararlaştırılmışsa, edimler arasında bağlantı bulunduğu ve edimlerin bir bütün oluşturduğu kabul edilir.
- b) İkinci olarak, **sözleşmeyle güdülen amaç** nazara alınarak tespit edilir⁷⁸⁹. Sözleşmeyle güdülen amaçtan kasıt, tarafların her ikisinin sözleşmeyle

⁷⁸³ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1.

⁷⁸⁴ Josephthal, s. 119; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874.

⁷⁸⁵ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; BK-Weber, Art. 69 OR N 20; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3, 5; Guggenheim, Contrats II, s. 66-67; Josephthal, s. 119; Barth, s. 45; Würigler, s. 99-100; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; AlmFM, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

⁷⁸⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Würigler, s. 99-100.

⁷⁸⁷ Josephthal, s. 119; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874.

⁷⁸⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 11; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 19; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁷⁸⁹ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; BK-Weber, Art. 69 OR N 20; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 4; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 3, 5; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 6; Barth, s. 45; Josephthal, s. 119; Würigler, s. 99-100; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 874; İsvFM,

hedefledikleri ortak gayedir. Şayet, aynı borç ilişkisinden kaynaklanan edimlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi veya bağlantılı addedilmesi, her iki tarafın ortak amacına uygunsa, edimlerden bir bölümünün ifa edilmesi kısmi ifa anlamına gelir.

- c) Üçüncü olarak, tarafların **menfaat durumları** nazara alınarak bir değerlendirme yapılır⁷⁹⁰. TBK m. 84 hükmü temel olarak alacaklının ifaya olan menfaatinin koruma amacı güttüğü için⁷⁹¹, menfaat durumları belirlenirken, öncelikle alacaklının ifaya olan menfaati esas alınmalıdır⁷⁹². Şayet, her iki edimin birlikte ifa edilmesi, aynı ifa menfaatine hizmet ediyorsa, edimler arasında iç bağlantının bulunduğu ve söz konusu edimlerin birlikte ifa edilmesi gerektiği sonucuna varılır.
- d) Son olarak, aynı borç ilişkisi içinde yer alan edimlerin ifa ettikleri **ekonomik işlev** ve üstlendikleri rol de belirleyicidir⁷⁹³. Alacaklının ifaya olan menfaati tespit edilemiyorsa veya alacaklının ifa menfaati borçlu açısından bilinebilir değilse, edimlerin ekonomik işlevine göre hareket etmek gerekir. O hâlde, borç ilişkisinden doğan edimlerin ekonomik işlev ve önemi belirleyici bir rol oynar⁷⁹⁴. Ayrıca, ticaret hayatındaki anlayışların da nazara alınması gerekir⁷⁹⁵.

Bir satış sözleşmesi çerçevesinde, birden fazla malın tesliminin borçlanması durumunda, kısmi ifadan bahsedebilmek için, yukarıda ifade edildiği üzere, farklı edimler arasında bir iç bağlantı ve bütünlük bulunması gerekir⁷⁹⁶. Örneğin, alıcının satıcıdan iki farklı makine satın alması ihtimalinde, şayet her iki makine de alıcı tarafından benzer amaçlarla kullanılacaksa, edimler arasında söz konusu iç bağlılığın

ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

⁷⁹⁰ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 20; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 4; **Josephthal**, s. 119; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁷⁹¹ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 6; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 5, 13; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 2, 10, 13; **KUKO-Gross**, Art. 69 OR N 1; **Grüneberg-Grüneberg**, BGB § 266 N 1; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; **İsvFM**, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁷⁹² **BK-Weber**, Art. 69 OR N 12; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 13; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda, birden fazla eserin meydana getirilmesini konu edinen bir eser sözleşmesinde, iş sahibinin edimlerin bir araya getirilerek birlikte borçlanması konusunda güttüğü özel amacı esas almıştır. Bkz. **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Aynı yönde bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

⁷⁹³ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **Würgler**, s. 99-100; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66; **Barth**, s. 45; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 874.

⁷⁹⁴ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 21; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **Guggenheim**, Contrats II, s. 66; **Würgler**, s. 99-100; **Barth**, s. 45.

⁷⁹⁵ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **Würgler**, s. 99-100; **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

⁷⁹⁶ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 14; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 10-11; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 5-6.

mevcut olduğu kabul edilir ve yalnızca bir makinenin teslim edilmesi kısmi ifa oluşturur⁷⁹⁷. Bu durumda, örneğin iki fotoğraf makinesinin iki farklı şube için satın alınması, aralarındaki amaç birliği korunduğu için, vardığımız sonucu değiştirmez. Benzer şekilde, bir çift koşum atından yalnızca birinin teslim edilmesi hâlinde de aynı durumla karşılaşılır⁷⁹⁸. Yine, alıcının bir taşınmaz satış sözleşmesiyle bir çiftlik satın alması hâlinde, çiftlik evinin bulunduğu parselin değil, yalnızca ekilip biçilen parselin mülkiyetinin devredilmek istenmesi durumunda, bir kısmi ifa teklifi söz konusu olur⁷⁹⁹. Bir kitapçıdan farklı yazarlara ait farklı romanların satın alınması durumunda da edimler arasında bağlantının bulunduğu kabul edilmelidir⁸⁰⁰. Zira, sözleşmenin konusunu oluşturan kitaplar arasında fonksiyon ve amaç birliği bulunduğu söylenebilir.

Şayet birden çok şeyin birlikte kiralanması, ödünç verilmesi veya saklanması söz konusu ise, kural olarak, sözleşmenin konusunu oluşturan bütün edimlerin bir anda ifa edilmesi ve yine birlikte iade edilmesi gerekir⁸⁰¹. Somut olayın koşullarından aksi bir sonuca varmak mümkün olsa da, bu ihtimalde, sözleşmenin konusunu oluşturan edimler arasında bir bağıllığın bulunduğu kabul edilir. Örneğin birden çok taşınır veya taşınmaz mal birlikte kiraya verilmişse, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin konusunu oluşturan kiralanan eşyaların kiracıya birlikte teslim edilmesi, kiracının da kira ilişkisi sona erdiğinde kiralananları birlikte iade etmesi gerekir. Eşyalı olarak kiralanan bir dairenin eşyasız olarak teslimi böyledir. Aynı şekilde, ödünç veya saklama sözleşmesinin konusunu birden çok edimin oluşturmaması durumunda, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, edimlerden bir kısmının ödünç alana veya saklayana verilip, diğer kısmının tesliminden imtina edilmesi, kısmi ifa olarak nitelendirilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, güncel bir kararında⁸⁰², iki farklı dış cephe inşaatını konu edinen bir eser sözleşmesinde, birden fazla edimin sözleşmeyle güdülen amaç ve taraf menfaatleri çerçevesinde bir bütün oluşturduğunu kabul etmiş ve edimlerin bölünebilir olduğu kanaatine varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, alacaklı, birden

⁷⁹⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 14; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 5; Guggenheim, Contrats II, s. 66.

⁷⁹⁸ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15.

⁷⁹⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 14; Guggenheim, Contrats II, s. 66. Buna karşılık, farklı yerlerde bulunan iki farklı parselde yer alan taşınmazın aynı anda satın alınması hâlinde, iki farklı satış sözleşmenin bulunduğu söylenebilir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 15.

⁸⁰⁰ İki farklı yazarın bütün eserlerinden oluşan iki farklı kitap serisinin satın alınması durumunda, bir serinin önce teslim edilip, diğerinin sonra ifa edilmek istenmesinin kısmi ifa oluşturmayacağı görüşünde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1.

⁸⁰¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 15.

⁸⁰² İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 146.

fazla edimin bir araya getirilerek birlikte borçlanılmasında özel bir amaç gütmüş olabilir. Söz konusu amacın varlığı, edimlerin bir bütün hâline getirildiğini ve edimlerden yalnızca bir bölümünün ifa edilmesinin kısmi ifa teşkil ettiğini gösterir. Daha elverişli başka tekliflerin varlığına rağmen, alacaklının, birden fazla edim konusunda tek bir sözleşme tarafla anlaşmak istemesi; yani, sözleşme konusunun “tek bir el tarafından” yerine getirilmesini arzulaması durumunda edimlerin bütünlük arz ettiği söylenebilir⁸⁰³.

İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu kararını Alman Federal Mahkemesi’nin bir içtihadına dayandırmaktadır. Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan olayda⁸⁰⁴, davalı, davacı tarafa bilişim teknolojisi alanında, bir donanım (*hardware*) kurmayı ve yazılım (*software*) oluşturmayı vadetmiştir. Davacının vadettiği donanımı kurmasına rağmen, başarılı bir yazılım oluşturamaması akabinde, olay Alman Federal Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Donanım ve yazılımdan oluşan iki edimin bölünebilir olup olmadığını değerlendiren Yüksek Mahkeme, daha uygun bir bedel beklentisi olmadan, tüm hizmetleri tek bir elden, yani tek bir kaynaktan elde etme isteğinin belirleyici olduğunu ve her iki edimin bir bütün teşkil etmesinin asıl sebebinin oluşturduğunu vurgulamıştır. Alman Federal Mahkemesi’ne göre, tarafların sözleşmeyle izledikleri amaç ve alacaklıyı sözleşme kurmaya iten asıl sebep, edimlerin tek bir bütün olarak bir araya getirildiğini ortaya koyarsa ve ticaret hayatındaki genel anlayış da somut olayda bütüncül olarak tek bir sözleşme ilişkisinin bulunduğunu gösterirse, edimlerin bir bütünlük arz ettiği sonucuna ulaşılır⁸⁰⁵.

Birden fazla edimin söz konusu olması durumunda, edimlerin bir kısmının ifa edilip bir kısmının ifa edilmemesinin kısmi ifa olarak nitelendirilmesi ile borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının mevcut olup olmaması ayrı konudur. Nitekim, TBK m.

⁸⁰³ **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: “*in eine Hand gelegt / tenue par une seule main*”. Öte yandan, farklı sözleşme bölümlerini bir bütün gibi değerlendiren söz konusu iradenin varlığı, somut olayda bir bileşik sözleşmenin bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Bkz. **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

⁸⁰⁴ **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd., *özellikle*, s. 1747: “*alle Leistungen aus einer Hand und damit aus einem Guß zu erhalten*”. Ayrıca bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 1990, s. 3010 vd., *özellikle*, s. 3011 = MDR 1990, s. 1103 vd.; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104; **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 413.

⁸⁰⁵ Somut olayda ifade edildiği üzere, yalnızca donanım kurma ediminin ifa edilmesinin kısmi ifa olarak nitelendirilmesiyle, alacaklının yazılım sağlama ediminin ifa edilmemesi nedeniyle, her iki edimden de vazgeçerek sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeyi sona erdirebilmesi ayrı bir konudur. Zira, Alman Federal Mahkemesi’ne göre, sözleşmenin bir bölümünü etkileyen kısmi ifa engeli, alacaklı açısından sözleşmenin tamamını kabul edilemez hâle getiriyorsa, alacaklının sözleşmenin tamamına bağlı kalması beklemez. Bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd., *özellikle*, s. 1747. Karar hakkında aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207.

84, emredici değil, düzenleyici hukuk kuralıdır⁸⁰⁶. Bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşme veya somut olayın şartları uyarınca, borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının mevcut olduğu veya bazı edimlerin diğerlerinden önce ifa edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Borçluya kısmi ifada bulunma hakkı tanınması ihtimalinde, edimlerden yalnızca birini konu edinen ifa teklifini reddeden alacaklı, kabulden kaçındığı edim bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Buna karşılık, borçlu, kalan kısmı ifa etmekten kaçınırsa, borçlu temerrüdünün genel şartlarının sağlanması durumunda, ifa etmediği edim bakımından kısmi temerrüde düşer.

Bir borç ilişkisinden doğan ve birbiriyle bağlantılı olan edimlerin birinin verme, diğerinin yapma veya yapmama borcu içermesi durumunda, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca veya somut olayın şartları çerçevesinde, borçluya kısmi ifada bulunma hakkı tanındığı sonucuna ulaşılabilir. Bu hâllerde, farklı edimlerin aynı anda ifa edilmesi mümkün olmadığı için, bazı edimlerin önce ifa edilmesi, kısmi ifa teşkil eder. Örneğin, bir karma sözleşme olan⁸⁰⁷ global mühendislik sözleşmesi çerçevesinde, mühendisin eser meydana getirme borcunu oluşturan proje hazırlama edimini, vekalet borcunun karşılığını oluşturan ve inşaatın projeye uygun bir biçimde tatbikini içeren gözetim borcundan önce ifa etmesi böyledir. Keza, bir makinenin montaj ve kurumunun ayrıca borçlanılmış olması durumunda, öncelikle makinenin teslim edilmesi gerekir.

3. Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa

Borç ilişkisinden doğan farklı edimler, alacaklının ifa menfaatinin sağlamak açısından yerine getirdikleri görev çerçevesinde ve sinallagma ilişkisiyle olan yakınlıkları uyarınca, bir önem sıralamasına tabi tutularak, asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur. Her iki edim bakımından amaç, alacaklının ifa menfaatinin sağlanmasıdır. Öte yandan, borçlunun asli edim yükümlülüğünü yerine getirip, yan edim yükümlülüğünü ifa etmemesi durumunda, ifa menfaati tam olarak sağlanmayan alacaklının, kısmi temerrüt kurumuna başvurup başvuramayacağının tespit edilmesi gerekir. Söz konusu tespit ise, yan edim yükümlülüğünün hiç ifa edilmemesinin esasen kısmi ifa olarak adlandırılıp adlandırılmayacağı sorusunun öncelikle cevaplandırılmasını gerekli kılar. Bu

⁸⁰⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 11; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁰⁷ Bkz. İsvFM, 13.1.2020, 4A_534/2019.

nedenle, aşağıda, ilk olarak, asli ve yan edim yükümlülükleri kavramsal ve fonksiyonel olarak değerlendirilmiş; ikinci olarak, iki edim yükümlülüğü arasındaki ilişkinin kısmi ifaya ve kısmi temerrüde vücut verip veremeyeceği incelenmiştir.

a. Asli Edim Yükümlülüğü ve Yan Edim Yükümlülüğü Kavramı

Her sözleşme ilişkisi, esas olarak ifa menfaatinin (*Erfüllungsinteresse*) gerçekleştirilmesini esas alır. Sözleşme ilişkisinin hedeflediği ifa menfaati, dar anlamda edim menfaatinin gerçekleştirilmesi; yani edim yükümlülüklerinin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesiyle mümkün olur. Edim yükümlülükleri de kendi içinde ikiye ayrılır: asli edim yükümlülükleri (*Hauptleistungspflichten*) ve yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflichten*)⁸⁰⁸.

Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin türünü ve tipini, karakteristik özellik ve niteliklerini belirleyen, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borcu teşkil eder⁸⁰⁹. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin objektif esaslı noktalarını (*essentia negotii*) oluşturur ve şayet sözleşme, kanunda düzenlenen isimli bir sözleşme ise, asli edim yükümlülüğü kanunda yer alır⁸¹⁰. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin birinci derecede içeriğini oluşturan, yan edim yükümlülüklerinden ayrı ve doğrudan doğruya ifası dava edilebilen borçlardır⁸¹¹. Taraflardan birinin borcunu teşkil eden asli edim yükümlülüğü, diğer tarafın ediminin sebep ve varlığını oluşturur; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, sinallagma ilişkisinin içinde yer alır⁸¹². Öyle ki, asli edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi hâlinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 123 vd. (İsvBK m. 107 vd.) hükümleri uygulama alanı bulur ve alacaklı sözleşme ilişkisini tamamen sona erdirmeye imkân edinir⁸¹³.

⁸⁰⁸ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 260; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 41 vd.; Guhl/Koller, § 2 N 25; Tandoğan, Obligations, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N 13-14; Eren, Borçlar Genel, N 88 vd. Bugün kabul edilen hâkim anlayışa göre, her borç ilişkisinde mutlaka asli veya yan edim yükümlülüklerinin yer alması gerekmez. Zira, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden, yalnızca karşı tarafın mal ve şahıs varlığını zarardan uzak tutmaya yarayan koruma yükümlülüklerinin doğduğu kabul edilir. Bkz. BK-Merz, Art. 2 ZGB N 264; Serozan, MHAD 1968, s. 119; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2639-2640; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N 7 vd.

⁸⁰⁹ BK-Weber, Art. 97 OR N 120; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13; Esser/Schmidt, § 6 III; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Schenker, Schuldnerverzug, N 41; Neuenschwander, s. 5; Eren, Borçlar Genel, N 88; Edis, s. 315, 316.

⁸¹⁰ BK-Weber, Art. 97 OR N 120; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Esser/Schmidt, § 6 III; Bucher, AT, s. 99; Aral, Kötü İfa, s. 34.

⁸¹¹ Esser/Schmidt, § 6 III; Eren, Borçlar Genel, N 89.

⁸¹² BK-Kramer, Einl. OR N 94; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13; Eren, Borçlar Genel, N 89; Aral, Kötü İfa, s. 34.

⁸¹³ Asli edim yükümlülüğü, ihlali hâlinde, sözleşmenin tamamından dönebilme menfaatiyle ilgilidir. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, yalnızca asli edim yükümlülüklerinden ibaret değildir. Pek çok sözleşme ilişkisinde, asli edim yükümlülüğünün yanında bazı yan edim yükümlülükleri de yer alır. Asli edim yükümlülüklerine nazaran arızı ve ikincil nitelikte olan, sözleşmenin tipini belirlemeyen, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, ancak asli edim borcunun sözleşmeye uygun bir biçimde ifasını veya alacaklının ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan yükümlülüklerle, **yan edim yükümlülüğü** denir⁸¹⁴. Yan edim yükümlülükleri, asli edimin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesine ve edim menfaatine doğrudan olmasa bile dolaylı olarak ulaşılmasına hizmet ederler⁸¹⁵. Yan edimler, asli edime oranla ikincil nitelik taşısalar bile, asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden ayrı bir borç, alacaklı açısından ise ayrı bir alacak hakkı olarak nitelendirilirler. Alacaklının bu hakkın yerine getirilmesinde bağımsız bir menfaati olduğu için, yan edim yükümlülüklerinin bağımsız olarak talep edilmesi veya ayrı bir dava konusu olması mümkündür⁸¹⁶. Bu sebeple, yan edim yükümlülükleri, sebebiyle, “*bağımsız yan yükümlülükler (selbständige Nebenpflichten)*” olarak da anılır⁸¹⁷. Ancak, yan edim yükümlülüklerini, ifaya yardımcı olan, bağımlı yan yükümlülüklerle karıştırmamak gerekir⁸¹⁸.

⁸¹⁴ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 260; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Guhl/Koller, § 2 N 25; Deschenaux, Traité, s. 165, dn. 60; Schenker, Schuldnerverzug, N 42; Ehrat, N 253; Tandoğan, Obligations, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N 14; Serozan, MHAD 1968, s. 118; Eren, Borçlar Genel, N 91; İpek, s. 56.

Öğretide bazı yazarlar, genel anlamda “*yan yükümlülük veya yan borç (Nebenpflichten; obligations accessoires)*” tabirini kullanmakta; yan edim yükümlülüğünü, yan yükümlülükleri de içine alır şekilde tanımlamaktadır. Bkz. Merz, Obligations, s. 43 vd.; Guhl/Koller, § 2 N 25; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1541, dn. 467;

⁸¹⁵ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 260-263; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Guhl/Koller, § 2 N 25; Schenker, Schuldnerverzug, N 42; Tandoğan, Obligations, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N 14; Eren, Borçlar Genel, N 91; Serozan, MHAD 1968, s. 118; Aral, s. Kötü İfa, s. 36; İpek, s. 56.

⁸¹⁶ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; BK-Kramer, Einl. OR N 91; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 42, 776; Neuenschwander, s. 5; Guhl/Koller, § 2 N 30-31; Deschenaux, Traité, s. 165, dn. 60; Lemp, s. 24; Eren, Borçlar Genel, N 93; Serozan, Dönme, s. 304; Aral, Kötü İfa, s. 36; Edis, s. 316, 317; İpek, s. 57. Satış sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 189 OR N 14, 16; Keller/Lörtscher, s. 13.

⁸¹⁷ İfası ayrı bir davaya konu edilebilen (*Klagbarkeit*) yan edim yükümlülükleri açısından “*bağımsız yan yükümlülükler (selbständige Nebenpflichten)*” ifası dava edilemeyen yan yükümlülükler açısından ise “*bağımlı yükümlülükler (unselbständige Nebenpflichten)*” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. BK-Kramer, Einl. OR N 91; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 51; Guhl/Koller, § 2 N 30 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 42-43; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1541, dn. 467; Aral, Kötü İfa, s. 41.

⁸¹⁸ İfaya yardımcı yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde ifasını konu edindikleri için bu ismi almışlardır. Öte yandan, öğretide bu yükümlülüklerle, “*tali / ikincil yükümlülükler (sekundäre Pflichten / obligations accessoires)*” de denilmektedir. Bkz. BK-Merz, Art. 2 ZGB N 262; Merz, Obligations, s. 46, 47; Schenker, Schuldnerverzug, N 43; Guhl/Koller, § 2 N 30 vd.; Edis, s. 317.

Bağımlı yan yükümlülüklerin en büyük özelliği, bunların edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşmaları; bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları için, borçlunun borca aykırı davranması hâlinde,

Yan edim yükümlülükleri kararlaştırıldıkları sözleşmede ivaz ve özellikle iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde **sinallagma** (*değiş tokuş / karşılıklık*) ilişkisi içinde yer alır⁸¹⁹. Akdedilen sözleşmelerde diğer tarafın borçlandığı karşı edimin bir kısmı yan edim yükümlülüğü nazara alınarak belirlenir. Bu sebeple, bu tür yan edimlere, “*karşılıklı veya denk yan edim yükümlülüğü*” denir⁸²⁰. Yan edim yükümlülüklerinin ikincil nitelikte ve asli edime bağlı olması, taraf menfaatleri açısından yapılan bir değerlendirmenin ürünüdür⁸²¹. Zira, bir borç ilişkisi açısından yan edim yükümlülüğü olan bir davranış, başka bir borç ilişkisi açısından asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilir⁸²². Öyle ki, bazı özel ve karmaşık borç ilişkilerinde, asli edim yükümlülüklerine ilişkin ana sinallagma ilişkisi dışında, karşılıklı yan edim yükümlülükleri arasında ikincil bir sinallagma ilişkisi ya da yan edim sinallagması (“*Nebenleistungssynallagma*”) bulunabilir⁸²³. Bir otomobil satıcısının, belli bir ücret karşılığında sigorta veya araç kaydı yapmakla yükümlü olması böyledir.

Yan edim yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından (TMK m. 2 f. I; İsvMK m. 2 f. I) doğabilir⁸²⁴. Kanunda düzenlenen yan edim yükümlülükleri dışında, tarafların yan edim yükümlülüklerini kendi menfaatleri doğrultusunda sözleşmede tayin etmesi, sözleşme özgürlüğü prensibinin uygulama

alacaklının bağımsız bir ifa davasıyla bunların yerine getirilmesini talep edememesidir. Bu sebeple, imkânsızlık ve temerrüde dair kurallar, yan yükümlülükler için uygulamaz. Ancak, borçlu, yan yükümlülüklerle uygun hareket etmez ve bu yükümlülükleri ihlal ederse, alacaklı sadece bundan doğan zararının tazminini talep edebilir. Zira, yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması, asıl borcun gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir ve her zaman bir kötü ifa teşkil eder. Bkz. BK-**Kramer**, Einl. OR N 91, 96; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2638; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.05; **Guhl/Koller**, § 2 N 30 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 43; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 2 N 13 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1541, dn. 467; **Eren**, Borçlar Genel, N 101 vd.; **Aral**, Kötü İfa, s. 40, 41.

⁸¹⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13; Esser/Schmidt, § 6 III; **Guhl/Koller**, § 2 N 30; **Bär**, s. 5-6; **Lemp**, s. 25; **Eren**, Borçlar Genel, N 93; **Erdem**, CVİM, N 973, dn. 658; **İpek**, s. 57, 58. Belirleyici olan, edimin sinallagma ilişkisinde ne şekilde yer aldığıdır. Bkz. **Ehrat**, N 254. Örneğin, vekalet verenin masrafları karşılama yükümlülüğü sinallagma ilişkisine dâhildir. Bkz. **Stöckli**, Synallagma, N 56. Aksi görüşte bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157.

⁸²⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13; **Eren**, Borçlar Genel, N 93. “*Asli edim yükümlülüğüne denk yan edim yükümlülüğü (Hauptleistungspflichten gleichgestellte Nebenleistungspflichten)*” ve “*diğer yan edim yükümlülüğü (sonstigen Nebenleistungspflichten)*” kavramı için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13.

⁸²¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13, 15; **Stöckli**, Synallagma, N 57.

⁸²² **Eren**, Borçlar Genel, N 94.

⁸²³ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15. Borçlu yan edim yükümlülüğünü ifa etmezse, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönerek, yan edim sinallagmasını sona erdirmeye imkânına sahiptir. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15.

⁸²⁴ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 260; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2641; **Guhl/Koller**, § 2 N 25; **Tandoğan**, Obligations, s. 8; **Deschenaux**, Traité, s. 165; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 2 N 13-14; **Eren**, Borçlar Genel, N 95; **Aral**, Kötü İfa, s. 36-37. Farklı örnekler için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N 99; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 2 N 13-14; **Aral**, Kötü İfa, s. 36; **İpek**, s. 61 vd.

alanına dâhildir. Kanunda veya sözleşmede açıkça düzenlenmese dahi, yan edim yükümlülükleri, dürüstlük kuralından doğabilir⁸²⁵. Öte yandan, kanuni yan edim yükümlülüklerinin, sözleşmeyle düzenlenerek asli edim yükümlülüğü hâline getirilmesi ve borç ilişkisinin birden fazla asli edim yükümlülüğü içermesi mümkündür⁸²⁶.

Bağımsız nitelikteki yan edim yükümlülükleri, bağımsız nitelik taşıdığı ve sinallagma ilişkisine dâhil olduğu için, asli edim yükümlülükleri gibi, ifa engellerinin konusunu teşkil edebilir; yan edim yükümlülükleri açısından hiç ifa etmeme (*ifa imkânsızlığı*), gereği gibi ifa etmeme (*kötü ifa*) veya geç ifa etme (*borçlu temerrüdü*) söz konusu olabilir⁸²⁷. O hâlde, bir yan edim yükümlülüğünün ihlali, alacaklıya, sinallagma ilişkisine özgü hukuki imkânlarla başvuru hakkı verir. Bu çerçevede, borçlunun ifası mümkün ve muaccel bir yan edim yükümlülüğünü ifa etmemesi, ihtar şartının sağlanması hâlinde, borçlu temerrüdüne yol açar⁸²⁸.

Borçlu temerrüdü hükümlerinin, yan edim yükümlülükleri açısından tatbik edilmesi, dayanağını, söz konusu edimlerin bağımsız bir alacak hakkı olmasından alır. Keza, aşağıdaki başlıkta açıklandığı üzere, yan edim yükümlülükleri bakımından borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 125 (İsvBK m. 107 ve m. 109) hükümleri uygulama alanı bulur⁸²⁹. Zira, yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinin yanında, karşı edim borcunun belirlenmesinde rol oynayarak, sinallagma ilişkisine dâhil olur⁸³⁰. Bu nedenle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından uygulanan özel borçlu temerrüdü rejimini, yalnızca asli edim

⁸²⁵ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 260; Tandoğan, Obligations, s. 8; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2641; Deschenaux, Traité, s. 165; Stöckli, Synallagma, N 57; Neuenschwander, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N 14; Eren, Borçlar Genel, N 100; Serozan, Dönme, s. 302; Eren, Borçlar Genel, N 100; Edis, s. 316; Aral, Kötü İfa, s. 37; İpek, s. 62.

⁸²⁶ BK-Kramer, Einl. OR N 92; Esser/Schmidt, § 6 III; Eren, Borçlar Genel, N 98.

⁸²⁷ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13-16; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 51, Art. 107 OR N 209; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 42; Bär, s. 5-6; Lemp, s. 24-26; Leuba, Vente, s. 108; Ehrat, N 253; Eren, Borçlar Genel, N 93; Edis, s. 314; Aral, Kötü İfa, s. 43. Benzer yönde krş. BK-Becker, Art. 107 OR N 13. Buna karşılık, bağımlı nitelikteki yan yükümlülüklerinin ihlali, farklı ifa engellerinin konusunu teşkil etmez. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 14.

⁸²⁸ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 51; Ehrat, N 253; Schenker, Schuldnerverzug, N 42, 776; Tandoğan, Nullité, s. 291-293; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956.

⁸²⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 6; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13-16; Schenker, Schuldnerverzug, N 42, 776. Satış sözleşmesi kapsamında düzenlenen montaj yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda aynı görüşte bkz. Leuba, Vente, s. 108.

⁸³⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13; Esser/Schmidt, § 6 III; Guhl/Koller, § 2 N 30; Bär, s. 5-6; Lemp, s. 25; Eren, Borçlar Genel, N 93; İpek, s. 57, 58. Aynı yönde bkz. Tandoğan, Nullité, s. 291-293.

yükümlülüklerine hasreden ve yan edim yükümlülüklerini dışlayan bakış açısının⁸³¹ reddedilmesi gerekir.

b. Kısmi İfanın Yan Edim Yükümlülüğü Bakımından Gerçekleşmesi

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, birbirinden hukuken bağımsız, ancak amaç, sebep ve sonuç bakımından bağımlı çeşitli edim yükümlülükleri içerir. İfa menfaatine doğrudan doğruya ve birincil olarak hizmet eden asli edim yükümlülükleri ile, ifa menfaatine dolaylı ve ikincil olarak, yani asli edim yükümlülükleri vasıtasıyla hizmet eden yan edim yükümlülükleri, temelde aynı amaç etrafında birleşir. Söz konusu amaç, alacaklının asli edim yükümlülüğünden tam bir menfaat elde etmesidir (“*Leistungsinteresse*”). Sebep bakımından yaklaşıldığında, her iki edim yükümlülüğünün aynı geniş anlamda borç ilişkisinden, yani tek bir sözleşmeden doğduğu belirtilmelidir. Keza, asli ve yan edim yükümlülükleri, eşit bir biçimde olmasa da, karşı edimle birlikte sinallagma ilişkisinde yer alır ve sözleşmeyi ayakta tutan değiş tokuş dengesinin bir kısmını teşkil eder⁸³². Sonuç bakımından yaklaşıldığında, her iki edimin ifasının birbiriyle bağlantılı olduğu ve bir bütün teşkil ettiği görülür. O hâlde, amaç, sebep ve sonuç bakımından yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi, bağımsız bir borcun bütünüyle ifa edilmemesi şeklinde değil, kısmi ifa veya bir borcun eksik ifa edilmesi şeklinde nitelendirilmelidir.

Nitekim, birden fazla edimin söz konusu olması ihtimalinde, edimlerden birinin ifa edilmemesinin kısmi ifa olarak nitelendirilmesi, yukarıda tespit ettiğimiz üzere, iki unsura bağlıdır. İlk olarak, her iki edim, iki farklı borç ilişkisine değil, aynı hukuki sebebe ve aynı borç ilişkisine dayanmalıdır⁸³³. İkinci olarak, aynı hukuki sebepten doğmuş edimler arasında bir iç bağlantı bulunması; başka bir deyişle, farklı edimlerin birlikte bir bütün oluşturması gerekir⁸³⁴. Her iki koşul, aynı borç ilişkisinden doğan ve aynı ifa menfaatine hizmet eden asli ve yan edim yükümlülükleri bakımından sağlanır.

⁸³¹ Bu görüşte bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 13; **Bucher**, AT, s. 366; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1641, *özellikle*, dn. 613; **İsvFM**, ATF 123 III 124 = JdT 1998 I 295.

⁸³² Sinallagma ilişkisinde yer aldığı yönünde bkz. **Esser/Schmidt**, § 6 III; **Guhl/Koller**, § 2 N 30; **Bär**, s. 5-6; **Lemp**, s. 25; **Eren**, Borçlar Genel, N 93; **İpek**, s. 57, 58.

⁸³³ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 21; **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 3; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 3, 5; **Deschenaux**, Obligations II, s. 20; **Barth**, s. 45.

⁸³⁴ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 15; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 14, 20-21; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 11; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 1; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 3, 5; **Barth**, s. 45. Aynı yönde bkz. **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 6; **Leuba**, Vente, s. 107-108; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 874.

O hâlde, asli edim yükümlülüğünün ifa edilip, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi kısmi ifa teşkil eder⁸³⁵.

Sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlülükleri, bir “*edimler bütünü veya birlikte edim (Gesamtleistung)*” teşkil eder⁸³⁶. Bir borç ilişkisinde yer alan edimler bütünü veya birlikte edim, iki anlam taşır: İlk olarak, edimler bütünü, yan edim yükümlülüğünün asıl edime eklendiği, onunla birlikte sözleşme ilişkisinde yer aldığı, onunla yan yana bulunduğu ve bir bütün teşkil ettiği anlamına gelir⁸³⁷. İkinci olarak ise, edimler bütünü kavramı, yan edimin asli edime nazaran ikincil ve ona bağlı bir edim olduğunu, borç ilişkisinde asli edim yükümlülüğünün gerçekleşmesine hizmet ettiğini gösterir⁸³⁸. Nitekim, bir borç ilişkisinden doğan asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri aynı zamanda “*birincil yükümlülükler (primären Pflichten)*” olarak adlandırılır⁸³⁹. Dolayısıyla, bütünün parçasını oluşturan yan edimin ifa edilmemesi, kısmi ifa teşkil eder.

Bu sonuca, TBK m. 230 f. II (İsvBK m. 209 f. III) hükmünden kıyasen yararlanmak suretiyle ulaşmak da mümkündür⁸⁴⁰. Zira, TBK m. 230 f. II hükmünde kanun koyucu, satılanın aslı için sözleşmeden dönmenin satılanın eklentilerini kapsayacağını; buna karşılık, satılanın eklentileri için sözleşmeden dönmenin, satılanın aslını kapsamayacağını ve sözleşmeden kısmen dönmenin söz konusu olacağını düzenlemiştir. TBK m. 230 f. II hükmünde zikredilen “*eklenti*” kavramı ise, bir eşya hukuku terimi olan eklenti (Zugehör) değil, asıl eşya olmaksızın satın alınmayacak olan yan ve ikincil şeyleri (*Nebensache*) kapsar⁸⁴¹. Dolayısıyla, kanun koyucu, satılana nazaran ikincil konumda olan yan eşyalar bakımından, yalnızca sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün olduğunu belirterek, asıl satılan bakımından

⁸³⁵ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; BK-Weber, Art. 69 OR N 12; Guggenheim, Contrats II, s. 65.

⁸³⁶ BK-Kramer, Einl. OR N 93; Esser/Schmidt, § 15 III; Lemp, s. 24; Eren, Borçlar Genel, N 94.

⁸³⁷ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; Lemp, s. 24; Eren, Borçlar Genel, N 94.

⁸³⁸ Guhl/Koller, § 2 N 25; Tandoğan, Obligations, s. 8; Eren, Borçlar Genel, N 94.

⁸³⁹ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; BK-Kramer, Einl. OR N 89; Neuenschwander, s. 14; Guhl/Koller, § 2 N 30; Eren, Borçlar Genel, N 85.

⁸⁴⁰ Kısmi temerrüt konusunda kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Lemp, s. 61; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” ile yukarıda, B.1/II/C/2/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

⁸⁴¹ BK-Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N 109, Art. 644-645 ZGB N 6; BK-Giger, Art. 209 OR N 7; BK-Becker, Art. 209 OR N 3; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 3; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 3; Furrer, s. 70; Tandoğan, Nullité, s. 79; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187.

gerçekleşen ifayı korumuş, ifa engelinin doğrudan etkilediği yan eşya bakımından ise kısmi borca aykırılık yaptırımını uygulamıştır.

Özetle, yukarıda belirtildiği üzere, yan edim yükümlülükleri ayrıca ifa engellerinin konusunu teşkil edebilir; yan edim yükümlülükleri açısından ifa imkânsızlığı, kötü ifa veya borçlu temerrüdü yaptırımları uygulanabilir⁸⁴². Asıl edim açısından imkânsızlık veya kötü ifa hâli yaratmadığı müddetçe, ifası mümkün ve muaccel bir yan edimin yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne sebebiyet verir. Öte yandan, asli edim yükümlülüğünün ifa edilmiş olmasına rağmen, yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi kısmi ifa teşkil eder. Sonuç olarak, yalnızca yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemiş olması, diğer şartların sağlanması hâlinde kısmi temerrüt hâlini meydana getirir⁸⁴³.

Yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülüğüyle birlikte karşılıklı ilişki içinde yer aldığı için, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 123 vd. (İsvBK m. 107 vd.) hükümleri, yan edim yükümlülükleri bakımından da uygulanır⁸⁴⁴. Söz konusu uygulama, kısmi temerrüt kurumu çerçevesinde, yani kıyasen yapılır. Şayet, borçlu yan edim yükümlülüğünü ifa etmezse, alacaklı, söz konusu yan alacağın aynen ifasını talep edebilir⁸⁴⁵. Aynı zamanda, alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kendi edimini kısmen veya tamamen ifa etmekten kaçınabilir⁸⁴⁶. Bunla yetinmek istemeyen alacaklı, aynen ifadan vazgeçerek, ifa edilmeyen yan edim yükümlülüğü bakımından kısmen olumlu zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, karşı edimin ifa edilmeyen kısım oranında azaltılmasını talep edebilir⁸⁴⁷. İlave olarak, yan

⁸⁴² BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; Esser/Schmidt, § 6 III; Bär, s. 5-6; Lemp, s. 24-26; Eren, Borçlar Genel, N 93; Edis, s. 314; Aral, Kötü İfa, s. 43.

⁸⁴³ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Tandoğan, Nullité, s. 291-293; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658. İsviçre-Türk Hukuku'nda, ilk kez Tandoğan, "Kesin Hükümsüzlük İptal Edilebilirlik ve Sözleşmelerin Kısmi Feshi" başlıklı doktora tezinde açıkça bağımsız yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesinin kısmi temerrüde yol açabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Tandoğan, Nullité, s. 291-293. Daha sonra, yazarı, Schenker, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları" isimli doktora teziyle takip etmiştir. Bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 776.

⁸⁴⁴ Bär, s. 5-6; Lemp, s. 24-26; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; Esser/Schmidt, § 6 III.

⁸⁴⁵ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; BK-Kramer, Einl. OR N 91; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Esser/Schmidt, § 6 III; Neuenschwander, s. 5; Guhl/Koller, § 2 N 30-31; Deschenaux, Traité, s. 165, dn. 60; Lemp, s. 24; Eren, Borçlar Genel, N 93; Serozan, Dönme, s. 391; Aral, Kötü İfa, s. 36.

⁸⁴⁶ Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2, "Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkı" ve (özellikle) yukarıda, B.2/I/D/2/b, "Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i" isimli başlıklar.

⁸⁴⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Tandoğan, Nullité, s. 291-293; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956. İfa yerine tazminat talep edilmesi durumunda da sözleşmeden kısmen dönmeye benzer sonuçlar doğacağı

edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, asli edim yükümlülüğünden faydalanmayı kısmen veya tamamen olumsuz etkiliyorsa ya da alacaklının yan edim yükümlülüğü olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, alacaklı, sözleşmenin tamamından dönebilir veya alacağın bütünü için olumlu zararının tazminini talep edebilir⁸⁴⁸.

Örnekle açıklamak gerekirse, montaj yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı bakımından borçlu temerrüdü tamamen değil kısmen uygulanır⁸⁴⁹. Bu durumda alacaklı, bir yan edim yükümlülüğü olan montaj borcunun ifa edilmesini ve gecikme sebebiyle meydana gelen zararının giderilmesini talep edebileceği gibi, ek süre vererek, montaj alacağından vazgeçebilir ve olumlu zararının giderilmesini talep edebilir. Bu zarar çoğunlukla montajın bir üçüncü kişiye yaptırılması vesilesiyle yapılan masrafin tazmini suretiyle giderilir. Buna karşılık alacaklı, olumlu zararın giderilmesi yerine, montaj borcu bakımından sözleşmeden kısmen dönebilir ve olumsuz zararının tazminini isteyebilir. Söz konusu olumsuz zarar kapsamına ise, montaj yükümlülüğünün bulunması nedeniyle meydana gelen ilave sözleşme yapma masrafları girer.

Buna karşılık, montajın satıcı dışında üçüncü bir kişi tarafından yapılması, alıcı açısından önemli bir sakınca ihtiva ediyorsa veya büyük ölçüde zorluk taşıyorsa, alıcı, montaj yükümlülüğünü ifa etmeyen satıcıya karşı, satılan da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Keza, malın orijinal servisi tarafından montajının yapılması gerekli ise, alıcı, seçimlik haklara tamamen başvurabilir. Nitekim, montaj yükümlülüğü bulunan satış sözleşmelerinde, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesine rağmen, montaj yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, alıcının, genellikle sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabileceği kabul edilmektedir⁸⁵⁰.

yönünde bkz. **Tandoğan**, Nullité, s. 293. Kısmi dönme yaptırımına başvuramayacağı yönünde bkz. **Serozan**, Dönme, s. 391.

⁸⁴⁸ Yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, asli edim yükümlülüğünden faydalanmayı kısmen veya tamamen olumsuz etkiliyorsa borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurabileceği yönünde bkz. **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N B 16; **Esser/Schmidt**, § 6 III. Alacaklının yan edim yükümlülüğü olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurabileceği yönünde bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 776; **Tandoğan**, Nullité, s. 293; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II/D/2**, “Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Edilmemesinin Asıl Edim Bakımından İfa Menfaatini Ortadan Kaldırması” isimli başlık.

⁸⁴⁹ Örnek için bkz. **Esser/Schmidt**, § 15 III.

⁸⁵⁰ **Leuba**, Vente, s. 108.

4. Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller

Her ne kadar birbiriyle bağlantılı olsa da, birden fazla edimin hukuken bir bütün teşkil etmediği ve biri olmaksızın diğerinin ifa edilmesinin, kısmi ifa olarak nitelendirilmeyeceği bazı önemli hâller mevcuttur. Şayet borçlu, anaparayla beraber bir **anapara faizi** ödeme borcu altındaysa, önce faiz borcunun ifa edilmesi, TBK m. 84 (İsvBK m. 69) uyarınca kısmi ifa teşkil etmez⁸⁵¹. Aynı durum gider ve masraflar için de geçerlidir⁸⁵². Borçlu, anaparayı ifa etmeksizin faiz borcunu ödeme hakkına sahiptir. Alacaklı, anapara borcunun ifasının teklif edilmemiş olması gerekçesiyle faiz borcunu kabulden imtina edemez; aksi hâlde, alacaklı temerrüdüne düşer. Faiz borcunun TBK m. 131 f. I (İsvBK m. 114 f. I) uyarınca, asıl borca bağlı (*fer'i*) bir hak olması, bağlı olduğu alacak hakkıyla birlikte ifa edilmesi gerektiği anlamına gelmez. Zira, faiz alacağı, anaparaya bağlı (*fer'i*) fakat ondan ayrı bir haktır⁸⁵³. Faiz borcu, anaparaya ait alacağın bir parçası olmadığı için, faiz borcunun ödenmesi kısmi ödeme sayılmaz⁸⁵⁴. Buna karşılık, borçlu, TBK m. 100 f. I (İsvBK m. 85 f. I) uyarınca, muaccel hâle gelmiş olan faiz borcunu ve giderleri ödemedi, anapara borcunun ifasını teklif etme hakkına sahip değildir. Bu durumda, alacaklı, anapara borcuna yönelik ifa teklifini reddedebilir ve alacaklı temerrüdüne düşmez⁸⁵⁵. Aksine, alacaklı, anaparayı faiziyle birlikte alacaklıya sunmayan borçluyu, borcun bütün fer'ileriyle birlikte temerrüde düşürebilir⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ von Tuhr/Peter, § 10, s. 73; von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 25; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1, Art. 73 OR N 15; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 13; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 875; Nomer, Borçlar Genel, N 152. Faiz borcunun ifasının kısmi ifa teşkil etmemesi konusunda anapara faiziyle temerrüt faizi arasında ayırım yapılmasını gerektiren bir sebep yoktur. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; Weber, MDR 1992, s. 828.

⁸⁵² MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4; Weber, MDR 1992, s. 828.

⁸⁵³ BK-Weber, Art. 73 OR N 44; Blaeser, s. 17; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 875, 969. Faiz ödeme borcu, anaparadan ayrı bir borç olması sebebiyle, ayrı bir zamanaşımı süresine tabidir; anaparadan ayrı olarak dava edilebilir ve ayrıca devredilebilir. Bkz. von Tuhr/Peter, § 10, s. 73; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 971.

⁸⁵⁴ CR-Hohl, art. 69 CO N 3; von Tuhr/Peter, § 10, s. 73; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 970.

⁸⁵⁵ von Tuhr/Peter, § 10, s. 73; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 13; Würigler, s. 103 vd.; Nomer, Borçlar Genel, N 152. Buna karşılık, alacaklı, faiz alacağını tahsil etmeden anapara alacağının ifasını bir sebeple kabul ederse, daha önce doğmuş olan faiz alacağı, TBK m. 131 f. II uyarınca sözleşmeyle veya ifa anında saklı tutulmadıkça, anapara alacağıyla birlikte sona erer.

TBK m. 100 (İsvBK m. 85) hükmüne karşılık gelen BGB § 367 hükmünde, açıkça alacaklının farklı bir mahsup şekli öngören borçlunun ifa teklifini reddedebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, BGB § 367 hükmünde yapılan ödemenin önce giderlere, sonra faize, daha sonra ana paraya mahsup edileceği belirtilerek bir sıralama öngörülmüştür.

⁸⁵⁶ von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; Würigler, s. 103 vd.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 100 hükmünün madde başlığının “*Kısmi ödemede*” olması ve ilk fıkrasında “*borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir*” hükmünün yer alması, borçlunun faiz borcunu ödemededen anaparayı veya anaparanın bir kısmını ödeme hakkının, ancak faiz borcunu ödemede temerrüde düşmemesi hâlinde söz konusu olduğunu vurgular. Yoksa, TBK m. 100 hükmünde geçen “*kısmi ödeme*” kavramı, faiz borcunun kısmi ödeme teşkil ettiği şeklinde yorumlanamaz⁸⁵⁷. Yalnızca yapılacak bir kısmi ödemenin ne şekilde mahsup edileceğini düzenler⁸⁵⁸. Nitekim, faiz borcu ödenmedikçe alacaklının anapara borcunun ifasını reddedebileceğinin özel olarak düzenlenmesi, faiz borcunun ödenmesinin kısmi ifa teşkil etmediğinin kanıtıdır. Zira, BK m. 84 hükmünün kısmi ifayı reddetme hakkı bahsettiği düşünülürse, faiz borcunun ifasının kısmi ifa teşkil etmesi varsayımında, TBK m. 100 f. I gibi özel bir hükme gerek kalmaz.

Para borçlarında **temerrüt faizi** açısından olduğu gibi, TBK m. 118 (İsvBK m. 103) uyarınca diğer borçlarda borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde ödemesi gereken **gecikme tazminatı**, asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir edimdir. Gecikme tazminatı bakımından kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 hükmü uygulama alanı bulmaz⁸⁵⁹. Öte yandan, temerrüt faizi ve gecikme tazminatı ödenmesi kısmi ifa teşkil etmezse de, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklının kendisine sunulan ifayı kabul mecburiyeti altında bulunması için, borçlunun, borcun tamamıyla beraber gecikme tazminatını veya para borçlarında temerrüt faizini -varsa aşkın zararlar birlikte- alacaklıya ifa olarak arz etmesi gerekir⁸⁶⁰. Zira, gecikme tazminatı ile temerrüt faizi gibi edimler, sözleşmeden doğan edime ve asıl borcun ifa menfaatine eklendikleri için, söz konusu borçların yerine getirilmesi gereken edimle birlikte kümülatif olarak ifa edilmeleri esastır⁸⁶¹. Gecikme tazminatının, temerrüt faizinin veya aşkın zararın, asıl borçla birlikte ifa ediliyor olması, bu edimlerin TBK m. 84 f. I uyarınca kısmi ifa teşkil ettiği anlamına gelmez. Öte yandan, asıl borca eklenmeksizin, asıl borcun yerini alan tazminat alacağı bakımından farklı bir sonuca varmak gerekir. Gerek borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında imkânsız hâle gelen kısım yerine talep

⁸⁵⁷ Nomer, Borçlar Genel, N 152.

⁸⁵⁸ Würdler, s. 103 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 875. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6.

⁸⁵⁹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7.

⁸⁶⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

⁸⁶¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

edilen tazminat talebi açısından, gerekse kısmi temerrütte TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca ifa edilmeyen kısmın aynen ifasından vazgeçilerek olumlu zararın tazmini talebi açısından, her iki tazminat alacağı da asıl alacağın bir bölümünün yerine geçerek, alacağın kalan kısmıyla birlikte bir bütün oluşturduğu için, TBK m. 84 hükmü uygulama alanı bulur⁸⁶²

Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, belli aralıklarla doğan ve muacceliyet kazanan **aralıklı veya dönemsel borç** söz konusu ise, aralıklı olarak doğan borcun ifa edilmesi kısmi ifa teşkil etmez⁸⁶³. Esasen böyle durumlarda, tek bir borç ilişkisinden belli aralıklarla doğan, fakat birbirinden farklı ve bağımsız borçlar söz konusudur. Nitekim, her ay **kira bedeli**⁸⁶⁴ veya belirli vadelerde **anapara faizi** ödenmesi⁸⁶⁵ kısmi ifa olarak adlandırılmaz. Aynı şekilde, sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilen (*gerçek olmayan veya geniş anlamda*) art arda teslimli satış sözleşmeleri bakımından her bir teslimatın ifası, kısmi ifa sayılmaz⁸⁶⁶. Elektrik veya doğalgaz tedarik sözleşmeleri gibi, belirli türden mal ihtiyacını sürekli olarak karşılamayı amaçlayan sürekli teslimat sözleşmeleri ile tedarik sözleşmeleri böyledir. Aynı şekilde, aile hukuku çerçevesinde nafaka borçlusunun her ay **nafaka** borcunu ödemesi de kısmi ifa sayılmaz⁸⁶⁷. Eğer, belli aralıklarla muacceliyet kazanan dönemsel borçlarda borçlu, birden fazla edimin ifasında gecikmişse, ifa ettiği borcun hangi borca mahsup edileceği TBK m. 101 (İsvBK m. 86) uyarınca belirlenir⁸⁶⁸. Nitekim, belli aralıklarla doğan borçlardan birinin ifası kısmi ifa teşkil etmediği için, borçlu, gerçekleştirilen ifanın ne şekilde mahsup edileceğini tayin edebilir.

⁸⁶² MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 10. Aksi yönde bkz. Ergül, s. 80. Tazminat alacağı ile asıl alacağın ifası mümkün olan kısmının bağımsız iki edim teşkil ettiği yönünde bkz. Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4. Sözleşmeden doğan edime ve asıl borca eklendikleri için, söz konusu borçların ifası gereken edimle birlikte kümülatif olarak ifa edilmeleri gerektiği yönünde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 18.

⁸⁶³ BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 880. Ayrıca bkz. yukarıda, B.2/II/B/2/c, “Ani, Sürekli ve Dönemsel Edimler Açısından” isimli başlık.

⁸⁶⁴ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 22; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 880.

⁸⁶⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 22; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7.

⁸⁶⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; CR-Hohl, art. 69 CO N 3; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 881. Ayrıca bkz. aşağıda, B.4/IV/A, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlık.

⁸⁶⁷ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4.

⁸⁶⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 22. Her ne kadar TBK m. 100-105 (İsvBK m. 85-90) hükümleri, lafzen yalnızca “ödeme (paiement / Zahlung)” kavramına yer vermişse de ilgili hükümler her türlü borç için uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bkz. BSK-Schroeter, Vor. Art. 68-74 OR N 3-4.

Şayet, borçlunun ifaya yönelik bazı davranışları, asıl borcun ifasını mümkün kılan **ifaya hazırlık fiilleri** olarak nitelendiriliyorsa, borçlunun belli hazırlık fiillerinde bulunması kısmi ifa olarak nitelendirilmez⁸⁶⁹. Aynı şekilde, borçlunun gerçekleştirdiği bir fiil, bir süre sonra gerçekleşecek ve alacaklıyı tatmin edecek olan asıl ifa fiilinin başlangıcını teşkil ediyorsa, kısmi ifadan bahsetmek mümkün olmaz. Alacaklının işyerinde kurulumu yapılacak olan bir makinenin parçalarının alacaklının işyerine önceden bırakılması veya alacaklının işyerinde imal edilecek olan bir eserin malzemelerinin önceden alacaklıya teslim edilmesi böyledir⁸⁷⁰.

Şayet, iki borç, bağımsız hukuki sebeplerden ileri gelmişse, birinin diğerinden önce ifası, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa teşkil etmez⁸⁷¹. İki borcun birbiriyle yakın bir hukuki ilişki içinde olması veya benzer bir hukuki ilişkiden doğması, ifade ettiğimiz bu sonucu değiştirmez. Örneğin, bir alacağın tahsili amacıyla açılan eda davasındaki **yargılama giderleri**, her ne kadar alacağın ifası amacıyla yapılmışsa da, ayrı bir usul hukuku ilişkisinden doğduğu için, asıl borcun yargılama giderlerinden önce ifası, kısmi ifa teşkil etmez⁸⁷².

Asıl borca yakın, ancak ondan bağımsız bir hukuki sebepten doğmuş olan diğer bir alacak hakkı ise, sözleşme cezasıdır. Bir ceza koşulundan doğan **sözleşme cezası** borcunun, asıl borçtan önce ifa edilmesi, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifa oluşturmaz⁸⁷³. Nitekim, sözleşme cezası, TBK m. 131 f. I uyarınca, asıl borca bağlı (*fer'i*), ancak ondan ayrı bir borçtur⁸⁷⁴. Keza, ceza koşulu her ne kadar sözleşmede yer alan bir şart olsa da, esasen asıl sözleşmeden ayrı bir anlaşmadır.

Sözleşmenin konusunu birden fazla edimin teşkil ettiği ve borçlunun yalnızca birini ifa ederek borcundan kurtulduğu **seçimlik borçlar** bölünebilir nitelikte

⁸⁶⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 23.

⁸⁷⁰ BK-Becker, Art. 69 OR N 9; BK-Weber, Art. 69 OR N 23. Böyle bir durumda, yüklenicinin işçilerini sahadan çekmesi, TBK m. 84 uyarınca bir kısmi ifa ve kısmi temerrüt sorunu değil, borcun zamanında ifa edilmemesine bağlı olarak meydana gelen ve borcun tamamını ilgilendiren bir borçlu temerrüdü meselesidir. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 23.

⁸⁷¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 11; BK-Weber, Art. 69 OR N 26.

⁸⁷² ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 1; BK-Weber, Art. 69 OR N 26; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 14.

⁸⁷³ Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 26; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 14; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 8; Erman-Artz, BGB § 266 N 4.

⁸⁷⁴ Erdem, Clause pénale, s. 13. TBK m. 181 (İsvBK m. 162) uyarınca ifa edilmiş olan kısmi edimin sözleşmeden dönme hâlinde alacaklıda kalacağını öngören hükümler sözleşme cezası hükmündedir. Bu ihtimalde, sözleşme cezası kısmi edim olarak nitelendirilemezse de, bir kısmi edimin sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi mümkün olur. Konu hakkında bkz. Erdem, Clause pénale, s. 10; Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 179 N 5, TBK m. 181 N 1.

değildir⁸⁷⁵. Bundan kasıt, seçimlik borçların kendi içinde bölünebilir olmaması değil, borçlunun seçimlik borçların her birinden bir miktar ifa ederek borcundan kurtulmaya yetkili olmamasıdır. Örneğin, borcun konusunu seçimlik olarak 100 TL veya 100 kilogram buğdayın teşkil etmesi durumunda, borçlu, borcunu 50 TL ve 50 kilogram buğday ile ifa etme imkânına sahip değildir.

D. Alacaklının Kısmi İfaya Yönelik Hak ve Yükümlülükleri

TBK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) hükmü, alacaklıyı, kısmi ifa teklifini reddetmekte menfaatinin bulunması durumunda korumayı amaçlar⁸⁷⁶. Bu sebeple, alacaklının menfaatinin kısmi ifayı kabul etmek yönünde olması hâlinde veya basit bir biçimde, alacaklının iradesinin aksi yönde olması durumunda, alacaklı her zaman kendisine yöneltilmiş olan kısmi ifa teklifini kabul edebilir. Kısmi ifayı kabul etmenin de ötesinde, alacaklı, TBK m. 84 f. II uyarınca alacağın kısmen ifa edilmesini de talep edebilir.

Kısmi ifayı kabul veya talep etme hakkı dışında, alacaklı, TBK m. 84 f. I uyarınca kural olarak, kendisine sunulan kısmi ifa teklifini reddedebilir. Böylece, alacaklı, edimin bir bütün olarak, tam ve noksansız bir şekilde ifa edilmesini ister. Öte yandan, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkı, mutlak bir biçimde kabul edilmemiş, bazı hâllerde alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu başlık altında, ilk olarak alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkı incelenmekte, akabinde alacaklının kısmi ifayı kabul ve talep etme hakkı açıklanmakta, son olarak alacaklının hangi hâllerde kısmi ifayı kabule mecbur olduğu tespit edilmektedir.

1. Alacaklının Kısmi İfayı Reddetme Hakkı

TBK m. 84 f. I uyarınca, alacaklı, kural olarak, kendisine sunulan kısmi ifayı reddetme hakkına sahiptir. TBK m. 84 f. I hükmü, alacaklının, borcun tamamı belli ve muaccel ise, kısmi ifayı reddedebileceğini düzenler. Şayet, kısmi ifayı kabul zorunluluğu yaratan bir hâl mevcut değilse, borçlu, alacaklıyı kısmi ifa teklifiyle rahatsız etmekten kaçınmak zorundadır. Aksi hâlde, alacaklı kısmi ifayı reddetme hakkını kullanarak, borçlunun kısmi ifa teklifini reddedebilir.

⁸⁷⁵ Würdler, s. 35.

⁸⁷⁶ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 47; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklının kısmi ifayı reddedebileceğini düzenleyen TBK m. 84 f. I hükmünün lafzı nazara alındığında, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının iki şarta tabi olduğu görülür. Bunlar, **alacağın belli olması** ve **alacağın tamamının muaccel olması** şartlarıdır⁸⁷⁷. Kanunda kısmi ifa bahsinde açıkça zikredilen bu iki şarta, kısmi ifa zorunluluğu yaratan başkaca bir hâlin mevcut olmaması koşulunu da eklemek gerekir.

Şayet alacağın belli olması ve alacağın tamamının muaccel olması ile kısmi ifa zorunluluğunun bulunmaması şartları somut olay özelinde sağlanırsa, alacaklı, TBK m. 84 f. I uyarınca kısmi ifayı reddetme hakkını kullanarak, borcun bir bütün hâlinde ifa edilmesini talep edebilir⁸⁷⁸. Esasen alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını kullanması, alacağın bir bütün hâlinde ifa edilmesini talep etmesi anlamına gelir. TBK m. 84 f. I uyarınca, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanan alacaklı, kanun gereği ifayı reddettiği için, alacaklı temerrüdüne düşmez⁸⁷⁹. Keza, kısmi ifayı reddetme hakkı bulunan alacaklı, bu hakkını kullanarak, herhangi bir olumsuz duruma maruz kalmaz⁸⁸⁰.

Alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını kullanması durumunda, borçlu, borcun tamamını alacaklıya ifa olarak arz etmekle yükümlü olur ve borçlu temerrüdünün diğer şartlarının sağlanması ihtimaline bağlı olarak, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne düşer⁸⁸¹. Zira, kanun koyucu, şartların sağlanması durumunda kısmi ifa (*“Teilleistung”*) hâlini, hukuki netice bakımından, kural olarak hiç ifa etmeme (*“Nichtleistung”*) ile denk tutarak, borcun ifa edilmesi ile hiç ifa edilmemesi arasında net bir ayırım gözetmiştir⁸⁸².

⁸⁷⁷ CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 29-32; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 17-19; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁷⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 2; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10, 22; Schwenger/Fountoulakis, N 7.25; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁷⁹ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 2; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 18; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Schwenger/Fountoulakis, N 7.25; Keller/Siehr, s. 47; Guggenheim, Contrats II, s. 64; Würigler, s. 100.

⁸⁸⁰ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 22; Schwenger/Fountoulakis, N 7.25. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8.

⁸⁸¹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 2; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 18; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Schwenger/Fountoulakis, N 7.25; Würigler, s. 100; Guggenheim, Contrats II, s. 64; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1736; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658; Öz, Dönme, s. 42.

⁸⁸² BK-Weber, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 18; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 2; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206; Esser/Schmidt, § 15

a. Alacağın Belli (Likit) Olması

TBK m. 84 f. I uyarınca, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının doğması için, ilk olarak alacağın “*belli*” olması şarttır⁸⁸³. Alacağın belli olma şartı, mehz İsvBK m. 69 f. I hükmünün Fransızca ve İtalyanca versiyonunda alacağın “*likit (liquide / liquido)*” olması, Almanca versiyonunda ise alacağın “*kesin (feststeht)*” olması şeklinde ifade edilmiştir. eBK m. 68 hükmünde ise, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının mevcut olması için, alacağın “*muayyen*” olması aranmıştır. TBK m. 84 f. I hükmünün ifadesiyle alacağın belli sayılması için, alacağın varlığı ve miktarı bakımından ihtilafsız olması veya doğrudan icra edilebilir bir senede dayanması gerekir⁸⁸⁴.

Bir alacağın belli (*likit*) olması, ilk olarak, alacağın mevcudiyeti bakımından kesin ve miktarı bakımından belirli olmasını gerekli kılar⁸⁸⁵. Ayrıca, bir alacağın belirli sayılması için, ihtilafsız olması gerekir⁸⁸⁶. İkinci olarak, alacağın doğrudan icra kabiliyeti olan bir senede (*titre exécutoire*) dayanması ihtimalinde, başkaca bir şart aranmaksızın alacağın belli olduğu kabul edilir⁸⁸⁷. İİK m. 68 (İsvİİK m. 80) uyarınca⁸⁸⁸, itirazın kesin kaldırılmasına cevaz veren senetlerin icra kabiliyeti

III; **AlmFİM**, BAG, NJW 1985, s. 2156-2158.

⁸⁸³ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 32; **BK-Becker**, Art. 69 OR N 7; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 4; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 18, 23; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 10; **KUKO-Gross**, Art. 69 OR N 3; **Deschenaux**, Obligations II, s. 20; **Tercier/Pichonnaz**, N 1110; **Würgler**, s. 36-37, 101; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.26; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁸⁴ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 18; **BK-Becker**, Art. 69 OR N 7, **Deschenaux**, Obligations II, s. 20; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151.

⁸⁸⁵ **CR-Hohl**, art. 69 CO N 4; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 18; **BK-Becker**, Art. 69 OR N 7; **Deschenaux**, Obligations II, s. 20; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) *İsvBK m. 69. f. I, borcun likit ve tamamen muaccel olması hâlinde alacaklının kısmi ödemeyi reddedebileceğini öngörür. Başka bir deyişle, borcun varlığı kesin ve miktarı belli ise ve ilave olarak, borçludan herhangi bir vade veya koşul olmaksızın derhâl talep edilebiliyorsa, alacaklı kısmi ifayı reddetme hakkına sahiptir (...)*”. İcra inkâr tazminatı bakımından bkz. **Yargıtay 4. HD**, E. 2019/913, K. 2019/2432, T. 18.4.2019 (Kazancı); **Yargıtay 4. HD**, E. 2018/2899, K. 2019/1395, T. 12.3.2019 (Kazancı): “(...) *Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin öngörülebilir olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifade ile borçlunun ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez (...)*”.

⁸⁸⁶ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 18, 23; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 4; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 32; **BK-Becker**, Art. 69 OR N 7; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 10; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁸⁷ **CR-Hohl**, art. 69 CO N 4; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 18; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151.

⁸⁸⁸ İİK m. 68 uyarınca, “*Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilamsız takip yapılamaz.*”

bulunduğu ve o senette mündemiç alacağın da belli olduğu söylenebilir⁸⁸⁹. Keza, bir mahkeme kararına dayanan alacaklar da belirlidir⁸⁹⁰.

Başlangıçta miktarı belli olsa da, şayet borçlu, alacağın bir kısmını kabul eder, buna karşılık, kendisinden talep edilen bakiye kısma karşı çıkarsa, alacak kural olarak ihtilafli hâle gelir. Nitekim, “*borcun tamamı belli (...) ise alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*” diyen TBK m. 84 f. I hükmünün mefhumu muhalifinden borcun tamamı belli değilse alacaklının kısmi ifayı kabule mecbur olduğu sonucu çıkar⁸⁹¹. Şu hâlde, borçlunun borcun bir kısmını kabul etmesi ve fakat bakiyeye karşı çıkması durumunda, alacak, belli (*likit*) olma vasfını yitirir⁸⁹². Alacağın bir kısmına itiraz edilmesi hâlinde, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanamaz ve alacağın ifa olarak sunulan ihtilafsız kısmını kabul etmek zorunda kalır⁸⁹³. Öte yandan, borçlu, alacağın bir kısmına karşı çıkıyorsa, diğer kısma dair olan borcunu kabul ve ikrar etmiş sayıldığı için, alacağın ihtilafsız kısmını ifaya mecburdur⁸⁹⁴. Borcun ihtilafsız kısmı tamamen ifa olarak teklif edilmediği müddetçe, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanabilir.

Yukarıda zikrettiğimiz ve öğretide çoğunluk tarafından benimsenen ilke, faiz ve giderleri ödemede geciken borçlu bakımından da tatbik edilir. TBK m. 100 f. I (İsvBK m. 85 f. I) uyarınca, kural olarak, borçlu, kısmen yaptığı ifayı, ana borçtan değil, faiz veya giderlerden düşmek zorundadır. Öğretideki hâkim fikre göre, şayet, faiz ve gider borcu tartışmalı ise, yapılan kısmi ifa, ana borçtan mahsup edilmelidir⁸⁹⁵. Her ne kadar, faiz ve giderlerin tartışmalı olması durumunda kısmi ifanın öncelikle ana borçtan

⁸⁸⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 18.

⁸⁹⁰ Nomer, Borçlar Genel, N 151. Hâkim kararı olmaksızın sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade borçları veya tazminat alacaklı belirli sayılmaz. Bkz. Nomer, Manevi Tazminat, s. 223-224.

⁸⁹¹ Deschenaux, Obligations II, s. 20; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 883.

⁸⁹² von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 32; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10, 13; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2376; Tercier/Pichonnaz, N 1110; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 764; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1110; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁹³ BK-Becker, Art. 69 OR N 7; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 32-33; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; Esser/Schmidt, § 15 III; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2376; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Würigler, s. 36-37, 101; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 883; Nomer, Borçlar Genel, N 151.1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁸⁹⁴ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; BK-Becker, Art. 69 OR N 7; BK-Weber, Art. 69 OR N 32; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 3; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; Würigler, s. 36-37, 102; Engel, Obligations, s. 622; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 883.

⁸⁹⁵ CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 4; CR-Hohl, art. 69 CO N 4, dn. 6; BSK-Schroeter, Art. 85 OR N 7; BK-Weber, Art. 85 OR N 20; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 6; ZK-Schraner, Art. 85 OR N 16, Art. 69 N 19; BK-Becker, Art. 85 OR N 4; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 85 OR N 6; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2373; Tercier/Pichonnaz, N 1110; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1110; Würigler, s. 103 vd.

mahsup edileceği TBK m. 100 f. I hükmünde düzenlememişse de, bu sonuç, TBK m. 100 hükmüne nazaran özel hüküm (*lex specialis*) olduğu kabul edilen TBK m. 84 hükmünden ileri gelir⁸⁹⁶. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bu kuralı kabul ederek, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, faiz ve gider borcuna karşı çıkan borçlunun kısmi ifasının, öncelikle ana borçtan mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁹⁷. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, isabetli biçimde, borcun kabul edilen kısmı için işleyen faiz borcu ile o kısma ait giderleri saklı tutmuş ve bu kısmın, borçlunun itirazından etkilenmeksizin ifa edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁸⁹⁸.

Görüldüğü üzere, herhangi bir sebeple ihtilaf vücuda geldiği anda, alacaklının adeta ihtilafli alacağı talep etme imkânı ortadan kalkmaktadır. Şayet, alacaklı, tartışmalı olan alacak bakımından ihtilafı sona erdirmek ve borcun ihtilafli kısmı bakımından borçluyu kısmen temerrüde düşürmek istiyorsa, borçluya karşı bir mahkeme kararı elde etmek zorundadır⁸⁹⁹. Şayet borçlu aleyhine bir karar verilirse, borçlu itiraz ettiği kısım bakımından da borçlu temerrüdünün sonuçlarına katlanır⁹⁰⁰.

Örneğin, bir haksız fiil uyarınca doğan tazminat alacağı açısından durum bu şekilde gelişebilir⁹⁰¹. Zararın veya tazminat miktarının bir kısmına karşı çıkan borçlu,

⁸⁹⁶ CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 4; BK-Weber, Art. 85 OR N 20; ZK-Schraner, Art. 85 OR N 16; Gauch/Schluup/Emmenegger, N 2373; Würzler, s. 103 vd.; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 25.3.2009, 4A_71/2009.

⁸⁹⁷ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) İsvBK m. 85. f. I hükmünün lafzına göre, kısmi ödemenin öncelikli olarak faiz ve masraflara mahsup edilmesi, borçlunun yukarıda bahsi geçen yan borçların ödenmesinde gecikmiş olmasını gerektirir. Bu nedenle, a contrario akıl yürütme yoluyla, söz konusu faiz ve masraf talebinin hem muaccel olması hem de borçlu tarafından tanınması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Öte yandan, borçlu, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaksızın, asıl alacağın masraf ve faizlerine itiraz ederse, borçlunun kısmi ödemesinin, kabul ettiği anaparaya mahsup edilmesi gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Zira alacaklının kısmi ödemeyi kabul etmesi hâlinde borçlunun borcun kabul edilen kısmını ödemeyi reddedemeyeceğini öngören İsvBK m. 69 f. II, İsvBK m. 85 f. I'den öncelikli özel bir kural olarak uygulanır. Başka bir deyişle, böyle bir durumda alacaklı, borçlunun kısmi ifasını kabul etmek ve bunu ana borçtan mahsup etmekle yükümlüdür. Bu görüşü savunan yazarlar oldukça ikna edicidir. Aslında, borçlu, kendisine karşı yapılan faiz ve masraf talebini kabul etmemekle birlikte, dava konusu olan ana borcun bir kısmını ödemeyi kabul ettiği sürece, kısmi ifanın, ifa ettiği sırada muaccel olup olmadığını ve muaccelse ne kadar olduğunu bilmediği fer'ilerine tahsis edilmesi söz konusu olamaz. Aslında, ancak alacaklının talebine ilişkin mahkeme hükmü yürürlüğe girdiğinde, söz konusu fer'i hakların hesaplanması mümkün olabilir (...); İsvFM, 25.3.2009, 4A_71/2009.

⁸⁹⁸ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) Bununla birlikte, borcun kabul edilen kısmı için bugüne kadar tahakkuk eden faiz alacağına karşılık gelen veya ondan daha az olan kısmi ödeme hâli saklıdır (...); İsvFM, 25.3.2009, 4A_71/2009. Aynı görüşte bkz. CR-Loertscher/Tolou, art. 85 CO N 4.

⁸⁹⁹ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 3; BK-Becker, Art. 69 OR N 7; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23. İtiraz edilen alacağın, ancak mahkeme kararıyla hesaplanabilir hâle geleceği yönünde bkz. İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹⁰⁰ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; BK-Becker, Art. 69 OR N 7; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 3; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23. Alacaklı, ihtilafsız kısmı kabul eder, akabinde, ihtilafli kısım bakımından lehine karar verilirse, bu durumda borçlu kısmen temerrüde (“kısmi temerrüt”) düşmüş olur.

⁹⁰¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; BK-Weber, Art. 69 OR N 33; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10;

borcun ikrar ettiği ihtilafsız kısmını ifa etmek zorundadır. Alacaklı ise, borçlu tarafından ikrar edilen kısmı, ifa olarak kabul etme külfeti altındadır; aksi hâlde, alacaklı, ifasını kabul etmediği kısım bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Borçlunun itiraz ettiği tazminat miktarı bir mahkeme kararıyla belirli hâle gelince, borçlu başta karşı çıktığı kısmi edimi yerine getirme zorunluluğu altına girer. Öte yandan, TBK m. 117 f. II uyarınca, haksız fiilden doğan tazminat borçlarında borçlu, ihtara gerek kalmadan, borç doğar doğmaz temerrüde düştüğü için, borçlu temerrüdünün sonuçları haksız fiilin şartlarının gerçekleştiği anda doğar⁹⁰². Aynı sonuç, TBK m. 117 f. II uyarınca kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu bakımından da geçerlidir. Borçlunun borca itiraz etmesi, bu itirazın haksızlığının anlaşılması hâlinde, borçlu temerrüdünün sonuçlarına engel olmaz.

Borçlunun alacağın bir kısmına basit bir biçimde itiraz ederek, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını hükümden düşürmesi, öğretide bazı yazarlarca kuşkuyla karşılanmaktadır⁹⁰³. Zira, borçlunun yersiz biçimde uyuşmazlık çıkararak, TBK m. 84 f. I uyarınca alacaklının sahibi olduğu kısmi ifayı reddetme imkânını elinden alması ve keyfi bir davranışla alacaklıyı kısmi ifayı kabule mecbur bırakması, hükmün amacına aykırıdır. Alacaklının bu şekilde kısmi ifayı kabule mecbur bırakılması, somut olayın özelliklerine göre alacaklıyı oldukça avantajsız bir duruma düşürmekte; ayrıca, alacağın ihtilafli hâle gelen kısmı bakımından, dava masraflarına katlanma riskini artırmaktadır⁹⁰⁴. Öte yandan, TBK m. 84 f. I hükmünün lafzi yorumu bu sonucu haklı çıkarmaktadır. Hükmün lafzen yorumlanması neticesinde, borçlunun borcun bir kısmını kabul ederek, bakiye kısmını reddetmesi ihtimalinde, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul mecburiyeti doğmaktadır.

Borçlunun borcun bir kısmına itiraz etmesi üzerine, alacaklının alacağın ihtilafsız kısmını kabule mecbur olmasını eleştiren ve ilk olarak *von Büren* tarafından savunulan aksi görüşe göre⁹⁰⁵, kısmi ifayı reddetme hakkı alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla öngörüldüğü için, borçlu borcunun ister tamamını, ister yalnızca

Nomer, Borçlar Genel, N 151.1.

⁹⁰² Bkz. yukarıda, **B.2/I/C/3/c**, “*Ifası İstenen Borcun Haksız Fiilden veya Sebepsiz Zenginleşmeden Doğması*” isimli başlık.

⁹⁰³ Borçlunun yalnızca borca itiraz ederek, kısmi ifayı reddetme hakkını hükümden düşürmesi konusunda ileri sürülen eleştiriler için bkz. **BK-Weber**, Art. 69 OR N 33; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 23; **von Büren**, AT, s. 443, dn. 3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 764; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 883. Bu sonuç, alacaklının kısmi ifayı reddedebilme hakkı veren prensibin ne kadar kolaylıkla felce uğratılabileceğini gösterir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 764.

⁹⁰⁴ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 33; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 23.

⁹⁰⁵ **von Büren**, AT, s. 443, dn. 3; **KUKO-Gross**, Art. 69 OR N 3.

bir kısmını kabul etmiş olsun, alacaklı yine de korunmalı ve kısmi ifayı reddedebilmelidir. Nitekim, TBK m. 84 f. II (İsvBK m. 69 f. II) hükmünde, “*alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu borcun kendisi tarafından ikrar edilen kısmını ifadan kaçınamaz*” denilerek, borçlunun borcun yalnızca bir kısmını ikrar (*kabul*) etmesi ihtimalinde de, alacaklının, kısmi ifayı kabul veya reddetme yönünde tercih imkânı olduğu vurgulanmaktadır. Borçlunun borcun bir kısmına itiraz edip kalan kısmını kabul etmesi, borcun “*belli (liquide / feststeht)*” olmasını ve alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını etkilememelidir. Bu görüşe göre, TBK m. 84 hükmü, anlam ve amacına uygun şekilde yorumlanmalı; borçlunun basit bir itirazı, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını hükümden düşürmemeli; itirazın esas ve gerekçe bakımından haklılığı yönünde bazı özel gereksinimler öngörülmalıdır.

Hükümün isabetli olup olmadığını kuşkuyla karşılayan Oğuzman ve Öz ise, uyuşmazlık çıkararak alacaklıyı kısmi ifayı kabul zorunluluğunda bırakan borçlunun, uyuşmazlıkta haksız olduğu mahkeme kararıyla anlaşıldığında, alacaklının uğradığı zararın göz önünde tutulmasını savunmaktadır⁹⁰⁶.

Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi’nin de katıldığı⁹⁰⁷, öğretide savunulan hâkim fikre göre⁹⁰⁸, TBK m. 84 f. I hükmü, alacaklı bakımından önemli bir sakıncayı ihtiva etse de, kanunun lafzından sapmayı haklı gösterecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Nitekim, bu görüşe göre, borçlunun herhangi bir sebeple borca itiraz etmesi üzerine, alacak ihtilafı hâle gelir ve alacaklı kısmi ifayı reddetme hakkını kullanamaz. Alacaklı alacağın ihtilaf arz etmesi durumunda, borcun ifa olarak sunulan ihtilafsız kısmını kabule mecburdur. Bu görüşe göre, borçlunun kabul ettiği kısmi ifa etmesi, usul ekonomisi gereğidir⁹⁰⁹. Zira, borçlunun borçlu olduğu kısmı bir an önce alacaklıya ifa etmesinin engellenmesi için geçerli bir sebep bulunmamaktadır⁹¹⁰. Ayrıca, TBK m. 84 f. I hükmü, borçlunun asılsız taleplere karşı korunma hakkını sınırlandırma amacı gütmemektedir⁹¹¹. Haksız fiil sorumluluğu uyarınca doğan tazminat borcu açısından veya sigorta hukuku çerçevesinde sigortacının meydana

⁹⁰⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 883.

⁹⁰⁷ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) Bu yazarların birçoğu tarafından benimsenen görüş, İsvBK m. 69 f. I hükmünün lafzıyla tamamen uyumludur. Borcun tamamının belirli (likit) olmaması hâlinde, borçlunun dava sırasında borçlu olduğunu kabul ettiği kısmı, daha fazla geciktirmeden ifa etmesinin engellenmesi için hiçbir neden yoktur (...)”.

⁹⁰⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; BK-Weber, Art. 69 OR N 33-34; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10, 13; Schwenzer/Fountoulakis, N 7.26.

⁹⁰⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 34; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23.

⁹¹⁰ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹¹¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23.

gelen zarardan sorumluluğu bakımından, borçlunun tazminat miktarına karşı çıkması hâli böyledir⁹¹². Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde, işsahibi, yüklenicinin eser bedeli borcuna karşı çıkmış ve akabinde gerçekleştirilen bilirkişi incelemesi neticesinde, eser bedelinin bir kısmını taksitler hâlinde yükleniciye ifa etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, somut olaya yönelik incelemesinde, bedel borcunun ihtilaflı olduğu gerekçesiyle, yüklenicinin kısmi ödemeleri reddetme hakkına sahip olmadığını tespit etmiştir⁹¹³.

Kanaatimizce, çoğunluk tarafından savunulan hâkim görüş uyarınca hukuken isabetli olup olmadığına bakılmadan, borçlunun basit bir itirazıyla TBK m. 84 f. I hükmünde alacaklıya tanınan imkânın hükümden düşürülmesi, bir yönüyle borçlunun kendi kusurlu davranışından hak çıkarması sonucunu doğurabilir. Diğer yönüyle de, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının içeriğini boşaltarak, alacaklıyı koruma amacı güden bu hakkın özünü zedeleyebilir ve onu yalnızca görünürde var olan bir imkân hâline getirebilir. Örneğin, borcun yarısına itiraz eden borçlunun, ilgili kısmı daha önce ödediğini ileri sürüp, borcun kalan kısmının ifasını alacaklıdan kabul etmesini beklemesi böyledir. Benzer şekilde, kısmi ifa teklifini reddetmek isteyen alacaklıya karşı, borçlunun, herhangi bir haklı gerekçeye dayanmaksızın, borcun kalan kısmını reddetmesi ve alacaklıdan bakiye kısım için dava açmasını talep etmesi alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının içeriğini boşaltır.

Kanımızca, söz konusu hukuki sorun, *von Büren* tarafından savunulan azınlık görüşünün temellendirilmesi yoluyla aşılmalıdır. Öğretide borçlunun keyfi bir şekilde hareket etmesini engelleyen ve kendi kusurlu davranışından hak elde etmesini önleyen en önemli imkân, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) hükmünde tanınan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Dürüstlük kuralı, şüphesiz kısmi ifa hâlinde de uygulanmalı ve hakkın kötüye kullanılması tehlikesine karşı alacaklı korunmalıdır⁹¹⁴. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi⁹¹⁵, yukarıda zikrettiğimiz kararında, "*borçlu*

⁹¹² BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 23; BK-Weber, Art. 69 OR N 33. Böyle hâllerde, zarar gören alacaklı, haksız fiil failinin veya sigorta şirketinin, zararın tamamına itiraz etmesi nedeniyle, zarardan daha az bir tazminat alacağını kabul etmek zorunda bırakılır. Zararın zarar gören alacaklıyı tatmin eden önemli bir kısmının ifa edilmiş olması durumunda, alacaklı, bakiye kısım için dava açmaktan vazgeçebilir. Öyle ki, fail veya sigorta şirketi, kendilerine karşı dava açılma riski bertaraf olana değin, kısmi ifaya devam eder. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 33; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 29.

⁹¹³ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹¹⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 34-35. Hakkın kötüye kullanılması yaptırımının ancak aşırı hâllerde ve yeterince açık olması durumunda uygulanacağı; bu sebeple, TMK m. 2 f. II (İsvMK m. 2 f. II) hükmünün alacaklıyı haksız itirazlara karşı korumakta yetersiz kaldığı görüşünde bkz. KUKO-Gross, Art. 69 OR N 3.

⁹¹⁵ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: "*sans qu'il y ait abus de droit de sa part*"; İsvFM,

bakımından hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça", borçlunun, gerçekleştirdiği kısmi ifayı, karşı çıktığı faiz ve giderlerden değil, tartışmasız olan ana borçtan mahsup etme hakkının bulunduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık, hakkın kötüye kullanılması rezervini koyan Yüksek Mahkeme, kararında, hakkın kötüye kullanılması ihtimali üzerinde durmamış ve bu ihtimali somutlaştırmamıştır.

Alacağın belirli olma vasfını yitirmesi ve alacaklının ihtilafsız kısmın ifasını kabul etmek zorunda kalması, kanaatimizce, borçlunun alacağın bir kısmına karşı çıkmakta dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı olması ihtimalinde yerinde görülmeli; aksi hâlde, borçlunun keyfi bir biçimde veya sebepsiz yere borcun bir kısmına karşı çıkması, dürüstlük kuralına aykırı sayılmalı ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir. Borçlu olduğunu bilen veya bilmesi gereken borçlunun, borcun bir kısmına karşı çıkması hâlinde, kısmi ifayı reddeden alacaklının davranışı hukuken isabetli görülmeli ve borçlunun dürüstlük kuralına aykırı düşen itirazına hukuken değer atfedilmemelidir⁹¹⁶.

Ayrıca, *Oğuzman* ve *Öz* tarafından işaret edildiği üzere⁹¹⁷, borçlunun yersiz biçimde ve keyfi olarak borcun bir kısmına itiraz etmesi, alacaklıda bir zarara yol açmışsa, borçlunun söz konusu zararı tazmin etmesi gerekir. Fazladan dava veya takip masrafı yapılması söz konusu zararlara örnektir. Hâkimin somut olayın özelliklerini nazara alarak alacaklı lehine dava masraflarına hükmetmesi ve dava masraflarını borçlunun üzerinde bırakması da isabetli bir çözüm olur⁹¹⁸. Nitekim, dürüstlük kuralına aykırı şekilde dava açılmasına sebebiyet veren davalının dava giderlerinden HMK m. 329 çerçevesinde sorumlu tutulması mümkündür⁹¹⁹.

25.3.2009, 4A_71/2009: *"ohne dass die Bestreitung rechtsmissbräuchlich erfolgt"*. Aynı görüşte bkz. BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 19; CR-Hohl, art. 69 CO N 4, dn. 6.

⁹¹⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 35. Sonuç itibarıyla aynı yönde bkz. KUKO-Gross, Art. 69 OR N 3.

⁹¹⁷ *Oğuzman/Öz*, Cilt I, N 883.

⁹¹⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 19, 23; BK-Weber, Art. 69 OR N 33, 35.

⁹¹⁹ HMK m. 329 f. I uyarınca, kötüniyetli davalı, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Kötüniyetli davalı, HMK m. 329 f. II uyarınca ise, bundan başka beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır. Hükümde atf yapılan *"kötüniyet"* TMK m. 3 uyarınca iyiniyetin yani sübjektif hüsnüniyet kavramının karşılığı değil, TMK m. 2 uyarınca objektif hüsnüniyetin yani dürüstlük kuralının karşılığı olarak kullanılmıştır. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet veren tarafın dava masraflarına mahkûm edilmesi, yukarıda zikrettiğimiz görüşümüz çerçevesinde, dürüstlük kuralına aykırı şekilde borcun bir kısmın itiraz eden borçlu bakımından da uygulanabilir. Ayrıca, kanun koyucu, *"Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk"* başlığını taşıyan HMK m. 327 f. I hükmünde, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebileceğini öngörmüştür. Borçlunun dürüstlük kuralına aykırı şekilde borcun bir kısmına itiraz

b. Alacağın Tamamının Muaccel Olması

İlk olarak, TBK m. 84 f. I uyarınca, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının doğması için, alacağın tamamının “*muaccel (exigible / fällig / esigibile)*” olması şarttır⁹²⁰. Alacağın muaccel olması, alacaklının alacağını talep ve dava etme imkânına sahip olması anlamına gelir⁹²¹. Şayet, borcun tamamı muaccel hâle gelmemişse, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanamaz ve kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalır⁹²².

Borcun tamamının muaccel olmaması nedeniyle alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkından mahrum kalması için, borçlunun, alacağın muaccel hâle gelen kısmının tamamını ifa olarak sunması gerekir. Aksi hâlde, alacaklı, borcun muaccel hâle gelen kısmından daha azının ifa olarak sunulmuş olması gerekçesiyle, borçluya karşı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanabilir. Örneğin, TBK m. 479 f. II (İsvBK m. 372 f. II) uyarınca eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur. Bu durumda, iş sahibi, kendisine sunulan her bir parça bakımından; yüklenici ise, o parçaya karşılık gelen bedel açısından kısmi ifayı reddetme hakkına sahip değildir⁹²³.

Borçlunun, borcun muaccel hâle gelen kısmı bakımından kısmi ifa teklifinde bulunurken, ileride muaccel hâle gelecek olan kısmi edimi ifa etmeyeceğini beyan etmesi, borçlunun borca aykırı davranacağının önceden belli olması, yani öncelenmiş borca aykırılık (*violation anticipée du contrat / Antizipierter Vertragsbruch*) teşkil eder. Kanaatimizce, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, sözleşmenin müspet ihlâli teşkil eder. Alacaklı, borcun henüz muaccel olmamış kısmının ifa edilmeyeceğinin beyan edilmesi hâlinde, sözleşmenin müspet ihlâline dayanarak,

ederek davanın uzamasına sebebiyet vermesi ihtimalinde, HMK m. 327 f. I hükmünün uygulanması da imkân dâhilindedir.

⁹²⁰ CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 3; Schwenzer/Fountoulakis, N 7.26; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) İsvBK m. 69 f. I, borcun likit ve tamamen muaccel olması hâlinde alacaklının kısmi ödemeyi reddedebileceğini öngörmektedir. Başka bir deyişle, borcun varlığı kesin ve miktarı belli ise ve ilave olarak, borçludan herhangi bir vade veya koşul olmaksızın derhâl talep edilebiliyorsa, alacaklı kısmi ifayı reddetme hakkına sahiptir (...)”.

⁹²¹ BK-Becker, Art. 75 OR N 1; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 53; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 4; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 19; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2156; Tercier/Pichonnaz, N 1139; Engel, Obligations, s. 684; Wiegand, recht 1983, s. 119; Schenker, recht 1989, s. 47-48; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1504; İsvFM, ATF 129 III 535; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99. Muacceliyet konusunda bkz. yukarıda, B.2/I/B/2, “Borcun Muaccel Olmasına Rağmen İfa Edilmemesi” isimli başlık.

⁹²² CR-Hohl, art. 69 CO N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁹²³ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; BK-Weber, Art. 69 OR N 36; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22.

kısmi ifa teklifini reddedebilir ve vadeyi beklemeden, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir⁹²⁴.

Kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 f. I hükmünün, erken ifayı düzenleyen TBK m. 96 (İsvBK m. 81 f. I) hükmüyle beraber değerlendirilmesi gerekir. TBK m. 84 f. I hükmü uyarınca, “*borcun tamamı (...) muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*”. TBK m. 96 uyarınca ise, “*sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir*”.

İlk olarak, TBK m. 84 f. I, borcun bir kısmının muaccel olması hâlinde, alacaklının, kendisine sunulan muaccel kısmın ifasını reddedemeyeceğini düzenler. Başka bir deyişle, borcun kısım kısım muaccel olması hâlinde, borçlu, borcun vadesi gelen kısmını ifa olarak alacaklıya sunarsa, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanamaz. Borcun muaccel hâle gelen kısmının ifasını reddeden alacaklı, bu kısım bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Bu sonucun sağlanabilmesi için, borçlunun, borcun muaccel hâle gelen kısmının tamamını ifa olarak sunması gerekir. Aksi hâlde, alacaklı, yine, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanabilir. Buna karşılık, borçlu, TBK m. 96 uyarınca, kural olarak borcunu erken ifa etme hakkına sahip olduğu için, borcun bir kısmı muaccel hâle gelmiş olsa bile, borcun tamamını alacaklıya ifa olarak sunabilir. Borcunu erken ifa etmek isteyen borçlunun, tam ve gereği gibi ifa teklifini reddeden alacaklı, TBK m. 106 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşer.

İkinci olarak, “*Borcun tamamı (...) muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*” diyen TBK m. 84 f. I hükmü, borcun bir kısmının değil, tamamının muaccel olmaması (*müaccel*) hâlinde, alacaklının kısım kısım yapılacak olan ifayı kabul etmek zorunda olduğu şeklinde yorumlanamaz⁹²⁵. Alacaklı, henüz borcun tamamının vadesi gelmemiş olsa bile, kendisine sunulan kısmi ifa teklifini reddedebilir. TBK m. 96 uyarınca, kural olarak, borçlu, borcunu ifa etmek için vadeyi beklemek zorunda olmadan, borcunu erken ifa edebilir. Buna karşılık, borcunu

⁹²⁴ Bu yönde bkz. CR-**Thévenoz**, art. 107 CO N 40; BSK- **Wiegand**, Art. 108 OR N 2; **Bucher**, AT, s. 369; **İsvFM**, ATF 110 II 141 = SJ 1995 357; ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322; ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136. Detaylı bilgi için bkz.; **Gianella**, N 427 vd.

⁹²⁵ **İsvFM**, 9.6.2004, 4C.84/2004: “(...) Ayrıca, alt mahkeme tarafından bu bağlamda eleştirilen 69. maddenin 1. paragrafının ihlali her hâlikârda konu dışıdır. Bu hükmün, borcun tamamının kesin ve muaccel olması hâlinde, alacaklının kısmi ödemeyi kabul etmek zorunda olmadığını öngördüğü doğrudur. Ancak davacının görüşünün aksine, bundan alacaklının vade tarihinden önce kısmi ödemeyi kabul etmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. İsvBK m. 69 alacaklının menfaatlerini korumayı amaçladığından, alacaklı vade tarihinden önce bile kısmi ödemeyi reddetmekte serbesttir (...)”.

vadesinden önce ifa etmek isteyen borçlu, bu borcu kısmen ifa etme imkânına sahip değildir⁹²⁶. Başka bir deyişle, borcunu erken ifa etmek isteyen borçlu, alacaklıya borcun tamamını ifa olarak sunmak zorundadır. Aksi hâlde, alacaklı, borcun tamamının vadesi gelmemiş olsa bile, kısmi ifa teklifini reddedebilir ve alacaklı temerrüdüne düşmez. Alacaklıyı henüz vade tarihi gelmeden alacaklı temerrüdüne düşürmek isteyen borçlu, borcun tamamını alacaklıya ifa olarak sunmalıdır. Benzer şekilde, vadeyi belirleme hakkına sahip olan borçlu, TBK m. 84 hükmünün sağladığı avantajlardan alacaklıyı mahrum bırakmak amacıyla, bu hakkını kademeli olarak kullanamaz⁹²⁷.

Son olarak, borçlu, borcun yalnızca bir kısmı muaccel hâle gelse bile, TBK m. 84 f. I ile TBK m. 96 hükmünün bir arada yorumlanması neticesinde, ya muaccel hâle gelen kısmı ya da borcun tamamını ifa etme hakkına sahiptir. Buna karşılık, borçlunun, borcun muaccel hâle gelen kısmından daha fazla, ancak borcun tamamından daha az olan ifa teklifinin ne şekilde değerlendirileceği sorusu, kanun koyucu tarafından cevaplandırılmamıştır. Kanaatimizce, alacaklı, ifa teklifini, muaccel hâle gelen kısım kadar kabul etmek zorunda olsa da, henüz vadesi gelmemiş olan fazladan kısmı reddedebilir. Zira, alacaklı, borcun vadesi gelmemiş olsa bile, borcunu erken ifa etmeye hakkı olan borçlunun, kısmi ifa teklifini reddetme hakkına sahiptir⁹²⁸. Buna karşılık borçlu, TBK m. 96 uyarınca erken ifa etme hakkını kullanarak, muaccel kısımla birlikte henüz muaccel hâle gelmemiş olan kısmın tamamını ifa etmek zorundadır. Aksi hâlde, alacaklı, muaccel hâle gelmemiş olsa bile, ifasını reddettiği alacak bakımından alacaklı temerrüdüne düşer.

2. Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı

TBK m. 84 f. I hükmünün *ratio legis*'i, kısmi ifa teklifini reddetmekte menfaati olan alacaklının korunması ve kısmi ifa yoluyla menfaatlerinin ihlal edilmemesidir⁹²⁹. Kanun koyucu, TBK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) hükmünde, alacaklının genellikle alacağın tamamını elde ederek tatmin olacağını düşünerek, alacaklıya **kısmi ifa teklifini reddetme hakkı** tanımıştır. Dolayısıyla, TBK m. 84 f. I hükmü, kısmi ifanın alacaklının menfaatine olmadığı ön kabulü üzerine kuruludur. Buna karşılık,

⁹²⁶ İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁹²⁷ BK-Becker, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 31.

⁹²⁸ İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

⁹²⁹ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13, 47; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

alacaklının menfaatinin kısmi ifayı elde etme yönünde olması da mümkündür. Alacaklının kısmi ifa teklifini kabul etmekte menfaatinin bulunması durumunda veya basit bir biçimde, alacaklının kısmi ifayı kabul etmek istemesi hâlinde, TBK m. 84 f. I hükmünün dayandığı ön kabul boşa çıkmış olur. İşte böyle hâllerde, alacaklı kendisine sunulan kısmi ifa teklifini kabul edebilir⁹³⁰.

Alacaklının kendisine sunulan kısmi ifa teklifini pasif bir biçimde kabul etmek yerine, bizzat harekete geçerek, borçluya karşı daha aktif bir rol alması ve alacakta mündemiç olan talep hakkını kısmen kullanması mümkündür. Nitekim, kanun koyucu, TBK m. 84 f. II’de “*Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz*” hükmüne yer vererek bir adım daha ileri gitmiş ve alacaklıya, kısmi ifayı kabul etme hakkının yanı sıra, **kısmi ifayı talep etme hakkı** da tanımıştır. Başka bir deyişle, alacaklı, TBK m. 84 f. II uyarınca borçludan borcun tamamını değil, bir kısmını ifa etmesini talep edebilir⁹³¹. Böylece, alacaklı, sadece kısmi ifayı reddetme hakkını haiz olmakla kalmamakta, aynı zamanda, kısmi ifayı talep imkânıyla da donatılmış olmaktadır⁹³². Alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkı, alacağın talep edilen kısmı için dava açma veya icra takibi başlatma hakkını da beraberinde getirir⁹³³. Keza, alacaklının, alacağın tamamı yerine bir kısmını üçüncü bir kişiye devretmesi (*kısmen temlik*), böylece, alacağın bir kısmının bağımsız olarak ileri sürülmesi mümkündür⁹³⁴.

⁹³⁰ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14-15; Deschenaux, Obligations II, s. 21. Fransız Hukuku’nda aynı yönde bkz. Terré/Simler/Lequette/Chénédé, N 1425.

⁹³¹ von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 47-48; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14-15; CR-Hohl, art. 69 CO N 1, 6; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 20; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 21; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 11; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Schwenger/Fountoulakis, N 7.27; Guggenheim, Contrats II, s. 68; Schenker, Schuldnerverzug, N 141; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Esser/Schmidt, § 15 III; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876; Nomer, Borçlar Genel, N 151.4; İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958: “(...) *Dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça (BGB § 242), alacaklı, sözleşme uyarınca hakkı olan bir edimin tamamının yalnızca bölünebilir bir kısmını talep etme hakkına sahiptir (...)*”.

Öte yandan, alacaklının borcun gerçek miktarından daha fazlasını talep etmesi, bu beyanı daha azını kabul etmeyeceği şeklinde yorumlanmadıkça, borcun tamamı için sonuç doğurur. Bkz. von Tuhr/Escher, § 72, s. 137; BK-Weber, Art. 69 OR N 50; von Büren, AT, s. 367; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1511; İsvFM, ATF 46 II 85.

⁹³² BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14; CR-Hohl, art. 69 CO N 6; Schwenger/Fountoulakis, N 7.27; İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012. Zira, bir hakka sahip olmak, o hakkın sahibine, hakkın sağladığı menfaati reddetmek veya talep etmek imkânını vermelidir. Aynı yönde bkz. İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012.

⁹³³ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 15; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; Esser/Schmidt, § 15 III; İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012. Alacağın tamamı belirli ise kısmi dava açılmayacağı görüşünde bkz. Tanrıver, s. 658.

⁹³⁴ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; BK-Weber, Art. 69 OR N 48; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 6; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Esser/Schmidt, § 15 III; Engin, Temlik, s. 34. Alacaklı, alacağın parça parça bölüp, kısım kısım devredebilir. Öte yandan, alacağın devrinin borçlunun durumunu

Nitekim, bazı durumlarda kısmi ifayı kabul etmek alacaklının yararına olabileceği gibi, alacağın bir kısmını talep etmek konusunda alacaklının menfaat sahibi olması da mümkündür⁹³⁵. Örneğin, alacaklının dava masrafı riskini en aza indirmek amacıyla, alacağın bir kısmını talep ve dava etmesinin daha lehine olabileceği ifade edilmektedir⁹³⁶. Bu durum, dava yoluyla ileri sürülen talebin, miktar bakımından değil, hukuki sebep bakımından tartışmalı olduğu durumlarda, örneğin, haksız fiil şartlarının sağlanıp sağlanmadığı belli değilse, alacaklıya fayda sağlar⁹³⁷. Nitekim, kısmi dava açılması esasen bu amaca hizmet eder. Keza, uygulamada, özellikle bir para borcu söz konusu ise, alacaklının, borçlu tarafından teklif edilen kısmi ödeme teklifini genel olarak kabul etmesinin kendi lehine olduğu belirtilmektedir⁹³⁸.

Alacaklının kısmi ifayı talep etmesi hâlinde, borçlu, TBK m. 84 f. II uyarınca, alacaklının söz konusu talebine uygun şekilde, borcun ifasını kısmen sağlamak zorundadır⁹³⁹. Dolayısıyla, borçlu, alacaklıyı, alacağın tamamını talep etmeye zorlayamaz veya alacağın tamamının talep edilmediği gerekçesiyle alacaklının talebine karşı çıkamaz. Buna karşılık, borçlu, borcun bir kısmını değil, tamamını ifa olarak alacaklıya teklif edebilir⁹⁴⁰. Böylece, borçlu, kısmi ifanın getirdiği ek masraflardan kendisini korumuş olur. Alacaklı, kısmi ifa teklifine rağmen, ifa olarak sunulan borcun tamamını kabul etmek zorundadır. Kendisine sunulan edimin

ağırlaştırmaması gerektiği yönündeki ilke nazara alınarak, sırf borçluyu rahatsız etmek için yapılan kötüniyetli davranışlara dürüstlük kuralı (TMK m. 2) uyarınca cevaz verilmemelidir. Bkz. **Esser/Schmidt**, § 15 III; **Keller/Schöbi**, s. 70; **Engin**, Temlik, s. 34, dn. 12.

⁹³⁵ Örneğin bkz. **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 30; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 14-15; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.27; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 1958.

⁹³⁶ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 30; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.27; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 1958: “(...) Bu kural borçlar hukukunun temel ilkelerinden biridir. Zira kısmi ifayı talep etme hakkı alacaklıya edimin tamamının kendisini (hâlâ) ilgilendiren kısımlarını elde etme fırsatı vermeyi amaçlar. Aynı durum, edimin tamamının talep edilmesinin doğuracağı riskleri veya dezavantajları katlanılabilir veya arzu edilebilir bir düzeye indirmek amacıyla, alacaklının toplam edimi daha düşük bir kapsamla sınırlandırmak istemesi hâlinde de geçerlidir. Bu hak, ifanın amacına tekabül eden genel hakkaniyet gerekliliğinden, ifanın amaçlanan sonuca, yani alacaklının menfaatlerinin tatmin edilmesini sağlayacak şekilde mümkün, makul ve uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ihtiyacından kaynaklanır (...)”.

⁹³⁷ **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.27. Öte yandan, alacaklı, alacağın tamamı için zamanaşımı süresinin kesilmesinden yararlanamaz. Zira, kısmi dava, ancak dava konusu edilen kısım bakımından zamanaşımını keser. Bkz. **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.27, 84.32.

⁹³⁸ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 6, 47; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 5, 15. Zira, alacaklı, para borçlarında kısmi ifayı kabul ederek, kısmen kendisine ifa edilen paradan yararlanma imkânına sahip olmaktadır. Bkz. **BK-Weber**, Art. 69 OR N 47. Böylece, borçlu kısmi ifa yoluyla ödeme gücünü artırır.

⁹³⁹ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 31; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 49; **Guggenheim**, Contrats II, s. 68; **Würgler**, s. 36; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 876.

⁹⁴⁰ **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 16; **CR-Hohl**, art. 69 CO N 6; **KUKO-Gross**, Art. 69 OR N 6; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 21; **Würgler**, s. 36; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 876; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151.4.

bütününü kabul etmeyen alacaklı, TBK m. 106 f. I (İsvBK m. 91 f. I) uyarınca, alacağın tamamı bakımından alacaklı temerrüdüne düşer⁹⁴¹. Buna karşılık, alacaklı, yalnızca talep ettiği kısmı ifa olarak kabul ederse, TBK m. 106 f. I uyarınca, alacaklı temerrüdü, kısmen, yani, ifayı kabul etmekten kaçındığı bakiye kısım bakımından gerçekleşir⁹⁴² ve kısmi alacaklı temerrüdü (*Teil-Annahmeverzug*) meydana gelir⁹⁴³. Öte yandan, alacaklının kendisine sunulan ifa teklifini kabul mecburiyeti altında bulunması için, borçlunun, borcun tamamıyla beraber, varsa gecikme tazminatını veya para borçlarında temerrüt faizi ve aşkın (*munzam*) zararlarla birlikte, ifayı alacaklıya arz etmesi gerekir⁹⁴⁴.

İfade etmek gerekir ki, “*Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz*” diyen TBK m. 84 f. II ve hükmün mehzazını oluşturan İsvBK m. 69 f. II⁹⁴⁵, lafzen ve manaen yeterince açık ve anlaşılır değildir⁹⁴⁶. Zira, TBK m. 84 f. II, kanun koyucunun lafzen ifade ettiği şekliyle, ne alacaklının pasif bir davranışla kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmesini düzenlemektedir; ne de borçlunun aktif bir davranışla borcunu ikrar etmesini, yani borçlu olduğu beyan etmesini gerektirmektedir. Hükümde ifade edilen “*alacaklı tarafından kısmen ifanın kabul edilmesi*”, kısmi ifaya rıza gösteren alacaklının, borçludan borcunun yalnızca bir kısmını talep etmesi anlamına gelir ve alacaklının kısmi ifa talebinde bulunabileceğini vurgular⁹⁴⁷. Öte yandan, hükümde zikredilen “*borçlu tarafından borcun ikrar edilen kısmı*”, TBK m. 84 f. I bakımından olduğu gibi, borcun belirli ve likit olan, yani ihtilafsız, borçlu tarafından karşı çıkılmamış ve itiraz

⁹⁴¹ CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 16-17; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 6; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 765-766.

⁹⁴² von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 49; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 4b; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 16-17; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 6.

⁹⁴³ “*Kısmi alacaklı temerrüdü (Teil-Annahmeverzug)*” kavramı için bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 49.

⁹⁴⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360. Gecikme tazminatı için bkz. aşağıda, B.3/I/C, “*Gecikme Tazminatı*” isimli başlık. Para borçlarında borçlu temerrüdünün sonuçları konusunda bkz. aşağıda, B.3/II, “*Kısmi Temerrüdün Para Borçları Açısından Sonuçları*” isimli başlık.

⁹⁴⁵ TBK m. 84 f. II hükmü, İsvBK m. 69 f. II hükmünü birebir karşılamaktadır. Bkz. art. 69 al. II CO (Fr): “*Si le créancier accepte un paiement partiel, le débiteur ne peut refuser d’acquitter la partie reconnue de la dette*”; Art. 69 Abs. II OR (De): “*Will der Gläubiger eine Teilzahlung annehmen, so kann der Schuldner die Zahlung des von ihm anerkannten Teiles der Schuld nicht verweigern*”.

⁹⁴⁶ CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 49; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 15.

⁹⁴⁷ Böyle bir hükme niçin ihtiyaç duyulduğu sorgulanabilir. Kanımızca, İsviçre kanun koyucusu, alacaklının alacağın bir kısmını talep edebileceğini açıkça düzenlememiş olan Alman Medeni Kanunu’ndaki söz konusu eksikliği fark etmiş ve bu eksikliği kendisi bakımından gidermek istemiş olabilir. Nitekim, Alman Hukuku’nda kısmi ifayı düzenleyen BGB § 266 hükmünde alacaklının alacağını kısmen talep edebileceğine yer verilmemiştir. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 21.

edilmemiş olan kısmını ifade eder. Zira, TBK m. 84 çerçevesinde, borçlunun borcuna itiraz etmemesi, onu ikrar (*kabul*) ettiği anlamına gelir.

Görüldüğü üzere, TBK m. 84 f. II, alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkının bulunduğu ve borçlunun, şayet borcun talep edilen kısmına herhangi bir itirazı yoksa, bu talebe uygun hareket ederek, talep edilen kısmı ifa etmek zorunda olduğunu düzenler⁹⁴⁸. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmeye karar verirse, bu kararına uygun şekilde, alacağın ilgili kısmını doğrudan doğruya borçludan isteyebilir ya da dava veya takibe konu edebilir⁹⁴⁹. TBK m. 84 f. II uyarınca, borçlu, kısmi ifa talebini yerine getirmemezse, bu davranışının sonuçlarına katlanır⁹⁵⁰. Başka bir deyişle, alacaklının kısmi ifa teklifini yerine getirmeyen borçlu, ifa etmemekte direndiği bölüm bakımından kısmi temerrüde düşer. İşte, “*alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz*” diyen TBK m. 84 f. II hükmü bu sonucu düzenler.

Alacaklının kısmi ifa talebinde bulunması, aksi anlaşılmadıkça, alacağın kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez⁹⁵¹. Dolayısıyla, kısmi ifa teklifinin kabulü, kural olarak, ifası teklif edilmeyen bakiye kısmın ibra edildiği şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle, kısmi ifa teklifini kabul etmek isteyen alacaklının, alacağın ifa olarak sunulmayan kısmı bakımından ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmez veya haklarını saklı tutması beklenmez⁹⁵². Öte yandan, tarafların, açıkça veya örtülü olarak bir ibra sözleşmesi akdederek, borcun kalan kısmının sona ermesini kararlaştırmaları mümkündür⁹⁵³.

Alacaklının kısmi ifa talebi, kural olarak borçluya zarar vermez. Zira, alacaklının kısmi ifa taleplerine karşılık, borçlu, şayet talebin haklı olduğunu düşünüyorsa borcun tamamını ifa olarak sunabilir veya talebin haksız olduğu kanaatindeyse menfi tespit davası açabilir⁹⁵⁴. Bu nedenle kural olarak alacaklı, alacağını kısmen talep etme

⁹⁴⁸ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 15 vd.; CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 47 vd.; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30 vd.; Guggenheim, Contrats II, s. 68; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876.

⁹⁴⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 49; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 15.

⁹⁵⁰ BK-Weber, Art. 69 OR N 49; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876.

⁹⁵¹ von Tuhr/Escher, § 57, s. 16, dn. 12; BK-Weber, Art. 69 OR N 48; CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 17; Guggenheim, Contrats II, s. 68; Deschenaux, Obligations II, s. 21.

⁹⁵² Deschenaux, Obligations II, s. 21. Faiz alacağı zikredilmeksizin, yalnızca anaparanın talep edilmesi, faiz alacağından feragat edildiği veya kalan alacak bakımından ibra teklif edildiği anlamına gelmez. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 48. Buna karşılık, bazı hâllerde, faiz talep edilmeksizin anaparanın talep edilmesinin, zımnen kalan alaktan ibra edilmesine yönelik bir irade beyanı olarak yorumlanmasının mümkün olduğu, bu sebeple, talep edilmeyen hakların saklı tutulması gerektiği görüşünde bkz. ZK-Schraner, Art. 69 OR N 33.

⁹⁵³ BK-Weber, Art. 69 OR N 48. Benzer şekilde bkz. ZK-Schraner, Art. 69 OR N 33; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14.

⁹⁵⁴ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 21. Borçlunun kısmi davaya karşı, menfi tespit davası şeklinde

hakkına sahip olsa da, söz konusu hakkın bazı istisnaları mevcuttur. İlk olarak, sözleşmeyle alacaklının kısmi ifayı talep edemeyeceği kararlaştırılmışsa, alacaklının alacağını kısmen talep etmesi mümkün değildir⁹⁵⁵. Zira, TBK m. 84 (İsvBK m. 69), emredici değil, düzenleyici hukuk kuralıdır⁹⁵⁶. İkinci olarak, borç ilişkisinin niteliğinden kısmi ifanın talep edil(e)meyeceği anlaşılıyorsa, alacaklı kısmi ifayı talep etme hakkını kullanamaz⁹⁵⁷.

Son olarak, **dürüstlük kuralı** ve **hakkın kötüye kullanılması yasağı** (TMK m. 2; İsvMK m. 2), alacaklının kısmi ifayı talep hakkının önemli bir istisnasını oluşturur. Kısmi ifayı talep etme hakkını kullanmak isteyen alacaklı, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun şekilde davranmak zorundadır⁹⁵⁸. Aynı istisna, açıkça dürüstlük kuralını zikreden HMK m. 29 hükmü ışığında, usul hukukunda kısmi dava için de söz konusudur⁹⁵⁹. Nitekim, alacaklının, korunmaya değer herhangi bir menfaati olmaksızın, alacağını küçük parçalara bölüp, borçludan kısım kısım talepte bulunması ve bu surette borçluyu taciz etmesi, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilir⁹⁶⁰. Aynı şekilde, alacaklının, alacağını küçük parçalara bölüp her biri için ayrı ayrı kısmi dava açması durumunda, dava hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur⁹⁶¹. Keza, alacaklının borçludan kısım kısım talepte bulunması, borçlu bakımından bir güçlük yaratıyorsa, borçluyu herhangi bir sıkıntıya sokuyorsa veya onun menfaatini önemli ölçüde olumsuz etkiliyorsa, alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkının bulunmadığı

bir karşı dava açarak, alacağın mevcut olmadığının tespitini isteyebileceği yönünde bkz. **Kuru/Aydın**, s. 434.

⁹⁵⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 48.

⁹⁵⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; BK-Weber, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹⁵⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 48.

⁹⁵⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 4; BK-Becker, Art. 69 OR N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 51; CR-Hohl, art. 69 CO N 6; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 17; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 21; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958: "(...) Dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça (BGB § 242), alacaklı, sözleşme uyarınca hakkı olan bir edimin tamamının yalnızca bölünebilir bir kısmını talep etme hakkına sahiptir (...)".

⁹⁵⁹ CR-Bohnet, art. 86 CPC N 11; DIKE-Füllemann, Art. 86 ZPO N 2; KUKO-Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N 1a; BSK-Dorschner/Bell, Art. 86 ZPO N 6; Hohl, N 510-511.

⁹⁶⁰ BK-Becker, Art. 69 OR N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 51.

⁹⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 944; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 998; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 302; Aynı yönde bkz. CR-Bohnet, art. 86 CPC N 11; DIKE-Füllemann, Art. 86 ZPO N 2; KUKO-Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N 1a; BSK-Dorschner/Bell, Art. 86 ZPO N 6; Hohl, N 511. Hakkın kötüye kullanılması yasağının yanı sıra, alacağın küçük parçalara ayrılarak dava edilmesinde davacının hukuki yararının olmadığı ve bu şekilde açılan kısmi davanın esasına girilmeden, hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın usulden reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 302.

söylenebilir⁹⁶². Belirtmek gerekir ki, alacaklı, ister basit bir şekilde borçludan kısmi ifayı talep etsin, ister kısmi dava açsın, ister ilgili kısım için icra takibi başlatsın, dürüstlük kuralı her durumda uygulama alanı bulur.

Alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkını kullanması durumunda, alacaklı, söz konusu talebine uygun şekilde borçlu tarafından sunulan kısmi ifayı reddedemez⁹⁶³. Kısmi ifayı talep eden alacaklı, artık kendisini bu taleple sınırlamış olur. Bu durumda, alacaklının kısmi ifayı reddetmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüm şekli olan çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırı sayılır.

3. Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu

TBK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) uyarınca, alacaklı kural olarak, kendisine sunulan kısmi ifayı reddetme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle, borçlunun, borcunu kısmen ifa etme hakkı yoktur. TBK m. 84 f. I hükmü, alacaklının, borcun tamamı belli ve muaccel ise, kısmi ifayı reddedebileceğini düzenler. Öte yandan, kanun koyucu, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkına bir takım istisnalar öngörmüş, belli hâllerde alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bulunduğunu belirtmiştir. Alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının bulunması, kısmi ifa bahsi açısından temel kural olarak düzenlendiği için, şüphe hâlinde, borçlunun kısmi ifada bulunma hakkı

⁹⁶² BK-Weber, Art. 69 OR N 51; BK-Becker, Art. 69 OR N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 4; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 17. İsviçre öğretisinde, alacaklının borçluya bir zarar vermek amacıyla, örneğin alacaklının görevli mahkemeyi değiştirmek ya da borçlunun kanun yoluna başvurma hakkını engellemek amacıyla alacağını kısım kısım talep etmesi durumunda, borçlunun borcun bütünü için bir menfi tespit davası açmakta hukuken menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. BK-Becker, Art. 69 OR N 4; BK-Weber, Art. 69 OR N 51; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 32; von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; CR-Hohl, art. 69 CO N 9.

Nitekim, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (İsvHMK) m. 114 f. I b. c uyarınca dava konusu 30'000 CHF'den az olan ve hizmet sözleşmesinden doğan davalar bakımından herhangi bir harç alınmayacağı, İsvHMK m. 243 f. I uyarınca dava konusu 30'000 CHF'yi aşmayan davalar bakımından basit usulün uygulanacağı, İsvHMK m. 247 f. II b. b uyarınca dava konusu 30'000 CHF'yi aşmayan ve hizmet sözleşmesi ile kira sözleşmesinden doğan davalar bakımından kendiliğinden harekete geçme ilkesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu parasal sınırlar bakımından ise, alacağın tamamı değil, yalnızca dava edilen kısmı nazara alınmaktadır. Borçlunun sırf söz konusu hukuki imkânlardan yararlanma amacıyla kısmi dava açması durumunda, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bkz. CR-Hohl, art. 69 CO N 7-9; CR-Bohnet, art. 86 CPC N 11; DIKE-Füllemann, Art. 86 ZPO N 2; KUKO-Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N 1a; BSK-Dorschner/Bell, Art. 86 ZPO N 6; Hohl, N 510-511.

Türk Medeni Usul Hukuku açısından kanun koyucu, kanun yoluna başvuru hakkının belirlenmesinde, alacağın bütününe nazara alınacağını öngörmüştür. İstinaf kanun yoluna başvuru sınırını belirleyen HMK m. 341 f. III hükmü uyarınca alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Keza, temyiz yoluna başvuru hakkını düzenleyen HMK m. 362 f. II uyarınca, birinci fıkranın (a) bendindeki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

⁹⁶³ BK-Weber, Art. 69 OR N 48; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 16; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 21; Guggenheim, Contrats II, s. 68.

olmadığı ve alacaklının kısmi ifayı reddedebileceği sonucuna varılmalıdır⁹⁶⁴. Borçlunun kısmi ifada bulunma hakkı olduğunu ve alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının bulunmadığını borçlunun ispat etmesi gerekir⁹⁶⁵.

Alacaklı açısından **kısmi ifayı kabul zorunluluğu**, borçlu açısından ise **kısmi ifada bulunma hakkı**, genel olarak, sözleşmeden, belirli bir kanun hükmünden veya dürüstlük kuralından (TMK m. 2; İsvMK m. 2) doğabilir⁹⁶⁶. Herhangi bir sebeple, borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının mevcut olduğu söylenebiliyorsa, alacaklının kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmesi gerekir⁹⁶⁷. Aksi hâlde alacaklı, reddettiği bölüm bakımından kısmen alacaklı temerrüdüne düşer.

Borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklının kendisine sunulan ifayı kabul mecburiyeti altında bulunması için, borçlunun, borcun tamamıyla beraber gecikme tazminatını da ödemeyi teklif etmesi, para borçlarında borcunu temerrüt faiziyle -varsa aşkın zararlar- birlikte alacaklıya sunması gerekir⁹⁶⁸. Keza, kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklının ifası mümkün olan kısmı kabul zorunluluğundan bahsedebilmek için, borçlunun, borcun imkânsız hâle gelmemiş kısmıyla beraber, ifası imkânsızlaşan kısmın yerine geçen tazminat alacağını veya kaim değeri ifa olarak arz etmesi şarttır⁹⁶⁹. Zira, gecikme tazminatı, temerrüt faizi veya imkânsız kısım yerine geçen tazminat alacağı gibi edimler, sözleşmeden doğan edime ve asıl borcun ifa menfaatine eklendikleri için, söz konusu borçların asıl ifası gereken edimle birlikte kümülatif olarak ifa edilmeleri gerekir⁹⁷⁰.

a. Sözleşme Uyarınca

Kısmi ifayı düzenleyen BK m. 84 f. I, emredici değil, düzenleyici hukuk kuralıdır ve sözleşme ile bertaraf edilebilir⁹⁷¹. Bu sebeple, TBK m. 84 f. I hükmünün

⁹⁶⁴ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10.

⁹⁶⁵ CR-Hohl, art. 69 CO N 5; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 20; BK-Weber, Art. 69 OR N 58; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 24; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2.

⁹⁶⁶ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 21; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹⁶⁷ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 19.

⁹⁶⁸ von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

⁹⁶⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 18. Kısmi ifa imkânsızlığı konusunda bkz. yukarıda, B.1/I/B/2, “Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı” ile yukarıda, B.1/II/C, “Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri” isimli başlıklar.

⁹⁷⁰ BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

⁹⁷¹ CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 11; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 3; Esser/Schmidt, § 15 III; Guggenheim, Contrats II, s. 65; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) İsvBK m. 69 f. I hükmünde düzenlenen ve alacaklıya kısmi ifayı reddetme hakkı tanıyan kural, taraflarca akdedilen bir sözleşme ile bertaraf edilebilir (...)”. Aynı yönde bkz. Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 19; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1, 8.

uygulanması, sözleşmede aksine bir düzenlemenin bulunmamasına bağlıdır. Dolayısıyla, tarafların, sözleşmeyle, açık veya örtülü biçimde, TBK m. 84 f. I hükmünde yer alan çözüm tarzından ayrılmaları ve borçlunun arz ettiği kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngörmeleri mümkündür⁹⁷². Böylece, taraflar arasında akdedilen sözleşme ile, alacaklının mevcut kısmi ifayı reddetme hakkı elinden alınarak, borçluya kısmi ifada bulunma hakkı tanınabilir. Nitekim, uygulamada kısmi ifayı kabul zorunluluğunun sıklıkla taraflar arasında akdedilen sözleşme ilişkisinden ileri geldiği kabul edilir⁹⁷³.

Kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngören anlaşma, açık veya zımni irade beyanıyla kararlaştırılabilir⁹⁷⁴. Hatta, bu yöndeki anlaşmanın, iradeyi ortaya koyan davranış (*factum concludens*) yoluyla da ortaya konması mümkündür⁹⁷⁵. Örneğin, alacaklının alacağın yalnızca bir kısmını talep etmesi veya sadece o kısmı kabul edebileceğini bildirmesi, borçlunun da zımnen veya iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla, bu beyanı kabul etmesi böyledir⁹⁷⁶. Esasen, borçlunun alacaklıya kısmi ifa teklifinde bulunması ve alacaklının da bu teklifi kabul etmesi, ifa anında yapılan bir anlaşma ile, borçluya kısmi ifa imkânı tanınması anlamına gelir.

Zımnen veya iradeyi ortaya koyan davranış (*factum concludens*) yoluyla kısmi ifa imkânı kararlaştırmak mümkün olsa da, sözleşme ile kısmi ifaya izin verildiği hususu, şüpheye mahal bırakmaksızın anlaşılabilir olmalıdır. Zira, somut olayın koşulları aksini göstermediği sürece, kısmi ifaya kural olarak fiilen izin verildiği sonucuna varmak mümkün değildir⁹⁷⁷. Şayet, borçlunun kısmi ifada bulunma hakkı olduğu sonucuna varılamıyorsa, yedek hukuk kuralı niteliğinde olan TBK m. 84 hükmünün uygulanması ve edimin bir bütün olarak alacaklıya arz edilmesi gerekir⁹⁷⁸.

Bir borcun belli taksitlerle, dönemsel olarak ifa edilmesinin kararlaştırılması durumunda, sözleşmeyle öngörülen bir kısmi ifa zorunluluğunun bulunduğu kabul

⁹⁷² CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 36; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2269; Schwenger/Fountoulakis, N 7.24; Guggenheim, Contrats II, s. 65; Würzler, s. 100; Esser/Schmidt, § 15 III; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 878; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355.

⁹⁷³ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü konusunda bkz. Oktay Özdemir, İstanbul Şerhi, TBK m. 26 N 30 vd.

⁹⁷⁴ CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 36; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2269; Esser/Schmidt, § 15 III; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 878.

⁹⁷⁵ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13.

⁹⁷⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 36.

⁹⁷⁷ Schwenger/Fountoulakis, N 7.25; BK-Weber, Art. 69 OR N 36; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38. Aynı yönde bkz. KUKO-Gross, Art. 69 OR N 7.

⁹⁷⁸ Schwenger/Fountoulakis, N 7.25.

edilmelidir⁹⁷⁹. Ödünç ve kredi taksitleri ile satış bedelinin taksite bağlanması ve kısım kısım ödenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Borcun tamamının sözleşme kurulurken doğduğu ancak belirli vadelerle taksit taksit muacceliyet kazandığı hâllerde, her bir taksitin ifası, kısmi ifa olarak nitelendirilir ve borcunu taksit taksit ifa eden borçluya, sözleşme uyarınca, belirli vadelerle kısmi ifada bulunma hakkının tanındığı kabul edilir⁹⁸⁰.

Örneğin, TBK m. 479 f. II (İsvBK m. 372 f. II) uyarınca eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur. Böylece, eser sözleşmesi ile borçluya borcunu kısmen ifa hakkı tanındığı gibi, alacaklıya da kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirilmiş olur⁹⁸¹. Keza, bir satış sözleşmesi çerçevesinde, otuz ciltlik bir ansiklopedinin her cildinin belli zamanlarda tesliminin kararlaştırılmış olması böyledir⁹⁸². Benzer şekilde, edimin miktar olarak fazla olması sebebiyle, borcun tek bir araçla ifası mümkün değilse, örneğin birden çok vasıta ile borcun ifa edileceğinin kararlaştırılmış olması ihtimalinde, sözleşmeyle kısmi ifaya izin verildiği sonucuna varılabilir⁹⁸³.

b. Kanun Uyarınca

Kanun koyucu, TMK m. 84 f. I (İsvBK m. 69 f. I) hükmüyle kural olarak alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olduğunu ve borçlunun kısmi ifada bulunma imkânına sahip bulunmadığını düzenlemiştir; TBK m. 84 f. I hükmü dışında, Türk Borçlar Kanunu'nda ve bazı özel kanunlarda kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu öngörmüştür. Nitekim, bazı özel kanun hükümlerinin alacaklıya kısmi ifayı kabul etme

⁹⁷⁹ KUKO-Gross, Art. 69 OR N 2; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 879. TBK m. 84 hükmünün uygulanmayacağı ve taksit ödemesinin kısmi ifa teşkil etmeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; BK-Weber, Art. 69 OR N 20 vd., 22; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6, 8; Erman-Artz, BGB § 266 N 4; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 19.

⁹⁸⁰ Aynı yönde bkz. Deschenaux, Obligations II, s. 21; Lemp, s. 27-28; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 879. Benzer yönde bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6, dn. 22, 8. Ayrıca bkz. aşağıda, B.4/IV/A, "Taksitte Temerrüt ("Ratenverzug") Rejimi" isimli başlık. Öte yandan, borcun belli taksitlerle ödenmesinin kısmi ifa teşkil etmediğini savunan fikre göre, sözleşme uyarınca borçluya bir kısmi ifa hakkının tanındığından söz edilebilmesi için, borçluya genel bir kısmi ifa yetkisinin verilmesi gerekir. Borçlunun açıkça ifa edeceği taksitlerin vadesiyle birlikte önceden belirlenmesi, bu görüşe göre, sözleşme uyarınca borçluya kısmi ifa hakkı tanındığı anlamına gelmez. Bkz. Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 19. Kanımızca böyle bir ayırım yapılması, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu gibi, hukuki temelden yoksundur. Taraflar, dilerse sözleşmeyle borçluya genel bir kısmi ifada bulunma hakkı tanır, dilerse borçlunun kısmi ifada bulunma hakkını belli taksitlerle ve oranlarla sınırlandırır. Nitekim, taraflar, sözleşmenin içeriğini kural olarak serbestçe düzenleyebilir. Bkz. Oktay Özdemir, İstanbul Şerhi, TBK m. 26 N 31 vd.

⁹⁸¹ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 13; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; BK-Weber, Art. 69 OR N 36.

⁹⁸² Aynı yönde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 36; Schwenger/Fountoulakis, N 7.24.

⁹⁸³ Schwenger/Fountoulakis, N 7.24.

mecburiyeti yüklemesi mümkündür⁹⁸⁴. Söz konusu istisnaların bir bölümü TBK m. 84 f. I hükmünde, diğer bir bölümü Türk Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinde, diğer bir bölümü ise bazı özel kanun hükümlerinde yer alır. Şu hâlde, genel hüküm olan kısmi ifayı reddetme hakkına (TBK m. 84 f. I), kanun vasıtasıyla, yani özel hükümler yoluyla getirilen istisnaların sırasıyla incelenmesi gerekir.

i. Borcun Bir Kısımının Belli veya Muaccel Olması Hâlinde (TBK m. 84 f. I)

TBK m. 84 f. I hükmü, alacaklının, borcun tamamı belli ve muaccel ise, kısmi ifayı reddedebileceğini düzenler. Hükmün mefhumu muhalifinden, borcun tamamı belli değilse veya borcun bütünü muaccel hâle gelmemişse, alacaklının kısmi ifayı kabule mecbur olduğu anlaşılır. O hâlde, borcun yalnızca bir kısmının belli (*likit*) veya bir bölümünün muaccel olması, TBK m. 84 f. I uyarınca alacaklı bakımından kısmi ifayı kabul zorunluluğu doğurur. Borcun tamamının belli ve muaccel olması, aynı zamanda alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının maddi koşullarını oluşturduğu ve yukarıda incelendiği için, burada söz konusu iki başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz⁹⁸⁵.

ii. Takasta (TBK m. 139) ve Kısmi Takasta

Kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getiren diğer bir hâl, taraflardan birinin **takas** (*compensation / Verrechnung - Aufrechnung*) ileri sürmesidir. TBK m. 139 (İsvBK m. 120) uyarınca alacaklı ve borçlu, birbirlerinden karşılıklı alacaklarının bulunması (*mütekabiliyet*), alacaklarının konusunu bir miktar para borcu veya türdeş başkaca bir edimin oluşturması (*mumaselet*) ve alacaklarının muaccel olması (*muacceliyet*) kaydıyla, takas yoluyla alacaklarını azı oranında sona erdirmeye yetkisine sahiptir⁹⁸⁶. Pasif alacak (*esas alacak*) ile aktif alacaktan (*takas alacağından*)⁹⁸⁷ herhangi birinin diğerinden fazla olması hâlinde, taraflardan birinin takas beyanında bulunması, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı müddetçe, kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirir⁹⁸⁸. Takas ileri sürebilmek için, türdeş edimlerim nicel

⁹⁸⁴ İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

⁹⁸⁵ Bkz. yukarıda, B.2/II/D/1/a, “Alacağın Belli (*Likit*) Olması” ile yukarıda, B.2/II/D/1/b, “Alacağın Tamamının Muaccel Olması” isimli başlıklar.

⁹⁸⁶ Takas konusunda bkz. CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 1 vd.; ZK-Aeppli, Art. 120 OR N 9 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1625 vd.; Guggenheim, Contrats II, s. 275 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1850 vd.; Aral, Takas, s. 41 vd.; Develioğlu, Takas, s. 73 vd.; Develioğlu, İstanbul Şerhi, TBK m. 139 N 1 vd.; Develioğlu, RIDC 2013, s. 106 vd.; Nomer, Para Borcu, s. 249 vd.

⁹⁸⁷ Takas beyanında bulunanın muhataptan olan alacağına “aktif alacak (*takas alacak*) (*créance compensante - contre-créance / Verrechnungsforderung*)” denir. Buna karşılık, takas beyanına muhatap olan tarafın takas edenden olan alacağına ise “pasif alacak (*esas alacak*) (*créance compensée - créance principale / Hauptforderung*)” adı verilir. Bkz. CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 3; Develioğlu, RIDC 2013, s. 106-107; Develioğlu, İstanbul Şerhi, TBK m. 139-145 N 10.

⁹⁸⁸ BK-Weber, Art. 69 OR N 38; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 28; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8;

açıdan eşit olması aranmadığı için, alacak haklarının nicel açıdan birbiriyle eşit olduğu hâller dışında, yani alacaklardan birinin miktar bakımından fazla olması ihtimalinde, takas hakkının kullanılması, sona ermeyen bakiye kısmın alacaklısı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu doğurur⁹⁸⁹. Bakiye kısmın alacaklısı, kısmi ifayı reddetme hakkı olduğunu ileri sürerek, takas hakkının kullanılmasını engelleyemez⁹⁹⁰.

Takas hakkının kullanılması, takas yoluyla kısmen veya tamamen sona eren alacak bakımından değil, takas hakkının kullanımı neticesinde meydana gelen bakiye alacak (*solde / Restobligation*) açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirir⁹⁹¹. Nitekim, takas hakkının kullanılması borcu sona erdirse de borcun ifa edildiği anlamına gelmez. Takas, borcun ifası değil, yalnızca bir ifa ikamesi olarak kabul edilir. Bu sebeple, takasla sona eren borç bakımından kısmi ifadan bahsedilmez.

Takas hakkının kullanılmasının ardından, bakiye borcun alacaklısı, bakiye borcu kısmi ifa olarak kabul etmek zorundadır Aksi hâlde, alacaklı, borçlunun kısmi ifa teklifini kabul etmeyerek⁹⁹², bakiye borç bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Öte yandan, alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkını kullanabilmesi için, bakiye alacağın muaccel olması gerekir. Takas ileri sürmek için pasif alacağın ifa edilebilir olması yeterli olduğu için, somut olayda, bakiye alacağın henüz muaccel hâle gelmemiş olması mümkündür.

Takas hakkının kullanılmasının, kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirmesi için, takas dermeyan eden kişinin, geçerli bir biçimde yenilik doğuran hak niteliğindeki takas hakkını kullanmış olması gerekir⁹⁹³. Takas hakkının geçerli bir

Guhl/Koller, § 37 N 10; **Bucher**, AT, s. 439; **Develioğlu**, Takas, s. 251; **Develioğlu**, İstanbul Şerhi, TBK m. 143 N 26, dn. 307, **Aral**, Takas, s. 196.

Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 21; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 8; **Medicus/Lorenz**, § 24 N 9. Fransız Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Malinvaud/Mekki/Seube**, N 939; **Terré/Simler/Lequette/Chénéde**, N 1424. Aksinin sözleşmeyle kararlaştırılabileceği yönünde bkz. **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 8; **Huguenin** N 771.

⁹⁸⁹ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 38; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 28; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 8; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 8; **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 21; **Medicus/Lorenz**, § 24 N 9; **Gernhuber**, Erfüllung, § 8 N 5.

⁹⁹⁰ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 5; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 8; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 8; **Medicus/Lorenz**, § 24 N 9; **Aral**, Takas, s. 196; **Develioğlu**, Takas, s. 251.

⁹⁹¹ Bkz. **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 21; **Medicus/Lorenz**, § 24 N 9.

⁹⁹² Borçlu, takas hakkının kullanılmasıyla aynı anda, bakiye kısmın ifasını alacaklıya teklif etmek zorunda değildir. Ancak, kendi borcunun tamamı sona eriyorsa ve kalan kısmın ifasını takas dermeyan edildiği anda alacaklıya teklif etmemesi dürüstlük kuralına aykırı (TMK m. 2; İsvMK m. 2) olacaksa, takas ileri sürdüğü anda, bakiye kısmın ifasını alacaklıya önermek zorundadır. **BK-Weber**, Art. 69 OR N 39.

⁹⁹³ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 28. Öğretide savunulan bir görüşe göre, takas beyanında bulunulması (TBK m. 139), TBK m. 84 hükmüne nazaran özel hüküm ("*leges speciales*") niteliği taşıdığı için, TBK m. 84, takas konusunda uygulama alanı bulmaz. Bkz. **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 8. Kanaatimizce, takas ile kısmi ifada bulunulması kurumları arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi yoktur. Her iki

şekilde doğmuş sayılması için; TBK m. 139 uyarınca alacaklı ve borçlunun birbirlerinden karşılıklı olarak alacaklı olması (*mütekabiliyet*), alacaklarının konusunu bir miktar para borcu veya türdeş başkaca bir edimin oluşturması (*mumaselet*) ve alacaklarının muaccel olması (*muacceliyet*) gerekir⁹⁹⁴. Bu durumda, muacceliyet şartı katı yorumlanmaz; takas yapmak isteyen alacaklının alacağının muaccel olması aranmakla birlikte, borcunun ifa edilebilir olması yeterli görülür⁹⁹⁵. Ayrıca, takasa konu edilen aktif alacak dava edilebilir bir alacak olmalı; yani, borçlu açısından ifadan kaçınmayı sağlayan bir def'i veya itiraz mevcut olmamalıdır⁹⁹⁶. Son, olarak, takasın geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurması için, takastan feragat sözleşmesinin yapılmamış olması (TBK m. 145; İsvBK m. 126) ve bir takas engelinin bulunmaması (TBK m. 144; İİK m. 200; İsvBK m. 125) şarttır⁹⁹⁷. Söz konusu şartlar sağlanmazsa, takas geçerli bir şekilde hüküm doğurmayacağı için, alacaklı açısından da kısmi ifayı kabul zorunluluğu doğmaz.

Takasın kısmi ifayı kabul mecburiyeti yarattığı tespit edildikten sonra, cevaplandırılması gereken diğer bir soru, alacaklının, **kısmi takas** (*Teilaufrechnung*) imkânının bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle, takas yoluyla sona erecek olan alaktan daha azını takasa konu etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Daha çok Alman öğretisinde ele alınan alacağın bir kısmının takas beyanına konu edilmesi konusunda görüş birliği yoktur. TBK m. 84 (İsvBK m. 69; BGB § 266) hükmünde düzenlenen kısmi ifa kuralını merkeze alan bir görüşe göre, alacaklının takas ileri sürdüğü aktif alacağını parçalara ayırarak, alacağın bir kısmı için takas beyanında bulunması kural olarak mümkün değildir⁹⁹⁸. Bu görüşe göre, takas hakkını kullanmak isteyen taraf, kural olarak, alacağın tamamını ileri sürmek zorundadır. Aksi hâlde, takas yoluyla sona erecek olan alacağın yalnızca bir kısmının takasa konu edilmesi, alacaklıyı kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bırakır. Aksi yöndeki görüşe göre ise,

kurum, ayrı koşulları bulunan iki farklı hukuki durumu düzenler.

⁹⁹⁴ CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 1 vd.; ZK-Aeppli, Art. 120 OR N 9 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1625 vd.; Guggenheim, Contrats II, s. 275 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1850 vd.; Aral, Takas, s. 42 vd.; Develioğlu, Takas, s. 73 vd.; Develioğlu, İstanbul Şerhi, TBK m. 139 N 1 vd.; Develioğlu, RIDC 2013, s. 106 vd.; Nomer, Para Borcu, s. 249 vd.

⁹⁹⁵ CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 8; BSK-Peter, Art. 120 OR N 4; ZK-Aeppli, Art. 120 OR N 81; Tercier/Pichonnaz, N 1638; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1864; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1638; Aral, Takas, s. 65; Develioğlu, Takas, s. 140; Nomer, Para Borcu, s. 249.

⁹⁹⁶ CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 9-10; ZK-Aeppli, Art. 120 OR N 88; Tercier/Pichonnaz, N 1640; Aral, Takas, s. 81-82; Develioğlu, Takas, s. 150 vd.

⁹⁹⁷ CR-Jeandin/Hulliger, art. 120 CO N 16-17; BSK-Peter, Art. 120 OR N 4; ZK-Aeppli, Art. 120 OR N 81; Tercier/Pichonnaz, N 1638; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1864; Aral, Takas, s. 65; Develioğlu, Takas, s. 141; Nomer, Para Borcu, s. 249.

⁹⁹⁸ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8, dn. 33; Esser/Schmidt, § 15 III; Gernhuber, Erfüllung, § 8 N 5. Takas beyanının bir defa yapılabileceği görüşünde bkz. Aral, Takas, s. 178.

kural olarak, alacaklı, alacağını kısmen talep ve dava edebildiği gibi, alacak hakkını bölerek, kısmen takas ileri sürebilir ve takas yoluyla sona erecek olan alacaktan daha azını takasa konu edebilir⁹⁹⁹. Öte yandan, bu görüşe göre, kısmen takas beyanında bulunmak dürüstlük kuralına uygun olmalı ve karşı tarafın menfaatlerini ihlal etmemelidir. Başka bir deyişle, takas ileri süren kişi, alacağını küçük parçalara ayırarak karşı taraf nezdinde herhangi bir sakınca yaratmamalıdır.

Kanımızca, takas, borcun ifası anlamına gelmediği için, TBK m. 84 hükmü, takas bakımından uygulanamaz¹⁰⁰⁰. Keza, TBK m. 84 hükmünün uygulanması durumunda bile, kısmi takasın mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak güçtür. Zira, TBK m. 84 uyarınca, kısmi ifayı reddetme imkânı bulunan alacaklının, kısmi ifayı talep etme hakkı da mevcuttur. Yine, alacaklının alacağının yalnızca bir bölümünü üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Dolayısıyla, takas beyanında bulunan alacaklı, aktif alacağın sadece bir kısmını takas savunmasına konu edebilir.

Dikkat edilmesi gereken husus, alacağın bir kısmı bakımından takas dermeyen eden kişinin, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun hareket etmesi ve muhatabının menfaatlerini ihlal etmemesidir. Esasen, alacaklının aktif alacağın bir kısmı bakımından takas ileri sürmesi durumunda, buna karşılık olarak, borçlunun da, takas hakkı olduğu ölçüde, aktif alacağın kalan kısmı bakımından takas ileri sürmesi ve alacaklının takasa konu etmediği bakiye kısım için takas beyanında bulunması mümkündür. Bu sebeple, kısmi takasın doğrudan borçlu nezdinde sakınca yarattığını söylemek güçtür. Örneğin, 15.000 USD tutarındaki alacağına karşılık, 10.000 USD tutarında borcu bulunan alacaklının, yalnızca 4.000 USD bakımından takas ileri sürmesi durumunda, borçlu da takas edilebilecek olan 6.000 USD bakımından takas ileri sürerek, borcu sona erdirmeyi tercih edebilir. Bu bakımından kısmi takas, kural olarak borçluya zarar vermez. Öte yandan, alacaklının, 10.000 USD tutarındaki takas edilebilir alacağın, her 100'er USD'lik kısmı için, parça parça takas ileri sürüp borçluyu rahatsız etmesine de dürüstlük kuralı uyarınca izin vermemek gerekir.

⁹⁹⁹ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 21; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 22; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98. Takastan feragatin kısmen yapılabileceği yönünde bkz. Develioğlu, İstanbul Şerhi, TBK m. 145 N 5.

¹⁰⁰⁰ Kısmi ifa yasağının (TBK m. 84) takas açısından uygulanmayacağı yönünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 5; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 8; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 21.

iii. Kısmi İfa İmkânsızlığı Hâlinde

Öğretide, Alman hukukunun etkisiyle, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen kısmi ifa imkânsızlığının, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu yarattığını savunmaktadır¹⁰⁰¹. Alman Hukuku'nda, BGB § 275 Abs. I uyarınca borcun imkânsızlaşması hâlinde ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. BGB § 283 atfıyla borçlunun ifa yükümlülüğünün ortadan kalkması hâlinde uygulanan BGB § 281 Abs. I uyarınca, alacaklı, ancak kısmi ifada herhangi bir menfaati kalmamışsa, kısmi ifayı reddederek, edimin tamamı için tazminat talep edebilir¹⁰⁰². Öte yandan, alacaklının kısmi ifada menfaati varsa, kısmi ifayı reddetme hakkına sahip değildir. Böylece, Alman kanun koyucusu, kısmi ifa imkânsızlığının açıkça kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirdiğini kabul etmiştir. Kanımızca, İsviçre-Türk hukuku bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Buna göre, kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklı, ifası mümkün olan kısmı kabul etmek zorunda kalır. Başka bir deyişle, kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, kısmi ifayı reddetme hakkı tanıyan TBK m. 84 hükmü uygulanmaz. Esasen, bu durumda, borcun imkânsızlaşan kısmının ifası mümkün olmadığı için, borçluya gerçek anlamda kısmi ifayı tercih etme hakkının tanındığından bahsetmek güçtür. Buna karşılık, yine de borcun ifası mümkün olan kısmının yerine getirilmesinin kısmi ifa olarak nitelendirilmesi mümkündür. Klasik ifa imkânsızlığı ayrımı çerçevesinde bakıldığında ise şu sonuçlara ulaşılabilir:

- a) **Borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığında**, TBK m. 137 f. I uyarınca borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Keza, TBK m. 137 f. II uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşırsa, kural olarak, karşı edim de imkânsızlaşan borç oranında indirilerek ifa edilir. Bu durumda, alacaklı, imkânsızlaşmamış kısmın ifasını kabul etmek zorunda kalır.

¹⁰⁰¹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 11; BK-Weber, Art. 69 OR N 40. Aksi görüşte bkz. Pichonnaz, Impossibilité, N 590, ayrıca, dn. 723. Kısmi ifa imkânsızlığı konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/I/B/2**, “Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı” ile yukarıda, **B.1/II/C**, “Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri” isimli başlıklar. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.2/I/B/1**, “Borcun İfasının Mümkün Olması” isimli başlık.

¹⁰⁰² **BGB § 281**: “(1) (...) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (...)”. BGB § 281 hakkında detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 153 vd.; Erman-Westermann, BGB § 281 N 29 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 36 vd.

- b) **Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında**, kural olarak, edimin imkânsız hâle gelen kısmı, tazminat alacağına dönüşür¹⁰⁰³. Her ne kadar imkânsız olan kısım, tazminat alacağına dönüşse de, borçlunun, kural olarak, edimin ifası mümkün olan kısmını alacaklıya ifa etmesi gerekir¹⁰⁰⁴. İmkânsızlaşan kısım tazminat alacağına dönüşse de, borçlu, bakiye kısmın ifasıyla beraber, imkânsız hâle gelen kısmın yerine geçen tazminat borcunu da alacaklıya aynı anda ifa etmek zorundadır. Zira, imkânsız hâle gelen kısım yerine talep edilen tazminat talebi, asıl alacağın bir kısmının yerine geçerek, alacağın kalan kısmıyla birlikte bir bütün oluşturur. Aksi hâlde, alacaklı, kural olarak, tazminat alacağının ifası kendisine önerilmeden, bakiye kısmın ifa teklifini reddedebilir¹⁰⁰⁵. Yalnızca tazminat alacağının veya yalnızca edimin ifası mümkün olan kısmının alacaklıya teklif edilmesi, kısmi ifa teklifi anlamına gelir ve alacaklı TBK m. 84 uyarınca söz konusu kısmi ifa teklifini reddedebilir¹⁰⁰⁶. Görüldüğü üzere, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı konusunda kısmi ifayı kabul zorunluluğu söz konusu değildir. Alacaklı, tazminat alacağı ifa edilmeden, bakiye kısmın ifası talebini TBK m. 84 uyarınca reddedebilir.
- c) Son olarak, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı bahsinde, kısmi ifayı kabul zorunluluğu, ancak, somut olayın koşullarına göre, **zararı artırmama külfeti** çerçevesinde söz konusu olur¹⁰⁰⁷. Şayet, edimin imkânsızlaşmamış olan kısmının veya daha azının ifa olarak kabul edilmesi, meydana gelecek olan zararı muhteva olarak azaltacaksa, alacaklı, kısmi ifayı kabul etmek zorundadır. Öte yandan, alacaklının zararı artırmama yükümlülüğünün bulunduğu bahsedebilmek için, dürüstlük kuralının (TMK m. 2 f. I; İsvMK m. 2 f. I) bu sonucu haklı kılması gerekir. O hâlde, söz konusu kısmi ifayı kabul zorunluluğunun, kısmi ifa imkânsızlığından değil, dürüstlük kuralından kaynaklandığını söylemek, hukuken daha isabetli olur.

¹⁰⁰³ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Barth, s. 48; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605, 2609; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 910; Stöckli, Synallagma, N 608.

¹⁰⁰⁴ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103; Stöckli, Synallagma, N 608; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605; Schwenger/Fountoulakis, N 64.31; Barth, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 910.

¹⁰⁰⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 40.

¹⁰⁰⁶ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 10. Asıl ifası gereken edimle birlikte kümülatif olarak ifa edilmesi gerektiği yönünde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 18. Konu hakkında bkz. yukarıda, B.2/II/C/4, “Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller” isimli başlık

¹⁰⁰⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 40.

iv. Birlikte Kefalet Hâlinde (TBK m. 593)

TBK m. 593 f. I (İsvBK m. 504 f. I) hükmü, birden çok kişinin alacaklıya kefil olduğu **birlikte kefalet** hâlinde, kefillerden biri tarafından yapılan kısmi ödemeyi kabul zorunluluğu öngörmektedir¹⁰⁰⁸. TBK m. 593 f. I uyarınca kısmi ifayı kabul zorunluluğunun doğması için, birlikte kefalet hâlinin bulunması, kefillerin alacaklıya karşı müteselsilen kefil olmaması ve kefilin kısmi ifa teklifinin en azından kendisine düşen paydan az olmaması gerekir¹⁰⁰⁹. Öte yandan, birlikte kefalet hâli yoksa, kefalet sözleşmesi açısından kısmi ifa yasağını düzenleyen TBK m. 84 uygulanır. Keza, asıl alacağın bir kısmına kefil olan kişinin ifası da kısmi ifa olarak nitelendirilmez¹⁰¹⁰. Öte yandan, asıl borçlunun kısmi ifada bulunma hakkı varsa, aynı imkândan kefilin de yararlanabileceği söylenebilir¹⁰¹¹.

İsviçre-Türk ifa engelleri sisteminde, alacaklının kendisine sunulan ifayı kabul etmemesinin yaptırımı, alacaklı temerrüdüdür. Alacaklı temerrüdü, kural olarak, alacaklıya zarar vermez ve olumsuz bir durum yaratmaz. Buna karşılık, birlikte kefalette kısmi ifayı kabul zorunluluğunun yaptırımı, alacaklının, kendisine önerilen ifa teklifini kabul etmemesi ihtimalinde, kefilin kefalet borcunun sona ermesidir¹⁰¹². Nitekim, TBK m. 593 f. II (İsvBK m. 504 f. II) uyarınca “*Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır*”. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, kefalet sözleşmelerinde alacaklı temerrüdü hâlinde ağır ve atipik bir yaptırım öngörerek, tevdi yolunu değil, doğrudan doğruya

¹⁰⁰⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 25; BK-Weber, Art. 69 OR N 41; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 3; Guggenheim, Contrats II, s. 65; Würgler, s. 37; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Özen, s. 429-430; Develioğlu, Garanti, s. 401; Develioğlu, Garanties indépendantes, N 804; Nomer, Borçlar Genel, N 151; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

¹⁰⁰⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 41; BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 3; Özen, s. 429-430. Ayrıca bkz. Develioğlu, Garanti, s. 401; Develioğlu, Garanties indépendantes, N 805. Öte yandan, müteselsil birlikte kefil, TBK m. 587 f. II uyarınca kendi payından daha fazla ödeme yapmayı reddedebilecek durumdaysa, kendi payını ifa olarak alacaklıya arz etmesi durumunda, kısmi ifayı kabul zorunluluğu ve TBK m. 593 f. I hükmü uygulanır. Bkz. Özen, s. 430.

¹⁰¹⁰ Özen, s. 429. Kısmi ifaya izin verildiği yönünde bkz. BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 3.

¹⁰¹¹ BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 3; Özen, s. 429.

¹⁰¹² ZK-Schraner, Art. 69 OR N 25; BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 4; Nomer, Borçlar Genel, N 176; Özen, s. 426 vd.; Develioğlu, Garanti, s. 401; Develioğlu, Garanties indépendantes, N 805; Zengin Özküçükparlak, s. 174-175. Ödemeyi kabul külfeti konusunda detaylı bilgi için bkz. Özen, s. 426 vd.

hak kaybını kural edinmiştir¹⁰¹³. Birlikte kefalet hâlinde, ifa teklifi reddedilen kefilin borcu tamamen, diğer kefillerin borçları ise payı oranında sona erer¹⁰¹⁴.

Vurgulamak gerekir ki, borçlu, yalnızca borcun bir kısmı için verilmiş olan kişisel (*şahsi*) veya nesnel (*ayni*) bir teminatı alacaklının elinden kurtarmak için, kısmi ifada bulunma hakkına sahip değildir¹⁰¹⁵. Zira, TBK m. 100 f. I (İsvBK m. 85 f. II) uyarınca, alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup edemez.

v. Mirasçıların Mirasbırakanın Borçlarından Sorumluluğunda (TMK m. 681)

Kısmi ifayı kabul zorunluluğu, miras hukuku çerçevesinde, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olan mirasçılar açısından söz konusu olabilir¹⁰¹⁶. TBK m. 681 f. I (İsvMK m. 639 f. II) uyarınca, mirasçılar, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da, bütün malvarlıklarıyla müteselsilen sorumlu kılınmışlardır. Kanun koyucu, mirasçılarının müteselsil sorumluluğunu beş yıl süreyle sınırlamış ve TBK m. 681 f. II hükmünde paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle teselsülün sona ereceğini öngörmüştür. Söz konusu beş yıllık süre, bir zamanaşımı süresi olarak değil, durması ve kesilmesi söz konusu olmayan kanuni bir üst süre olarak öngörülmüştür¹⁰¹⁷.

TBK m. 681 f. II uyarınca, mirasın paylaşılmasından veya paylaşmadan sonra gerçekleşecek olan muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl sonra, mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından müteselsil sorumluluk uyarınca değil, miras payı oranında kısmi (*müşterek*) sorumluluk uyarınca sorumlu olurlar¹⁰¹⁸. O hâlde, birden

¹⁰¹³ BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 4; Özen, s. 427-428; Nomer, Borçlar Genel, N 176; Develioğlu, Garanties indépendantes, N 805; Develioğlu, Garanti, s. 401; Zengin Özküçükparlak, s. 174-175. Bu durumda, alacaklı temerrüdünü genel olarak düzenleyen hükümler TBK m. 593'e aykırı düştüğü ölçüde uygulanmaz. Bkz. BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 1; Özen, s. 428.

¹⁰¹⁴ BSK-Pestalozzi, Art. 504 OR N 4; Özen, s. 427 vd.

¹⁰¹⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 41.

¹⁰¹⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 3; BK-Weber, Art. 69 OR N 42; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 27; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Guhl/Koller, § 29 N 10; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

¹⁰¹⁷ CR-Vouilloz, art. 639 CC N 12; BSK-Minnig, Art. 639 ZGB N 9; CS-Rouiller, art. 639 CC N 32; Piotet, Droit successoral, s. 586, dn. 23; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 737. Aksi görüşte bkz. PraxKomm-Mabillard/Brenneis-Hobi, Art. 639 ZGB N 11.

¹⁰¹⁸ BSK-Minnig, Art. 639 ZGB N 11; CR-Vouilloz, art. 639 CC N 15; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 738; Dural/Öz, N 1910. Beş yıllık süre geçtikten sonra, müteselsil sorumluluğun yerini ne tür bir sorumluluğun alacağı öğretide tartışmalıdır. Mirasçılarının kendi iç ilişkileri çerçevesinde yapılan

çok mirasçı alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur ve bu sorumluluğun üzerinden beş yıl geçerse, her bir mirasçı açısından müteselsil sorumluluk, yerini kısmi sorumluluğa bırakacağı için, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana gelir¹⁰¹⁹. Böylece, alacaklı, beş yıllık sürenin sonunda, kısmi (*müşterek*) sorumluluk rejimi uyarınca, her bir mirasçının payına düşen borç miktarını kabul etmek zorundadır.

Mirasçılar, iç ilişkide mirasbırakanın borçlarını ne şekilde paylaşmış olurlarsa olsunlar, bu durum, paylaşmaya rıza göstermemiş olan alacaklıya karşı ileri sürülemez. Alacaklı, beş yıl boyunca, müteselsil sorumluluk uyarınca mirasçılardan herhangi biri tarafından borcun ifa edilmesini talep edebilir. Bu durumda, borcu ifa eden mirasçı, iç ilişki uyarınca borçtan sorumlu olan mirasçıya rücu eder. Beş yıldan sonra ise, mirasçılar borcu iç ilişkide farklı şekilde paylaşmış olsalar bile, alacaklıya karşı miras payları oranında müştereken sorumlu olur. Zira, alacaklı, rıza göstermemiş olduğu paylaşım anlaşmasından olumsuz etkilenmez. Beş yıldan sonra meydana gelen müşterek sorumluluk uyarınca, iç ilişkide sorumlu olmadığı hâlde, borcu ifa eden mirasçı, borçtan sorumlu olan mirasçıya rücu eder¹⁰²⁰. Öte yandan, alacaklı paylaşım anlaşmasına rıza gösterirse, borcun dış üstlenilmesi hükümlerine kıyasen (TBK m. 196), iç ilişki uyarınca borcu üstlenen mirasçı, diğer müteselsil veya müşterek borçluların yerine geçerek, borcun yegâne borçlusu hâline gelebilir¹⁰²¹.

vi. Kambiyo Senetlerinde (TTK m. 709 f. II)

Kambiyo senetlerinde, kanun koyucu, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngörmüştür¹⁰²². TTK m. 709 f. II uyarınca, **poliçe** hamili kısmi ödemeyi reddedemez. TTK m. 709 f. III uyarınca, kısmi ödeme hâlinde, muhatap, bu ödemenin poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini isteyebilir. Böylece,

paylaşım göre sorumluluğun devam edeceği yönünde bkz. CS-**Rouiller**, art. 639 CC N 36; PraxKomm-**Mabillard/Brenneis-Hobi**, Art. 639 ZGB N 15. Tartışma hakkında ayrıca bkz. CS-**Rouiller**, art. 639 CC N 36; BSK-**Minnig**, Art. 639 ZGB N 11; PraxKomm-**Mabillard/Brenneis-Hobi**, Art. 639 ZGB N 15; **Serozan/Engin**, § 7 N 78; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 737; **Dural/Öz**, N 1910.

¹⁰¹⁹ ZK-**Oser/Schönenberger**, Art. 69 OR N 3; BK-**Weber**, Art. 69 OR N 42; ZK-**Schraner**, Art. 69 OR N 27; **Guhl/Koller**, § 29 N 10.

¹⁰²⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 738; CR-**Vouilloz**, art. 639 CC N 5; **Dural/Öz**, N 1910.

¹⁰²¹ CR-**Vouilloz**, art. 639 CC N 9.

¹⁰²² ZK-**Schraner**, Art. 69 OR N 24; BK-**Weber**, Art. 69 OR N 43; BSK-**Schroeter**, Art. 69 OR N 8; CR-**Hohl**, art. 69 CO N 5; **Deschenaux**, Obligations II, s. 21; **Würgler**, s. 101; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 885; **Nomer**, Borçlar Genel, N 151; **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, Kıymetli Evrak, s. 213; **Demirbaş**, s. 199 vd.; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 23; **Esser/Schmidt**, § 15 III. Söz konusu kısmi ifayı kabul zorunluluğu, İsviçre Hukuku'nda İsvBK m. 1029 f. II ve m. 1143 f. I hükümlerinde düzenlenmektedir. Bkz. BK-**Weber**, Art. 69 OR N 43.

poliçeyi devralan üçüncü kişiler ödemenin kısmen yapıldığını senet metninden anlayabilir. TTK m. 709 hükmü, TTK m. 778 f. I b. (c) atfıyla **bono**, TTK m. 818 f. I b. (h) atfıyla **çek** bakımından uygulanır. Daha açık ifade etmek gerekirse, bonoda lehtar, TTK m. 778 f. I b. (c) atfıyla TTK m. 709 f. II uyarınca ifası teklif edilen kısmi ödemeyi kabul etmek zorundadır. Keza, TTK m. 818 f. I b. (h) atfıyla TTK m. 709 f. II uyarınca muhatap banka, karşılığı kısmen bulunan çek bedelini ödemekle yükümlüdür; çek hamili de kendisine teklif edilen kısmi ödemeyi reddedemez.

Alacaklı, kambiyo senedinden doğan bir borcun kısmi ifa teklifini reddedecek olursa, ifası teklif edilen kısım bakımından alacaklı temerrüdüne düşer. Borçlunun kısmi ödeme teklifinin reddedilmesi durumunda, alacaklı, yani yetkili hamil, ifası teklif edilen kısmi edim ölçüsünde, başvuru borçlularına, kambiyo senedine özgü yollarla başvurma hakkını yitirir¹⁰²³. Fakat, senedi düzenleyen ve bu kişilere aval verenlerin bu miktar itibarıyla sorumluluğu asıl borçlu sıfatıyla devam eder.

Kambiyo senetlerinde kısmi ifayı kabul zorunluluğunun öngörülmesinin nedeni, keşideci, ciranta, avalist gibi başvuru borçlularının korunmak istenmesidir¹⁰²⁴. Zira, borçlunun kısmi ödeme teklifinde bulunması, senette imzası bulunan keşideci, ciranta ve avalist gibi başvuru borçlularının menfaatlerini doğrudan etkiler. Kanun koyucunun kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngörmemiş olması ihtimalinde, alacaklı, kısmi ödeme teklifini reddederek, borcun tamamı için ciranta ve diğer borçlulara başvurabilecek, bu durum ise başvuru borçlularının sorumluluğunun daha uzun bir süre devam etmesine yol açacaktır. Oysa, kanun koyucu, alacaklıyı, kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bırakarak, alacaklının ancak bakiye borç için önceki cirantalara ve borçlulara başvurmasını arzu etmiş; bu sayede, hukuki ilişkiyi en kısa sürede ve en basit şekilde tasfiye etme yolunu seçmiştir. Böylece, kanun koyucu tarafından menfaatleri korunan başvuru borçluları, alacaklının insafına terk edilmemiş olmaktadır.

vii. İcra ve İflas Hukukunda (İİK m. 9 ve m. 111)

Kanun koyucunun, icra takibi sırasında, borçlunun kısmi ifada bulunma hususunda yetkili olduğunu beyan etmesi durumunda, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana gelir¹⁰²⁵. İlk olarak, icra müdürlüğünün banka hesabına,

¹⁰²³ Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, Kıymetli Evrak, s. 213-214.

¹⁰²⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 43; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 24; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; Engel, Obligations, s. 621; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, Kıymetli Evrak, s. 213.

¹⁰²⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 44; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 26; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 24; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 885; Nomer, Borçlar Genel, N 151; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

borçlu veya üçüncü kişi tarafından kısmi ödeme yapılması mümkündür¹⁰²⁶. İİK m. 9 uyarınca, icra ve iflas dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflas dairesi adına açılan hesaba yapılır. Borçlu, paranın alacaklıya ödenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen bankalara borcunu yatırmakla borcundan kurtulur ve faiz yükümlülüğü sona erer¹⁰²⁷. O hâlde, icra takibi çerçevesinde, borçlunun kısmi ifada bulunma hakkının ve alacaklının da kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğünün olduğu sonucuna varılır.

İkinci olarak, İİK m. 111 (İsvİİK m. 123) uyarınca, kanun koyucu, belirli koşulların sağlanması kaydıyla, borçluya taksitler hâlinde, yani kısmi ifada bulunma hakkı tanımıştır¹⁰²⁸. İİK m. 111 f. I uyarınca, borçlu alacaklının satış talebinden evvel borcunu muntazam taksitlerle ödemeyi taahhüt eder ve birinci taksiti de derhâl verirse icra takibi durur. Bu sonucun sağlanması için, İİK m. 111 f. II uyarınca, borçlunun yeterli miktarda malının haczedilmiş bulunması, her taksitin borcun dörtte biri miktarından aşağı olmaması, taksitlerin aydan aya verilmesi ve sürenin üç aydan fazla olmaması şarttır. İİK m. 111 uyarınca, borçluya taksitler hâlinde, yani kısmi ifada bulunma hakkının tanınması için, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi yeterli olup, alacaklının rızası aranmaz¹⁰²⁹. Bu nedenle, İİK m. 111 hükmü, TBK m. 84 hükmünde düzenlenen kısmi ifa yasağına istisna teşkil eder.

viii. Hâkim Kararı Uyarınca

Kanunda öngörülen bazı durumlarda hâkim, alacaklının menfaatlerini göz önünde bulundurarak kısmi ifaya hükmedebilir¹⁰³⁰. Örneğin, TBK m. 51 f. I uyarınca,

İsviçre Hukuku'nda İsvİİK m. 123, m. 133 f. II, m. 143a ve m. 156 hükümlerinin, icra takibi sırasında alacaklıya kısmi ifayı kabul zorunluluğu yüklediği ve borçluya da kısmi ifada bulunma hakkı tanıdığı kabul edilmektedir Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 44; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 26; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Würigler, s. 101; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369. Alman Hukuku'nda da icra müdürü bazı hâllerde borçluya taksitle ödeme yapma imkânı tanıyabilir. Alman icra ve iflas hukukundan doğan kısmi ifayı kabul zorunluluğu konusunda bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 9; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 24.

¹⁰²⁶ Nomer, Borçlar Genel, N 151; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 68.

¹⁰²⁷ Borç icra dairesinin hesabına yatırılmakla sona erer. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, N 183; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 68.

¹⁰²⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 885; Nomer, Borçlar Genel, N 151. İsvİİK m. 123 (İİK m. 111) açısından borçluya kısmi ifada bulunma hakkı tanındığı yönünde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 44; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 26; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 8; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Würigler, s. 101; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369.

¹⁰²⁹ İİK m. 111 uyarınca taksitle ödeme konusunda alacaklının rızası aranmaz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 378; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, N 918.

¹⁰³⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 10.

hâkim, kendisine tanınan tazminatın ödeme biçimini kararlaştırma yetkisi çerçevesinde, hükmettiği tazminatın belli taksitler hâlinde ödenmesine karar verebilir. TMK m. 176 f. I uyarınca, boşanma sırasında toptan biçimde ödenmesine karar verilen tazminatın belli taksitlere bağlanması da aynı niteliği taşır. HMK m. 109 uyarınca açılan kısmi dava neticesinde hâkimin davayı kabul ederek alacağın bir kısmının ifasına hükmetmesi, kısmi ifayı kabul zorunluluğu meydana getirir¹⁰³¹. Yine, TBK m. 76 uyarınca, hâkimin, zarar görene davalı tarafından geçici ödeme yapılmasına hükmetmesi durumunda, kısmi ifayı kabul zorunluluğunun meydana geldiği söylenebilir.

c. Dürüstlük Kuralı Uyarınca

TMK m. 2 f. I (İsvMK m. 2 f. I) hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uyulması gereken, genel bir kuraldır. Kanun koyucu, bu ilkeye ilave olarak, TMK m. 2 f. II (İsvMK m. 2 f. II) hükmünde hakkın kötüye kullanılması yasağını sevk etmiştir. **Dürüstlük kuralı** ve **hakkın kötüye kullanılması yasağı**, kısmi ifa konusunda, yani, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını kullanması bakımından da uygulanır¹⁰³². TMK m. 2 f. II uyarınca, kısmi ifayı reddetme hakkının kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Hakkın kötüye kullanılmasının kanunen korunmaması, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin ve savunmaların nazara alınmaması şeklinde gerçekleşir¹⁰³³. Böylece, hakkın kötüye kullanılması yasağı, düzeltici veya tashih edici etkisiyle birlikte, hakkın kötüye kullanılmasına zemin hazırlayan normun dürüstlük kuralına aykırı yönlerini de törpüler¹⁰³⁴. Alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkını kötüye

¹⁰³¹ **Enneccerus/Lehmann**, § 21, s. 98; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 11. Bu durumda borçlu, kısmi dava sonucunda verilen hükmün icrasına engel olmayı arzu eder. Bkz. **Soergel-Wolf**, BGB § 266 (aF) N 26; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 11. Borçlunun iradesine dayanmadığı için gerçek bir istisna teşkil etmediği görüşünde bkz. **Soergel-Wolf**, BGB § 266 (aF) N 26; **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 29.

¹⁰³² **CR-Hohl**, art. 69 CO N 5; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 45; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 29; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 22; **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 13; **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 30; **Soergel-Wolf**, BGB § 266 (aF) N 11; **Enneccerus/Lehmann**, § 21, s. 98; **Engel**, Obligations, s. 621; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 7.26; **Würgler**, s. 101; **Caytas**, s. 29; **Guggenheim**, Contrats II, s. 65; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 884; **Serozan**, Dönme, s. 386, dn. 2; **İsvFM**, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; **İsvFM**, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369. Karşılaştırmalı hukukta aynı yönde bkz. **Caytas**, s. 29. Nitekim, Alman Hukuku'nda İsviçre-Türk hukukuyla aynı yönde bkz. **MüKoBGB-Krüger**, BGB § 266 N 13; **Staudinger-Bittner/Kolbe**, BGB § 266 N 30; **Soergel-Wolf**, BGB § 266 (aF) N 11.

¹⁰³³ **Oğuzman/Barlas**, N 897.

¹⁰³⁴ **Yargıtay HGK**, E. 2017/5-2547, K. 2020/927, T. 24.11.2020 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2015/10-2743, K. 2019/275, T. 12.3.2019 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2017/5-2374, K. 2019/1161, T. 12.11.2019 (Kazancı): “(...) Aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağını sağlamaktadır. 25.1.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

kullanması durumunda ise, söz konusu hak, TMK m. 2 f. II uyarınca etkisizleşir. O hâlde, alacaklının, kısmi ifayı reddetme hakkını dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak ileri sürmesi durumunda, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu doğar¹⁰³⁵. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından doğan kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu, alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının en önemli ve en yaygın istisnasını oluşturur¹⁰³⁶.

Dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklının, kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken, borçlunun içinde bulunduğu hukuki durumun, alacaklının hukuki durumuyla karşılaştırılması ve her iki tarafın menfaatlerinin makul bir biçimde değerlendirilmesi gerekir¹⁰³⁷. Kısmi ifa zorunluluğunun meydana gelmesi için, alacaklının ifanın tamamını elde etmekteki korunmaya değer menfaati ile borçlunun kısmi ifa teklifi neticesinde kısmi ifa yoluyla sağlanacak olan menfaati arasındaki farkın çok az olması gerekir¹⁰³⁸. Başka bir deyişle, alacaklının, edimin tamamının aynı anda ifa edilmesinde menfaatinin bulunduğu peşinen kabul edilse bile, ifanın bütün hâlinde değil, kısım kısım yerine getirilmesinin, alacaklının menfaatlerini fazla olumsuz etkilememesi şarttır. Tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi neticesinde, dürüstlük kuralı uyarınca, borçlunun ifayı kısım kısım gerçekleştirmedeki korunmaya değer menfaatinin, alacaklının ifayı bütün hâlde kabul etmesindeki menfaatinden daha ağır basması durumunda, alacaklı, kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalır¹⁰³⁹.

Kısmi ifa teklifini reddetmenin ne zaman hakkın kötüye kullanılması sayıldığı veya alacaklının ne zaman dürüstlük kuralı uyarınca kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu sorusuna, her somut olay bakımından geçerli bir yanıt vermek mümkün değildir. Keza, kazuistik bir metotla, katı ve detaycı kurallar konularak, alacaklının

Kararında da ifade edildiği üzere, bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hâllerinde, TMK'nın 2. maddesi uygulama alanı bulur ve olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir (...). "Nemo auditur" ilkesine dayandırılan hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici etkisi konusunda bkz. Deschenaux, Traité, s. 177, 178.

¹⁰³⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 45; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 29; Guggenheim, Contrats II, s. 65; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Würigler, s. 101; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: "(...) Dürüstlük kuralı (İsvMK m. 2), alacaklının kısmi ifaya rıza göstermesini gerektirebilir (...)"

¹⁰³⁶ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 11.

¹⁰³⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 45; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 13; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 11.

¹⁰³⁸ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 13; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 11; BK-Weber, Art. 69 OR N 45; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26.

¹⁰³⁹ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30.

kısmi ifayı kabul etmek zorunda olduğu hâller tespit edilemez. Bu sebeple, izlenecek yöntem, her somut olay özelinde, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesini gözeterek bir sonuca varmaktır¹⁰⁴⁰. Öte yandan, kısmi ifayı düzenleyen TBK m. 84 (İsvBK m. 69) hükmü, alacaklının menfaatlerini korumayı hedeflediği için¹⁰⁴¹, dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğu sonucuna varılırken oldukça çekingen davranmak ve basit bir menfaat içtihatçılığıyla alacaklı lehine olan söz konusu açık hükmü kolayca bertaraf etmemek gerekir¹⁰⁴². Öyle ki, TBK m. 84 hükmünün dürüstlük kuralı marifetiyle bertaraf edilebilmesi için, hükmün aleyhinde ileri sürülen gerekçelerin, alacaklının ifayı bütün olarak elde etmekteki menfaatini ikincil hâle getirecek derecede önemli olması gerekir¹⁰⁴³. Öte yandan, öğretide ileri sürülen bazı ilkeler çerçevesinde, bazı hâllerde, dürüstlük kuralı uyarınca kısmi ifayı kabul zorunluluğunun doğduğu sonucuna daha kolay biçimde varılabilir:

- i. Nicelik ve nitelik bakımından **edimin tek seferde ifasının mümkün değilse**, alacaklının kısmi ifa teklifini reddetmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilir¹⁰⁴⁴. Edimin çok büyük miktarda olması ihtimalinde tek seferde teslim edilmesi mümkün değilse, alacaklı, kendisine sunulan kısmi ifa teklifini kabul etmek zorundadır. Örneğin, yüz ton çakıl taşının borçlanıldığı bir sözleşme ilişkisinde, tek bir nakliye kamyonu ile edimin tamamını ifa etmek mümkün olmadığı için, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu mevcuttur¹⁰⁴⁵.
- ii. Edimin ifa olarak arz edilmeyen kısmı **önemsiz** veya **miktar bakımından oldukça azsa**, alacaklının kendisine sunulan kısmi ifayı reddetmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir¹⁰⁴⁶. Her ne kadar kesin bir kabul bulunmasa da, kural

¹⁰⁴⁰ Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 13.

¹⁰⁴¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 6; BK-Weber, Art. 69 OR N 5, 13, 47; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 2, 10; KUKO-Gross, Art. 69 OR N 1; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 1; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 1; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369; İsvFM, 9.6.2004, 4C.84/2004.

¹⁰⁴² BK-Weber, Art. 69 OR N 45; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 13.

¹⁰⁴³ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 13.

¹⁰⁴⁴ von Tuhr/Escher, § 57, s. 15; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 69 OR N 3e; BK-Weber, Art. 69 OR N 46; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 29; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 11; CR-Hohl, art. 69 CO N 5; von Büren, AT, s. 443; Engel, Obligations, s. 621; Schwenger/Fountoulakis, N 7.24; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 884.

¹⁰⁴⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 46; Engel, Obligations, s. 621.

¹⁰⁴⁶ CR-Hohl, art. 69 CO N 5; BK-Weber, Art. 69 OR N 46, Vor. Art. 68-96 OR N 45; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 29; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 22; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 8; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30-31; Engel, Obligations, s. 621; Schwenger/Fountoulakis, N 7.26; Esser/Schmidt, § 15 III; Guggenheim, Contrats II, s. 65; Würdler, s. 101; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 884; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355; İsvFM, ATF 133 III 598 = Pra 2008, s. 369: “(...) Örneğin borcun tamamının ifasından çok az farklılık göstermesi hâlinde, dürüstlük kuralı (İsvMK m. 2), alacaklının kısmi ifaya rıza göstermesini

olarak, %10'luk bir oranın önemsiz olarak nitelendirilmesi mümkündür¹⁰⁴⁷. Daha yüksek bir oranın somut olayın koşullarına göre önemsiz sayılması mümkün olsa da, %10'luk bir farktan fazlası söz konusu olduğunda dikkatli davranılmalıdır¹⁰⁴⁸. Bazı hâllerde, alacaklı, her ne kadar borcun tamamına yakını ifa olarak arz edilmiş olsa da, kısmi ifa teklifini reddedebilir. Alacaklının, edimin tamamına objektif olarak, bütün hâlinde ihtiyaç duyması sebebiyle, borçlunun kısmi ifa teklifinin reddedilmesi böyledir¹⁰⁴⁹. Keza, borçlunun, alacaklıdan sözleşmeye aykırı bir indirim koparmak amacıyla borcun bir kısmını ifa etmeye yanaşmaması durumunda, alacaklı, kısmi ifa teklifini reddedebilir¹⁰⁵⁰. Bu sebeple, somut olayın koşullarının belirleyici olduğu unutulmamalıdır.

- iii. **Alacaklının kısmi ifayı talep etme hakkını kullanması hâlinde**, alacaklının söz konusu talebine uygun şekilde, edimin bir kısmının ifa olarak sunulması hâlinde, alacaklı kısmi ifayı reddedemez¹⁰⁵¹. Zira, alacaklının kısmi ifayı talep etmesi, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğu yaratır¹⁰⁵². Kısmi ifayı talep eden alacaklı, artık kendisini bu taleple sınırlamış olur. Zira, alacaklının önce kısmi ifayı talep etmesi, akabinde kendi talebine uygun şekilde sunulan kısmi ifayı reddetmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir görünüm şekli olan **çelişkili davranış yasağı** (*venire contra factum proprium*) çerçevesinde mazur görülemez. Öte yandan, alacaklının kısmi ifayı talep etmesi ve borçlunun da bu talebe uygun davranması, somut olayın şartları çerçevesinde ve güven teorisi uyarınca, sözleşmeyle kısmi ifayı kabul zorunluluğunun öngörüldüğü

gerektirebilir. (si par exemple celle-ci ne diffère que fort peu de l'exécution totale de l'obligation) (...)). Alacak tartışmalı olsa bile, söz konusu istisna uygulama alanı bulur. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 14; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 31. Böylece, borçlunun borcun önemli bir kısmını ifa ederek dava riskini en aza indirmek konusunda korunmaya değer bir menfaati olabileceği gibi, alacaklının ise daha yüksek ve ihtilaflı bir meblağı dava etmemek konusunda anlaşılabilir bir menfaati bulunabilir. Bkz. MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 31.

¹⁰⁴⁷ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14; Gernhuber, Erfüllung, § 8 N 7. Sabit yüzdeler vermenin mümkün olmadığı görüşünde bkz. Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30. Somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 158.

¹⁰⁴⁸ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14. Bu durumda, farkın mutlak yani objektif olarak ve nispi yani somut borç ilişkisi çerçevesinde sübjektif olarak önemsiz olup olmadığı incelenmelidir. Bkz. Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 30; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14.

¹⁰⁴⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 46; Schwenzer/Fountoulakis, N 7.26.

¹⁰⁵⁰ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 14.

¹⁰⁵¹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 31; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 48; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 21; Guggenheim, Contrats II, s. 68.

¹⁰⁵² BK-Weber, Art. 69 OR N 48.

şeklinde yorumlanabiliyorsa; kısmi ifayı kabul zorunluluğu, dürüstlük kuralına değil, doğrudan doğruya sözleşmeye dayanır¹⁰⁵³.

- iv. Alacaklının, ifa olarak arz edilen kısmi ifayı, sözleşme cezası veya başka bir menfaat elde etmek amacıyla reddetmesi durumunda, alacaklının davranışının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵⁴. Zira, bu hâlde alacaklı, sahip olduğu hakka yabancı bir menfaat elde etmek amacıyla hakkını kötüye kullanmaktadır. Öte yandan, alacaklının kısmi ifayı reddederken, bu hakka yabancı bir menfaat elde etme amacı taşıdığını ispat etmek güçtür.
- v. Bazı durumlarda ne alacaklı ne de borçlu, ileri sürülen ifa teklifinin bir kısmi ifa teklifi olduğunun farkında değilse, alacaklının kısmi ifa teklifini kabul zorunluluğu altında bulunduğu söylenebilir. Örneğin, bir manevi tazminat alacağı söz konusu ise, şayet borçlu, dürüstlük kuralına uygun biçimde, makul olarak değerlendirilebilecek bir miktarı ifa olarak alacaklıya sunarsa, alacaklının söz konusu ifa teklifini kabul etmek zorunda olduğu söylenebilir¹⁰⁵⁵. Zira, taraflar bir anlaşmaya varmadığı sürece, manevi tazminat alacağının miktarı, ancak hâkim kararıyla belirli hâle gelebilir¹⁰⁵⁶. Öte yandan, alacaklının önerilen miktarı kabul etmesi, fazlaya dair haklarından feragat ettiği anlamına gelmez.

d. Örf ve Adet Uyarınca

Tarafların açıkça veya örtülü olarak, belirli bir örf ve âdet kuralının aralarındaki ilişkiye uygulanmasını kabul etmiş olmaları ihtimalinde, atıf yapılan örf ve âdet kuralı

¹⁰⁵³ Bu durumda, tarafların irade beyanlarının dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında yorumlanması gerekir. Kanaatimizce, bir hukuki sonuca, tarafların irade beyanları ve sözleşme uyarınca varılabiliyorsa, teorik olarak dürüstlük kuralına (TMK m. 2; İsvMK m. 2) başvurmak gereksizdir. Zira, dürüstlük kuralı, bir hukuki ilişkide başvurulabilecek son çaredir (“*ultima ratio*”). Öte yandan, kısmi ifayı kabul zorunluluğunun dürüstlük kuralından veya sözleşmeden kaynaklanması arasında pratik bir fark veya fayda bulunmamaktadır.

¹⁰⁵⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 46. Weber’e göre, borcun bir taksitinin ödenmemesi durumunda tamamının muaccel olacağını öngören kayıtlar (“*Verfallklausel*”) da bu kapsama girer. Bu görüşe göre, alacaklının bütün borcun muaccel olmasını sağlamak amacıyla kısmi ifayı reddetmesi, hakkın kötüye kullanılması sayılır. Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 46.

¹⁰⁵⁵ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 15. Benzer yönde bkz. Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 31.

¹⁰⁵⁶ Yargıtay kısmi dava yoluyla manevi tazminat alacağının bölünmesine ve kısım kısım talep edilmesine imkân tanımamaktadır. Bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2024/4904, K. 2024/6393, T. 24.6.2024 (Kazancı): “(...) Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının ibra konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibarıyla manevi tazminat bölünemez, bir defada istenilmesi gerekir (...)”; Yargıtay 10. HD, E. 2021/8103, K. 2023/7549, T. 5.7.2023 (Kazancı); Yargıtay 10. HD, E. 2020/7279, K. 2021/3385, T. 16.3.2021 (Kazancı); Yargıtay 21. HD, E. 2019/6513, K. 2020/3003, T. 30.6.2020 (Kazancı). Yargıtay’ın kararını eleştiren ve manevi tazminat alacağının kısmi davaya konu olabileceğini belirten isabetli görüşleri için bkz. Nomer, Manevi Tazminat, s. 226 vd.

kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngörüyor ise, alacaklı, kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmek zorundadır¹⁰⁵⁷. Böylece, sözleşmede örf ve âdet kuralına atıf yapılmak suretiyle, sözleşmeyle kısmi ifayı kabul zorunluluğu tanınmış olur¹⁰⁵⁸. Tarafların, açıkça veya örtülü olarak örf ve âdet kuralına atıf yapmaları hâlinde, örf ve âdet kuralı, sözleşmenin içeriğine dâhil olur ve sözleşmesel bir unsur olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkiye tatbik edilir¹⁰⁵⁹. Örneğin, tarafların Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları'nın (UCP)¹⁰⁶⁰ aralarındaki ilişkiye uygulanmasını kararlaştırmış olmaları ihtimalinde, “*Kısmi Yükleme*” başlığını taşıyan UCP 600 m. 31 hükmünde¹⁰⁶¹, kısmi ifanın mümkün olduğu düzenlenmektedir¹⁰⁶². Tarafların UCP 600 kurallarına atıf yapmaları durumunda, borçlunun kısmi ifada bulunabileceği sonucuna varılır.

Kanımızca, bir örf ve âdet kuralı uyarınca kısmi ifa zorunluluğu doğabilmesi için, ya bir kanun hükmünün ya da sözleşmenin açıkça örf ve âdet kuralına atıf yapması gerekir¹⁰⁶³. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski bir kararı çerçevesinde, öğretide ifade edilen bir görüşe göre, kısmi ifayı kabul zorunluluğunun örf ve âdet kurallarından ileri gelebileceği savunulmaktadır¹⁰⁶⁴. Örneğin, Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları'nın 31. maddesinde öngörülen kısmi ifayı kabul zorunluluğu örf ve âdet kuralına dayanır¹⁰⁶⁵. Söz konusu görüşü savunanlar, kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğünü, sözleşmeye değil, örf ve âdet hukukuna dayandırsa da; kanımızca tarafların açık veya örtülü olarak atıfta

¹⁰⁵⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 37; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22.

¹⁰⁵⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; BK-Weber, Art. 69 OR N 37; İsvFM, ATF 86 II 256 = JdT 1961 I 134; KanM (Valais), 6.2.1975, RVJ 1975, s. 287.

¹⁰⁵⁹ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 2; İsvFM, ATF 86 II 256 = JdT 1961 I 134; KanM (Fribourg), 16.11.1977, RFJ 1977, s. 29; KanM (Valais), 6.2.1975, RVJ 1975, s. 287.

¹⁰⁶⁰ “Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC / Chambre de commerce internationale - CCI)” tarafından hazırlanan İngilizce “ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits” olarak anılan, 2007 yılında güncellenen son versiyonu “UCP 600 (ERA 600 / RUU 600)” olarak ifa edilen Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları, akreditif konusunda geliştirilmiş olan ticari örf ve âdet kurallarını bir araya getiren, uygulamada bankalar tarafından da sözleşmelerde sıkça atıf yapılan kurallardır. Bkz. Delierneux, s. 5 vd.; Tevini Du Pasquier, s. 22 vd.

¹⁰⁶¹ UCP 600 Art. 31 (Partial Drawings or Shipments): “Partial drawings or shipments are allowed”. Bkz. BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 12.

¹⁰⁶² BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 12.

¹⁰⁶³ Örf ve âdet hukukunun, yalnızca kanun veya sözleşme kendisine atıfta bulunursa objektif bir hukuk kuralı hâlini alacağı; örf ve âdet kurallarına sözleşmede atıf yapılması durumunda, söz konusu kuralların sözleşmenin içeriğine dâhil olacağı yönünde bkz. İsvFM, ATF 86 II 256 = JdT 1961 I 134; KanM (Valais), 6.2.1975, RVJ 1975, s. 287; KanM (Fribourg), 16.11.1977, RFJ 1977, s. 29. Sözleşmeyle atıf yapılması gerektiği görüşünde bkz. ZK-Schraner, Art. 69 OR N 22; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 2; BK-Weber, Art. 69 OR N 37.

¹⁰⁶⁴ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 12; İsvFM, ATF 75 II 137 = JdT 1950 I 38 = Pra 1949, s. 355.

¹⁰⁶⁵ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 12.

bulunmaları hâlinde, ilgili örf ve adet kuralı, yaptırım gücünü, örf ve adet hukukundan değil, doğrudan doğruya sözleşmeden alır. Nitekim, söz konusu yazarların örnek verdiği Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları'nın yaptırım gücü de kural olarak sözleşmeden kaynaklanır¹⁰⁶⁶.

Öte yandan, ticari örf ve âdet kuralları bakımından bir istisna tanımak gerekir. TTK m. 1 f. II uyarınca, mahkeme, ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir. O hâlde, ticari işlerde, ticari örf ve âdet kuralları, Türk Borçlar Kanunu'nda yer bulan genel hükümlerin önüne geçer. TTK m. 1 f. II hükmü, ticari örf ve adete atıf yaptığı için, ticari örf ve adet kurallarının doğrudan uygulanması mümkün hâle gelir. Şayet, ticari örf ve âdet kuralı uyarınca, kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu mevcutsa, alacaklı, TBK m. 84 uyarınca kısmi ifayı reddedemez. Öte yandan, TTK m. 2 f. III uyarınca, ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.

E. Kısmi İfanın Sonuçları ve İspat Yüğü

Kısmi ifanın ilk ve en önemli sonucu, borcun, ifanın gerçekleştiği oranda sona ermesidir¹⁰⁶⁷. Borçlunun sunduğu kısmi ifa teklifinin kabul edilmesi neticesinde, alacak, ifa edildiği oranda sukut eder. Kısmi ifa sebebiyle, borçlu, TBK m. 103 (İsvBK m. 88) uyarınca, ifanın gerçekleştiği kısım bakımından makbuz düzenlenmesini talep edebilir¹⁰⁶⁸. Buna karşılık, kısmi ifanın dışında kalan bakiye alacak varlığını sürdürür¹⁰⁶⁹. Rızaen veya kısmi ifayı kabul zorunluluğu nedeniyle borcun kısmen ifa edilmiş olması, netice bakımından bir önem taşımaz. Borcun ifa edilen kısım oranında sona ermesi sebebiyle, alacağa bağlı fer'i haklar da ifa edilen kısım ile orantılı olarak son bulur¹⁰⁷⁰. Zira, TBK m. 131 f. I (İsvBK m. 114 f. I) uyarınca, asıl borç ifa sebebiyle sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve sözleşme cezası gibi, alacağa bağlı hak ve borçlar da sona erer. Satış (TBK m. 223 f. I) ve eser (TBK m. 474 f. I) sözleşmesi

¹⁰⁶⁶ **Tevini Du Pasquier**, s. 41, 44. Öğretide bazı yazarlar, UCP Kuralları'nın örf ve âdet hukuku hâline geldiğini kabul etmektedir. Öte yandan, her ne kadar söz konusu kuralların bütününe örf ve âdet hukuku şeklinde vasıflandırılması mümkün görünmese de, bu kullardan bazılarının örf ve âdet hukuku vasfını haiz olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Tevini Du Pasquier**, s. 36-38.

¹⁰⁶⁷ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 52; **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 35; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 19; **Würgler**, s. 35, 100; **Deschenaux**, Obligations II, s. 21.

¹⁰⁶⁸ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 36; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 53, Art. 88 OR N 39; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 19-20; **İpek**, s. 290.

¹⁰⁶⁹ **ZK-Schraner**, Art. 69 OR N 35; **Würgler**, s. 36; **Deschenaux**, Obligations II, s. 21; **Guggenheim**, Contrats II, s. 68.

¹⁰⁷⁰ **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 19; **Develioğlu**, Garanties indépendantes, N 874; **Develioğlu**, Garanti, s. 433-434.

çerçevesinde, ayıptan sorumlulukta gözden geçirme (*muayene*) ve bildirim (*ihbar*) süreleri, borcun kısmen ifa edilmiş bölümü için ifa anından itibaren işlemeye başlar¹⁰⁷¹.

Kısmi ifada bulunan borçlu, kendisini temerrüde düşmekten kurtaramaz¹⁰⁷². Nitekim, kısmi ifanın konumuz açısından en önemli sonucu, kısmi ifadan sonra, kural olarak borçlu temerrüdünün, ancak ifa edilmeyen kısım için gerçekleşebilecek olmasıdır¹⁰⁷³. Başka bir deyişle, alacağın kalan kısmı muaccel ise ve kısmi ifanın kabul edilmesi alacağın kalan kısmı bakımından bir erteleme (*tecil*) anlamına gelmiyorsa, borçlu, diğer şartların sağlanması hâlinde, alacağın kalan kısmı bakımından kısmi temerrüde düşer¹⁰⁷⁴. Aşağıda detaylı biçimde incelendiği üzere, kısmi temerrüt, borçlunun, borcun yalnızca ifa edilmeyen kısmı bakımından borçlu temerrüdüne düşürülmesini ifade eder¹⁰⁷⁵. Kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁰⁷⁶. Bu açıdan, borçlu, yalnızca borcun bakiye kısmı bakımından borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarına tabi olur. Alacaklı, borcun ifa edilmeyen kısmı bakımından, her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebileceği gibi; TBK m. 125 f. II ve III uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından bakiye kısmın aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyebilir veya ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararın tazmini yoluna gidebilir¹⁰⁷⁷.

Kısmi ifa, kural olarak, alacağın ifa edilmeyen kalan kısmını etkilemez¹⁰⁷⁸. Alacaklının alacağın yalnızca bir kısmını talep etmesi veya alacağın yalnızca bir kısmını ifa olarak kabul etmesi, alacağın kalan kısmı bakımından feragat veya ibra

¹⁰⁷¹ BK-Becker, Art. 69 OR N 9; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 38; BK-Weber, Art. 69 OR N 52; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 20.

¹⁰⁷² BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; KanM (Zürich), 18.3.2013, RT130018.

¹⁰⁷³ BK-Weber, Art. 69 OR N 54; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21.

¹⁰⁷⁴ Tandoğan, Nullité, s. 292; BK-Weber, Art. 69 OR N 54; Lemp, s. 61.

¹⁰⁷⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3, "Kısmi Temerrüdün Sonuçları" isimli başlık.

¹⁰⁷⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Tandoğan, Nullité, s. 292; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹⁰⁷⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Schenker, Schuldnerverzug, N 767 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972.

¹⁰⁷⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 35; BK-Weber, Art. 69 OR N 54; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Würdler, s. 100.

anlamına gelmez¹⁰⁷⁹. Nitekim, kısmi dava açısından HMK m. 109 f. III hükmünde ifade edildiği üzere, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Şayet, ifa edilmeyen bölüm muaccel hâle gelmemişse, kısmi ifa, alacağın kalan kısmının muaccel olmasına neden olmaz¹⁰⁸⁰. Borcun tamamı açısından borçlu temerrüde düşmüşse, kısmi ifanın kabul edilmesi durumunda, ifa edilmeyen kısım bakımından temerrüt hâli ve temerrüdün bütün sonuçları devam eder¹⁰⁸¹. Kısmi ifanın kabul edilmesiyle birlikte, borcun tamamı bakımından gerçekleşen temerrüt, yerini kısmi temerrüde bırakır.

Kısmi ifanın borcun kalan kısmı bakımından etki doğurmaması kuralının en önemli istisnasını **zamanaşımı** oluşturur. Zira, borcun kısmen ifa edilmiş olması, TBK m. 154 f. I b. 1 (İsvBK m. 135 f. I b. 1) uyarınca borcun ikrarı anlamına geldiği için, borcun kalan kısmı bakımından zamanaşımının kesilmesine neden olur¹⁰⁸². Öte yandan, kısmi ifada bulunan borçlu, borcun kalan kısmını kabul etmiyorsa ve açıkça karşı çıkıyorsa, kısmi ifanın ikrar anlamına geldiği söylenemez¹⁰⁸³.

Somut olayın koşulları altında ve tarafların irade beyanlarının yorumlanması neticesinde, kısmi ifanın kabul edilmesi, bakiye kısım bakımından bir **erteleme (tecil)** anlamına gelebilir¹⁰⁸⁴. Borçlunun şimdilik kaydıyla veya bakiye borcun belli bir süre sonra ifa edileceğini belirterek yaptığı ödemenin, alacaklı tarafından herhangi bir çekince ileri sürülmeksizin kabul edilmesi böyledir. Şayet, kısmi ifanın kabul edilmesi

¹⁰⁷⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; Nomer, Borçlar Genel, N 151.8, dn. 1408; Yargıtay 17. HD, E. 2017/4120, K. 2018/4459, T. 24.4.2018 (Kazancı): “(...) Somut olayda; davacıya 08.03.2013 tarihinde davaya konu kaza nedeniyle, 82.947,00 TL ödenmiştir. Ancak dosya kapsamında davalı tarafından ... madde 111 kapsamında bir anlaşmanın (ibra vs.) olduğu ispat edilememiştir. Buna göre; davalı tarafından ibraname olmaksızın tek taraflı olarak davacının maddi zararına dair ödediği miktar göz önünde bulundurularak varsa bakiye kalan zararını isteyebileceği kabul edilerek yargılamaya devam olunması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanılığın gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir (...)”.

¹⁰⁸⁰ BK-Weber, Art. 69 OR N 54; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21.

¹⁰⁸¹ Nomer/Engin, TBK m. 212 N 21, 26. Bu durumda, alacaklı, borcun tamamı bakımından gecikme tazminatı talep edebilirken, kural olarak, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından seçimlik haklarını kullanabilir.

¹⁰⁸² ZK-Schraner, Art. 69 OR N 37; BK-Weber, Art. 69 OR N 55; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 20; Würbler, s. 100; Erdem, Zamanaşımı, s. 279; Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 153 N 17; İpek, s. 290.

¹⁰⁸³ Niklaus, N 176; Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 153 N 17, dn. 382; Erdem, Zamanaşımı, s. 279.

¹⁰⁸⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 54; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 37; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 21, 26, dn. 37; Yargıtay 11. HD, E. 1974/4824, K. 1975/1542, T. 6.3.1975 (Kazancı): “(...) Her ne kadar teslim süresi davacının kabul cevabında belirtilmiş ise de davalının akit gereğince 205 metre küp kum teslim ettiğini davacı kabul etmiştir. Şu hâlde bilirkişi raporunda bu teslimat tarihinin kesin olarak tespit edilemediği belirtildiğinden davacının kabul ettiği teslimata ait tarihin araştırılarak teslim süresinin zımnen uzatılmış olup olmadığının tayin ve takdir edilmesi icap eder. Bu sürenin uzatıldığı sonucuna vardığı takdirde satıcı davalının davacı tarafından temerrüde düşürülmeden aktin feshi ve uğranılan zararın tazmini yoluna gidilemez (...)”; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

neticesinde bir erteleme anlaşmasının vücuda geldiği kabul edilecek olursa, bakiye alacağın muacceliyet anı, sonraki bir tarihe ötelenmiş olur. Böyle bir erteleme anlaşmasının ise iki önemli sonucu bulunur. İlk olarak, alacağın kalan kısmı, tecil edilen tarihe kadar muaccel hâle gelmeyeceği için, borçlu, alacağın kalan kısmı bakımından kısmi temerrüde düşmez¹⁰⁸⁵. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi için, bakiye borcun muaccel hâle gelmesi, yani alacağın muacceliyetinin ertelendiği sürenin sona ermesi gerekir. İkinci olarak, erteleme anlaşması, ilgili bulunduğu alacağın zamanaşımı bakımından sonuç doğurur. Zira, erteleme anlaşması, bakiye alacağın muaccel olacağı tarihe kadar, zamanaşımı süresinin durması anlamına gelir. Başka bir deyişle, zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra, tecil anlaşması yoluyla muacceliyet tarihinin sonraki bir ana ertelenmesi, sözleşmesel bir durma sebebi teşkil eder¹⁰⁸⁶. Her ne kadar kısmi ifa, TBK m. 154 f. I b. 1 uyarınca zamanaşımının kesilmesine yol açsa da, erteleme anlaşması, borç konusunun daha sonra belirleneceği yönünde bir ihtirazi kayıt içermediği müddetçe, aynı zamanda borç ikrarı anlamına gelir ve TBK m. 154 f. I b. 1 uyarınca kesilme sebebi olarak nitelendirilir¹⁰⁸⁷. O hâlde, kısmi ifa yoluyla erteleme anlaşmasının akdedildiği kabul edilecek olursa, bakiye alacak bakımından zamanaşımı süresi, alacağın tecil edildiği tarihe kadar durur ve o andan itibaren baştan işlemeye başlar.

Alacak için kişisel (*şahsi*) veya nesnel (*ayni*) bir teminat gösterilmişse, söz konusu **teminat**, alacağın kalan kısmı için varlığını devam ettirir¹⁰⁸⁸. Şayet, müteselsil borçluluk söz konusu ise, kural olarak, kısmi ifanın gerçekleşmesi ile, **kısmi halefîyet** (*“Teilsubrogation”*) meydana gelir¹⁰⁸⁹. Borçlulardan birinin diğer borçlulara kısmen halef olabilmesi için, TBK m. 167 f. II (İsvBK m. 148 f. II) uyarınca, borçlunun, iç ilişkide kendisine düşen paydan fazla ifada bulunmuş olması gerekir. Başka bir deyişle, gerçekleştirilen kısmi ifanın, iç ilişkide borçluya düşen paydan fazla olması şarttır.

Şayet borçlunun birden çok borcu varsa, borçlu, TBK m. 101 f. I uyarınca, ifa anında, kısmi ifanın bu borçlardan hangisine **mahsup** edileceğini alacaklıya

¹⁰⁸⁵ BK-Weber, Art. 69 OR N 54.

¹⁰⁸⁶ CR-Pichonnaz, art. 134 CO N 17; Bucher, AT, s. 483; Guhl/Koller, § 39 N 31; Spiro, Band I, s. 39, 150; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1007; Erdem, Zamanaşımı, s. 237; Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 153 N 7; Niklaus, N 684; Krauskopf, s. 132; İsvFM, ATF 89 II 26 = JdT 1963 I 626; ATF 69 II 298 = JdT 1944 I 139; ATF 65 II 232; İsvFM, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

¹⁰⁸⁷ CR-Pichonnaz, art. 134 CO N 9a; Niklaus, N 179, 686; Erdem, Zamanaşımı, s. 279; Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 149 N 3.

¹⁰⁸⁸ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 35; BK-Weber, Art. 69 OR N 54.

¹⁰⁸⁹ BK-Weber, Art. 69 OR N 56; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 20; Guhl/Koller, § 34 N 75.

bildirebilir¹⁰⁹⁰. Öte yandan, borçlunun bildirimi, alacaklının beklentilerini karşılamıyorsa, alacaklı, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanarak, borçlunun ifa teklifini ve ifa teklifinde bulunurken yaptığı bildirimi boşa çıkarabilir¹⁰⁹¹. Şayet, alacaklı, herhangi bir şekilde itiraz ileri sürmeden, kendisine sunulan kısmi ifayı kabul ederse, güven teorisi uyarınca, borçlunun ifa anında yapmış olduğu mahsup bildirimini de kabul etmiş sayılır¹⁰⁹². Buna karşılık, borçlunun kısmi ifanın ne şekilde mahsup edileceğini belirleme hakkı, iki durumda kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır¹⁰⁹³. İlk durumda, borcun tamamı için değil, yalnızca bir kısmı için teminat gösterilmişse, TBK m. 100 f. II uyarınca, borçlunun, kısmi ifayı borcun teminat altına alınan veya teminatı daha iyi olan kısmına mahsup etme hakkı yoktur. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, kısmi ifayla birlikte, alacağın teminat altına alınmamış veya teminatı daha kötü olan kısmının, ifa yoluyla sona ermiş olduğu kabul edilir¹⁰⁹⁴. İkinci durumda, borçlu, faiz ve giderleri ödemede gecikmiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi, ana borçtan düşme hakkına sahip değildir. Nitekim, TBK m. 100 f. I uyarınca, “*Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir*”.

Son olarak, kısmi ifa hâlinde **ispat yükü** önem taşır. TBK m. 84 hükmünde, kanun koyucu, kural olarak, borçlunun kısmi ifada bulunmaya hakkı olmadığını ve alacaklının kendisine sunulan kısmi ifayı reddedebileceğini düzenlemiştir. Bu sebeple, borcunu kısmen ifa etme hakkı bulunduğunu veya alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olduğunu iddia eden borçlu, bu iddiasını ispat etmek zorundadır¹⁰⁹⁵. Başka bir deyişle, kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunduğunu ispat yükü, borçluya aittir. Zira, kanun koyucunun, TBK m. 84 f. I hükmünde öngördüğü kuralın aksinin somut olayda mevcut olduğu ispat edilmek istenmektedir. Kural olarak alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkı bulunduğu için, şüphe hâlinde, borçlunun kısmi ifada bulunma

¹⁰⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Würgler**, s. 83 vd. Her ne kadar TBK m. 100-105 (İsvBK m. 85-90) hükümleri, lafzen yalnızca “*ödeme (paiement / Zahlung)*” kavramına yer vermişse de, ilgili hükümler her türlü borç için uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bkz. BSK-**Schroeter**, Vor. Art. 68-74 OR N 3-4. Bu tür bir uygulamanın pratik faydasının olmadığı kanaatinde bkz. CR-**Loertscher/Tolou**, art. 85 CO N 2.

¹⁰⁹¹ CR-**Loertscher/Tolou**, art. 85 CO N 6; BK-**Weber**, Art. 69 OR N 57; **Würgler**, s. 83-84.

¹⁰⁹² BK-**Weber**, Art. 69 OR N 57; **Würgler**, s. 87

¹⁰⁹³ BSK-**Schroeter**, Art. 69 OR N 19; CR-**Loertscher/Tolou**, art. 85 CO N 4-5. Borçlunun mahsup hakkının sınırları konusunda bkz. **Würgler**, s. 83-84.

¹⁰⁹⁴ **von Tuhr/Escher**, § 57, s. 17; ZK-**Schraner**, Art. 69 OR N 35; BK-**Weber**, Art. 69 OR N 57.

¹⁰⁹⁵ ZK-**Schraner**, Art. 69 OR N 20; BK-**Weber**, Art. 69 OR N 58; BSK-**Schroeter**, Art. 69 OR N 24; KUKO-**Gross**, Art. 69 OR N 7; MüKoBGB-**Krüger**, BGB § 266 N 20; **Ergül**, s. 106.

hakkı olmadığı ve alacaklının kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁰⁹⁶.



¹⁰⁹⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 10.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KISMİ TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

I. KISMİ TEMERRÜDÜN GENEL SONUÇLARI

A. Kural Olarak

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları, borçlunun temerrütten sonra beklenmedik hâlden doğacak zararlardan sorumlu tutulması (TBK m. 119; İsvBK m. 103) ve -şayet kusursuzluğunu ispat edemezse- borçlunun gecikme tazminatı ödeme (TBK m. 118; İsvBK m. 103 f. I) borcunun doğmasıdır¹⁰⁹⁷. Gecikme tazminatı ve beklenmedik hâlden sorumluluk dışında, kanun koyucu, genel borçlu temerrüdüne, kural olarak, başkaca bir sonuç bağlamamıştır¹⁰⁹⁸.

Borçlu temerrüdünün yalnızca yukarıda zikredilen iki sonuca sebebiyet vermesi, temelde iki farklı mana ihtiva eder: İlk olarak, aynen ifa talebinin borçlu temerrüdünün bir sonucu olmadığı görülür. Zira, borçlu temerrüdü, borçlunun ifa yükümlülüğünde veya borcun ifa edilebilirliğinde bir değişiklik meydana getirmez¹⁰⁹⁹. Alacaklının aynen ifayı talep etmesi, genel borçlu temerrüdünün değil, muaccel hâle gelmiş olan alacak hakkının mutata hükmüdür¹¹⁰⁰. Alacaklının aynen ifa talebinde bulunabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmesi değil, alacağın muaccel olması gerekir. Borçlu temerrüdü alacaklıya aynen ifa talebine ilave olarak gecikme tazminatı talep etme imkânı tanır. İkinci olarak, alacaklı, genel borçlu temerrüdü rejiminde, prensip olarak, ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönme gibi hukuki imkânlara sahip değildir¹¹⁰¹. İfa yerine tazminat talep etme hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı, alacaklıya, genel olarak değil, yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından tanınmıştır.

¹⁰⁹⁷ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 1; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 160, Art. 103 OR N 4; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1575; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2670.

¹⁰⁹⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1578.

¹⁰⁹⁹ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 2; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1485; Erdem, Clause pénale, s. 122.

¹¹⁰⁰ Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2667-2669; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 2; Ramoni, N 69; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1579.

¹¹⁰¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1578.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçlarının yanı sıra, kısmi temerrüt rejiminin genel sonuçlarının ayrıca tespit edilmesi gerekir. Gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt, borçlunun, borcun yalnızca ifa edilmeyen kısmı bakımından borçlu temerrüdüne düşürülmesini ifade eder¹¹⁰². İfade ettiği anlam sebebiyle, kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹¹⁰³. Bu açıdan, borçlu, yalnızca borcun bakiye kısmı bakımından borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarına tabi olur. Böylece, kısmi temerrüt hâlinde, kural olarak, sözleşme genel itibarıyla iki kısma ayrılır¹¹⁰⁴. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş olan bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının seçimlik haklarını tatbik edeceği kısımdır¹¹⁰⁵.

Kural olarak, borcun ifa edilmiş olan kısmı, temerrüde düşülen kısım için başvuru hukuki çarelerden etkilenmez. Borcun ifa edilmeyen kısmı bakımından, alacaklı, ifa edilmemiş olan borç bakiyesinin aynen ifasıyla birlikte, ifa edilmeyen kısım bakımından gecikme tazminatı talep edebilir¹¹⁰⁶. Bakiye kısmın aynen ifası ve gecikme tazminatı dışında, borçlu, ifa edilmeyen kısım bakımından beklenmedik

¹¹⁰² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Lemp, s. 27-28; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Tandoğan, Nullité, s. 292; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹¹⁰³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Nomer, Borçlar Genel, N 187.2; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 931-932; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: “(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısım sınırlı tutulmuştur (...)”; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) 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 (...)”.

¹¹⁰⁴ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

¹¹⁰⁵ Örneğin bkz. AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395: “(...) Buna göre davalı, sözleşmenin tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle değil, sadece ifa edilmeyen kısım için tazminat talep etmektedir. Dolayısıyla, tarafların akdettiği eser sözleşmesi, davacının sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazandığı yerine getirilmiş bir kısım ve davalının ifa etmeme nedeniyle tazminat talep ettiği yerine getirilmemiş bir kısım olarak ikiye ayrılır. Her iki kısım da hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temerrüt yalnızca sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmını etkilerken, yerine getirilmiş olan kısım müstakildir ve hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. (...)”.

¹¹⁰⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

hâlden sorumludur¹¹⁰⁷. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından, alacaklı, ilave olarak, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, borcun ifa edilmemiş bölümünün aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararın tazmini yoluna gidebilir¹¹⁰⁸.

Genel borçlu temerrüdü açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt rejiminin genel sonuçları, borç bakiyesinin aynen ifasıyla birlikte, ifa edilmemiş kısım bakımından gecikme tazminatı talep etmek ve ifa edilmemiş kısım bakımından beklenmedik hâlden sorumluluk şeklinde özetlenebilir. Öte yandan, kısmi temerrüdün genel sonuçları, genel borçlu temerrüdü rejimiyle büyük ölçüde benzerlik gösterir¹¹⁰⁹. Bu nedenle, kısmi temerrüdün genel sonuçlarını oluşturan borcun ifa edilmemiş kısım bakımından aynen ifa talebi ile ifa edilmeyen kısım bakımından gecikme tazminatı ve beklenmedik hâlden sorumluluk başlıkları, yalnızca konunun gerektirdiği ölçüde ele alınmıştır.

B. Aynen İfa Talebi

1. Genel Olarak

Genel borçlu temerrüdü açısından olduğu gibi, alacaklının kısmi temerrüt bakımından da sahibi olduğu ilk imkân, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmının aynen ifasını talep etmektir. Alacaklı, borçlu temerrüdüne rağmen, borç ilişkisinde hiçbir değişikliğe gitmeksizin ifa edilmeyen edimi elde tutarak, aynen ifa talebinde ısrarcı olabilir¹¹¹⁰. Aynen ifa talebi, borçlu temerrüdünün değil, alacaklının sahip olduğu alacak hakkının sonucu olduğu için, aynen ifa talebinde bulunulması hâlinde, borçlunun kusurlu olması veya önceden temerrüde düşürülmesi aranmaz.

Alacaklı, kısmi temerrüt hâlinde, her zaman borcun ifa edilmemiş olan bakiye kısmının aynen ifasını talep edebilir¹¹¹¹. Kısmi ifa, kural olarak, alacağın ifa edilmeyen

¹¹⁰⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

¹¹⁰⁸ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971-972; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956.

¹¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 766.

¹¹¹⁰ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 26; Schenker, Schuldnerverzug, N 603 vd. Detaylı bilgi için bkz. Başoğlu, s. 70 vd.

¹¹¹¹ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Ergül, s. 159; İsvFM, ATF 87 II 244 = JdT 1962 I 98; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

bakiye kısmını etkilemez¹¹¹². Alacaklının alacağın yalnızca bir kısmını ifa olarak talep veya kabul etmesi, alacağın kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez¹¹¹³. O hâlde, alacağın bakiye kısmının ifa edilmemesi durumunda, alacaklı, her zaman bakiye kısmın ifa edilmesini isteyebilir ya da alacağın kalan kısmını dava veya takip yoluyla talep edebilir. Bakiye kısmın muaccel ve borcun ifasının mümkün olması hâlinde, alacaklı, ifa talebine konu ettiği alacak kısmı bakımından eda davası açabilir. Bir yapma borcu söz konusu ise, alacaklı, TBK m. 113 (İsvBK m. 98) uyarınca ifa edilmeyen kısmın, masrafı borçluya ait olmak üzere, kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden talep edebilir.

2. Kısmi Temerrüt ve Kısmi Dava

Kısmi temerrütte alacaklının ifa talebine konu ettiği alacak bölümü bakımından açtığı davanın bir **kısmi dava** (*action partielle / Teilklage*) olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. HMK m. 109 f. I (İsvHMK m. 86) uyarınca “*talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*”. O hâlde, genel olarak kısmi dava, davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı eda davasıdır¹¹¹⁴. Kısmi dava açılabilmesi için, kısmi ifa (TBK m. 84) açısından olduğu gibi, talep konusu yapılan alacak hakkının bölünebilir olması gerekir¹¹¹⁵. Kısmi dava, İsviçre Hukuku’nda genel olarak kabul gördüğü şekliyle **gerçek ve gerçek olmayan kısmi dava** olarak ikiye ayrılır. Kısmi temerrüt açısından faydalı gördüğümüz söz konusu ayırım çerçevesinde, kısmi dava ve kısmi temerrüt arasındaki ilişki şu şekilde tespit edilir:

¹¹¹² ZK-Schraner, Art. 69 OR N 35; BK-Weber, Art. 69 OR N 54; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Würgler, s. 100; Eren, Borçlar Genel, N 3525.

¹¹¹³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; Nomer, Borçlar Genel, N 151.8, dn. 1408; Yargıtay 17. HD, E. 2017/4120, K. 2018/4459, T. 24.4.2018 (Kazancı).

¹¹¹⁴ CR-Bohnet, art. 86 CPC N 1 vd.; KUKO-Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N 1 vd.; DIKE-Füllemann, Art. 86 ZPO N 1; BSK-Dorschner/Bell, Art. 86 ZPO N 1 vd.; Nomer, Manevi Tazminat, s. 221; Hohl, N 505 vd.; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 990-991; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 301; Kuru, s. 150; Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 941; Tanrıver, s. 656 vd.

¹¹¹⁵ CR-Bohnet, art. 86 CPC N 2; KUKO-Oberhammer/Weber, Art. 86 ZPO N 1b; DIKE-Füllemann, Art. 86 ZPO N 1; BSK-Dorschner/Bell, Art. 86 ZPO N 1; CR-Hohl, art. 69 CO N 2, dn. 3; Hohl, N 505; Kuru, s. 150; Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 941; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 301; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 989 vd.; Nomer, Manevi Tazminat, s. 222; Tanrıver, s. 657; İsvFM, 7.5.2018, 4A_366/2017; Yargıtay İBK, E. 2017/8, K. 2019/3, T. 24.5.2019 (RG T. 29.9.2019, S. 30901).

a. Gerçek Kısmi Dava

Şayet davacı alacaklı, tamamı muaccel olan ve tek bir hukuki sebebe dayanan alacağının yalnızca bir kısmını dava konusu ediyorsa, **gerçek kısmi dava** (*action partielle au sens propre / echte Teilklage*) söz konusu olur¹¹¹⁶. Gerçek kısmi davada, alacaklı, nicelik bakımından toplam alacağın yalnızca bir kısmı bakımından dava açar. Örneğin, 10.000 TL tutarındaki alacağın 4.000 TL tutarındaki kısmının dava edilmesi böyledir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de kabul ettiği üzere, bir tazminat alacağının bir kısmının talep edilmesi gerçek kısmi dava niteliğindedir¹¹¹⁷. Mahkeme, kısmi davanın tamamen kabulü yönünde karar vermişse, kısmi davada kurulan hüküm, hukuki ilişkinin varlığı bakımından kesin delil teşkil eder¹¹¹⁸.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere¹¹¹⁹, bir borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi, **dar anlamda** veya **gerçek kısmi temerrüt** olarak tanımlanır. Borcun bir kısmının ifa edilmiş olması durumunda, borcun ifa edilmemiş kısmı için eda davası açılması, kısmi dava olarak nitelendirilemez. Zira, borcun ifa edilmemiş kısmı, bir kısmi talep değil, muaccel bir borcun tamamını teşkil eder. O hâlde, dar anlamda kısmi temerrüt rejiminde, borcun bakiye kısmının dava edilmesi gerçek kısmi dava sayılmaz; kısmi davadan bahsedebilmek için, borç bakiyesinin yalnızca bir bölümü açısından dava ikame edilmesi gerekir.

Borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı bakımından gerçekleşmiş olması durumunda, **geniş anlamda** veya **gerçek olmayan kısmi temerrüt** rejiminden bahsedilir¹¹²⁰. Borcun kısmen ifa edilmiş olması dışında, geniş anlamda kısmi temerrüt, borcun yalnızca bir bölümü için temerrüt ihtarında bulunulması, borçlu tarafından ifadan kaçınma hakkının kısmen ileri sürülmesi, borcun bir kısmının muaccel olması veya borcun bir kısmının imkânsız hâle gelmesi hâlinde söz konusu olur. Geniş anlamda kısmi temerrüt rejiminde, bazı hâllerde gerçek kısmi davaya rastlamak mümkündür. Nitekim, alacağın bir kısmı için temerrüt ihtarında bulunulması durumunda, ihtar edilen kısım bakımından açılan eda davası bir

¹¹¹⁶ CR-**Bohnet**, art. 86 CPC N 8; KUKO-**Oberhammer/Weber**, Art. 86 ZPO N 4; DIKE-**Füllemann**, Art. 86 ZPO N 3; BSK-**Dorschner/Bell**, Art. 86 ZPO N 13; **Hohl**, N 506; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1002; **İsvFM**, ATF 143 III 254; ATF 143 III 506.

¹¹¹⁷ KUKO-**Oberhammer/Weber**, Art. 86 ZPO N 4; CR-**Bohnet**, art. 86 CPC N 8; **İsvFM**, ATF 143 III 254; **İsvFM**, 8.6.2017, 4A_15/2017.

¹¹¹⁸ **Kuru/Aydın**, s. 434; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usul, s. 302.

¹¹¹⁹ Bkz. yukarıda, **B.1/I/A/2/b**, “*Dar Anlamda (Gerçek) Kısmi Temerrüt*” isimli başlık.

¹¹²⁰ Bkz. yukarıda, **B.1/I/A/2/c**, “*Geniş Anlamda (Gerçek Olmayan) Kısmi Temerrüt*” isimli başlık.

kısmi davadır. Keza, tamamı muaccel hâle gelmiş olan bir borcun bir bölümü için kısmi dava açılması ve borçlunun davaya konu edilen kısım bakımından temerrüde düşürülmesi durumunda, geniş anlamda kısmi temerrüt meydana gelir¹¹²¹. Öte yandan, borçlu tarafından ifadan kaçınma hakkının kısmen ileri sürülmesi ya da borcun bir kısmının muaccel olması veya borcun bir kısmının ifasının imkânsızlaşması hâlinde, borcun talep edilebilen bölümü dava konusu edilirse, gerçek kısmi dava söz konusu olmaz. Bu durum, aşağıda yer verdiğimiz üzere, gerçek olmayan kısmi davanın alanına dâhildir.

b. Gerçek Olmayan Kısmi Dava

Şayet davacı alacaklı, aynı hukuki ilişkiden doğan, ancak tamamı muaccel hâle gelmemiş olan alacağın bir kısmını dava konusu ediyorsa **gerçek olmayan kısmi dava** (*action partielle au sens impropre / unechte Teilklage*) söz konusu olur¹¹²². Keza, alacaklı, aynı hukuki ilişkiden doğan birden fazla alacak hakkına sahipse, fakat alacaklar fiilen veya hukuken farklı sebeplere dayanıyorsa, bunlardan bir kısmının dava edilmesi gerçek olmayan kısmi dava olarak anılır¹¹²³. Başka bir deyişle, ifa zamanı veya hukuki sebep bakımından diğer taleplerden ayrılabilen, davacı tarafından ferdileştirilmiş bir talebin dava konusu edilmesi hâlinde, gerçek olmayan kısmi davanın bulunduğu kabul edilir¹¹²⁴. Örneğin, muaccel hâle gelmiş üç aylık kira bedelinin ödenmesinin talep edilmesi veya alacağın muaccel hâle gelmiş olan taksitlerinin ifa edilmesinin istenmesi ya da işçinin ek mesai ücretiyle yıllık izin ücretini birlikte dava etmesi böyledir. Gerçek olmayan kısmi davada, her iki talebin veya her iki kısmi davanın ortak noktasını, taleplerin tek bir vakıadan veya hukuki ilişkiden ileri gelmesi teşkil eder¹¹²⁵.

Gerçek olmayan kısmi dava, **geniş anlamda** veya **gerçek olmayan kısmi temerrüt** rejiminde söz konusu olabilir. Nitekim, borcun bir kısmının muaccel olması hâlinde veya borçlu tarafından ifadan kaçınma hakkının kısmen ileri sürülmesi

¹¹²¹ Borçlu daha önce temerrüde düşmemişse, kısmi dava, yalnızca talep sonucuna dâhil edilen alacak bakımından borçluyu temerrüde düşürür. Bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 186; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1002 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 946; **Tanrıver**, s. 661; **Yargıtay 11. HD**, E. 2016/14490, K. 2017/2268, T. 19.4.2017 (Kazancı).

¹¹²² **CR-Bohnet**, art. 86 CPC N 9; **DIKE-Füllemann**, Art. 86 ZPO N 3; **KUKO-Oberhammer/Weber**, Art. 86 ZPO N 2-3; **BSK-Dorschner/Bell**, Art. 86 ZPO N 13; **Hohl**, N 509; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1002;

¹¹²³ **CR-Bohnet**, art. 86 CPC N 9; **BSK-Dorschner/Bell**, Art. 86 ZPO N 13; **DIKE-Füllemann**, Art. 86 ZPO N 3; **Hohl**, N 509; **İsvFM**, ATF 143 III 254.

¹¹²⁴ **BSK-Dorschner/Bell**, Art. 86 ZPO N 13.

¹¹²⁵ **KUKO-Oberhammer/Weber**, Art. 86 ZPO N 3; **DIKE-Füllemann**, Art. 86 ZPO N 3.

durumunda ya da kısmi imkânsızlıkta borcun ifası mümkün olan kısmının dava edilmesi ihtimalinde, borcun talep edilebilen bölümünün tamamı dava konusu edilirse, ikame edilen eda davası gerçek olmayan kısmi dava niteliğindedir. Böyle bir hâlde, davacı alacaklı, alacak hakkını kendi rızasıyla bölerek kısmi davaya konu etmemekte; dava edebileceği alacağının tamamını kısmi dava yoluyla ileri sürmektedir.

Gerçek olmayan kısmi davanın kısmi temerrüt rejiminde söz konusu olabildiği diğer bir durum ise, bir bütün teşkil eden birden fazla asli edim yükümlülüğünün bir kısmının ya da asli ve yan edim yükümlülüklerinin bazılarının eda davasına konu edilmesidir. Zira, bu ihtimalde, her ne kadar maddi hukuk anlamında bir bütün teşkil etseler de, usul hukuku anlamında birbirinden farklı iki alacak hakkı söz konusu olduğu için, bunlardan bazılarının dava konusu edilmesi, gerçek değil gerçek olmayan kısmi davaya sebebiyet verir. Benzer şekilde, kısmi imkânsızlıkta yalnızca imkânsızlaşan kısım yerine geçen tazminat alacağının veya sadece edimin ifası mümkün olan kısmının dava edilmesi de böyledir. Yine, alacaklının yalnızca montaj yükümlülüğünün ifasını talep etmesi durumunda, gerçek olmayan kısmi dava söz konusu olur.

C. Gecikme Tazminatı

1. Genel Olarak

TBK m. 118 (İsvBK m. 103) uyarınca temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Gecikme tazminatı esasen TBK m. 112 (İsvBK m. 97) hükmüne dayansa da, TBK m. 118’de açıkça ifade bulmuştur¹¹²⁶. Keza, TBK m. 122 (İsvBK m. 106) uyarınca, para borçlarında temerrüt faiziyle karşılanamayan ve gecikmeden kaynaklanan zararlar bakımından öngörülen aşkın zararın tazmini, bir tür gecikme tazminatıdır¹¹²⁷. Benzer şekilde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 125 f. I (İsvBK m. 107 f. II) hükmünde, TBK m. 118 tekrar edilerek alacaklının her zaman borcun ifasını talep etme ve gecikme tazminatı isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Genel borçlu temerrüdü açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de, alacaklının, ifası geciken kısım bakımından borçludan gecikme tazminatı talep etmesi

¹¹²⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 10; Tercier/Pichonnaz, N 1386; Engel, Obligations, s. 691; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1386.

¹¹²⁷ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 10; Huguenin, OR, N 942; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2670; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1588; İsvFM, ATF 60 II 337.

mümkündür¹¹²⁸. Bu açıdan, gecikme tazminatını düzenleyen TBK m. 118 ile m. 125 f. I hükümleri, kısmi temerrüt hâlinde doğrudan uygulanır¹¹²⁹.

TBK m. 118 hükmünde düzenlenen **gecikme tazminatı** (*dommage causé par le retard / Verspätungsschaden*), alacaklının borcun geç ifa edilmesi dolayısıyla uğradığı zararı karşılamayı ve borcun zamanında ifa edilmesine yönelik menfaat kaybını gidermeyi amaçlar¹¹³⁰. Başka bir deyişle, gecikme tazminatı, alacaklının vaktinde ifaya yönelik olan zaman menfaatini (*utilitas temporis / Zeitinteresse*) sağlamayı hedef tutar¹¹³¹. Gecikme tazminatı, ifa edilmemiş olan kısmın yerine geçmez; aksine, borçlu temerrüdüne konu olan edim borcuna eklenerek, kümülatif olarak ifa edilir¹¹³².

Aynen ifa talebine eklenen gecikme tazminatı, aynen ifayla birlikte ileri sürülebileceği gibi, borçlu temerrüde düştükten sonra borç ifa edilmiş olsa bile, ayrıca talep ve dava edilebilir¹¹³³. Öyle ki, gecikme tazminatının ifa davası açılmadan önce talep ve dava edilmesi mümkün olduğu gibi¹¹³⁴, ifa davasında istenmemiş olsa bile daha sonra da ileri sürülebilir. Borç ifa edildikten sonra gecikme tazminatı talep etmek isteyen alacaklının ihtirazi kayıt (*çekince*) ileri sürmesi gerekmez¹¹³⁵. Bu bakımdan

¹¹²⁸ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 209; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 766; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1738; **Eren**, Borçlar Genel, N 3525; **Gayretli Aydın**, s. 33.

¹¹²⁹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 766.

¹¹³⁰ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1582; **Yargıtay HGK**, E. 2021/648, K. 2022/1653, T. 6.12.2022 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2017/506, K. 2019/1081, T. 17.10.2019 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2013/1140, K. 2014/905, T. 12.11.2014 (Lexpera): “(...) TBK’nın 118. maddesinde (818 s. BK. m. 106/2) düzenlenen gecikme tazminatı, alacaklının borcun geç ifa edilmesinden uğradığı zararı karşılamayı amaçlar ve alacaklının borcun gecikmeden ifa edilmesindeki çıkarını sağlamaya yöneliktir (...)”.

¹¹³¹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 15, 36; **Koller**, AT, N 54.71. Dakiklik menfaati (“*Pünktlichkeitsinteresse*”) kavramı için bkz. **Esser/Schmidt**, § 28 I/2.

¹¹³² **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 1; **BSK-Widmer Lühlinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 7; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 10; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.05; **Huguenin**, OR, N 942; **Cantieni**, s. 28 vd.

¹¹³³ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1583; **Öz**, İnşaat, s. 155; **Yargıtay HGK**, E. 2021/648, K. 2022/1653, T. 6.12.2022 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2017/506, K. 2019/1081, T. 17.10.2019 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2013/1140, K. 2014/905, T. 12.11.2014 (Lexpera); **Yargıtay 3. HD**, E. 2020/1, K. 2020/3730, T. 30.6.2020 (Lexpera); **Yargıtay 23. HD**, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015 (Lexpera).

¹¹³⁴ **Yargıtay 23. HD**, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015 (Lexpera): “(...) *Arsa sahibi bu seçimlik hakkını, geciken ifayı beklemek ve gecikme tazminatını istemek olarak kullanmış ise sözleşmeyi feshetmeden, ileride olası eksik-ayıplı işlere ilişkin alacağının muacceliyetini fiili teslim erteleyerek, gecikme tazminatı alacağını her ay sonu itibarıyla talep veya dava ederek, eserin teslimini bekleyebilir. Başka bir anlatımla, bu alacaklarını talep veya dava etmek için eserin yüklenici tarafından teslimini beklemek zorunda değildir. Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir (...)*”.

¹¹³⁵ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1583; **Öz**, İnşaat, s. 155; **Yargıtay HGK**, E. 2021/648, K. 2022/1653, T. 6.12.2022 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2017/506, K. 2019/1081, T. 17.10.2019 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2013/1140, K. 2014/905, T. 12.11.2014 (Lexpera): “(...) *gecikme tazminatı, ifa ile birlikte talep edilebileceği gibi, ifa temerrütten sonra yerine getirilmiş ve bir çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürülmemiş olsa bile ifadan sonra talep ve dava edilebilir, ifa davasında talep edilmemiş olsa dahi gecikme tazminatı ayrıca dava edilebilir (...)* Aksinin kabulü, temerrüdün borçlu bakımından yaptırımsız kalmasına yol açar. Gecikme tazminatı, temerrüt tarihinden aynen ifaya kadar geçen dönem içindeki zararları kapsar (...)”;

gecikme tazminatı, temerrüt faizi veya sözleşme cezası gibi, borca bağlı, yani fer'i hak olma özelliği göstermez¹¹³⁶. Örneğin, bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde, borçlu bina inşa etme borcunu kısım kısım yerine getirmiş ve alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü son kısım teslim edilirken gecikme tazminatı talep etme hakkını saklı tutmamış olsa bile, yine de borçludan gecikme tazminatı talep edebilir. Öte yandan, güven ilkesi ışığında, alacaklının davranışları, sonraki gecikme tazminatından feragat beyanı şeklinde yorumlanmaya elverişliyse, istisnaen alacaklının borçluyu ibra ettiği sonucuna varılabilir¹¹³⁷.

Gecikme tazminatı, alacaklının aynen ifayı kabul edeceğini varsaydığı için, aynen ifa talep edilebildiği süre boyunca istenebilir¹¹³⁸. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı çerçevesinde (TBK m. 112) veya aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmininin talep edilmesi durumunda (TBK m. 125 f. II) ayrıca gecikme tazminatı istenemez. Öte yandan, ifa imkânsızlığının borçlu temerrüdünden sonra gerçekleşmesi durumunda, imkânsızlığa kadar geçen süre bakımından gecikme tazminatı talep edilebilir¹¹³⁹. Keza, TBK m. 125 f. II uyarınca hesaplanan, alacaklının olumlu ifa menfaatine, gecikmeden kaynaklanan zararların tazmini de dâhildir¹¹⁴⁰.

2. Tazminatın Temel Şartları

Alacaklının gecikme tazminatı talep edebilmesi için tazminatın temel şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, zarar, borca aykırı davranış, uygun nedensellik bağı ve kusur unsurlarıdır. Gecikme tazminatında **borca aykırı davranış**, borçlunun temerrüde düşmüş olmasını ifade eder. Başka bir deyişle, gecikme tazminatı talep edebilmek için, borçlunun herhangi bir şekilde, borçlu temerrüdüne düşmüş olması

23. HD, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015 (Lexpera): “(...) *gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için eseri teslim alınırken, sözleşmede aksi bir düzenleme yok ise, ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur. İfaya ekli cezai şart istenebilmesi için inşaatın yüklenici tarafından davacı arsa sahibine süresinde teslim edilmemiş olması gerekir. Teslimden sonra bu cezanın istenebilmesi, sözleşmede ihtirazi kayda gerek olmaksızın cezai şart istenebileceğine dair bir hüküm bulunmadıkça teslimin ihtirazi kayıtlı yapılmasına bağlıdır. Açık feragat veya ifayı çekincesiz kabul halinde cezai şart isteme hakkı düşer (...)*”.

¹¹³⁶ **Öz**, İnşaat, s. 155; **Demirsatan**, Sona Erme, s. 162; **Yargıtay 23. HD**, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015 (Lexpera): “(...) *gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir (...)*”.

¹¹³⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 12; **Öz**, İnşaat, s. 155.

¹¹³⁸ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 103 OR N 2; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 12; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1589.

¹¹³⁹ **Müller**, s. 58; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1589; **KanM (Basel)**, BJM 1957, s. 154. İfa imkânsızlığı borçlu temerrüdüne engel olur veya onu ortadan kaldırır. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2658.

¹¹⁴⁰ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1589. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.2/I/B/1**, “*Borcun İfasının Mümkün Olması*” isimli başlık.

şarttır¹¹⁴¹. Keza, borca aykırı davranış ile zarar arasında **uygun nedensellik bağının bulunması**, yani, zararın, hayatın olağan akışına ve genel yaşam tecrübelerine göre, borçlunun temerrüde düşerek ifada gecikmesi neticesinde meydana gelmesi gerekir¹¹⁴². Borçlu temerrüdü ile uygun bir neden sonuç ilişkisi içinde bulunmayan zarar kalemleri, gecikme tazminatı kapsamında talep edilemez. Nitekim, TBK m. 118 hükmünde, kanun koyucu “*borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı*” gidermeyi hedef tutar. Ayrıca, borçlunun gecikmede kusurlu olması, daha isabetli bir ifadeyle, TBK m. 112 ve m. 122 hükümlerine uygun şekilde, **kusuru olmadığını ispat edememesi** gerekir. Bu açıdan gecikme tazminatı, borçlu temerrüdünün kusura bağlı bir sonucudur¹¹⁴³.

Gecikme tazminatı için, alacaklının gecikme nedeniyle zarara uğramış olması gerekir. Gecikme tazminatı yoluyla giderilecek olan zarar bir tür **olumlu (müspet) zarardır**¹¹⁴⁴. Fark teorisine (*Differenzlehre / Differenzhypothese*) uygun olarak, temerrüt neticesinde uğranılan zarar, borç zamanında ifa edilse idi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum ile borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aldığı mevcut durum arasındaki farka göre hesaplanır¹¹⁴⁵. Gecikme sebebiyle uğranılan zarar, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması biçiminde gerçekleşen **fiili zarar (damnum emergens)** şeklinde meydana gelebileceği gibi, malvarlığının aktifinin artma veya pasifinin azalma ihtimalini kaybetmesi biçiminde gerçekleşen **yoksun kalınan kâr (lucrum cessans)** şeklinde de

¹¹⁴¹ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 39; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583.

¹¹⁴² BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 40; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; CHK-Furrer/Wey, Art. 103 OR N 18; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 5; Koller, AT, N 55.61; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2670; Guggenheim, Contrats II, s. 192.

¹¹⁴³ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 41; von Tuhr/Escher, § 73, s. 143; Koller, AT, N 55.58; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2671; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.02; von Büren, AT, s. 368; Bucher, AT, s. 361; Chavanne, N 131, 133; Ramoni, N 26; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1587.

¹¹⁴⁴ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 103 OR N 2; Engel, Obligations, s. 691; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2672; Guggenheim, Contrats II, s. 192; Huguenin, N 942; Bucher, AT, s. 360; Schenker, Schuldnerverzug, N 266; Schmid, s. 16; Ramoni, N 24; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; Demirsatan, Sona Erme, s. 162; İsvFM, ATF 123 III 241; ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321: “(...) Gecikme tazminatı, alacaklının ifayı zamanında almaktaki olumlu menfaati nazara alınarak hesaplanır (...)” (Karar için ayrıca bkz. Merz, ZBJV 1992, s. 209 vd.); KanM (Valais), RVJ 1997, s. 192 vd. Kısmen bu görüşte bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 15.

¹¹⁴⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 144; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Becker, Art. 103 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 15; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 5; CHK-Furrer/Wey, Art. 103 OR N 8; Bucher, AT, s. 360-361; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2674; Schenker, Schuldnerverzug, N 255; Schenker, Schadensberechnung, s. 31; Ramoni, N 24; Wiegand, recht 1983, s. 123; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 482; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; İsvFM, ATF 123 III 241: “(...) Alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararı olumlu zarara karşılık gelir ve malvarlığının mevcut durumu ile borçlu borcunu zamanında yerine getirmiş olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farktan oluşur (...)”; ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321.

meydana gelebilir¹¹⁴⁶. Borçlu, alacaklının gecikmeden kaynaklanan bütün zararlarını gidermekle yükümlüdür¹¹⁴⁷. Gecikme tazminatını gerektiren zarar kalemleri üç başlık altında sınıflandırılabilir:

- a) **Edimin değerinin düşmesi:** Malın ifa edilmeyen kısmının değerinin düşmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarar, gecikme nedeniyle meydana gelen zarar kapsamında sayılabilir¹¹⁴⁸. Söz konusu zarar, fiili zarar (*damnum emergens*) kapsamında değerlendirilir. Örneğin, malın tekrar satmak için alınmış olması durumunda temerrüt süresince malın piyasa fiyatının düşmesi¹¹⁴⁹ veya döviz kurunun düşmesi nedeniyle alacaklı nezdinde yabancı para birimiyle yapılacak olan ödemedenden kaynaklanan bir zarar doğması¹¹⁵⁰ böyledir.
- b) **Yoksun kalınan kâr ve fayda:** Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kapsamında, alacaklının geciken ifa sebebiyle kâr elde edememesi ve ifa edilmeyen kısımdan temerrüt süresi boyunca yararlanma imkânından mahrum kalması hâli zikredilebilir¹¹⁵¹. Örneğin, bir taksinin zamanında tamir edilmemesi nedeniyle şoförünün uğradığı zarar¹¹⁵², bir makinenin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle meydana gelen üretim kısıtlamaları ve kâr kaybı¹¹⁵³,

¹¹⁴⁶ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 15; CHK-Furrer/Wey, Art. 103 OR N 8; Engel, Obligations, s. 691; Zimmermann, Obligations, s. 56; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; İsvFM, SJ 1993, 322; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321: “(...) Gecikme sebebiyle uğranılan zarar hem kazanç kaybını (*lucrum cessans*) hem de malvarlığında fiili bir azalmayı (*damnum emergens*) içerir (...)” (Karar için ayrıca bkz. Merz, ZBJV 1992, s. 209 vd.); KanM (Valais), RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39.

¹¹⁴⁷ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schönle, Intérêts moratoire, s. 661; KanM (Basel), BJM 1957, s. 154.

¹¹⁴⁸ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 18; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6; BK-Becker, Art. 103 OR N 15; von Tuhr/Escher, § 73, s. 145; Engel, Obligations, s. 692; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2672; Schenker, Schuldnerverzug, N 279; Koller, AT, N 54.71; von Büren, AT, s. 368; Schenker, Schadensberechnung, s. 31; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583.

¹¹⁴⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Engel, Obligations, s. 692; Schenker, Schuldnerverzug, N 279. Malın tekrar satılmak üzere alınmış olması durumunda, zararın hesaplanmasında kullanılacak olan farazi satış değeri, kural olarak somut bir şekilde belirlenir. Alacaklının somut deliller sunamaması ihtimalinde, TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) uyarınca hâkim tarafından taktir yetkisi kullanılarak tespit edilir. Şayet satılan borsaya kayıtlıysa veya piyasa değeri varsa zararın soyut bir biçimde hesaplanması mümkündür. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 19; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 6.

¹¹⁵⁰ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 20; Koller, AT, N 54.71; Schenker, Schuldnerverzug, N 282; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1588.

¹¹⁵¹ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6; BK-Becker, Art. 103 OR N 14; Engel, Obligations, s. 692; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2672; Bucher, AT, s. 360 dn. 125; von Büren, AT, s. 369; Keller/Schöbi, s. 269; Esser/Schmidt, § 28 I/2; KanM (Valais), RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39.

¹¹⁵² CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 32; Esser/Schmidt, § 28 I, dn. 68; Koller, AT, N 55.59; Schenker, Schuldnerverzug, N 274.

¹¹⁵³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 32; Gauch, Werkvertrag, N 665; von Büren, AT, s. 369.

alacaklının müşteri kaybetmesi¹¹⁵⁴, bağımsız bölümün geç teslim edilmesi nedeniyle alıcının veya iş sahibinin kira kaybına uğraması¹¹⁵⁵, edimin konusunu oluşturan malın tekrar satışından elde edilecek kârın düşmesi¹¹⁵⁶ veya alacaklının temerrüt faizinden daha avantajlı bir oranda parasını değerlendirme imkânını yitirmesi¹¹⁵⁷, yoksun kalınan kâr kapsamına girer. Keza, yalnızca yoksun kalınan kâr değil, edim zamanında ifa edilmiş olsa idi, alacaklının elde edeceği her türlü fayda, gecikme tazminatı kapsamında talep edilebilir¹¹⁵⁸. Yoksun kalınan kâr ve faydanın ispatında somut deliller ileri sürülemediğinde, zararın TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) uyarınca hâkim tarafından takdir yetkisi kullanılarak soyut bir biçimde tespit edilmesi önem taşır¹¹⁵⁹.

- c) **Gecikme nedeniyle yapılan masraf ve harcamalar:** Borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklının yaptığı masraf ve harcamalar gecikme tazminatı kapsamına girer¹¹⁶⁰. Bu tür zarar kalemleri, fiili zarar (*damnum emergens*) olarak nitelendirilir. Gecikme nedeniyle yapılan masraf ve harcamaları, dört grupta toplamak mümkündür.

İlk olarak, alacaklının gecikmiş ifayı elde etmek için yaptığı **ek masraflar** veya ifanın sonradan kabulü için yapılan fazladan giderler, gecikme tazminatı kapsamında tazmin edilebilir¹¹⁶¹. Söz konusu masraflar arasında, alacaklının alacağına kavuşması için yaptığı, avukatla temsil giderleri gibi yargılama ve hukuki takip masrafları sayılabilir¹¹⁶². Ayrıca, ek seyahat masrafları da bu

¹¹⁵⁴ von Büren, AT, s. 369; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 32.

¹¹⁵⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 32; Gauch, Werkvertrag, N 665; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583.

¹¹⁵⁶ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 32; Engel, Obligations, s. 692; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583.

¹¹⁵⁷ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5.

¹¹⁵⁸ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 3; von Tuhr/Escher, § 73, s. 144; Engel, Obligations, s. 692; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2672; Bucher, AT, s. 360 dn. 125; Schenker, Schuldnerverzug, N 275; Guhl/Koller, § 32 N 9.

¹¹⁵⁹ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 35; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 6; Schenker, Schuldnerverzug, N 277; İsvFM, ATF 132 III 379; ATF 131 III 360; ATF 122 III 219; ATF 105 II 87 = JdT 1980 I 17; ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80; ATF 95 II 481. Ayrıca bkz. BK-Brehm, Art. 42 OR N 46 vd.; Sidler, s. 335 vd. Zararın soyut biçimde hesaplanması konusunda bkz. aşağıda, B.3/III/B/4/d/iii, “Soyut (Objektif) Yöntem” isimli başlık.

¹¹⁶⁰ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 21 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583.

¹¹⁶¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 4; Ramoni, N 25.

¹¹⁶² MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2672; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Schenker, Schuldnerverzug, N 294; Emmerich, § 17 N 12-13; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003: “(...) Dava masrafları, usul hukuku kapsamında zarar

kapsamdadır¹¹⁶³. Söz konusu masrafların tazmin edilebilmesi için, zararı artırmama külfeti çerçevesinde, zararın makul (*elverişli*) ve gerekli bulunması şarttır¹¹⁶⁴. Ayrıca, zararın usul hukuku kapsamında karşılanmamış olması¹¹⁶⁵ ve nedensellik bağı kapsamında borçlu temerrüde düştükten sonra gerçekleşmesi gerekir¹¹⁶⁶. Öte yandan, alacaklının ifaya kavuşmak için yaptığı ihtar ve ihbar masrafları gecikme tazminatı kapsamına dâhil olsa da, borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan temerrüt ihtar masrafları, alacaklı tarafından karşılanır ve gecikmeden doğan zarar kapsamına girmez¹¹⁶⁷.

İkinci olarak, alacaklının temerrüt boyunca doğrudan kendi menfaatlerini korumak veya zararın artmasını önlemek amacıyla aldığı **uygun önlemler** (*köprüleme önlemleri*¹¹⁶⁸) gecikmeden kaynaklanan zarar kapsamında tazmin edilebilir¹¹⁶⁹. Borçlunun temerrüde düştüğü edimi ikame etmek için yapılan masraflar veya ikame mal temini bu kapsama girer¹¹⁷⁰. Alıcının veya iş sahibinin bir bağımsız bölümün zamanında teslim edilmemesi nedeniyle başka bir bağımsız bölüm kiralaması¹¹⁷¹ veya teslim edilmeyen makinenin yerine geçici

gören tarafa hâlihazırda geri ödenmediği sürece, gecikmeden kaynaklanan zararın bir parçasını oluşturur (...)”.

¹¹⁶³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schenker, Schuldnerverzug, N 291.

¹¹⁶⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 23; BK-Becker, Art. 103 OR N 13; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Koller, AT, N 55.60; Emmerich, § 17 N 12-13; Gauch, recht 1994, s. 191-192; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Schenker, Schuldnerverzug, N 294; İsvFM, ATF 117 II 101 = Pra 1991, s. 736; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003: “(...) Yürürlükteki usul hukukuna tabi olmayan dava öncesi yargılama masraflarının geri ödenmesi de, ilgili masrafların alacaklının taleplerini yerine getirmek için gerekli ve makul olmasını gerektirir (...)”. Söz konusu gereklilik belirlenirken, geçmişe dönül bir biçimde (*ex ante*), alacaklının konumunda bulunan, aynı ekonomik bakış açısıyla hareket eden makul bir kişinin davranışı model alınır. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181.

¹¹⁶⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 23; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Emmerich, § 17 N 12-13; Schenker, Schuldnerverzug, N 294; Koller, AT, N 55.60; İsvFM, ATF 117 II 394; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003. Yine de konu tartışmalıdır. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181.

¹¹⁶⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 182; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003: “(...) Yargılama giderlerinin geri ödenmesi için borçlunun İsvBK m. 102 anlamında ifada temerrüde düşmüş olması ve ifa etmeme konusunda kusurlu olması gerekir (...)”

¹¹⁶⁷ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6a; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 4-5; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Schenker, Schuldnerverzug, N 258; Spahr, RVJ 1990, s. 360.

¹¹⁶⁸ Bu tür önlemler “*köprüleme önlemleri* (*Überbrückungsmassnahmen*)” olarak anılmaktadır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 26. Baypas olarak da ifade edilen **köprüleme** vücudun bir yerinden alınan damarı, tıkanmış damarın yerine koymak suretiyle yapılan tedavi şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Bkz. TDK, Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr>).

¹¹⁶⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 26; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schenker, Schuldnerverzug, N 295.

¹¹⁷⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 144; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Engel, Obligations, s. 691. Borçlu teslim edilmeyen edim konusu yerine, ihtiyacı varsa yenisini alabilir ve satın alma masraflarını talep edebilir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 144, dn. 9.

¹¹⁷¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 27; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Soergel-Benicke/Nalbantis, BGB § 286 N 213; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 191; Koller, AT, N 55.59;

olarak ikame bir makine temin edilmesi¹¹⁷² bu duruma örnek gösterilebilir. Borçlu ödeme yapana kadar kredi çekilmesi veya borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen finansman açığının başka kredilerle kapatılması aynı şekilde değerlendirilir¹¹⁷³. Alacaklının zararı artırmama külfeti çerçevesinde çeşitli tedbirlere başvurusu (TBK m. 114 f. II atfıyla TBK m. 52 f. I), gecikmeden doğan zarar kapsamına girer¹¹⁷⁴.

Üçüncü olarak, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle, alacaklı, üçüncü bir kişiye tazminat veya sözleşme cezası ödemek zorunda kalırsa, alacaklının üçüncü kişiye ödemiş olduğu meblağ, yani **sorumluluk menfaati** (*Haftungsinteresse*) gecikme tazminatı çerçevesinde tazmin edilir¹¹⁷⁵. Özellikle bir malın satın alındıktan hemen sonra kâr elde etmek amacıyla tekrar satıldığı arka arkaya satışlarda, yani “*back-to-back*” işlemlerde, gecikme bu tür zararlara sebebiyet verir.

Son olarak, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle, alacaklının daha pahalı hâle gelen bir edimi, borçlu yerine üçüncü kişiden daha pahalıya temin etmesi durumunda, bu süre boyunca meydana gelen **maliyet artışı**, gecikmeden doğan zarar kapsamına girer¹¹⁷⁶. Söz konusu maliyet artışı, özellikle klasik eser sözleşmeleriyle inşaat sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelir¹¹⁷⁷. Bu bahis kapsamında tazmini gereken giderler, yalnızca enflasyona bağlı olarak meydana

Chavanne, N 144; Esser/Schmidt, § 28 I/2.

¹¹⁷² BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 27; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 4; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Engel, Obligations, s. 691; Schenker, Schuldnerverzug, N 295.

¹¹⁷³ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 27; Koller, AT, N 55.59; Schönle, Intérêts moratoire, s. 661; KanM (Valais), RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39.

¹¹⁷⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 28; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Schenker, Schuldnerverzug, N 267, 298; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321.

¹¹⁷⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 144; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 29; BK-Becker, Art. 103 OR N 13; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 6; Engel, Obligations, s. 691; Guhl/Koller, § 32 N 9; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2673; Keller/Schöbi, s. 269; Ramoni, N 25; Gauch, Werkvertrag, N 665; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.03; Chavanne, N 144; Schenker, Schuldnerverzug, N 286; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321: “(...) Doktrin ve içtihadı göre, olumlu zararın bu son unsuru özel bir kaybı da içerir. Bu, ifa etmeme nedeniyle üçüncü şahıslara karşı kendi taahhütlerini yerine getirmesi (veya zamanında yerine getirmesi) engellenen ve bunun sonucunda onlara tazminat veya sözleşme cezası ödemekle yükümlü olan alacaklının uğradığı zarardır (...)”.

¹¹⁷⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 24; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 211 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 287-288.

¹¹⁷⁷ Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 211 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 24. Şayet alacaklı, sözleşme uyarınca gecikme nedeniyle borçluya daha fazla ödeme yapmak zorundaysa, kendi borcuyla, borçlunun kusurundan ileri gelen gecikme tazminatını takas edebilir. Bkz. Gauch, Werkvertrag, N 665a; Schenker, Baurechtstagung, s. 81.

gelen masraflar değil, alacaklının fiilen yaptığı masraflardır¹¹⁷⁸. Depolama masrafları gibi, alacaklının, borç ifa edilene kadar kendi edimini elde tutmak için yaptığı masraflar, birer maliyet kalemi olarak gecikme tazminatı çerçevesinde tazmin edilebilir¹¹⁷⁹.

3. Kısmi Temerrüt Açısından Gecikme Tazminatı

a. Kısmi Temerrütte Gecikmeden Kaynaklanan Zararlar

Genel borçlu temerrüdü rejimi açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde de alacaklı gecikme tazminatı talep etme hakkına sahiptir¹¹⁸⁰. Öte yandan, genel borçlu temerrüdünden farklı olarak, kısmi temerrüt hâlinde borçlu temerrüdünün sonuçları yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşeceği için¹¹⁸¹, gecikme tazminatı da ancak temerrüde düşülen ve ifa edilmeyen kısım bakımından söz konusu olur¹¹⁸². Bu durum, kısmi ifa engellerine bağlanan temel sonucun tekrarından ibarettir. Örneğin, satın alınan ve kısmen teslim edilmeyen bir malın değerinin düşmesi durumunda alacaklının kaybı, ifa edilmeyen kısım nazara alınarak belirlenir. Keza, birden fazla bağımsız bölümün tesliminin borçlanıldığı bir inşaat sözleşmesinde iş sahibinin kira kaybı, teslim edilmeyen bağımsız bölümler nazara alınarak hesaplanır. Benzer şekilde iki makineden birinin teslim edilmesi durumunda işletmenin uğradığı kira kaybı, yalnızca teslim edilmeyen makine çerçevesinde tespit edilir. Alacaklının eksik kısım yerine, daha pahalıya mal tedarik etmesi de kısmen hesaplanan gecikme tazminatına örnektir.

Her ne kadar, kısmi temerrütte kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının yalnızca ifa edilmeyen kısımla sınırlandırması yönünde olsa da, bazı durumlarda, edim

¹¹⁷⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 24; Schenker, Schuldnerverzug, N 288.

¹¹⁷⁹ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; KanM (Basel), SJZ 1988, s. 420. Karara konu olayda, bir otomobil tamircisinin, tamir ücreti ödenene kadar aracı hapis hakkı çerçevesinde elde tutmasının yol açtığı masrafların talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. KanM (Basel), SJZ 1988, s. 420.

¹¹⁸⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Ergül, s. 163 vd.

¹¹⁸¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹¹⁸² von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Schenker, Schuldnerverzug, N 766; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738. Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61: “(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısımla sınırlı tutulmuştur (...)”.

konusunun bir bölümünün ifa edilmemiş olması, ifa edilmiş olan kısmı da içine alarak, kısmen değil tamamen zarara sebebiyet verir. Bu tür durumlarda, zararı bölümsel ve kısmi olarak hesap etmek mümkün değildir. Kanımızca, kısmi temerrütte gecikmeden kaynaklanan zararın ifa edilmeyen kısım ile sınırlı olmaksızın hesap edildiği hâller, iki başlık altında incelenebilir:

- i. **Zararın niteliğinden kaynaklanan sebepler:** Gecikme tazminatı çerçevesinde talep edilen bazı zararların, niteliği gereği yalnızca borcun ifa edilmemiş olan kısmına hasredilebilmesi mümkün olmaz. Esasen böyle hâllerde zarar, edimin nicelik bakımından eksik ifa edilmiş olmasıyla ilgilenmeksizin, doğrudan doğruya borca aykırılık sebebiyle gerçekleşir. Örneğin, alacaklının ifa edilmemiş olan borç bakiyesinin ifası için yaptığı seyahat giderleri ve bu kısmın ifası için borçluya gönderdiği ihbar masrafları böyledir. Keza, avukat ve takip gideri gibi masrafların, doğrudan edimin niceliğiyle orantılı olduğu söylenemez¹¹⁸³.
- ii. **İfa edilmeyen edimin niteliğinden kaynaklanan sebepler:** Bazı durumlarda, borcun ifa edilmemiş olan kısmının, nicelik bakımından değil, nitelik bakımından ihtiva ettiği önem sebebiyle, gecikme tazminatını oluşturan zarar kalemlerinin, yalnızca ifa edilmemiş olan kısım ile sınırlı kalması mümkün olmaz. Gerçekten de bazı durumlarda, borcun ifa edilmemiş olan kısmı, alacaklının borcun ifa edilmiş olan kısmından tam anlamıyla yararlanmasına engel olur. Böyle hâllerde, gecikme tazminatı, edimin bir kısmı değil, sanki tamamı ifa edilmemiş gibi hesap edilir. Örneğin, iki makine satışında, teslim edilmiş olan makinenin faaliyete geçmesi, diğerinin de teslim edilmesini gerektiriyorsa, gecikmeden doğan zarar, sanki edimin tamamı geç ifa edilmiş gibi belirlenir. Keza, makinenin montajının yapılmamış olması veya kullanım kılavuzunun verilmemesi gibi hâllerde, alacaklı, edimden yararlanma imkânından tamamen yoksun kalır. Üçüncü kişiye mal tedarik etme borcu altında olan alacaklı, borcun bir kısmının ifa edilmemesi ve üçüncü kişinin kısmi ifayı reddetmesi nedeniyle, tedarik borcunu tamamen yerine getiremiyorsa, yine zararın eksik kısım ile sınırlı tutulması mümkün değildir. Ambalaj yükümlülüğünün bir yan edim borcu olarak yer aldığı satış sözleşmelerinde,

¹¹⁸³ Her ne kadar tecrübe kuralları çerçevesinde alacağın kapsam ve mahiyeti arttıkça avukatla temsil ücreti artış gösterecekse de, avukat giderlerinin alacağın niceliğiyle doğru orantılı bir masraf kalemi olduğu söylenemez.

ambalajın eksik ifa edilmesi sebebiyle malın satılamıyor olması da zararın bütüncül olarak hesaplanmasını gerektiren başka bir örnektir.

b. Kısmi Temerrütte Zararı Artırmama Külfeti

Borcun bir kısmının ifa edilip diğer kısmının ifa edilmediği durumlarda, **zararı artırmama külfeti**¹¹⁸⁴ ayrı bir önem taşır. Zira, klasik temerrüt rejiminden farklı olarak, kısmi temerrütte alacaklı kısmen de olsa tatmin edilmiştir; ancak, borcun ifa edilmemiş olan kısmı, sanki borcun tamamı ifa edilmemiş gibi bir tehlike yaratır. Bu tehlike ise, borcun ifa edilmemiş olan kısmının, ifa edilmiş kısmı da içine alır şekilde alacaklı nezdinde büyük bir zarara sebebiyet vermesi riskidir. Zararı artırmama külfeti ise, zarar verici bir olayın vuku bulması ihtimalinde, alacaklıya zararın artmasına engel olacak makul tedbirler alma veya zararı artıracak eylemlerden kaçınma ödevi yükler¹¹⁸⁵. Bu ödevde aykırı davranıldığı nispette alacaklının tazmin alacağının kapsamı daralır¹¹⁸⁶. Kısmi temerrüt hâlinde, alacaklı, zararı artırmama külfeti kapsamında, gereksiz masraflardan kaçınmalı ve zararın artmasına engel olacak makul tedbirler almalıdır. Elbette, zararı artırmama külfeti kapsamında, zarara engel olacak tedbirin, makul ve alacaklıdan beklenebilir olması şarttır¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Zararı artırmama külfeti (veya bazı yazarların tercih ettiği şekliyle zararı azaltma külfeti) konusunda detaylı bilgi için bkz. CR-**Werro/Perritaz**, art. 44 CO N 25 vd.; BSK-**Kessler**, Art. 44 OR N 13; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 16.16; **Achtari**, N 33 vd.; **Gilliéron**, N 275 vd.; **Weber**, Schadenminderung, s. 137 vd.; **Pichonnaz**, Devoir, s. 109 vd.; **Altınok Ormancı**, s. 7 vd.; **Kurt**, s. 776 vd.

¹¹⁸⁵ **Achtari**, N 129-130; **Altınok Ormancı**, s. 73 vd.; **Kurt**, s. 783; **Yargıtay 6. HD**, E. 2013/16620, K. 2014/2855, T. 11.3.2014 (Lexpera): “(...) Bahse konu tazminatı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin bir sonucu olup müspet zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davacının talepleri bu çerçevede irdelenmelidir. Ancak borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle talep edilecek tazminat tutarı belirlenirken TBK’nun 52/1.maddesi hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda zarar gören tarafın zararın artmaması bakımından gerekli tedbiri alması gerekecektir (...)”; **Yargıtay 6. HD**, E. 2013/13511, K. 2014/4539, T. 8.4.2014 (Lexpera); **Yargıtay 6. HD**, E. 2015/2187, K. 2015/11456, T. 24.12.2015 (Lexpera); **Yargıtay 6. HD**, E. 2016/3076, K. 2016/5461, T. 27.9.2016 (Lexpera): “(...) TBK’nun 114/2 maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacaktır. Bu nedenle davalının kira sözleşmesine aykırı davranmasıyla oluşan sorumlulukta tazminattan indirim yapılmasını düzenleyen TBK’nun 52.maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda zarar gören tarafın zararın artmaması bakımından gerekli tedbiri alması gerekecektir. Bunun sonucu olarak davacı kiracı, faaliyetini devam ettirebileceği yeni araç bulma konusunda gerekli çabayı göstermek zorundadır (...)”.

¹¹⁸⁶ İsviçre-Türk Hukuku’nda zararı artırmama külfetinin, tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak mı değerlendirileceği veya zararın kapsamını daraltan bir unsur olarak mı ele alınacağı ya da nedensellik bağı mı keseceği tartışmalıdır. Tartışma için bkz. CR-**Werro/Perritaz**, art. 44 CO N 26; **Pichonnaz**, Devoir, s. 120; **Altınok Ormancı**, s. 109 vd.

Zararı artırmama ödevi, bir yükümlülük veya borç değil, külfet (*Obliegenheit* / *incombance*) olarak nitelendirilir. Bkz. CR-**Werro/Perritaz**, art. 44 CO N 25; BSK-**Kessler**, Art. 44 OR N 13; **Pichonnaz**, Devoir, s. 120; **Achtari**, N 163; **Weber**, Schadenminderung, s. 137; **Gilliéron**, N 276; **Altınok Ormancı**, s. 17-18; **İsvFM**, ATF 117 II 156 = JdT 1992 I 317; ATF 115 II 88; ATF 115 II 474.

¹¹⁸⁷ **Pichonnaz**, Devoir, s. 111; **Weber**, Schadenminderung, s. 140; **Altınok Ormancı**, s. 73 vd.; **Kurt**, s. 780-781.

Örneğin, üçüncü kişiye mal tedarik etme borcu altında olan alacaklı, borcun bir kısmının ifa edilmemesi ve üçüncü kişinin kısmi ifayı reddetmesi nedeniyle, tedarik borcunu tamamen yerine getiremiyorsa, sanki borcun tamamı ifa edilmemiş gibi, gecikme tazminatı talep edebilir. Öte yandan, alacaklının, dürüstlük kuralı uyarınca, aynı cins ve aynı kalitede malı temin etmesi kendinden beklenebiliyorsa, zararı artırmama külfeti kapsamında eksik olan kısmı üçüncü kişilerden edinerek, **ikame edim** sağlaması gerekir. Aksi hâlde, zararı artırmama külfeti çerçevesinde, alacaklının, yalnızca üçüncü kişilerden eksik olan kısmı tamamlayabileceği süreyle orantılı olarak, yükümlülüklerini yerine getirmemesinden doğan tazminat ve sözleşme cezasını, borçludan talep edebilmesine izin verilir. Zarar görenin, ifa edilmeyen kısmı, üçüncü kişiden temin ederek borca aykırılığın etkilerini azaltması, yani ikame edim temini - makul bulunduğu nispette- zararı artırmama külfetinin gereğidir¹¹⁸⁸.

D. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk

1. Genel Olarak

Genel borçlu temerrüdünün diğer sonucu, beklenmedik hâlden sorumluluktur. TBK m. 119 f. I (İsvBK m. 103 f. II) uyarınca temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Beklenmedik hâlden sorumluluk rejimi uyarınca, borç ilişkisinin etkileri genişletilmiş; gecikme sonucunda meydana gelen zararlardan sorumlu olan borçlu, ayrıca, gecikme sırasında meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulmuştur¹¹⁸⁹.

Kanun koyucu, TBK m. 119 hükmüyle, temerrüde düşen borçluyu, borca aykırı davranışının beklenmeyen sonuçlarından ve borçlu temerrüdünden sonra meydana gelen ifa imkânsızlığından sorumlu tutmak istemektedir¹¹⁹⁰. Başka bir deyişle, borçlu temerrüde düştükten sonra edimin konusu imkânsız hâle gelse bile, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı hükümleri uygulanır. Böylece, kanun koyucu, borçlu temerrüdünden sonra, edim hasarını borçlunun sırtına yüklemiş; taraflara atfedilemeyecek bir sebeple edimin yok olması ve kötüleşmesi riskine, borçlunun katlanacağını öngörmüştür¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Aynı yönde bkz. Altınok Ormanlı, s. 95; Kurt, s. 794.

¹¹⁸⁹ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 9; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 8 BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 45.

¹¹⁹⁰ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 52; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2679; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1590.

¹¹⁹¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 145; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 45-47; BK-Becker, Art. 103 OR N 8; Fischer/Luterbacher-

Beklenmedik hâlden sorumluluk rejimini ihdas eden TBK m. 119 hükmü, emredici değil, **düzenleyici hukuk kuralıdır**¹¹⁹². Bu nedenle, tarafların beklenmedik hâlden sorumluluk rejimini, borçlu lehine daraltması veya ortadan kaldırması mümkündür. Öyle ki, sorumsuzluk anlaşması bakımından TBK m. 115 ve m. 116 f. III hükmünde öngörülen sınırlamalar, beklenmedik hâlden sorumluluğun kaldırılması konusunda uygulanmaz¹¹⁹³. Zira, TBK m. 119 f. I hükmünde öngörülen beklenmedik hâlden sorumluluk rejimi, borçlunun kusursuz sorumluluğunu düzenlerken; TBK m. 115 ve m. 116 f. III hükümleri, borçlunun kusura dayanan sorumluluğuyla (*ağır veya bazı hâllerde hafif kusuruyla*) ilgilenir. Nitekim, uluslararası standart sözleşmelerde borçlunun beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten sorumluluğunun hariç tutulduğu yönündeki kayıtlara sıkça rastlanır¹¹⁹⁴.

2. Sorumluluğun Temel Şartları

Beklenmedik hâlden sorumluluğun doğabilmesi için, borçlu temerrüde düştükten sonra beklenmedik hâlin meydana gelmesi ve beklenmedik hâl sebebiyle alacaklının zarara uğraması gerekir. Ayrıca, beklenmedik hâl sebebiyle meydana gelen zararın, beklenmedik hâl ile uygun nedensellik bağı içinde olması şarttır. Son olarak, beklenmedik hâl nedeniyle borçlunun sorumluluğuna başvurulabilmesi için, TBK m. 119 f. II (İsvBK m. 103 f. II) uyarınca borçlu, kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

Beklenmedik hâl (*cas fortuit / Zufall*), gerçekleşmesinde alacaklının, borçlunun veya tarafların yararlandıkları yardımcı kişilerin (TBK m. 116; İsvBK m. 101) kusurlu olmadığı ve taraflara atfedilemeyen olaydır¹¹⁹⁵. Mevcut sözleşme ilişkisi çerçevesinde,

Giger, Art. 103 OR N 3; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 103 OR N 9; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2680; **Bucher**, AT, s. 361; **Keller/Schöbi**, s. 269; **Guggenheim**, Contrats II, s. 194; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1590; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 483.

¹¹⁹² **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 3; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 103 OR N 1; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 13; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 8; **Bucher**, AT, s. 360, dn. 125; **Engel**, Obligations, s. 695; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 326.

¹¹⁹³ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 8; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 326. Aksi görüşte bkz. **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 3; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 13. Aksi görüşe göre, bu durum, ağır kusurun yol açtığı sorumluluğu hariç tutmakla eşdeğer olacaktır, ki bu da tam olarak kanun koyucunun İsvBK m. 100 f. I (TBK m. 115 f. I) hükmüyle yasaklamayı amaçladığı şeydir. Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 3. Kanımızca, burada bir mantık hatası mevcuttur. Zira, beklenmedik hâlden bahsedebilmek için, zarara yol açan olayın borçlunun kusurundan ileri gelmemesi şarttır. Aksi hâlde beklenmedik hâlden bahsedilemez. Dolayısıyla, ağır kusurun yol açtığı sorumluluğun kaldırılması gibi bir durum söz konusu değildir.

¹¹⁹⁴ **Fontaine/De Ly**, s. 401 vd.; **Weber**, ZSR 1987, s. 418 vd.; **Marchand**, s. 205 vd.; **Schneider/Ehe**, N 6.60-6.61 vd.; **Böckstiegel**, s. 1 vd. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Fontaine/De Ly**, s. 401 vd.

¹¹⁹⁵ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 48; **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 7; **Staudinger-Feldmann**, BGB § 287 N 10; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 103 OR N 3; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 12; **Koller**, AT, N 54.04; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2679; **Keller/Schöbi**, s. 236; **Engel**, Obligations, s. 467-468; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.07; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 307; **Dal Molin-Kränzlin**, s. 403 vd.; **Rey/Wildhaber**, N 695; **Suter**, Zufall, s. 5-

doğal bir olay beklenmedik hâl şeklinde nitelendirilebileceği gibi, üçüncü kişinin fiili de bu kapsama girebilir. Kanun koyucu her ne kadar mütemerrit borçlunun beklenmedik hâlden sorumlu olduğunu belirtse de, İsviçre-Türk öğretisinde oybirliğiyle, beklenmedik hâlin yanında **mücbir sebep** (*höhere Gewalt / force majeure / vis maior*) neticesinde meydana gelen zararların da hükmün kapsamına dâhil olduğu isabetle kabul edilir¹¹⁹⁶. Hükmün kapsamına genişletici yorumla eklenen mücbir sebep, taraflarca önceden öngörülemeyen (*imprévisible*), harici (*extérieur*) ve kaçınılmaz bir güçle meydana gelen, olağanüstü (*extraordinaire*) bir olay şeklinde tanımlanabilir¹¹⁹⁷.

Borçlunun beklenmedik hâlden sorumlu tutulabilmesi için, temerrüt süresi boyunca, tarafların kusuru olmaksızın **ifanın imkânsız hâle gelmesi** veya **kötüleşmesi** şarttır¹¹⁹⁸. İfanın tamamen imkânsız hâle gelmesinin veya edimin tamamen hasara uğramasının yanı sıra, mütemerrit borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle edimin kötüleşmesinden veya ekonomik olarak değerinin azalmasından da sorumludur¹¹⁹⁹. Kısmi temerrüt rejimi açısından önem taşıyan diğer bir hâl, ifanın tamamen değil kısmen imkânsızlaşması hâlidir. Nitekim, borcun tamamının imkânsız

7; Locher, s. 40; İsvFM, 16.4.2007, 5C_219/2006.

¹¹⁹⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 9; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 48; BK-Becker, Art. 103 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 7; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 103 OR N 3; Koller, AT, N 54.86; Engel, Obligations, s. 690; Rey/Wildhaber, N 695; Deschenaux/Tercier, § 28 N 33; Schmid, s. 16; Decurtins, s. 29; Locher, s. 40; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1594; Ergül, s. 179; İsvFM, ATF 44 II 69 = SJ 1918 385; ATF 111 II 429. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Staudinger-Feldmann, BGB § 287 N 11. Beklenmedik hâl kavramının sözleşmeler hukukunda, haksız fiil hukukuna nazaran daha geniş bir anlamda kullanıldığı yönünde bkz. Rey/Wildhaber, N 695; Deschenaux/Tercier, § 28 N 33.

¹¹⁹⁷ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 48; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 7; Schneider/Ehe, N 6.60-6.61 vd.; Marchand, s. 205; İsvFM, ATF 111 II 429.

¹¹⁹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 51; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 10; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2679; Schwenger/Fountoulakis, N 66.07; Engel, Obligations, s. 690; Keller/Schöbi, s. 269; Bucher, AT, s. 361; Schenker, Schuldnerverzug, N 302; Vosser, s. 59, 62; Koller, AT, N 54.83.

¹¹⁹⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 145; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 9; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 7; BK-Becker, Art. 103 OR N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 53; MüKoBGB-Ernst, BGB § 287 N 1; Schenker, Schuldnerverzug, N 309; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2679; Vosser, s. 62; İsvFM, ATF 44 II 69 = SJ 1918 385.

İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, edimin kötüleşmesi veya ekonomik olarak değer kaybına uğraması hâlini, kısmi imkânsızlık olarak nitelendirmekte ve İsvBK m. 103 f. II (TBK m. 119) hükmünün uygulama alanını tam veya kısmi ifa imkânsızlığı şeklinde tarif etmektedir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 53; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 309. Oysa, edimin kötüleşmesi veya değerini kısmen kaybetmesi, nicelik bakımından edimin bir kısmının imkânsız hâle geldiği şeklinde değil, edimin ayıplı veya kötü ifa edildiği şeklinde yorumlanmalıdır. Böyle bir durumda, parça borcu söz konusu olsa dahi varılan sonuç değişmez. Öte yandan, beklenmedik hâl sebebiyle edimin kötü ifa edilmesi durumunda zarar, TBK m. 119 uyarınca kusursuz sorumluluk çerçevesinde tazmin edilir. Bu sonuca varmak için kısmi imkânsızlık rejimine dayanmak gerekmez. Beklenmedik hâlden sorumluluk rejiminin nitelik bakımından edimin kötüleşmesini kapsadığı yönünde bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 287 N 1.

hâle gelmesinden sorumlu olan borçlu, borcun tamamen değil, kısmen imkânsız hâle gelmesinden de sorumlu olur¹²⁰⁰. Başka bir deyişle, borçluya atfedilemeyen **kısmi ifa imkânsızlığı**, TBK m. 119 f. I hükmü kapsamına girer.

Kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹²⁰¹. Bu nedenle, kısmi temerrüt rejiminde beklenmedik hâlden sorumluluk, ancak temerrüde düşülen kısım bakımından söz konusu olur¹²⁰². O hâlde, TBK m. 119 uyarınca beklenmedik hâlden sorumluluk, borcun bir kısmının ifa edilmesi hâlinde, borcun ifa edilmiş olan kısmını etkilemez; yalnızca borcun kalan kısmı bakımından sonuç doğurur. Bu durumda, borçlu kısmi temerrüt hâlindeyken, ifa edilmemiş kısım bakımından beklenmedik hâlin gerçekleşmesi, kısmi ifa imkânsızlığına sebebiyet verir. TBK m. 119 f. I uyarınca, borçlu, meydana gelen kısmi ifa imkânsızlığından sorumludur.

Beklenmedik hâl, kurtuluş kanıtı getirilmedikçe, borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığına sebebiyet verdiği için, bu durumda borçlu temerrüdü değil, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı rejimi tatbik edilir. Beklenmedik hâlden sorumluluk kapsamında, alacaklının malvarlığı, beklenmedik hâl meydana gelmeseydi ve borç gereği gibi ifa edilseydi hangi durumda bulunacak idiyse, o farazi duruma getirilmeli ve beklenmedik hâl sebebiyle alacaklının uğradığı **olumlu zarar** tazmin edilmelidir¹²⁰³. Olumlu zarar hesap edilirken, alacaklı, kural olarak, mübadele (*değişim*) veya fark teorisi arasında seçme hakkına sahiptir¹²⁰⁴. Keza, alacaklının sözleşmeye güven menfaatinin ağır basması durumunda, ifa imkânsızlığı açısından olduğu gibi, sözleşmeden dönme hakkı yoluyla, alacaklıya olumsuz zararını talep etme imkânı da tanınmalıdır¹²⁰⁵.

¹²⁰⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 53; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 7; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 302, 309.

¹²⁰¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Gayretli Aydın, s. 33; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹²⁰² von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Ergül, s. 177 vd. Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹²⁰³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 55; Schenker, Schuldnerverzug, N 321.

¹²⁰⁴ Mübadele ve fark teorisi arasında alacaklının serbestçe seçme hakkını kullanabileceği yönünde bkz. aşağıda, B.3/III/B/5, “Alacaklının Seçim Hakkı” isimli başlık.

¹²⁰⁵ Kısmi ifa imkânsızlığı ve ifa imkânsızlığı hâlinde sözleşmeden dönme hakkı tanınması konusunda bkz. yukarıda, B.1/III/C/1/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar” isimli başlık.

Borçlunun beklenmedik hâlden sorumlu olması için, beklenmedik hâl ile meydana gelen zarar arasında **uygun nedensellik bağı** mevcut olmalıdır¹²⁰⁶. Örneğin, edimin imkânsız hâle gelmesinden veya kötüleşmesinden alacaklı sorumluysa, borçlunun sorumluluğuna sebebiyet verecek bir beklenmedik hâlin mevcut olmadığı sonucuna varılır¹²⁰⁷. Buna karşılık, borçlu temerrüdü ile beklenmedik hâl sebebiyle meydana gelen imkânsızlık arasında, bir uygun nedensellik bağının olması gerekmez¹²⁰⁸.

Beklenmedik hâlden sorumluluk, borçlu temerrütte kaldığı müddetçe, borçlu temerrüdünün sonucu olarak varlığını sürdürür¹²⁰⁹. Öte yandan, borçlu beklenmedik hâlden sorumlu olduğu zaman, yani ifa imkânsızlığı vuku bulduğunda, borçlu temerrüdü de sona erer¹²¹⁰. Buna karşılık, bazı def'i haklarının ileri sürülmesi, geçmişe etkili olarak, def'i hakkının doğduğu tarihten itibaren borçlu temerrüdüne engel olur veya borçlu temerrüdünü sona erdirir¹²¹¹. Def'i hakkının ileri sürülmesi, borçlu temerrüdünü geçmişe etkili olarak sona erdirse de; borçlunun, beklenmedik hâlden sorumluluğu doğduktan sonra, def'i hakkını ileri sürerek, bu sorumluluğu geçmişe etkili bir biçimde hükümden düşürmesi ve sorumluluktan kaçması mümkün değildir¹²¹².

3. Kurtuluş Kanıtı

TBK m. 119 hükmünde düzenlenen beklenmedik hâlden sorumluluk, esasen bir **kusursuz (objektif) sorumluluk** rejimi ihdas eder. Başka bir deyişle, borçlu, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Borçlunun zarar verici olayda kusurunun bulunup bulunmaması veya kusurun derecesi

¹²⁰⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 49, 56; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2680; Koller, AT, N 54.74; Schenker, Schuldnerverzug, N 308; Suter, Zufall, s. 73.

¹²⁰⁷ Staudinger-Feldmann, BGB § 287 N 10, 16; MüKoBGB-Ernst, BGB § 287 N 3; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 10; Keller/Schöbi, s. 269; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 103 OR N 3; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 49; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2679.

¹²⁰⁸ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 8; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 103 OR N 3; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 56; BK-Becker, Art. 103 OR N 9; Staudinger-Feldmann, BGB § 287 N 16; MüKoBGB-Ernst, BGB § 287 N 3; Dal Molin-Kränzlin, s. 411 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 308; Koller, AT, N 54.69.

¹²⁰⁹ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 54.

¹²¹⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 143; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 33; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 54; Koller, AT, N 54.14; Engel, Obligations, s. 690.

¹²¹¹ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 OR N 12; ZK-Schraner, Art. 82 OR N 194; Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 16; von Tuhr/Escher, § 72, s. 136; von Büren, AT, s. 366, dn. 2; Emmerich, § 16 N 11; Bucher, AT, s. 356; Schenker, Schuldnerverzug, N 246; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1114, 1505; Kaniti, s. 153-155; Kara, Zamanaşımı, s. 534. Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2, "Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkı" isimli başlık.

¹²¹² BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 54.

önem taşımaz¹²¹³. TBK m. 119 f. I hükmüyle, tesis edilen kusursuz sorumluluk rejiminden kurtulmak isteyen borçlu, TBK m. 119 f. II uyarınca iki farklı **kurtuluş kanıtı** (*preuves libératoires / Entlastungsbeweise*) getirme imkânına sahiptir. Borçlunun kurtuluş kanıtı getirmesi durumunda, borçlunun sorumlu olmadığı (*kusursuz*) ifa imkânsızlığı hükümleri uygulanır. Buna göre:

- a) **Temerrüde düşmekte kusurun bulunmaması:** İlk olarak, borçlu, TBK m. 119 f. II uyarınca, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. O hâlde, beklenmedik hâlden sorumluluk, borçlunun “*kusurlu*” temerrüdünün sonucudur¹²¹⁴. Borçlu, vade tarihinde ifayı sağlamak için, alacaklının kendisinden beklemekte haklı olduğu tüm özeni şahsen gösterdiğini kanıtlayarak, kusursuzluğunu ortaya koyabilir¹²¹⁵. Beklenmedik hâlin temerrütten veya vade tarihinden önce gerçekleşmesi, borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğu sonucuna götürebilir¹²¹⁶.
- b) **Nedensellik bağının bulunmaması:** İkinci olarak, borçlu, TBK m. 119 f. II uyarınca, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile, beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Nitekim, TBK m. 119 f. I, borçlunun ifada gecikmesi nedeniyle beklenmedik hâlin edime zarar verdiği faraziyesi üzerine kuruludur. Bu durumda, borçlunun kurtuluş kanıtı getirmesi, borçlunun ifada gecikmesi ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmadığını ispat etmesi anlamına gelir¹²¹⁷. Esasen söz konusu kurtuluş kanıtı, **alternatif hukuka uygun davranış** (*rechtmässiges Alternativverhalten*) savunmasının bir uygulama şeklidir¹²¹⁸. Buna göre,

¹²¹³ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1594. Borçlunun zarar verici olayda kusurunun bulunması ve derecesi kural olarak önem taşımazsa da, tazminatın belirlenmesinde munzam (*eklenen*) kusur olarak nazara alınabilir. Munzam kusur, borçlunun kurtuluş kanıtı getirmesine engel olur ya da tazminattan indirim sebeplerinin bulunması hâlinde tazminattan daha az indirim yapılmasını veya hiç indirim yapılmamasını gerektirir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt II, N 151, 466.

¹²¹⁴ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 103 OR N 11; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 59; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2678; Koller, AT, N 54.75; Dal Molin-Kränzlin, s. 409 vd.; Engel, Obligations, s. 690; Guggenheim, Contrats II, s. 193.

¹²¹⁵ CR-Thévenoz, art. 103 CO N 11.

¹²¹⁶ Borçlu, beklenmedik hâl yüzünden temerrüde düştüğünü ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1594.

¹²¹⁷ Tercier/Pichonnaz, N 1388; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1388. Kanun koyucu borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte beklenmeyen hâlin meydana gelmesi rizikosunu borçluya yüklemiştir. Şayet zararın yine de meydana gelebileceği söyleniyorsa, borçlu temerrüdü ile beklenmeyen hâl arasında bir risk ilişkisinin (*Risikozusammenhang*) bulunmadığı ve beklenmeyen hâlin gerçekleşmesi açısından, borçlu temerrüdünün olmazsa olmaz şart (*condictio sine qua non*) olmadığı sonucuna ulaşılır. Bkz. Dal Molin-Kränzlin, s. 417. Benzer yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 103 CO N 14.

¹²¹⁸ Dal Molin-Kränzlin, s. 417; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.07. Farazi nedensellik kavramıyla yakın ilişkili olan alternatif hukuka uygun davranış kapsamında, haksız fiil faili veya borca aykırı davranan borçlu, hukuka uygun bir davranışta bulunsaydı dahi yine de zararın meydana gelebileceğini

alacaklı, beklenmedik hâl sebebiyle, borcun zamanında ifa edilmesi durumuna nazaran daha iyi bir konumda bulunmamalıdır¹²¹⁹. Öte yandan, İsviçre-Türk öğretisinde, borçlunun kurtuluş kanıtı getirebilmesi için, imkânsızlığa fiilen neden olan aynı beklenmedik hâlin, farazi olarak alacaklıyı da etkilemiş olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır¹²²⁰. Alman öğretisinin etkisiyle (BGB § 287), öğretilde savunulan bir görüşe göre¹²²¹, borçlu, aynı beklenmedik olay olmasa bile, başka bir beklenmedik olay nedeniyle, zararın yine de meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu görüşe göre, farazi olayın, fiilen gerçekleşen beklenmedik hâlden sonra meydana gelmemesi gerekir¹²²². Buna karşılık, beklenmedik hâlde özdeşlik arayan aksi görüşe göre ise¹²²³, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, her iki beklenmedik hâlin aynı olay olması şarttır. Kanımızca, **beklenmedik hâlde özdeşlik arayan görüş** çerçevesinde, her iki olayın aynı olay olmasını aramak, hükmün hem lafzına¹²²⁴ hem de ruhuna daha uygundur. Zira, alacaklının hukuk sahasında gerçekleşen, farazi ve borç ilişkisine tamamen yabancı olan kazanın, borçlu temerrüdü ile

ispat ederek sorumluluktan kurtulmalıdır. Bkz. **Schwenzer/Fountoulakis**, N 21.07; **İsvFM**, ATF 131 III 115; **İsvFM**, 26.3.2009, 4A_61/2009 = ZBGR 2010, s. 312; 18.5.2005, 4C.45/2005 = Pra 2006, s. 211; 26.1.2015, 4D_67/2014: “(...) Genel olarak geçerli kabul edilen bir ilkeye göre, sorumlu olduğu varsayılan taraf, hukuka uygun alternatif bir davranışın, fiilen gerçekleşen hukuka aykırı davranışla aynı zarara neden olacağını kanıtlayabilirse, sorumluluk hükümleri uygulanmaz (...)”.

¹²¹⁹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 61; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 315; **Dal Molin-Kränzlin**, s. 417; **Suter**, Zufall, s. 72. Borçlu, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı dahi yine de meydana gelecek olan zararı tazmin etmek zorunda değildir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 61; **Suter**, Zufall, s. 72.

¹²²⁰ Söz konusu tartışma, günümüz doktrininin değil, Roma Hukuku’ndan Pandekt Hukuku’na tevarüs etmiş uzun bir tartışmanın ürünüdür. Bkz. **Dal Molin-Kränzlin**, s. 417-418, dn. 56.

¹²²¹ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 145, dn. 18; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 62; **von Büren**, AT, s. 370; **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 14; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 11; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 103 OR N 34; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 318-320; **Suter**, Zufall, s. 75. Alman Hukuku’nda bu yönde bkz. **Staudinger-Feldmann**, BGB § 287 N 20; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 287 N 4: “Zufallsidentität ist also entbehrlich (Beklenmedik hâl özdeşliği gereksizdir)”.

¹²²² **Staudinger-Feldmann**, BGB § 287 N 23; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 62; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 318-320.

¹²²³ **BK-Becker**, Art. 103 OR N 22; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 103 OR N 12; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 103 OR N 4; **Dal Molin-Kränzlin**, s. 418-419; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.07; **Koller**, AT, N 54.81; **Schmid**, s. 17; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 927-928; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1595; **Voser**, s. 60. Detaylı bir değerlendirme için bkz. **Dal Molin-Kränzlin**, s. 418 vd. Aksi görüşün Alman Hukuku’ndan etkilendiği yönünde bkz. **Koller**, AT, N 54.81

¹²²⁴ TBK m. 119 f. II ile İsvBK m. 103 f. II hükmünün lafzi yorumu beklenmedik hâlde özdeşlik arayan görüşe daha yakın durmaktadır. Bkz. **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 11; **Dal Molin-Kränzlin**, s. 418-419; **Koller**, AT, N 54.81. Nitekim, TBK m. 119 f. II hükmünde zikredilen beklenmedik hâlin herhangi bir beklenmedik hâl değil, TBK m. 119 f. I çerçevesinde ifade edilen beklenmedik hâl olduğu maddenin cümle dizilişine daha uygundur. Ayrıca, İsvBK m. 103 f. II hükmünün Almanca ve Fransızca metninde herhangi bir beklenmedik hâl anlamına gelen “*ein Zufall / un cas fortuit*” yerine, aynı beklenmedik hâl anlamını veren “*der Zufall / le cas fortuit*” ibaresi kullanılmıştır. Aynı yönde bkz. **Dal Molin-Kränzlin**, s. 418; **Koller**, AT, N 54.81. Nitekim, Alman Hukuku’nda BGB § 287 hükmünde “*für Zufall*” denilerek, böyle anlamın meydana gelmesinin önüne geçilmiştir.

fiilen gerçekleşen beklenmedik hâl arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırması; böylece, beklenmedik hâl ile zarar arasındaki risk ilişkisini sona erdirmesi mümkün değildir¹²²⁵. Öte yandan, borçlu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulsa bile, malın sigorta ettirileceği veya beklenmedik hâlden önce satılacağı ispat edilirse, borçlu beklenmedik hâlden sorumlu olmaya devam eder¹²²⁶.

4. Kısmi Temerrüt Hâlinde Özel Durum: Kısmi Temerrüt ile Kısmi İfa İmkânsızlığının Bir Arada Bulunması

Her hukuki olguya (*Rechtstatsache*) farklı hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) bağlayan İsviçre-Türk Hukuku'nun ifa engelleri sistematığının hukuki sonuç yerine hukuki olgu odaklı yaklaşımının¹²²⁷, kısmi ifa engelleri söz konusu olduğunda tökezlemesi kaçınılmazdır. Nitekim, borçlu temerrüde düştükten sonra, beklenmedik hâl nedeniyle edimin bir kısmının imkânsız hâle gelmesi özel bir sorun meydana getirir. Esasen bu sorun, yalnızca beklenmedik hâl durumunda değil, borçlunun sorumlu olduğu (*sonraki*) kısmi ifa imkânsızlığı hâllerinin tamamı açısından mevcuttur. Temerrüt süresi boyunca, TBK m. 119 f. I uyarınca, beklenmedik hâl sebebiyle borcun tamamının imkânsız hâle gelmesinden sorumlu olan borçlu, borcun tamamen değil kısmen imkânsız hâle gelmesinden de sorumludur¹²²⁸. İfa imkânsızlığının edimin yalnızca bir kısmını etkilemesi durumunda, imkânsızlığın tesir ettiği kısım açısından kısmi ifa imkânsızlığı; bakiye kısım açısından ise, şartları gerçekleşmişse kısmi temerrüt meydana gelir¹²²⁹. İfa imkânsızlığı borcun ifasını engellediği ölçüde, borçlu temerrüdüne son vereceği için, belli bir edim özelinde (*kısmi*) ifa imkânsızlığı ile (*kısmi*) borçlu temerrüdünün birlikte var olduğu bir ifa engeli sorunsalı meydana gelir.

¹²²⁵ Farklı iki beklenmedik hâlin aynı zarara sebebiyet verip vermeyeceğinin tespiti, farazi bir değerlendirmenin de ötesinde, ispatı zor ve müphem varsayımları gerekli kılar. Konu hakkında bkz. **Dal Molin-Kränzlin**, s. 418-419; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 927-928.

¹²²⁶ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 103 OR N 11; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1598; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 145, dn. 17. Zarar verici olay gerçekleşmeden önce alacaklının malı satmayacağını veya sigorta ettirmeyeceğini borçlunun ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 145, dn. 17; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 103 OR N 11. Malın beklenmedik hâl sebebiyle alacaklının elinde de zarara uğrayacağını borçlunun; malın sigorta ettirileceğini veya tekrar satılacağını alacaklının ispat etmesi gerektiği görüşünde bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1598, dn. 544.

¹²²⁷ Büyük Hukukçu *Serozan*'ın ifadesiyle “(...) Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer kesişen ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara ve çarpıcı eşitsizliklere yol açmaktadır (...)”. Bkz. *Serozan*, Borçlar Genel, § 11 N 9.

¹²²⁸ **CR-Thévenoz**, art. 103 CO N 7: “*même partielle*”; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 103 OR N 53: “*teilweisen Unmöglichkeit*”; **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 103 OR N 12: “*nicht völlig unmöglich*”; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 302, 309: “*ganz oder teilweise*”.

¹²²⁹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 102 OR N 43.

Yukarıda yer verildiği üzere¹²³⁰, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında ise, borcun imkânsız hâle gelen kısmı, kural olarak tazminat alacağına dönüşür¹²³¹. Bu durumda, asıl alacağın mümkün olduğu ölçüde ifa edilmesi gerekir¹²³². Her ne kadar, alacaklı, imkânsız hâle gelen kısmın yerine geçen tazminat talebiyle birlikte, bakiye kısmın aynen ifasını reddetme (TBK m. 84; İsvBK m. 69) imkânına sahip değilse de¹²³³, yalnızca bakiye kısmın ifa olarak sunulması durumunda, kısmi ifayı reddetme hakkını ileri sürebilir¹²³⁴. Zira, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında, imkânsız hâle gelen kısım yerine talep edilen tazminat talebi, asıl alacağın bir kısmının yerine geçerek, alacağın kalan kısmıyla birlikte bir bütün oluşturur. Dolayısıyla, yalnızca tazminat alacağının veya yalnızca ifası mümkün olan kısmın alacaklıya sunulması, kısmi ifa teklifi anlamına gelir ve alacaklı, TBK m. 84 uyarınca, söz konusu kısmi ifa teklifini reddedebilir.

Borçlu temerrüdü çerçevesinde, beklenmedik hâl nedeniyle borcun bir kısmının imkânsız hâle gelmesi durumunda, ifası imkânsızlaşan kısım bakımından, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı; ifası mümkün olan kısım bakımından ise, kısmi temerrüt söz konusu olur. Bu durumda, borçlu, imkânsızlaşan kısım bakımından, kural olarak alacaklının olumlu zararını gidermekle yükümlüyken, ifası mümkün olan kısım bakımından ise borcunu aynen ifa etmek ve gecikme tazminatı ödemek zorundadır.

Aynen ifa açısından herhangi bir sorunla karşılaşılmazsa da, aynen ifa ve gecikme tazminatı yaptırımının, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından alacaklıyı tatmin etmemesi durumunda, kısmi ifa imkânsızlığı ile kısmi temerrüt rejiminin birlikte var olduğu atipik bir ifa engelleri rejimi meydana gelir. Zira, TBK m. 125 (İsvBK m. 107 f. II ve m. 109) uyarınca, alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, özellikle ek süre (*mehil / önel*) şartının sağlanması hâlinde, iki seçimlik imkâna kavuşur¹²³⁵. Bunlar, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteme

¹²³⁰ Bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/b**, “*Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar*” isimli başlık.

¹²³¹ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Barth, s. 48; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605, 2609; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Stöckli, Synallagma, N 608.

¹²³² CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 103; Stöckli, Synallagma, N 608; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2605; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Barth, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910.

¹²³³ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2608; von Büren, AT, s. 389, dn. 110. Aynı yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67, art. 119 CO N 28; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Barth, s. 48; Stöckli, Synallagma, N 608; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910.

¹²³⁴ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Staudinger-Bittner/Kolbe, BGB § 266 N 10. Kümülatif olarak ifa edilmeleri gerektiği görüşünde bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 18. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.2/II/C/4**, “*Kısmi İfa Oluşturmayan Bazı Hâller*” isimli başlık.

¹²³⁵ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi temerrüdün sonuçları için bkz. aşağıda, **B.3/III**,

veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararın giderilmesini talep etme haklarıdır. Kısmi temerrüt hâlinde, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, söz konusu seçimlik haklar, ifada gecikilen bölüm bakımından kısmi ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteme veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararın giderilmesini talep etme şeklinde tatbik edilir¹²³⁶. Alacaklının tercih ettiği seçimlik hakka göre taraflar arasındaki hukuki ilişki farklı şekilde etkilenir:

- a. **İfası mümkün olan kısım bakımından olumlu zararın tazmini:** Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, ifası mümkün olan kısmın yerine olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, borçlu, kural olarak borcun imkânsızlaşan kısmı için de alacaklının olumlu zararını gidermek zorunda olduğu için, her bir kısım bakımından ayrı ayrı değil, edimin tamamı bakımından alacaklının olumlu zararını karşılamakla yükümlü olur. Bu durumda, borçlu, sanki edimin tamamı imkânsızlaşmış veya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüde düşmüş gibi, alacaklının olumlu zararını gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, kural olarak, mübadele (*değişim*) veya fark teorisi arasında seçim yapma imkânına sahiptir¹²³⁷.
- b. **İfası mümkün olan kısım bakımından sözleşmeden kısmen dönme:** Alacaklının aynen ifa yerine sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmak istemesi durumunda, bir taraftan kısmi temerrüt uyarınca sözleşmeden kısmen dönmesi ve o kısım bakımından olumsuz zararının tazminini istemesi, diğer taraftan kısmi ifa imkânsızlığı çerçevesinde imkânsız hâle gelen kısım bakımından olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Kanımızca, alacaklının borcun bir bölümü için olumlu zararının, diğer bölümü için sözleşmeden dönerek olumsuz zararının giderilmesini istemesi bakımından, borçlar hukukunda teorik bir engel yoktur. Nasıl ki alacak kısım kısım devredilebilir veya kısım kısım dava edilebilir ise, aynı alacak kısım kısım ifa engellerine de konu olabilir. Böylece, borcun bir kısmı için borç gereği gibi ifa edilmişçesine ifa menfaatinin tazmin edilmesi, borcun diğer kısmı için sözleşme hiç kurulmamışçasına güven menfaatinin giderilmesi gerekir. Pratik açıdan bakıldığında ise, alacaklının hangi yönde menfaati ağır basıyor ise, o yönde aynı

“Kısmi Temerrüdün Karşılıklı Borç Yükleme Sözleşmeler Açısından Sonuçları” isimli başlık.

¹²³⁶ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972.

¹²³⁷ Mübadele ve fark teorisi arasında alacaklının serbestçe seçim yapabileceği yönünde bkz. aşağıda, B.3/III/B/5, “Alacaklının Seçim Hakkı” isimli başlık.

hukuki yaptırıma başvurması tavsiye edilir. Bu şekilde bir seçim, hem işlem kolaylığı sağlar, hem de olumlu veya olumsuz zararın bir bütün olarak giderilmesine hizmet eder.

Kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı, kısmi ifa imkânsızlığı açısından da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bizim de katıldığımız hâkim fikre göre¹²³⁸, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı hâlinde, TBK m. 125 f. III hükmüne kıyasen, alacaklıya, yenilik doğuran hak niteliğindeki sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır. Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığında ise, sözleşmeden kısmen dönme mümkünse, alacaklı, kural olarak, ifası imkânsızlaşan kısım bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹²³⁹. İfa imkânsızlığı hâlinde sözleşmeden dönme hakkı TBK m. 125 hükmüne kıyasen tanındığı için, kısmi ifa imkânsızlığında tanınan sözleşmeden kısmen dönme hakkı ile kısmi temerrüt çerçevesinde tanınan sözleşmeden kısmen dönme hakkı arasında, sebep ve sonuç bakımından herhangi bir farklılık bulunmaz¹²⁴⁰. Her iki ifa engeli bakımından sözleşmeden kısmen dönme hakkı kullanılırsa, sözleşmeden dönme hakkı, kısmen değil, sözleşmenin tamamı bakımından sonuç doğurur ve alacaklının olumsuz zararı tamamen giderilir.

- c. **Kısmi İmkânsızlığın Tam İmkânsızlığa Dönüşmesi:** Kısmi imkânsızlık hâlinde, edimin ifası mümkün olan kısmının ifa edilmesi, alacaklı için önemli bir değer arz etmezse, başka bir deyişle, kısmi ifa imkânsızlığı, alacaklının ifaya olan menfaatini ağır bir şekilde ihlal eder veya ortadan kaldırırsa, alacaklıdan kalan kısmın ifasını kabul etmesini beklemek hakkaniyete aykırı olur¹²⁴¹. Bu durumda, imkânsızlığın hukuki sonuçları edimin tamamı bakımından gerçekleşir¹²⁴². Böylece, alacaklı, borcun tamamı imkânsız hâle gelmiş gibi,

¹²³⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 459-473; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 63; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 58; ZK-Oser/Schönenberger, Vor. Art. 97-109 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 97-98 OR N 138; KUKO-Thier, Art. 97 OR N 30; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2587; Huguenin, OR, N 904; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.27; Gauch/Schlupe/Tercier, N 1814; Koller, AT, N 29.09, 58.09; Keller/Schöbi, s. 248; Cuendet, s. 54; Bucher, AT, s. 424; Glatthard, s. 61 vd.; Ehrat, N 236; Glättli, Schadenersatz, s. 89; Decurtins, s. 12, 54; Neuenschwander, s. 96; Develioğlu, İmkânsızlık, s. 169; İsvFM, 21.7.2015, 4A_99/2015; 21.7.2015, 4A_101/2015. Kısmi ifa imkânsızlığı ve ifa imkânsızlığı hâlinde sözleşmeden dönme hakkı tanınması konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Kısmi Yaptırımlar” isimli başlık.

¹²³⁹ Tandoğan, Nullité s. 288-289; Glatthard, s. 157.

¹²⁴⁰ Glatthard, s. 157.

¹²⁴¹ Bkz. yukarıda, B.1/II/C/2/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar” isimli başlık.

¹²⁴² Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2609; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 104; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Neuenschwander, s. 96; Stöckli, Synallagma, N 608.

edimin ifası mümkün olan kalan kısmının ifasını reddeder ve borcun tamamı için olumlu zararının tazminini talep eder¹²⁴³. Şayet olumlu zararının giderilmesi alacaklıyı tatmin etmiyorsa, alacaklı, kendisine kıyasen tanınan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir ve yenilik doğurucu bir beyanla sözleşmenin tamamından dönebilir. Şayet, kısmi imkânsızlığın tam imkânsızlığa dönüştüğü böyle bir durum söz konusu ise, borcun tamamı imkânsızlaşmış sayılacağı için, artık borçlu temerrüdüne başvurmak mümkün olmaz. Borçlu temerrüdü bakımından, ifa imkânsızlığının bulunmaması bir maddi şart teşkil ettiği için¹²⁴⁴, tam imkânsızlığın borçlu temerrüdüne öncelikli olduğu kabul edilir. Öte yandan, alacaklı, her iki kısmi ifa engeli bakımından aynı yaptırımını tercih ederek, borcun tamamı imkânsızlaşmış veya borçlu tamamen temerrüde düşmüş gibi hareket edebilir ve aynı neticeye ulaşabilir.

II. KISMİ TEMERRÜDÜN PARA BORÇLARI AÇISINDAN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Bir miktar paraya sahip olan bir kişinin, hangi ölçüde gerçekten zenginleştiği ve paradan yarar sağladığı; paranın miktarı, birimi, yatırım imkânları gibi somut olayın koşullarına bağlıdır. Aynı şekilde, temerrüde düşen bir borçlunun para borcunu ödememesi durumunda, alacaklının belli bir miktar paradan yoksun kalması, alacaklı nezdinde çoğunlukla şahsi koşullara bağlı olan bir zarara yol açar. Para borçlarında alacaklının uğradığı zararın ve borçlunun borcunu geç ifa etmekle elde ettiği menfaatin ispatı oldukça güçtür. Para borçlarının ihtiva ettiği bu özellik nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu'nda yalnızca para borçları için uygulanan özel bir borçlu temerrüdü rejimi ihdas edilmiştir. Bu rejimin oluşturulmasındaki temel gaye, söz konusu ispat güçlüğüne üstesinden gelmektir.

İspat güçlüğüne nazara alan kanun koyucu, TBK m. 120 (İsvBK m. 104) hükmünde, para borçlarında, gecikme tazminatı yerine geçmek ve tazminatın alt sınırını belirlemek amacıyla, zarardan ve kusurdan bağımsız bir şekilde, borçlunun alacaklıya temerrüt faizi ödemesi gerektiğini öngörmüştür¹²⁴⁵. Temerrüt faizinin

¹²⁴³ CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 102-104; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2609; Schwenzer/Fountoulakis, N 64.31; Stöckli, Synallagma, N 608; Neuenschwander, s. 96; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 910; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1489.

¹²⁴⁴ Bkz. yukarıda, B.2/I/B/1, “Borcun İfasının Mümkün Olması” isimli başlık.

¹²⁴⁵ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 2; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1599.

zarardan bağımsız bir götürü tazminat şeklinde düzenlenmesi ve gecikme tazminatının alt sınırını teşkil etmesi, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğrayamayacağı anlamına gelmez. Alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararının temerrüt faizinden fazla olabileceğini düşünen kanun koyucu, TBK m. 122 (İsvBK m. 106) hükmünde, alacaklının aşkın (*munzam*) zararının tazmin edileceğine hükmetmiştir.

B. Temerrüt Faizi

1. Genel Olarak

Belli bir zaman dilimiyle sınırlı olsa bile, bir miktar paradan yararlanma ve söz konusu miktar üzerinde serbest bir biçimde tasarrufta bulunma, ondan istifade eden kişiye, genellikle paranın kullanım bedeli olduğu söylenen, ekonomik ve hukuki olarak **faiz** (*intérêt / Zins*) olarak ifade edilen bir menfaat sağlar. Genel olarak faiz, konusu para olan borçlarda, alacaklının parayı kullanmaktan mahrum kaldığı süre için borçludan almaya hak kazandığı bir karşılıktır¹²⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, **temerrüt faizi** (*gecikme / gecikmiş günler faizi*) (*intérêt moratoire / Verzugszins / interesse di mora*), “alacaklının borçlu olunan bir miktar paradan yoksun kalması nedeniyle talep ettiği, borçlu olunan süreye ve borçlu olunan miktara göre hesap edilen nakdi bir tazminattır”¹²⁴⁷.

Temerrüt faizi, özellikle alacaklının temerrüt süresi boyunca bir miktar paradan yoksun kalmasının bedelini teşkil ettiği için¹²⁴⁸, birincil olarak paranın hukuki semeresi olma özelliğinden ileri gelen bir tazminat alacağı niteliği taşır¹²⁴⁹; ikincil

¹²⁴⁶ **Yargıtay HGK**, E. 2018/12-1123, K. 2022/670, T. 18.5.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2017/19-1628, K. 2018/1098, T. 16.5.2018 (Kazancı).

¹²⁴⁷ **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 78. İsviçre Federal Mahkemesi'yle aynı yönde bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 7; **BK-Weber**, Art. 73 OR N 13; **Gauch/Schluemp/Emmenegger**, N 2350; **Tercier/Pichonnaz**, N 1390; **Gelzer**, N 143; **Berger**, RabelsZ 1997, s. 316; **Canaris**, NJW 1978, s. 1892; **Spahr**, RVJ 1990, s. 351-352; **Weber**, Festschrift Bucher, s. 783; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1390; **Yargıtay HGK**, E. 2021/11-938, K. 2022/401, T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) Temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine TBK'nın 120. maddesi gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibarıyla zamanında ifa etme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içerisindedir (...)”; **Yargıtay HGK**, E. 2013/2249, K. 2015/1362, T. 15.5.2015 (Lexpera): “(...) Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir (...)”.

¹²⁴⁸ **BK-Becker**, Art. 104 OR N 2; **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 1; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 7; **Tercier/Pichonnaz**, N 1390; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1390.

¹²⁴⁹ **BSK-Widmer Lühinger/Wiegand**, Art. 104 OR N 1; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 7; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 22; **Tercier/Pichonnaz**, N 1192; **von Büren**, AT, s. 370; **Zürcher**, s. 16; **Berger**, RabelsZ 1997, s. 318 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 337 vd.

olarak ise borçlunun paradan farazi olarak elde ettiği menfaatlerin iade edilmesi anlamına gelir¹²⁵⁰. Öte yandan, borçlunun söz konusu paradan gerçekten bir menfaat elde edip etmediği veya alacaklının fiilen zarara uğrayıp uğramadığı önem taşımaz¹²⁵¹.

Borçlunun her türlü para borcunun ifasında temerrüde düşmesi ihtimalinde ödenmesi gereken temerrüt faizi alacağı, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde de söz konusu olur. Öte yandan, genel borçlu temerrüdünün aksine, alacaklının kısmi temerrüde düşmesi durumunda temerrüt faizi, borcun tamamı bakımından işlemez. Kısmi temerrüt rejiminde borçlu, yalnızca temerrüde düştüğü kısım bakımından temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür¹²⁵².

Borçlunun borcunu ödemeyerek temerrüde düşmesi durumunda temerrüt faizi ödeyeceği yönündeki kural, hukukun genel ilkelerine dâhildir¹²⁵³. Bu nedenle, kanunda aksi düzenlenmediği sürece veya nitelikli susma söz konusu olmadığı müddetçe, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu yönündeki kural, hukukun diğer alanlarında, özellikle kamu hukukunda da uygulanır.¹²⁵⁴ Özel bir hüküm bulunmaması durumunda, borçlu

¹²⁵⁰ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 1; BK-Becker, Art. 104 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 7; Tercier/Pichonnaz, N 1390; Berger, *RebelsZ* 1997, s. 318 vd.; Schenker, *Schuldnerverzug*, N 337 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1390; İsvFM, ATF 130 II 591; ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 (Karar hakkında bkz. Wiegand, *ZBJV* 1998, s. 689 vd.; Vogel, *ZBJV* 1998, s. 383 vd.; Kara/Develioğlu, N 38): “(...) Para borçlarında temerrüdü düzenleyen kanuni hükümler, İsvBK m. 104 uyarınca, bir taraftan alacaklının kendisine menfaat ve faiz sağlayacak olan borç miktarını kullanamamasından dolayı zarara uğradığı ilkesine; diğer taraftan, ihmalkâr borçlunun, ilgili miktarı tasarruf ederek ondan çeşitli menfaatler elde ettiği çıkarımına dayanmaktadır. Bu sebeple, İsvBK m. 104, alacaklıya zararını ispat etmeksizin ve borçlunun kusurundan bağımsız olarak, %5 oranında temerrüt faizi talep etme imkânı tanır (...)”.

¹²⁵¹ BK-Becker, Art. 104 OR N 4; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 36; Engel, *Obligations*, s. 692; Tercier/Pichonnaz, N 1390; İsvFM, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131; ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290: “(...) Borçlunun gerçekten bu paradan menfaat elde edip etmediği veya alacaklının fiilen ilgili miktarı kullanmaktan mahrum kalıp kalmadığı önemsizdir. Alacaklı tarafından uğranılan zararın varlığı ve kapsamı, farazi bir durumdur (...); Yargıtay HGK, E. 2018/1123, K. 2022/670, T. 18.5.2022 (Lexpera); Yargıtay HGK, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) Ayrıca temerrüt faizi yükümlülüğünün doğumu için borçlunun alıkoyduğu paradan yarar sağlaması şart olmadığı gibi bu yararların iadesi amacı da bulunmaz (...)”.

¹²⁵² Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738. Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: “(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısımın sınırlı tutulmuştur (...)”; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) 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 (...)”.

¹²⁵³ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 2a; Dubey/Zufferey, N 1190; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 156; İsvFM, ATF 95 I 258; ATF 101 Ib 252; ATF 143 II 37 = JdT 2018 I 84: “(...) Müstakar içtihat ve öğretideki hâkim görüş uyarınca, özel bir kanun hükmü veya nitelikli susma bulunmadıkça, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, genel bir hukuk ilkesi olarak, bazı istisnalara tabi olmak üzere, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde kamu hukukunda da uygulanır (...)”.

¹²⁵⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 25; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 2a; Dubey/Zufferey, N 1190-1194; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 156-159a; Weber, *Festschrift Bucher*, s. 785; İsvFM, ATF 95 I 258; ATF 101 Ib 252; ATF 143 II 37 = JdT 2018 I 84; İsvFM, 24.1.2011, 2C_188/2010.

temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117 (İsvBK m. 102) ile temerrüt faizini düzenleyen TBK m. 120-121 (İsvBK m. 104-105) hükümleri kıyasen uygulama alanı bulur.

2. Temerrüt Faizinin Şartları

a. Zarar ve Kusurun Önemsiz Olması

Kanun koyucu, temerrüt faizi yoluyla, gecikmiş bir para borcunun alacaklısına, yalnızca borcun miktarıyla temerrüt süresine bağlı olan ve alacaklıyı başkaca her türlü ispat yükünden kurtaran asgari bir **götürü tazminat** hakkı tanımıştır¹²⁵⁵. Başka bir deyişle, temerrüt faizi, başka bir koşul aranmaksızın, doğrudan doğruya borçlu temerrüdünün sonucudur¹²⁵⁶. Bu durumun tazminat hukuku açısından iki önemli karşılığı bulunur. *İlk olarak*, alacaklının, temerrüt faizi talep edebilmek için, herhangi bir zarara uğradığını ispat etmesi gerekmez¹²⁵⁷. Ayrıca, zararın miktarı ve ispatı

¹²⁵⁵ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 7; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 1; Cantieni, s. 134, 140; Habscheid, s. 287; Locher, s. 40; Honsell, Verzugsschaden, s. 511; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1602; Nomer, Borçlar Genel, N 190; İsvFM, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131; Yargıtay 11. HD, E. 2014/16236, K. 2015/11459, T. 3.11.2015 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/1494, K. 2019/932, T. 4.3.2019 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2020/967, K. 2021/859, T. 15.3.2021 (Lexpera); Yargıtay HGK, E. 1996/5-144, K. 1996/503, T. 19.6.1996 (Kazancı): “(...) Bilindiği üzere Borçlar Kanunu’nun 103 ve 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemeden dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemeden kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir (...)”; Yargıtay HGK, E. 2013/2249, K. 2015/1362, T. 15.5.2015 (Lexpera): “(...) Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği (...) alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir (...)”; Yargıtay HGK, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) Buna göre hukukumuzda alacaklıya, zararın varlığını, miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın temerrüt faizini talep edebilme hakkı tanınmıştır. Ayrıca temerrüt faizi yükümlülüğünün doğumu için borçlunun alıkoyduğu paradan yarar sağlaması şart olmadığı gibi bu yararların iadesi amacı da bulunmaz. Temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir. Borçlu, bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlayarak faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz (...)”.

¹²⁵⁶ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 3; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 2; BK-Becker, Art. 104 OR N 4; İsvFM, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131: “(...) Temerrüt faizi için tek koşul borçlunun borçlu olunan meblağı ödemekte temerrüde düşmüş olmasıdır (...)”.

¹²⁵⁷ BK-Becker, Art. 104 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 34; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 3; von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 104 OR N 3; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2963; Bucher, AT, s. 362; Tercier/Pichonnaz, N 1390; Keller/Schöbi, s. 202; Schwenger/Fountoulakis, N 66.08; Engel, Obligations, s. 692; Zürcher, s. 7; Emmerich, § 17 N 23; Weber, Verzugsschaden, s. 323; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1600-1602; Nomer, Borçlar Genel, N 190; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290: “(...) Alacaklı tarafından uğranılan zararın varlığı ve kapsamı, farazi bir durumdur. Borçlunun gerçekten bu paradan menfaat elde edip etmediği veya alacaklının fiilen ilgili miktarı kullanmaktan mahrum kalıp kalmadığı önemsizdir (...)”; Yargıtay HGK, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 1996/5-144, K. 1996/503, T. 19.6.1996 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2014/16236, K. 2015/11459, T. 3.11.2015 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/1494, K. 2019/932, T. 4.3.2019 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2020/967, K. 2021/859, T. 15.3.2021 (Lexpera).

temerrüt faizi açısından önemsizdir. *İkinci olarak*, gecikme tazminatı işlevi gören temerrüt faizi, borçlunun kusurundan bağımsızdır¹²⁵⁸. Kısacası, TBK m. 118 uyarınca zarar ve kusur şartına bağlı olan gecikme tazminatı, para borçlarında temerrüt faizi kisvesine bürünerek, alacaklının zararından ve borçlunun kusurundan soyutlanır; kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde ödenen bir götürü tazminat hâlini alır. Zarar ve kusur dışında, temerrüt faizi açısından nedensellik bağı incelemesi de kasıtlı olarak hariç tutulmuştur¹²⁵⁹.

Temerrüt faizi borçlunun kusuruna bağlı olmadığı için, ödeme yükümlülüğü konusunda mazur görülebilir bir biçimde hataya düşen veya bilgisi olmayan borçlu da temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altına girer¹²⁶⁰. Yine, borçlu, kendisine karşı ileri sürülen alacağın geçerliliğine ilişkin haklı şüpheler taşısa bile veya alacağın miktarı henüz kesin ve geçerli bir biçimde belirlenmemiş olsa dahi, yine de temerrüt faizi ödemek zorundadır¹²⁶¹. Keza, temerrüt süresi boyunca, alacaklının elde edemediği paradan tamamen veya kısmen yarar sağlamayacak olması, temerrüt faizinin hesaplanmasında nazara alınmaz veya hâkim, bu gerekçeyle, kanun gereği hesap edilen temerrüt faizinden daha azına hükmedemez¹²⁶².

b. Para Borcunun Bulunması

TBK m. 120 (İsvBK m. 104) uyarınca temerrüt faizini düzenleyen hükümler, yalnızca bir **para borcu** söz konusu olduğunda uygulanabilir¹²⁶³. Özel hukuk

¹²⁵⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 34; BK-Becker, Art. 104 OR N 4; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 104 OR N 3; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 104 OR N 3; von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2963; Engel, Obligations, s. 692; Tercier/Pichonnaz, N 1390; Locher, s. 40; Schwenger/Fountoulakis, N 66.08; Keller/Schöbi, s. 202; Bucher, AT, s. 362; Weber, Verzugsschaden, s. 323; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1600-1602; Nomer, Borçlar Genel, N 190; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290; Yargıtay HGK, E. 2021/11-938, K. 2022/401, T. 29.3.2022 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2018/1123, K. 2022/670, T. 18.5.2022 (Lexpera): “(...) Temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir. Borçlu, bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlayarak faiz ödeme yükümlülüğünden de kurtulamaz (...)”; Yargıtay HGK, E. 1996/5-144, K. 1996/503, T. 19.6.1996 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2014/16236, K. 2015/11459, T. 3.11.2015 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2018/1494, K. 2019/932, T. 4.3.2019 (Lexpera); Yargıtay 15. HD, E. 2020/967, K. 2021/859, T. 15.3.2021 (Lexpera).

¹²⁵⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 34; Weber, Verzugsschaden, s. 323; Brem, s. 327; Guggenheim, Contrats II, s. 195.

¹²⁶⁰ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 104 OR N 1; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 34; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4a; Bucher, AT, s. 362.

¹²⁶¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 35; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4a; Gelzer, N 149; İsvFM, ATF 129 III 535 = JdT 2003 I 590; KanM (Zürich), 4.4.1973, SJZ 1973, s. 208; KanM (Zürich), ZR 1965, s. 241, N 147.

¹²⁶² CR-Thévenoz, art. 104 CO N 4a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 36; BK-Becker, Art. 104 OR N 4.

¹²⁶³ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 104 OR N 2; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 53; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2289, 2689; Schenker,

çerçevesinde para borcu, bir devlet veya bir para birliği tarafından tedavüle koyulan, resmi bir para birimiyle ifade edilen ve geçerli bir kur rayici sayesinde diğer ödeme araçlarıyla da ifa edilme imkânına sahip olan borçtur¹²⁶⁴. Bu açıdan genel anlamıyla para borcu, ne kapalı bir zarf içinde yer alan banknotları ifade eder şekilde bir parça borcu, ne de bir miktar madeni parayı andırır şekilde bir çeşit (*cins*) borcudur. Para borcu, parça veya cins borcu ayrımı dışında yer alan bir **değer sağlama veya meblağ borcu** (*Wertschuld / Summenschuld*) olarak nitelendirilebilir¹²⁶⁵. Değer sağlama işlevi dışında, bir miktar paranın, çeşit veya parça borcuna konu olması durumunda, TBK m. 120 hükmü uygulanmaz¹²⁶⁶. Geçerli bir kambiyo rayici bulunduğu sürece, para borcunun Türk Lirası cinsinden veya yabancı bir devlet tarafından tedavüle konulan yabancı para cinsinden olması mümkündür¹²⁶⁷.

Resmi para birimi dışında, belli bir devlet veya para birliği tarafından tedavüle konulmamış olan **özel para birimleri**, para borcunun konusunu oluşturmaz¹²⁶⁸. Örneğin, İsviçre’de WIR Bankası tarafından çıkarılan WIR parası¹²⁶⁹, Lemman Gölü’ne kıyısı bulunan İsviçre kantonları ile Fransa’nın Haute-Savoie bölgesinde kullanılan özel Léman parası veya tatil ve seyahat harcamalarında kullanılan Reka çeki (*Chèque Reka*) böyledir. Keza, sanal para birimi olarak kullanılan, Bitcoin, Ethereum veya Litecoin gibi **kripto paralar** da yasal ödeme aracı sayılmadığı için, para borcu kapsamına girmez¹²⁷⁰ ve konusu kripto para olan borç için temerrüt faizi talep

Schuldnerverzug, N 342; **Gilliéron**, N 637; **Voser**, s. 49; **Zürcher**, s. 17; **Gelzer**, N 138, 143.

¹²⁶⁴ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; **Ayranci**, s. 31.

¹²⁶⁵ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 2; **Tercier/Pichonnaz**, N 1175; **Gelzer**, N 144; **Weber**, Festschrift Bucher, s. 786; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1175; **Nomer**, Manevi Tazminat, s. 223. “Soyut değer sağlama borcu” veya “soyut alım gücü sağlama borcu” olduğu yönünde bkz. **Serozan**, MHAD 1996, s. 41-42. “Meblağ borcu” ve “değer borcu” ayrımı için bkz. **Nomer**, Manevi Tazminat, s. 223.

¹²⁶⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 53; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 2; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; BK-Becker, Art. 104 OR N 4; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 21; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2698; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 346; **Gelzer**, N 144. Bu durumda, TBK m. 118 (İsvBK m. 103) uyarınca gecikme tazminatı hükümleri uygulanır. Bkz. BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 2.

¹²⁶⁷ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 2; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2989; **Thévenoz/Bacharach/Hirsch**, s. 111; **Zürcher**, s. 17-18; **Gelzer**, N 150; **Weber**, Verzugsschaden, s. 325;

¹²⁶⁸ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55; **Zürcher**, s. 18; **İsvFM**, 17.6.2019, 4A_200/2019: “(...) WIR yabancı para cinsinden bir para borcu değildir. Nitekim, WIR Bank Genossenschaft, WIR parası olarak adlandırılan para ile özel bir kuruluş olarak özel bir para düzeni yaratmıştır (...)”. Ayrıca bkz. **Weber**, Zahlungssysteme, s. 21 vd.

¹²⁶⁹ WIR konusunda bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55; **Bärtschi/Meisser**, s. 152; **Zürcher**, s. 18; **İsvFM**, 17.6.2019, 4A_200/2019.

¹²⁷⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55a; **Weber**, Zahlungssysteme, s. 21. Ödeme aracı olduğu yönünde bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 165.1. Merkez bankaları tarafından çıkarılan stabil kripto paraların (*stable coins*) ödeme aracı olarak nitelendirildiği yönünde bkz. **Tercier/Pichonnaz**, N 1177; **Thévenoz/Bacharach/Hirsch**, s. 85.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından çıkarılan 16.4.2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî

edilemez¹²⁷¹. Zira, kısa vadeli bile olsa, resmi para birimleri söz konusu olduğunda, alacaklının, para piyasası araçlarından veya faiz getiren yatırım imkânından yoksun kalarak ekonomik bir kayba uğradığı kabul edilebilir. Oysa, diğer özel para birimleri veya sanal paralar için bu tür yatırım imkânları (*şimdilik*) mümkün değildir¹²⁷². Öte yandan, kripto paraların değer kaydı olarak kabul edilmesi ve para borcunun miktarının kripto para birimine göre belirlenmesi durumunda, yine de bir para borcu bulunduğu kabul edilir¹²⁷³.

Özel para birimi veya kripto para ile belirlenen bir borç söz konusu olduğunda, alacaklı, her ne kadar TBK m. 120 uyarınca temerrüt faizi talep edemezse de, TBK m. 118 uyarınca gecikme tazminatı talep edebilir¹²⁷⁴. Buna karşılık, temerrüt faizini düzenleyen hükümler emredici değil **düzenleyici hukuk kuralı** olduğu için¹²⁷⁵, tarafların anlaşarak, özel para birimi veya kripto para ile belirlenen bir borçlar açısından bir “*sözleşmesel*” temerrüt faizi kararlaştırmaları mümkündür¹²⁷⁶. Keza, sözleşme ile alacaklıya, özel para birimini veya kripto parayı, temerrüt faizi talep edebilecek şekilde, bir resmi para birimine çevirme imkânı veren bir yenilik doğuran hak da tanınabilir¹²⁷⁷.

c. Borçlunun Temerrüde Düştüğü Süre Boyunca İşlemesi

Temerrüt faizi, kanunda veya sözleşmede aksi düzenlenmedikçe, borçlu temerrüdü boyunca, yani, borçlunun temerrüde düştüğü günden itibaren temerrüt sona erene değin geçen süre boyunca talep edilebilir¹²⁷⁸. Temerrüt faizinin isteneceği süre

Gazete’de yayımlanan “*Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik*” m. 3 f. II uyarınca kripto varlıklar ödemelerde doğrudan ve dolaylı olarak kullanılamaz. Söz konusu emredici hüküm çerçevesinde, kripto paraların yasal ödeme aracı olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkün değildir. Söz konusu hükme aykırı sözleşmelerde boşluğun doldurulması gerektiği yönünde bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 165.1.

¹²⁷¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55a; Thévenoz/Bacharach/Hirsch, s. 111; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8; Bärtschi/Jacquemart/Meyer, s. 222. Para borcuna ilişkin hükümlerin kıyasen de olsa uygulanmayacağı yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz, N 1177. Sanal para konusunda ayrıca bkz. Grünwald, s. 94 vd.; Bärtschi/Meisser, s. 142 vd.

¹²⁷² CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8.

¹²⁷³ Altın ve yabancı para (*döviz*) değer kaydı veya indekse göre ayarlama böyledir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 950 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 165.1. Para borcunun sanal paraya endekslenebileceği yönünde bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 165.1.

¹²⁷⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55a; Thévenoz/Bacharach/Hirsch, s. 112; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8a.

¹²⁷⁵ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 104 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 33; Cantieni, s. 140; Engel, Obligations, s. 695; Thévenoz/Bacharach/Hirsch, s. 112; İsvFM, ATF 117 V 349.

¹²⁷⁶ Thévenoz/Bacharach/Hirsch, s. 112; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8a.

¹²⁷⁷ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 8a. Nitekim, WIR söz konusu olduğunda, alacaklının ancak bu özel para biriminin ülke parasına çevrilmesi anından itibaren temerrüt faizi talep edebileceği yönünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 55.

¹²⁷⁸ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 7, 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 38; Gilliéron, N 646;

hesap edilirken, TBK m. 92 f. I b. 1 (İsvBK m. 77 f. I b. 1) kıyasen nazara alınarak, borçlunun temerrüde düştüğü gün sayılmaz ve süre ertesi günden itibaren işlemeye başlar¹²⁷⁹. O hâlde, temerrüt faizi, sözleşmede **belirli vade** kararlaştırılmışsa belirli vadeyi takip eden gün¹²⁸⁰ veya borçlu **temerrüt ihtarıyla** temerrüde düşmüşse, temerrüt ihtarının alacaklının hakimiyet alanına vardığı günden sonraki gün¹²⁸¹ işlemeye başlar (“*dies a quo*”). Nitekim, TTK m. 10 hükmünde, aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizinin vadenin bitiminden, belirli vade yoksa, ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir; borçlar hukuku çerçevesinde kabul edilen temel ilke, ticari işler bakımından tekrar edilmiştir. Şayet borçlu temerrüdü belirli vade veya temerrüt ihtar yoluyla değil, alacaklının borçluya karşı **dava** açması neticesinde gerçekleşmişse dava dilekçesinin¹²⁸² veya **ilamsız icra takibi** başlatması neticesinde gerçekleşmişse (*takip talebinin değil*) ödeme emrinin, borçluya tebliğ edildiği günü¹²⁸³ takip eden gün işlemeye başlar.

Tercier/Pichonnaz, N 1394; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1624; **Yargıtay HGK**, E. 2018/12-1123, K. 2022/670, T. 18.5.2022 (Kazancı): “(...) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 103. maddesi gereği kendiliğinden işlemeye başlar ve temerrüdün devamı süresince de varlığını sürdürür (...)”; **Yargıtay HGK**, E. 2013/2249, K. 2015/1362, T. 15.5.2015 (Lexpera). Temerrüt faizinin temerrütten önce işlemeye başlayacağı yönündeki sözleşme kayıtları ceza koşulu olarak kabul edilir. Bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 190.4.

¹²⁷⁹ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 23; **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 9; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 38, dn. 77; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376; **Gilliéron**, N 646; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1624; **KanM (Valais)**, RVJ 1992, s. 393. Borçlu temerrüdünün sona erdiği gün, temerrüt faizinin hesaplanmasında nazara alınır. Bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376.

¹²⁸⁰ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 38; **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 9; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 23; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376; **Gilliéron**, N 646; **İsvFM**, ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; **KanM (Vaud)**, JdT 1965 II 109, s. 110.

¹²⁸¹ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 23; **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 9; **Gilliéron**, N 646; **Gelzer**, N 195 vd.; **İsvFM**, ATF 98 II 23; **KanM (Valais)**, RVJ 1992, s. 393; **KanM (Genève)**, SJ 1946 442; **KanM (Vaud)**, JdT 1978 II 29.

Borçlu temerrüdünün ihtarın varmasıyla değil, ihtarın varmasından itibaren işleyecek olan uygun bir düşünme ve harekete geçme süresinden itibaren (“*Reaktionszeit*”) hüküm doğuracağı ve temerrüt faizinin de bu günden itibaren isteneceği görüşünde bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 38; **Tercier/Pichonnaz**, N 1380; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2727; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1380. Bu görüşü savunan yazarlara göre, borçluya tanınan uygun düşünme ve harekete geçme süresi bir hazırlık süresi anlamına gelmez. Borçlu, bir para borcu söz konusu olduğunda, ifadaki kolaylık nazara alınarak, ihtarın ertesi günü -şayet bir iş günüyse- borcunu nakit olarak veya banka havalesi yoluyla ifa etmek zorundadır. Bu durumda borçlu temerrüdü, ihtardan hemen sonraki gün değil, ondan sonraki gün gerçekleşir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 104 OR N 38; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2727; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 376.

¹²⁸² **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 9; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 1056; **Nomer**, Borçlar Genel, N 190.2; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usul, s. 354; **Tanrıver**, s. 661, 721; **İsvFM**, ATF 98 II 31 = JdT 1972 I 541; **KanM (Valais)**, RVJ 1992, s. 393. Genel olarak davanın açılmasından itibaren işleyeceği yönünde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 146, dn. 23.

¹²⁸³ **CR-Thévenoz**, art. 104 CO N 9; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, N 427; **Nomer**, Borçlar Genel, N 190.2; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 184; **KanM (Genève)**, SJ 1946 442; **KanM (Vaud)**, JdT 1978 II 29: “(...) Belirli vadenin olmaması veya borçlunun ihtarla daha önceden temerrüde düşürülmemesi durumunda, temerrüt faizi, ödeme emrinin tebliğ edildiği ertesi günden ödeme gününe kadar işlemeye devam eder (...)”. Borçlu temerrüdünün dava veya takip yoluyla gerçekleştiği bütün hâller bakımından TBK m. 121 f. I (İsvBK m. 105 f. I) uyarınca, dava veya takibe girişildiği günden itibaren temerrüt faizin işlemeye başlaması gerektiği görüşünde bkz. **von**

Temerrüt faizi, borçlu temerrüdünü sürdüğü müddetçe işlemeye devam eder. Borçlu temerrüdünü herhangi bir sebeple sona ererse, temerrüt faizi de durur¹²⁸⁴. Borçlu temerrüdünü sona erdiren ilk sebep **borcun ifa edilmesidir**. Şayet borç kısmen ifa edilirse, ifa yoluyla sona eren kısım nispetinde borçlu temerrüdünü ve buna bağlı olarak işleyen temerrüt faizi sona erer. Söz konusu kısmi ifa, alacaklının kısmi ifayı kabul etme hakkını kullanması veya kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bulunması neticesinde gerçekleşebilir. İfa dışında, alacaklının kendisine yapılan ifa teklifini kabul etmeyerek **alacaklı temerrüdüne** düşmesi de borçlu temerrüdünü sona erdirir ve temerrüt faizini durdurur¹²⁸⁵. Şayet kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğü altında bulunan alacaklı, borçlunun kısmi ifa teklifini reddederse, kısmi ifayı reddettiği oranda alacaklı temerrüdüne düşer ve borçlu temerrüdünü sona erer. Bu durumda, reddedilen kısmi ifa teklifi bakımından temerrüt faizi işlemez¹²⁸⁶. Öte yandan, kısmi ifa teklifinin reddedilmesi, o ana kadar doğmuş bulunan temerrüt faizi alacağını etkilemez. Keza, borçlu temerrüdünün bir **def'i hakkıyla** sona ermesi durumunda, def'i hakkının etki doğurduğu andan itibaren temerrüt faizi istenemez¹²⁸⁷.

Temerrüt faizi geçerli bir biçimde doğmuş olsa da, alacaklının TBK m. 131 f. I ve II (İsvBK m. 114 f. I ve II) uyarınca, ifa anında faiz alacağını saklı tutmaması (*rezerv / ihtirazi kayıt*) ihtimalinde, artık temerrüt faizi talep edilemez. TBK m. 131 f. II uyarınca, faiz alacağı sözleşmede saklı tutulmuş olabileceği gibi, durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmıyorsa, ifa anında alacaklı tarafından yapılan bir bildirimle de saklı tutulabilir. Sözleşmede veya ifa anında saklı tutulmamış olan faiz alacağının sona ermesi, faiz alacağının fer'i (*bağlı*) hak olma özelliğinden ileri gelir¹²⁸⁸. Alacaklının gerek kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bulunması gerekse

Tuhr/Escher, § 73, s. 146, dn. 23.

¹²⁸⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 46; Schenker, Schuldnerverzug, N 376; CR-Thévenoz, art. 104 CO N 11; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1624.

¹²⁸⁵ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 50. Para borcunun tevdi edilmesi ile temerrüt faizinin duracağı yönünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 46. Bu görüşte isabet bulmak güçtür. Zira, borçlu temerrüdü, borç konusunun tevdi edilmesiyle değil, borçlunun ifa teklifiyle sona erer.

¹²⁸⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 50.

¹²⁸⁷ Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2, "Borçlunun İfadan Kaçınma Hakkı" ve (özellikle) yukarıda, B.2/I/D/2/b, "Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i" isimli başlıklar.

¹²⁸⁸ Spahr, RVJ 1990, s. 352; Yargıtay HGK, E. 2017/3-2788, K. 2020/825, T. 3.11.2020 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2017/13-1704, K. 2020/534, T. 7.7.2020 (Lexpera): "(...) Faiz, hukuki niteliği itibarıyla, yan edim olup, asıl alacağı genişleten bir yan haktır. Bu nedenle, faiz borcunun varlığı ve devamı, her şeyden önce asıl alacak hakkının varlık ve devamına bağlıdır. Asıl alacak hakkı doğmamışsa, faiz borcu da doğmaz. Keza, faiz borcu, asıl alacak devam ettiği sürece devam eder. Faiz, asıl alacağına bağlı yan hak olduğu için, asıl alacak sona ererse, faiz de sona erer (...) Alacaklı, asıl alacak sona erince, işlemiş faiz alacaklarını isteyebilmek için, bu hakkını saklı tutmak zorundadır. Gerçekten, TBK m. 131/II'ye göre, daha önce işlemiş olan faizleri isteme hakkının saklı tutulduğu bildirilmiş veya durumun özelliğinden anlaşılmış olmadıkça, bu faizler istenemez. Keza TBK m. 152'ye

kısmi ifayı kabul etme hakkını kullanması neticesinde borç kısmen sona ererse, sona eren kısım bakımından temerrüt faizi alacağının sözleşmeyle veya ihtirazi kayıt yoluyla saklı tutulması ihtimalinde, ifa edilen kısım bakımından işleyen faiz alacağı sona erer.

d. Kısmen Temerrüde Düşülen Kısım Bakımından Temerrüt Faizi Talep Edilmesi

Temerrüt faizi talep edebilmek için, zarar ve kusur gibi özel şartlar aranmasa da, borçlu temerrüdünün bütün şartlarının gerçekleşmesi gerekir¹²⁸⁹. Nitekim, temerrüt faizi, para borçlarında borçlu temerrüdünün özel bir neticesi olduğu için, öncelikli olarak borçlu temerrüdünün varlığını gerekli kılar. Başka bir deyişle, temerrüt faizi, yalnızca borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleştiği oranda ve yalnızca o kısım nispetinde talep edilebilir. Kısmi temerrüt hâlinde benimsenen genel kurala uygun şekilde, para borçlarında borçlunun kısmi temerrüde düşmesi durumunda, temerrüt faizi, yalnızca temerrüde düşülen kısım bakımından işler¹²⁹⁰. Alacaklının temerrüt faizini yalnızca borçlunun kısmen temerrüde düştüğü bölüm bakımından talep etmesi, kısmi temerrüt rejiminde iki anlama gelir:

- a. *İlk olarak*, alacaklının, temerrüt ihtarında, miktar bakımından asıl borçtan daha azını talep etmesi mümkündür. Alacaklının borcun bir kısmını talep etmesi, bir kısmi ifa talebi olarak kabul edilir ve yalnızca talep edilen kısım için borçluyu temerrüde düşürür¹²⁹¹. Şayet, borçlu temerrüdü için ihtar gerekiyorsa, başka bir deyişle, sözleşmede belirli vade kararlaştırılmamışsa, borçlu, yalnızca temerrüt ihtarına konu edilen kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşer. Para borçlarında bunun en önemli sonucu, temerrüt faizinin yalnızca ihtar şartının gerçekleştiği bölüm açısından işlemesidir. Şayet alacaklı, borcun tamamı bakımından temerrüt faizi talep etmek istiyorsa, borcun bütünü için temerrüt

göre, asıl alacak zamanaşımına uğradığında, işlemiş faiz de zamanaşımına uğramış olur. Aynı şekilde, alacaklı, asıl alacağı devrettiği takdirde, faiz alacaklarını da devretmiş sayılır (...)".

¹²⁸⁹ CR-Thévenoz, art. 104 CO N 7, 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 38.

¹²⁹⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Gayretli Aydın, s. 33. Aynı yönde bkz. KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: "(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısım ile sınırlı tutulmuştur (...)"; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): "(...) 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 (...)".

¹²⁹¹ von Tuhr/Escher, § 72, s. 137; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 74; CR-Thévenoz, art. 102 CO N 18; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 11; BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 102 OR N 6; Huguenin, OR, N 923; Schenker, Schuldnerverzeichnis, N 141; Spahr, RVJ 1990, s. 358-359; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1511.

ihtarında bulunmak zorundadır. Borçluyu kısmen borçlu temerrüdüne düşüren alacaklı, daha sonra borcun kalan kısmı için temerrüt ihtarında bulunsa bile, temerrüt faizi hesap edilirken, her bir ihtarın borçlunun hakimiyet alanına varış tarihi ayrı ayrı ele alınır. Aynı durum, ihtar yerine geçen diğer fiiller için de geçerlidir. Alacaklı, borcun bir kısmı için kısmi dava açmışsa veya yalnızca bir kısmı için takip başlatmışsa, borcun tamamı için temerrüt şartları gerçekleşmedikçe, ancak dava veya takip konusu yapılan kısım bakımından temerrüt faizi işler¹²⁹². Kısmi davada, davacı alacaklı, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla talep sonucunu artırsa bile, artırdığı kısım bakımından dava tarihinden itibaren değil, ıslah tarihinden itibaren temerrüt faizi isteyebilir¹²⁹³.

- b. *İkinci olarak*, borcun yalnızca bir kısmı ifa edilmişse, temerrüt faizi, borcun yalnızca kalan kısmı bakımından işler. Başka bir deyişle, borcun yalnızca bir kısmının ifa edildiği, borçlunun borcun kalan kısmında temerrüde düştüğü dar anlamda veya gerçek kısmi temerrüt hâlinde, temerrüt faizi, yalnızca para borcunun ödenmemiş kısmı için talep edilebilir. Şayet borçlu, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne düşmüş ve alacaklıya kısmi ifa teklifinde bulunmuşsa, alacaklı, sözleşmede aksi düzenlenmemişse, ifayı kabul ederken TBK m. 131 f. I ve II uyarınca faiz alacağını saklı tutmalıdır. Alacaklının faiz alacağını saklı tutmaması ihtimalinde, temerrüt faizi alacağı ifa edilen kısım nispetinde sona erer¹²⁹⁴. Kural olarak, kısmi ifanın kabul edilmesi, alacağın bakiye kısmı bakımından bir etki doğurmaz¹²⁹⁵. Buna karşılık, somut olay koşulları çerçevesinde ve tarafların açık veya örtülü irade beyanlarının yorumlanması neticesinde, kısmi ifanın kabul edilmesi, bakiye kısım

¹²⁹² Nomer, Borçlar Genel, N 190.2; Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 946; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1002 vd.; Tanrıver, s. 661; Yargıtay 11. HD, E. 2016/14490, K. 2017/2268, T. 19.4.2017 (Kazancı).

¹²⁹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, N 946; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1014; Tanrıver, s. 661; Yargıtay 11. HD, E. 2022/5686, K. 2024/2100, T. 14.3.2024 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/686, K. 2023/2573, T. 5.10.2023 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2016/14490, K. 2017/2268, T. 19.4.2017 (Kazancı): “(...) Ayrıca borcun ifası için dava açmanın ihtar niteliğinde sayılacağı, kısmi davada ise ancak dava açılan kısım için ihtarın gerçekleşeceği, bakiye kısım bakımından ihtar ve dolayısı ile temerrüt oluşmayacağı göz önüne alındığında, mahkemece ıslah edilen kısım bakımından ıslah tarihi olan 21.04.2016 yerine, dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi yürürlükteki hukuka aykırı görüldüğünden yazılı emir isteminin kabulüyle hükmün bu kısmının kanun yararına bozulması gerekmiştir (...)”; Yargıtay 11. HD, E. 2016/14488, K. 2017/1266, T. 3.3.2017 (Kazancı): “(...) Bu halde ıslahla arttırılan bölüm yönünden ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru görülmemiş (...)”. ıslah harcının mahkeme vizesine yatırıldığı tarihten itibaren işleyeceği yönünde bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2019/2727, K. 2019/3877, T. 10.10.2019 (Kazancı). Ayrıca bkz. yukarıda, B.2/I/C/1, “Temerrüt İhtar Kavramı, Hukuki Niteliği ve İhtar Yerine Geçen İşlemler” isimli başlık.

¹²⁹⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 49.

¹²⁹⁵ ZK-Schraner, Art. 69 OR N 35; Würzler, s. 36; Deschenaux, Obligations II, s. 21.

bakımından bir **erteleme (tecil) anlaşması** anlamına gelebilir¹²⁹⁶. Alacağın kalan kısmı, tecil edilen tarihe kadar muaccel hâle gelmeyeceği için, borçlu, alacağın kalan kısmı bakımından kısmi temerrüde düşmez¹²⁹⁷. Böylece, alacaklı, bakiye kısım bakımından, tekrar borçlu temerrüdü şartları sağlanıncaya kadar temerrüt faizi talep edemez. Benzer şekilde, tarafların erteleme anlaşması akdettiği sonucuna varılmasa bile, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi, somut olayın koşulları çerçevesinde ve irade beyanlarının yorumlanması ışığında, bakiye kısım bakımından, kısmi ifa anına kadar, temerrüt faizi talep edilmeyeceği anlamına gelebilir. Dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında hem böyle yorumlara sebebiyet vermemek, hem de TBK m. 131 f. I ve II uyarınca hak kaybı yaşamamak için, kısmi ifa anında alacaklının faiz alacağını saklı tutması *-ihtirazi kayıt ileri sürmesi-* faydalı olur. Öte yandan, kısmi ifayı kabul zorunluluğu¹²⁹⁸ altında bulunan alacaklının ifayı kabul etme yönünde irade beyan etmesi, durum ve koşullar açıkça aksini göstermedikçe, temerrüt faizi alacağından vazgeçme veya erteleme anlaşması kurma yönünde bir öneri beyanı olarak değerlendirilmez.

3. Temerrüt Faizinin Oranı

Temerrüt faizinin oranının tespit edilmesinde, genel olarak borçlu temerrüdü bakımından uygulama alanı bulan TBK m. 120 hükmü ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (*Faiz Kanunu*)¹²⁹⁹ uygulanır. TBK m. 120 f. I uyarınca, kural olarak, taraflar, sözleşmeyle temerrüt faizi oranını kararlaştırabilir. Nitekim, temerrüt faizini düzenleyen hükümler, emredici değil düzenleyici hukuk kuralıdır¹³⁰⁰. TBK m. 120 f. II uyarınca, sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, yürürlükteki mevzuat çerçevesinde belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Öte yandan, TBK m. 120 f. II uyarınca öngörülen üst sınır yalnızca adi işler

¹²⁹⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 54; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 37; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 21, 26, dn. 37; Yargıtay 11. HD, E. 1974/4824, K. 1975/1542, T. 6.3.1975 (Kazancı): “(...) Her ne kadar teslim süresi davacının kabul cevabında belirtilmiş ise de davalının akit gereğince 205 metreküüp kum teslim ettiğini davacı kabul etmiştir. Şu hâlde bilirkişi raporunda bu teslimat tarihinin kesin olarak tespit edilemediği belirtildiğinden davacının kabul ettiği teslimata ait tarihin araştırılarak teslim süresinin zımnen uzatılmış olup olmadığının tayin ve takdir edilmesi icap eder. Bu sürenin uzatıldığı sonucuna vardığı takdirde satıcı davalının davacı tarafından temerrüde düşürülmeden aktin feshi ve uğranılan zararın tazmini yoluna gidilemez (...)”; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹²⁹⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 54.

¹²⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/II/D/3, “Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu” isimli başlık.

¹²⁹⁹ RG T. 19.12.1984, S. 18610.

¹³⁰⁰ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 104 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 104 OR N 33; Cantieni, s. 140; Engel, Obligations, s. 695; İsvFM, ATF 117 V 349.

için geçerlidir; ticari işler için uygulanmaz¹³⁰¹. Zira, özel kural niteliğindeki TTK m. 8 f. I hükmünde “*ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir*”.

TBK m. 120 f. I uyarınca uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Keza, ticari işler bakımından temerrüt faizini düzenleyen TTK m. 9 uyarınca, ticari işlerde temerrüt faizi hakkında -sözleşmede hüküm yoksa- ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. TBK m. 120 f. I ile TTK m. 9 hükümlerinde atıf yapılan mevzuat hükmü, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’dur.

Faiz Kanunu m. 2 f. I uyarınca, temerrüde düşen borçlu, birinci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Faiz Kanunu m. 1 f. I hükmüne göre, TBK ve TTK uyarınca adi ve ticari işlerde faiz ödenmesi gereken hâllerde, faiz oranı, sözleşmeyle tespit edilmemişse, yıllık yüzde on iki (%12) olarak kabul edilir. 20.5.2024 tarihli ve 8485 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile¹³⁰², kanuni faiz oranı, 1 Haziran 2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık %24 olarak tespit edilmiştir. Öte yandan, 1 Ocak 2005 tarihinden 1 Haziran 2024 tarihine kadar, temerrüt faizi oranı, 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla¹³⁰³ yıllık %9 olarak belirlenmiştir.

Ticari işlerde, alacaklı, Faiz Kanunu m. 2 f. II uyarınca, TCMB’nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, temerrüt faizini bu oran üzerinden isteyebilir. Söz konusu faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faizi oranından beş puan veya daha yüksek oranda fazla ise, yılın ikinci yarısında 30 Haziran günü uygulanan oran geçerli olur. Kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı, uygulamada kısaca avans faizi olarak anılmaktadır. Böylece, ticari işlerde, alacaklı, avans faizi uyarınca temerrüt faizi talep etme konusunda bir

¹³⁰¹ **Nomer**, Borçlar Genel, N 191; **Yağcı**, s. 432; **Yargıtay HGK**, E. 2013/2249, K. 2015/1362, T. 15.5.2015 (Lexpera): “(...) Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK’nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir (...)”; **Yargıtay 3. HD**, E. 2019/4220, K. 2019/7367, T. 2.10.2019 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2017/4444, K. 2019/1093, T. 13.2.2019 (Kazancı); **Yargıtay 8. HD**, E. 2018/9456, K. 2018/13056, T. 23.5.2018 (Kazancı).

¹³⁰² RG T. 21.5.2024, S. 32552.

¹³⁰³ RG T. 30.12.2005, S. 26039.

seçim hakkına sahip olur¹³⁰⁴. TCMB'nin, ticari işlerde uygulanacak faiz oranını Resmî Gazete'de ilan ettiği görülmektedir¹³⁰⁵. Avans faizi dışında, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemler bakımından, TTK m. 1530 f. VII uyarınca, TCMB tarafından her yıl ocak ayında ilan edilen özel faiz oranı da uygulanabilir¹³⁰⁶.

C. Aşkın Zararın Tazmini

1. Genel Olarak

Her ne kadar temerrüt faizi kusura bağlı olmayan götürü bir gecikme tazminatı işlevi görse de, bir para borcu söz konusu olduğunda, temerrüt faizinin alacaklının gecikmeden kaynaklanan bütün zararını karşıladığını söylemek her durumda mümkün değildir. Temerrüt faizinin alacaklının bütün zararını tazmin etmediği hâllerde, kanun koyucu, temerrüt faiziyle karşılanamayan **aşkın (ek / munzam) zarar** için ek bir giderim imkânı öngörmüştür¹³⁰⁷. TBK m. 122 f. I (İsvBK m. 106 f. I) uyarınca, alacaklı

¹³⁰⁴ Yargıtay'a göre söz konusu seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bkz. **Yargıtay HGK**, E. 2017/13-1704, K. 2020/534, T. 7.7.2020 (Lexpera): "(...) Seçilecek faiz türü hususunda ise kanun hükmü ile seçim hakkı alacaklıya tanındığından bu hukuki ilişkiyi düzenleyen kanun hükmünden doğan bir sonuçla seçim hakkı genel kuraldaki gibi borçluya ait olmayıp alacaklıya aittir. Seçim hakkı, hukuki niteliği itibarıyla, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır. İrade beyanı, karşı tarafa varmakla kendiliğinden sonuçlarını doğurur; borcun konusu, tek bir edim hâlinde kesin olarak belli olur. Böylece edim, sanki başlangıçtan beri borçlanılmış kesin ve belirli bir edim hâlini alır. Seçim beyanı, geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Bu niteliği ve özelliğiyle seçim hakkı, yenilik doğuran bir hak olup, değiştirici yenilik doğuran haklar grubuna girer. Bunun sonucu olarak, seçim hakkının kullanılması ile mevcut hukukî (durum) ilişkisi değişir. Seçim hakkı, yenilik doğuran hak olduğu için kullanılmakla sona erer. Bu nedenle seçim beyanından dönülemez (...)"

¹³⁰⁵ Avans faizinin TCMB tarafından farklı aralıklarla ve değişen oranlarda ilan edildiği görülmektedir. Oysa, temerrüt faizi yerine uygulanacak olan avans faizi açısından belirleyici olan oran, Faiz Kanunu m. 2 f. II hükmünde zikredilen 31 Aralık ve 30 Haziran dönemlerinde geçerli olan orandır. Dolayısıyla avans faizi oranının altışar aylık periyotlarla belirlenmesi gerekir. Bkz. **Nomer**, Borçlar Genel, N 192.7 ve dn. 1896; **Yargıtay 15. HD**, E. 2016/3587, K. 2017/2569, T. 15.6.2017 (Kazancı): "(...) Bu maddeye göre ticari işlerde uygulanacak temerrüt faizi altışar aylık periyotlarla avans faizi oranına göre belirlenmekte olup, temerrüde düşen borçludan istenebilecek faizin oranı da değişen bu oranlara göre belirlenmelidir (...)"

Avans faizi, TCMB'nin 23.12.2023 tarihli ve 32408 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen tebliği uyarınca, 23.12.2023 tarihinden 1.4.2024 tarihine kadar %44,25; 1.4.2024 tarihli ve 32507 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen tebliği uyarınca, 1.4.2024 tarihinden itibaren %51,75 olarak belirlenmiştir. Bu orana, TCMB'nin internet sitesinden de ulaşmak mümkündür. Bkz. <https://www.tcmb.gov.tr>.

¹³⁰⁶ TCMB tarafından 2.1.2024 tarihli ve 32417 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan tebliğ ile, TTK m. 1530 f. VII uyarınca mal ve hizmet tedarikinde alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faizi oranı %48 olarak tespit edilmiştir. Kanımızca, TTK m. 1530 f. VII uyarınca belirlenen özel faiz oranının avans faizinin (%51,75) gerisinde kalması nedeniyle varlık amacı tartışmaya açık hâle gelmiştir.

¹³⁰⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 106 OR N 4; **CR-Thévenoz**, art. 106 CO N 1; **Weber**, Festschrift Bucher, s. 791 vd.; **Ayrancı**, s. 115 vd. İsviçre Hukuku'nda Fransızca aşkın zarar için "*ek zarar*" anlamına gelen "*dommage supplémentaire*" kavramına yer verilse de, "*temerrüt faizi tazminatı*" anlamına gelen "*dommages-intérêts moratoires*" veya "*giderici tazminat*" anlamına gelen "*dommages-intérêts compensatoires*" kavramları da kullanılır. Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 106 CO N 1 ve özellikle dn. 1; **Schönle**, *Intérêts moratoires*, s. 663-664. Almanca ise "*diğer zararlar*" anlamına gelen "*weiterer Schaden*" veya "*faiz zararı*" anlamına gelen "*Zinsschaden*" tabiri kullanılır. Bkz. **BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand**, Art. 106 OR N 2.

temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu, kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür. TBK m. 122 f. II (İsvBK m. 106 f. II) uyarınca, temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.

TBK m. 122 hükmünde öngörülen aşkın zararın tazmini kuralı, bir yandan TBK m. 118 hükmünde öngörülen borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmedikçe borcun geç ifasının yol açtığı bütün zararlardan sorumlu olduğu yönündeki kuralı somutlaştırır ve tekrar eder; diğer yandan da kusurdan ve zarardan bağımsız bir şekilde temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü öngören TBK m. 120 hükmünün eksik yönlerini tamamlar¹³⁰⁸. Böylece, TBK m. 122 hükmü, alacaklıya, borçlu temerrüdü nedeniyle maruz kaldığı menfaat kaybını tamamen telafi etme imkânı sunar. TBK m. 122 çerçevesinde, alacaklının daha önce elde ettiği temerrüt faizi, gecikmeden kaynaklanan toplam zarardan mahsup edilir ve temerrüt faizi ile gecikmeden doğan gerçek zarar arasındaki fark aşkın zarara vücut verir. Sözleşmeyle daraltılmadıkça, TBK m. 122 hükmünün geniş bir uygulama alanı vardır. Zira, alacaklının temerrüt faizi talep edebildiği her durumda ve buna cevaz veren hukukun her alanında, alacaklının temerrüt ile karşılanamayan aşkın zararının giderilmesini talep etmesi mümkündür¹³⁰⁹.

2. Tazminatın Temel Şartları

TBK m. 122 hükmü, TBK m. 120 hükmü çerçevesinde temerrüt faiziyle giderilmemiş ve açıkta kalmış zararların tazminini hedefler. Bu nedenle, aşkın zararın tazmini için ilk koşul, temerrüt faiziyle karşılanamamış bir **ek (aşkın / munzam) zararın** varlığıdır¹³¹⁰. Alacaklının uğradığı bütün kayıpların giderilmesini hedef alan TBK m. 122 hükmü çerçevesinde, aşkın zarar, alacaklının temerrüt yani geç ifa nedeniyle uğradığı zarar ile TBK m. 120 uyarınca hesap edilen temerrüt faizi arasındaki farktan oluşur¹³¹¹. Fark teorisine (*Differenzlehre / Differenzhypothese*)

¹³⁰⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 5. İsvBK m. 106 (TBK m. 122) hükmünün İsvBK m. 103 (TBK m. 118) hükmünü tekrar ettiği yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz, N 1395; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 4.

¹³⁰⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 6.

¹³¹⁰ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 9; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 106 OR N 2; Ayrancı, s. 115 vd.

¹³¹¹ BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 106 OR N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 6, 11a; Schönle, Intérêts moratoire, s. 663-664; Ayrancı, s. 141-142; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321; Yargıtay HGK, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) Aşkın (munzam) zarar, para borcunun ifasında borçlunun

uygun olarak, alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı zarar ise, borç zamanında ifa edilse idi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum ile borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aldığı mevcut durum arasındaki farktır¹³¹².

Temerrüt faizine ilave olarak alacaklının uğradığı aşkın zararın giderilmesi neticesinde, alacaklının malvarlığı, borçlunun borcunu zamanında ve gecikmeksizin ifa etmesi hâlinde içinde bulunacağı hukuki konuma getirilmiş olur. Aşkın zarar, gecikme sebebiyle talep edilen zarar açısından olduğu gibi, alacaklının **olumlu zararını** yani ifa menfaatini gidermeyi amaçlar¹³¹³. Alacaklının aşkın zararı hesap edilirken nazara alınacak olan temerrüt faizi, kanuni temerrüt faizi olabileceği gibi, sözleşmesel temerrüt faizi de olabilir¹³¹⁴. Temerrüt faiziyle karşılanamayan ek zarara pek çok örnek vermek mümkündür:

- **Yatırım kayıpları:** Alacaklı, borç zamanında ifa edilseydi, parasını temerrüt faizinden daha iyi gelir getiren bir yatırım aracına bağlayacak idiyse, aşkın zarara uğramış sayılır¹³¹⁵. Bu durumda, alacaklı, seçmeyi planladığı özel yatırım aracına dair delil sunarak zararını ispat edebilir. Nitekim, İsviçre gibi ekonomisi

kusuruyla temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklı nezdinde ortaya çıkan zararın temerrüt faiziyle karşılanamaması hâlinde söz konusu olan bir zarar olup bu zarar, borçlunun temerrüdü ile borcun ödendiği tarih aralığındaki dönemi kapsamaktadır. Bu anlamda aşkın (munzam) zarar, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğuna dair ilkelere bağlı bir zarar türü olarak kabul edilir (...). Aşkın (munzam) zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır (...).”; Yargıtay 3. HD, E. 2023/1897, K. 2024/1099, T. 12.3.2024 (Kazancı); Yargıtay 15. HD, E. 2020/967, K. 2021/859, T. 15.3.2021 (Kazancı); Yargıtay 15. HD, E. 2018/3765, K. 2018/4907, T. 6.12.2018 (Kazancı); Yargıtay 15. HD, E. 2017/2736, K. 2018/1742, T. 25.4.2018 (Kazancı).

¹³¹² von Tuhr/Escher, § 73, s. 144; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; BK-Becker, Art. 103 OR N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 15; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 103 OR N 5; CHK-Furrer/Wey, Art. 103 OR N 8; Bucher, AT, s. 360-361; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2674; Schenker, Schuldnerverzug, N 255; Schenker, Schadensberechnung, s. 31; Ramoni, N 24; Wiegand, recht 1983, s. 123; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 482; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1583; İsvFM, ATF 123 III 241; ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321.

¹³¹³ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 6; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321: “(...) Alacaklının temerrütten kaynaklanan zararı olumlu zarardır ve malvarlığının güncel durumu ile borçlu borcunu zamanında yerine getirmiş olsaydı malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farkı ifade eder İsvBK m. 104 uyarınca temerrüt faizi hesaba katılmalıdır. İsvBK m. 106 uyarınca, gecikme sebebiyle uğranılan zararın tamamı dikkate alınmaz, bu zarar sadece temerrüt faizinden yüksek olduğu durumda hesaba katılır. (...)”.

¹³¹⁴ Nomer, Borçlar Genel, N 196; Yargıtay HGK, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) TBK’nın 122. maddesi kapsamına kanuni temerrüt faizinin yanında akdi temerrüt faizinin uygulandığı borç ilişkileri de dâhildir. Eş söyleyişle alacaklının, borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiden doğan temerrüt faizinin akdi yahut yasal olması, aşkın (munzam) zararın talep edilebilirliğine engel teşkil etmez. Burada önem arz eden husus alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayan zararının mevcudiyetinin ispatıdır (...).”; Yargıtay 3. HD, E. 2023/1897, K. 2024/1099, T. 12.3.2024 (Kazancı).

¹³¹⁵ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 35 vd.; Schenker, Unternehmenskauf, s. 408; Weber, Festschrift Bucher, s. 793; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321.

istikrarlı olan ülkelerin aksine, ülkemizde rayiç mevduat faizleri, temerrüt faizinden yüksek olduğu için, yatırımlarını vadeli mevduat hesaplarında değerlendiren alacaklının bu imkândan yoksun kalması, alacaklı nezdinde aşkın zarara yol açar. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre¹³¹⁶, bankalar veya sigorta şirketleri gibi finans kuruluşları söz konusu olduğunda, doğrudan ticari faaliyet için kullanılması gerekmeyen kredilendirilmiş meblağların gereksiz yere tutulmayıp gelir getirecek şekilde yatırıma yönlendirildiği şeklinde bir fiili (*doğal*) karine (*praesumptio hominis*) mevcuttur. Söz konusu fiili karine çerçevesinde, finans kuruluşunun, parayı piyasadaki mevcut kredi (*borç*) faizi üzerinden değerlendireceği kabul edilebilir¹³¹⁷. Şayet, finans kuruluşu, kredi kullandırma dışında pek çok farklı finans alanında faaliyet gösteriyorsa, ortalama kâr oranı üzerinden yoksun kaldığı kâr, aşkın zararı oluşturur. Finans kuruluşları için kabul edilen fiili karinenin, enflasyon sorununu bir türlü çözemeyen ülkemiz açısından bütün tacirleri içine alır şekilde genişletilmesi ve meslek icabı sözleşme akdeden tacirlerin Türk Lirası mevduatlarını vadeli hesapta tutacağına karine olarak kabul edilmesi isabetli olur. Keza, tacir olmasa bile, yüksek meblağları konu edinen işlemlerde, örneğin bir taşınmaz satışında, paranın mutlaka faiz getirecek şekilde değerlendirileceği varsayılmalıdır¹³¹⁸. Öte yandan, alacaklı, sadece normal para piyasası araçlarını değil, daha yüksek gelir getirecek finansal varlıklara yatırım yapacağını iddia ediyorsa, bu iddiasını ispat etmek zorundadır¹³¹⁹.

- **İkame kredi masrafları:** Alacaklının, borcunu tahsil edememesi nedeniyle meydana gelen finansman açığını kapatmak için, daha maliyetli imkânlara başvurması sonucunda meydana gelen zarar da aşkın zarar kapsamında

¹³¹⁶ İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321. İsviçre Federal Mahkemesi'yle aynı görüşte bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 35 vd.; Weber, Verzugsschaden, s. 333 vd.; Schönle, Intérêts moratoire, s. 663, dn. 44; Cantieni s. 89 vd.; Honsell, Verzugsschaden, s. 511. Söz konusu içtihat, Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına dayanır. Bkz. AlmFM, BGHZ 62, 103 = NJW 1974, s. 895 vd.; BGHZ 104, 337 = NJW 1988, s. 1967 vd.; BGH, NJW 1988, s. 1971 vd. Alman Hukuku'nda aynı görüşte bkz. Staudinger-Feldmann, BGB § 288 N 40; Soergel-Benicke/Nalbantis, BGB § 288 N 53; Emmerich, § 17 N 30. Söz konusu karinenin dar ve belirsiz olduğu yönünde bkz. CR-Thévenoz, art. 106 CO N 7.

¹³¹⁷ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 7; Schönle, Intérêts moratoire, s. 662; İsvFM, ATF 81 II 213.

¹³¹⁸ Genel yaşam deneyimlerine göre, belli bir miktarın üzerindeki paranın, öylesine değil, faiz getirecek şekilde banka hesabında tutulduğu söylenebilir. Böylece, alacaklının geç ifa nedeniyle uğradığı zarar, kendisinden somut bir delil ikame etmesi beklenmeksizin, soyut bir biçimde hesaplanmış olur. Nitekim, kanun koyucu, zararın soyut yöntemle hesap edilmesine TBK m. 213 ve 236 hükümlerinde cevaz vermiştir. Aşkın zararın soyut bir biçimde hesaplanması konuda detaylı bilgi için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 32 vd., özellikle, N 34. Zararın soyut biçimde hesaplanması konusunda bkz. aşağıda, B.3/III/B/4/d/iii, "Soyut (Objektif) Yöntem" isimli başlık.

¹³¹⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 38; Schenker, Unternehmenskauf, s. 408.

değerlendirilir. Nitekim, alacaklının elde edemediği miktarı başka bir yerden temin etmesi, örneğin, temerrüt faizinden daha yüksek faizli bir ikame kredi kullanması veya mevcut kredi ilişkisini daha maliyetli şekilde devam ettirmesi aşkın zarar teşkil eder¹³²⁰. Söz konusu aşkın zararın kapsamına, banka komisyonları gibi, ikame kredi maliyetinin tamamı girer¹³²¹. Borçlu temerrüdü ile kredi kullanımı arasındaki nedensellik ilişkisi, hayatın olağan akışına ve genel tecrübe kurallarına uygunsa, söz konusu kredi kullanımının zarara sebebiyet verdiği yönünde bir fiili (*doğal*) karinenin mevcut olduğu söylenebilir¹³²². Alacaklının ikame kredi masrafları aşkın zarar kapsamına girse de, alacaklının zararı artırmama külfeti çerçevesinde, makul kredileri tercih etmesi ve yüksek maliyetli borçlanma araçlarından uzak durması gerekir¹³²³.

- **Üçüncü kişilere yapılan ödemeler:** Borçlunun borcunu geç ifa etmesi nedeniyle, alacaklının üçüncü kişilere ödemek zorunda olduğu tazminat, sözleşme cezası veya daha yüksek akdi temerrüt faizi, aşkın zararın kapsamına girer¹³²⁴. Özellikle arka arkaya yapılan “*back-to-back*” işlemlerde gecikme bu tür zararlara sebebiyet verir.
- **Diğer menfaat kayıpları:** Alacaklının ödemede yaşanan aksaklık nedeniyle temin etmesi gereken malları pahalıya temin etmesi veya belli satın alma fırsatlarını kaçırmaması ya da menfaat kaybına uğraması, aşkın zarar olarak nitelendirilir¹³²⁵.

Aşkın zararın tazmini rejimi, TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) hükmünde düzenlenen genel sözleşmesel sorumluluk rejiminde bir değişiklik meydana getirmez. TBK m. 122 uyarınca aşkın zararın tazmin edilebilmesi için, borçlunun **kusurlu** olması şarttır¹³²⁶. Bu açıdan, TBK m. 122 f. I uyarınca bir sözde karineye ver verilerek,

¹³²⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 147; BK-Becker, Art. 106 OR N 4; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 14, 39-41; Honsell, Verzugsschaden, s. 511; Schönle, Intérêts moratoire, s. 661; Schenker, Unternehmenskauf, s. 408; Weber, Festschrift Bucher, s. 794; Cantieni s. 80; Sogo, s. 71; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1631; Barlas, Temerrüt, s. 204-205; Ayrancı, s. 152 vd.; KanM (Basel), 14.1.1995, SJZ 1996, s. 315; KanM (Valais), 27.10.1993, RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39.

¹³²¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 14; Ayrancı, s. 154.

¹³²² CR-Thévenoz, art. 106 CO N 8; Honsell, Verzugsschaden, s. 511; Schönle, Intérêts moratoire, s. 661, dn. 31; KanM (Valais), 27.10.1993, RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39.

¹³²³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 42; Cantieni s. 80 vd.; Sogo, s. 71 vd.; Emmerich, § 17 N 30; Rüetschi, Geldleistung, s. 32 vd.

¹³²⁴ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 103 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 14; Schenker, Unternehmenskauf, s. 408. Ayrıca bkz. Sogo, s. 71 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1631; Barlas, Temerrüt, s. 203; Ayrancı, s. 151.

¹³²⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 14; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1631; Ayrancı, s. 190 vd..

¹³²⁶ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 44-45; Weber,

borçlunun kusurlu olduğu -karine olarak- kabul edilmiş ve kusursuzluğun ispatı (*exculpation / Exkulpation*) borçluya bırakılmıştır¹³²⁷. Öte yandan, TBK m. 116 (İsvBK m. 101) uyarınca, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden, kusursuz dahi olsa sorumlu olduğu unutulmamalıdır. Para borcu söz konusu olduğunda, borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi oldukça zordur. Zira, bir para borçlusundan beklenen özen yükümlülüğü, oldukça yüksektir. Bu nedenle, borçlunun **ödeme güçsüzlüğüne düşmesi** (*impécuniosité* veya *insolvabilité / Zahlungsfähigkeit*), onun kusursuz olduğunu göstermez¹³²⁸. Para borcu söz konusu olduğunda, borçlunun kusursuzluğunu ispat edebilmesi için, borçlunun ödeme güçsüzlüğünün olağanüstü durumlardan ileri gelmesinin yanı sıra, söz konusu olayların öngörülemez nitelikte olması, ödeme güçsüzlüğü yaratan olaydan kaçınmanın veya ona karşı önlem almanın çok zor ya da imkânsız olması ve borçlunun mali kaynakları üzerinde alışılmışın dışında bir etki doğurması şarttır¹³²⁹. Dolayısıyla, mutlak surette borçlunun önüne geçemeyeceği ve bizzat sorumlu olmadığı vakılardan ileri gelmedikçe, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi, onun kusursuz olduğunu göstermez¹³³⁰.

Kamu otoriteleri tarafından, öngörülemez bir biçimde, borçlunun kullanacağı ödeme araçlarının yasaklanması veya bloke edilmesi, borçlunun kusursuz olduğu anlamına gelebilir¹³³¹. Örneğin, PayPal'ın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na yaptığı lisans başvurusunun reddedilmesi üzerine ülkemizde faaliyetlerini durdurması neticesinde borçlunun borcunu zamanında ifa edememesi, borçlunun

Festschrift Bucher, s. 795; **Engel**, Obligations, s. 694; **Sogo**, s. 51; **Ayrancı**, s. 124-125; **Yargıtay HGK**, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) *Aşkın (munzam) zararın varlığı için gereken üçüncü koşul; borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmasıdır. Zira aşkın (munzam) zarar sorumluluğu, temerrüt faizinden sorumluluktan farklı olarak kusur sorumluluğuna dayanmakta olup burada aranan kusur, borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur. Ancak aşkın (munzam) zarar iddiasının ileri sürüldüğü durumlarda sorumluluk için, diğer koşulların varlığı durumunda borçlunun temerrüde düşmedeki kusurunun varlığı asıldır. Başka bir anlatımla temerrüt sonrasında borçlunun temerrüde düşmedeki kusurunun alacaklı tarafından ispatı gerekmez. Aksine borçlu, temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlamadıkça ortaya çıkan aşkın (munzam) zarardan sorumludur (...)*”; **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/1897, K. 2024/1099, T. 12.3.2024 (Kazancı).

¹³²⁷ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; **Engel**, Obligations, s. 694; **Weber**, Festschrift Bucher, s. 795; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1632; **Nomer**, Borçlar Genel, N 196; **Ayrancı**, s. 124-125; **Yargıtay HGK**, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/1897, K. 2024/1099, T. 12.3.2024 (Kazancı).

¹³²⁸ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 106 OR N 2a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 44; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; **Engel**, Obligations, s. 694; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 393; **Sogo**, s. 101 vd.; **İsvFM**, ATF 60 II 337.

¹³²⁹ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; **Sogo**, s. 101 vd. Detaylı bir inceleme için bkz. **Sogo**, s. 9 vd.

¹³³⁰ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 106 OR N 2a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 44; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; **Engel**, Obligations, s. 694; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 393; **İsvFM**, ATF 60 II 337.

¹³³¹ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 44; **Engel**, Obligations, s. 694; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 393.

kusursuz olduğunu gösterebilir. Keza, savaş, genel grev veya siber saldırı gibi mücbir sebepler nedeniyle, alacaklıya ödemenin geç ulaşması durumunda, borçlunun kusursuz olduğu sonucuna varılabilir¹³³². Yine, istisnai hâllerde, borçlu, kusur olmaksızın borcun varlığını ve muaccel hâle geldiğini bilmiyorsa ve bilebilecek durumda değilse, kusur olduğu söylenebilir¹³³³.

Genel sözleşmesel sorumluluk açısından olduğu gibi, tazminata vücut veren zarar unsurunu ispat etmek alacaklının sorumluluğundadır. Başka bir deyişle, alacaklı, temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın bir zarara uğradığını bizzat kendisi ispat etmek durumundadır¹³³⁴. Yine, genel sözleşmesel sorumluluk rejiminde olduğu gibi, borca aykırı davranış ve uygun nedensellik bağı unsurları alacaklı tarafından ispat edilir. Daha açık bir ifadeyle, borçlunun temerrüde düşerek borcunu geç ifa ettiğini ve söz konusu geç ifanın hayatın olağan akışı çerçevesinde alacaklı nezdinde aşkın zarara sebep olduğunu, alacaklı ispatlar.

Zararın ispatı belli zorluklar içerse de, alacaklı, varlığını ispat ettiği zararın miktarını kanıtlarken bazı imkânlardan yararlanabilir. İlk olarak, alacaklı TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) hükmündeki imkândan yararlanabilir ve zararın miktarının tam olarak ispat edilememesi nedeniyle, hâkimden zararı hakkaniyete uygun şekilde belirlemesini talep edebilir¹³³⁵. İkinci olarak, alacaklı, TBK m. 122 f. II (İsvBK m. 106 f. II) uyarınca, zararın miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, hâkimden, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmetmesini isteyebilir¹³³⁶. Esasen, TBK m. 122 f. II uyarınca miktarı belirlenebilecek olan zarar, henüz doğmamış olan, ancak ileride doğacağına kesin gözüyle bakılan **müstakbel (gelecekteki) zarardır**¹³³⁷. TBK m. 122 f. II

¹³³² CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 45; BK-Weber, Art. 74 OR N 126; von Tuhr/Escher, § 73, s. 147, dn. 30; Schenker, Schuldnerverzug, N 393; Engel, Obligations, s. 694.

¹³³³ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 45; Ayrancı, s. 132 vd.

¹³³⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 147; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 10-11; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1395; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1631; Barlas, Temerrüt, s. 191; İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321: “(...) Şayet alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığını iddia ediyorsa, ispat yükünü o taşır (İsvBK m. 106 ve İsvMK m. 8) (...)” (Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 38); KanM (Valais), 27.10.1993, RVJ 1994, s. 180 vd. = DC 1993, s. 39: “(...) Zararı ispat etme yükümlülüğü alacaklıya aittir. Örneğin, alacaklı, aşkın zararın tazminini talep ettiği meblağı başka bir yerden borç aldığını, bunları hangi oranda ve hangi süre boyunca borçlandığını ispat etmelidir (...)”.

¹³³⁵ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 6; Schönle, Intérêts moratoire, s. 661.

¹³³⁶ Hâkime tanınan gelecekteki zararı önceden belirleme yetkisi, usul ekonomisi ilkesine dayanır. Bkz. CR-Thévenoz, art. 106 CO N 1. Hâkime verilen söz konusu yetkisinin, işçiyi, işverenin geç ödemelerine karşı korumayı hedefleyen bir koruma normu olduğu yönünde bkz. BK-Becker, Art. 106 OR N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 46.

¹³³⁷ BSK-Widmer Lühinger/Wiegand, Art. 106 OR N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N

hükmünden yararlanan alacaklı, alacağının aynen ifasını talep ettiği yargılamada, mevcut aşkın zararının yanı sıra, ileride meydana gelmesi kesin olan zararının tazmin edilmesini talep eder. Böylece, alacaklı, asıl alacağın aynen ifasına hükmeden karar tarihinden, borcun fiilen ödendiği tarihe kadar geçen süre içinde uğrayacağı müstakbel zararlar için, tekrar dava açma yükünden kurtulur¹³³⁸. Hâkime müstakbel zararı önceden belirleme yetkisi veren söz konusu düzenleme, her ne kadar para borçları için ifade edilmiş olsa da, bütün tazminat hukuku açısından uygulanan genel bir kuraldır¹³³⁹.

3. Enflasyon Zararları

Enflasyon paranın satın alma gücünün belirli bir dönem içinde düşmesi veya ürün ve hizmetlerin genel fiyat seviyesinin sürekli olarak artması şeklinde tanımlanabilir¹³⁴⁰. Temerrüt faizi ve onu tamamlayan aşkın zarar rejimi ele alındığında, karşımıza çıkan en önemli sorun, paranın satın alma gücünün temerrüt faiziyle karşılanamayacak derecede düşmesi durumunda, alacaklının temerrüt faizi oranı ile enflasyon oranı arasındaki farkı, aşkın zarar adı altında talep etmesinin mümkün olup olmamasıdır. Türk Lirası kurunun Amerikan Doları, Euro veya İsviçre Frangı gibi rezerv para birimleri karşısında değer kaybetmesi ve Türk Lirası cinsinden alacağı bulunan alacaklının, önemli bir menfaat kaybına uğraması, aynı hukuki sorun kapsamına girer. Başka bir deyişle, paranın değerindeki değişikliklerin yanı sıra, kur dalgalanmaları da konunun kapsamına dâhildir¹³⁴¹. Mevcut çalışmada, ülkemizin uzun yıllardır aşına olduğu, paranın alım gücündeki düşme nedeniyle para alacaklısı nezdinde meydana gelen menfaat kaybını tanımlamak için “*enflasyon zararı*” kavramını kullanmayı uygun gördük¹³⁴².

46-48; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 12. Yalnızca doğacağına kesin gözüyle bakılan zararların değil, temerrüt hâlinin devamına bağlı olarak ortaya çıkacak olan zararların da hükmün kapsamına girdiği yönünde bkz. BK-Becker, Art. 106 OR N 5.

¹³³⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 47; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 106 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 395.

¹³³⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 147, dn. 29; BSK-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 106 OR N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 48; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 12; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1634; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 489.

¹³⁴⁰ Libchaber, s. 295, 296; Ayrancı, s. 162. Ekonomik bir kavram olarak enflasyon ve enflasyonun hukuki etkileri konusunda detaylı bir değerlendirme için bkz. Libchaber, s. 295 vd.

¹³⁴¹ Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 25; BK-Becker, Art. 106 OR N 4; Cantieni, s. 34 vd., 42 vd.; Weber, Festschrift Bucher, s. 792. Yalnızca kur dalgalanmalarının hükmün kapsamına girdiği yönünde bkz. von Büren, AT, s. 37; İsvFM, ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd.

¹³⁴² “*Enflasyon zararı*” kavramı daha önce Büyük Hukukçu Serozan tarafından kullanılmıştır. Bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 7. “*Kur farkı zararı (Währungsschaden)*” kavramı için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 27.

İsviçre-Türk Hukuku'nda, gerek öğretide gerek uygulamada, tek başına enflasyon zararının, yani paranın alım gücünde meydana gelen düşmenin, aşkın zarar olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmalıdır¹³⁴³. İsviçre öğretisi tarafından neredeyse oybirliğiyle kabul edilen¹³⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel içtihadında¹³⁴⁵, aşkın zararın soyut bir şekilde ispatı yeterli görülmemiş ve somut bir şekilde zararın ispat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bizim “*somut zarar görüşü*” şeklinde isimlendirdiğimiz¹³⁴⁶ bu fikri benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kural olarak, zararı ortaya koyan somut bir delilin varlığı zorunludur. Başka bir deyişle, yalnızca enflasyon sebebiyle meydana gelen zarar, TBK m. 122 hükmünün kapsamı dışındadır. Alacaklının, borcun geç ödenmesi sonucunda, paranın değer kaybetmesine bağlı bir zarara uğradığını ileri sürmesi durumunda, alacaklı, zamanında ödemenin yapılmış olması ihtimalinde, parasını doğrudan başka bir para birimine çevirerek zarardan kaçınacağını ispat etmelidir¹³⁴⁷.

Aslında borçlunun temerrüt nedeniyle sorumlu olması gereken enflasyon zararlarının bütün ispat yükünü alacaklıya yükleyen Yüksek Mahkeme, bu durumu yumuşatmak amacıyla, hayatın olağan akışı ve genel yaşam tecrübelerine dayanarak bir **fiili (doğal) karine** kabul etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, genel yaşam tecrübeleri ve hayatın olağan akışı çerçevesinde, alacaklının, elde edeceği parayı, yerleşim yerindeki veya mutlak iş yerindeki kanuni para biriminde tutacağı ya da o para birimine çevireceği kabul edilir¹³⁴⁸. Bu doğal karine uyarınca, zararın hesabı soyut

¹³⁴³ Tartışma hakkında bkz. BK-Becker, Art. 106 OR N 4; CR-Thévenoz, art. 106 CO N 9-10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 25-31; Schenker, Schuldnerverzug, N 282 vd.; Cantieni, s. 34 vd.; Lalive, s. 70 vd.; Droin, s. 579-580; Serozan, MHAD 1996, s. 44 vd.; Buz, Munzam Zarar, s. 369 vd.; Akcaal, s. 1088 vd. Paranın değer kaybı konusunda ortaya çıkan sorunlar hakkında bkz. Thévenoz, s. 43 vd.; Serozan, MHAD 1996, s. 41 vd.

¹³⁴⁴ CR-Thévenoz, art. 106 CO N 9-10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 25-31; Schenker, Schuldnerverzug, N 282-283; Cantieni, s. 44 vd.; Lalive, s. 70 vd.; Weber, Festschrift Bucher, s. 792. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Staudinger-Feldmann, BGB § 286 N 211 vd. Aksi görüşte bkz. Droin, s. 579-580.

¹³⁴⁵ İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321 (Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 38. Karar hakkında bkz. Wiegand, ZBJV 1998, s. 689 vd.; Vogel, ZBJV 1998, s. 383 vd.). Aynı yönde bkz. İsvFM, ATF 117 II 256 = JdT 1992 I 308 (Karar hakkında bkz. Merz, ZBJV 1993, s. 245; Vogel, ZBJV 1993, s. 349 vd.); ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd.

¹³⁴⁶ Yargıtay da güncel kararlarında aynı terminolojiyi tercih etmektedir. Bkz. Yargıtay 6. HD, E. 2024/3534, K. 2025/15, T. 13.1.2025 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Yargıtay 6. HD, E. 2023/1766, K. 2024/4097, T. 14.11.2024 (Kazancı).

¹³⁴⁷ Zira, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, söz konusu zararı oluşturan unsur satın alma gücündeki azalma değil, sözleşme para biriminin başka bir para birimi karşısında değer kaybetmesidir. Nitekim, borçlu temerrüdü nedeniyle alacaklı, borç zamanında ifa edilseydi, elde edeceği meblağı, değer kaybetmeyecek başka bir para birimine çevirme imkânından yoksun kalmıştır. Bkz. İsvFM, ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd. Aynı görüşte bkz. von Büren, AT, s. 37. Aksi görüşte bkz. BK-Becker, Art. 106 OR N 4; Cantieni, s. 35 vd.

¹³⁴⁸ İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321: “(Fr) D’après la jurisprudence du TF, on présume cependant dans de tels cas, selon l’expérience générale de la vie et le déroulement habituel

olarak yapılmaz ve ispat yükü tersine çevrilemez. Yalnızca, hayat tecrübesine dayanan zararın ispatı, alacaklı açısından kolaylaştırılır. Söz konusu fiili karine, İsviçre'deki bir alacaklı için (*İsviçre para birimine dönüştürme varsayımı*) geçerli olduğu gibi, yurtdışındaki bir alacaklı için (*kendi ulusal para birimine dönüştürme varsayımı*) de geçerlidir¹³⁴⁹. Bu durumda, önemli olan, borcun ifa yeri değil, alacaklının yerleşim yeri veya mutaat iş yeridir¹³⁵⁰. Karine her ne kadar alacaklı lehine getirilmiş olsa da, alacaklının parayı çevireceği para biriminin temerrüt süresi boyunca artması durumunda, karineye alacaklı aleyhine de başvurulabilir¹³⁵¹. Fiili karineyi çürütmek isteyen alacaklı, karşı ispat faaliyeti çerçevesinde, parayı kendi yerleşim yerinde geçerli olan para birimine değil, kur dalgalanmalarına karşı daha güçlü görünen veya temerrüt süresi boyunca daha az değer kaybetmiş olan başka bir para birimine çevireceğini ispat edebilir¹³⁵². Alacaklının somut bir şekilde iddiasını ispat etmesi gerekirse de, çok katı davranılmaması gerektiği ve dolaylı ispat faaliyetiyle yani emareler yoluyla da alacaklının iddiasını ispat edebileceği ifade edilmektedir¹³⁵³. Öte yandan, İsviçre hukuk uygulaması¹³⁵⁴ ve İsviçre öğretisi¹³⁵⁵, paranın satın alma gücünde yıkıcı bir çöküş olması durumunda, örneğin devalüasyon hâlinde, somut zarar görüşünden vazgeçerek, salt enflasyon zararının aşkın zarar kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

des choses, que le créancier aurait converti l'argent dans la devise légale de son domicile ou de son siège social; (De) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in solchen Fällen indes nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu vermuten, dass der Gläubiger das Geld in die gesetzliche Währung seines Wohn- oder Geschäftssitzes konvertiert hätte (...)”

¹³⁴⁹ Buna karşılık, söz konusu karine, yurtdışındaki bir İsviçreliye ödenecek olan İsviçre para birimi cinsinden alacak için geçerli değildir. Böyle bir durumda, İsviçreli alacaklının kendi ulusal para biriminden olan para alacağını başka bir para birimine dönüştürmeyeceği varsayılmalıdır. Bkz. **KanM (Genève)**, 30.1.1981, SJ 1982 97; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 106 OR N 27.

¹³⁵⁰ **İsvFM**, ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd. Aynı görüşte bkz. **BK-Weber**, Art. 84 OR N 339; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 106 OR N 27.

¹³⁵¹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 106 OR N 27.

¹³⁵² **Weber**, Festschrift Bucher, s. 792; **KanM (Ticino)**, 27.11.1979, SJZ 1980, s. 350.

¹³⁵³ **İsvFM**, ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd.: “(It) *Il problema non dev'essere vagliato con eccessivo rigore; (Fr) le juge ne doit pas soumettre cette estimation à des critères par trop rigoureux*”. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 11. HD**, E. 2014/16236, K. 2015/11459, T. 3.11.2015 (Kazancı): “(...) *munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (...)*”.

¹³⁵⁴ **İsvFM**, ATF 46 II 77; **KanM (Genève)**, 30.1.1981, SJ 1982 97. 1918 yılında Alman Markı ile 1970'li yıllarda Brezilya Cruzeirosu örnek gösterilebilir. Bkz. **KanM (Genève)**, 30.1.1981, SJ 1982 97; **CR-Thévenoz**, art. 106 CO N 10; **Thévenoz**, s. 44 vd.

¹³⁵⁵ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 106 OR N 31; **CR-Thévenoz**, art. 106 CO N 10; **Weber**, Festschrift Bucher, s. 792; **Lalive**, s. 70. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Staudinger-Feldmann**, BGB § 286 N 213: “*katastrophalen Verfall der Währung*”. Benzer yönde bkz. **BK-Becker**, Art. 106 OR N 4; **Ayrancı**, s. 169 vd.

İsviçre Hukuku'na benzer şekilde Türk Hukuku'nda bazı yazarlar¹³⁵⁶ somut zarar görüşünü savunmakta ve enflasyon olgusunun tek başına zararın ispatı için yeterli olmadığını belirtmektedir. Nitekim, uzun yıllar Yargıtay¹³⁵⁷, İsviçre Federal Mahkemesi'yle benzer gerekçelerle, tek başına enflasyon olgusunun, kur dalgalanmalarının, paranın alım gücündeki azalmanın veya mevduat faizlerinin temerrüt faizinden yüksek oluşunun aşkın zarara vücut vermeyeceğini ve alacaklının somut bir şekilde zarara uğradığını ispat etmesi gerektiğini savunmuştur. Yargıtay'ın söz konusu içtihadına göre, alacaklının soyut ve varsayıma dayalı olarak zarara uğradığını ileri sürmesi durumunda, zarar unsuru ispat edilmiş sayılmaz; alacaklı, borç zamanında ifa edilse idi onu değer kaybından kurtarmak için ne şekilde önlem alacağını ispat etmek zorundadır.

Dosya yoğunluğunu azaltmaya yönelik olduğu anlaşılan Yargıtay'ın söz konusu içtihadına karşılık, aksi yönde görüş bildirdiği kararlarına da sıklıkla rastlanmaktadır¹³⁵⁸. Hatta, 2021 yılında ülkemizde görülen yüksek enflasyonist ortam

¹³⁵⁶ **Eren**, Borçlar Genel, N 3461-3463; **Ayrancı**, s. 165 vd.; **Akçaal**, s. 1088 vd. Bu görüşü savunan yazarlar, soyut zarar görüşünün kabulü hâlinde temerrüt faizine ilişkin hükmün fiilen ortadan kalkacağını savunmaktadır. Bkz. **Akçaal**, s. 1088 vd. Oysa, kusura bağlı bir şekilde, tazminatın belirlenmesi ilkeleri ışığında hâkim tarafından tespit edilecek olan aşkın zarar tazminatının temerrüt faizinden oldukça farklı ilkelere tabi olduğu açıktır. Bu görüşü savunan yazarlar, öncelikle, ülkemizde niçin temerrüt faizinin enflasyon oranından oldukça düşük olduğunu açıklamalıdır.

¹³⁵⁷ **Yargıtay HGK**, E. 2021/11-938, K. 2022/401, T. 29.3.2022 (Kazancı): “(...) *Türk Borçlar Kanunu'nun 122. maddesi kapsamında aşkın (munzam) zararın talep edilebilirliğinin bir koşulu da alacaklı yönünden mevcut olan zararın açık ve somut bir biçimde ispatıdır. Bu bağlamda ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, alacaklı yönünden aşkın (munzam) zarar olarak nitelendirilemeyeceği gibi salt bu olguya dayanılması neticesinde zararın ispatına dair koşulun gerçekleştiği söylenemez. Zira burada zararın olgusunun, HMK'nın 194. maddesi kapsamında ispata elverişli bir şekilde somutlaştırılarak zarar iddiasının ispatı için gerekli tüm deliller ortaya konulmalıdır. Bu itibarla davacı tarafından ileri sürülen, ülkemizdeki belirli dönemlerde mevcut olan ekonomik olumsuzluklardan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı aşkın (munzam) zarar talebi, zarar olgusunun delili olarak kabul edilemez. Zira ülkemizdeki belirli dönemlerde var olan ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, tek başına davacının temerrüt faizi dışında bir zararının varlığının ispatı değildir. Dolayısıyla ekonomik şartlar sebebiyle ortaya çıkan yüksek enflasyon, döviz kurlarındaki dalgalanma, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma gibi olumsuzluklar, bir karine olarak kabul edilip davacıyı, kendi somut durumuna özgü vakıalarla oluştuğu iddia olunan zararı ispat yükümlülüğünden kurtarmayacağı gibi davacıya bu yönde herhangi bir ispat kolaylığı da sağlamaz (...)*”; **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/1897, K. 2024/1099, T. 12.3.2024 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2023/3426, K. 2024/566, T. 12.2.2024 (Kazancı); **Yargıtay 3. HD**, E. 2022/691, K. 2022/2136, T. 10.3.2022 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2021/6204, K. 2023/1610, T. 16.3.2023 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2023/1166, K. 2024/4988, T. 12.6.2024; **Yargıtay 11. HD**, E. 2023/1730, K. 2024/5132, T. 24.6.2024 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2021/6204, K. 2023/1610, T. 16.3.2023 (Kazancı); **Yargıtay 5. HD**, E. 2023/7546, K. 2024/2110, T. 22.2.2024 (Kazancı); **Yargıtay 5. HD**, E. 2024/42, K. 2024/5609, T. 8.5.2024 (Kazancı); **Yargıtay 2. HD**, E. 2023/8358, K. 2024/3287, T. 8.5.2024 (Kazancı). Daha eski kararlar için bkz. **Yargıtay HGK**, E. 1996/5-144, K. 1996/503, T. 19.6.1996 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 1993/5-600, K. 1994/80, T. 23.2.1994 (Kazancı).

¹³⁵⁸ **Yargıtay 11. HD**, E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.4.2019 (Kazancı): “(...) *Bu durumda, ilk derece mahkemesince, munzam zararın ispatı noktasında yukarıda açıklanan ilkeler gözetilerek, Dairemizin yerleşik içtihatlarında belirtildiği şekilde sepet formülüne göre munzam zararı hesabı*

sebebiyle, Yargıtay’ın 2024 yılında görüş değiştirdiği ve daha ılımlı bir şekilde, özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde tek başına enflasyon olgusunu aşkın zarar olarak nitelendirdiği görülmektedir¹³⁵⁹. Yargıtay’ın çelişkili kararları nazara alındığında, günümüze değin verilmiş bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaması içtihat birliğine ne kadar az önem verildiğinin göstergesidir¹³⁶⁰.

Yargıtay’ın enflasyon zararlarının tazminini zorlaştıran önceki yaklaşımına karşılık, Türk öğretisinde¹³⁶¹ hâkim fikir aksi yönde gelişmiş; pek çok yazar, “*soyut zarar görüşü*” olarak adlandırdığımız ve bizim de hukuken isabetli bulduğumuz yaklaşım çerçevesinde enflasyon zararının aşkın zarar olarak nitelendirilmesini kabul etmiştir. Kanımızca, hukukçunun içine doğduğu ülkenin sosyolojik ve ekonomik yapısına aykırı bir şekilde görüşünü temellendirmesi, gözlerini içinde yaşadığı topluma kapatması hukuken doğru ve isabetli sonuç vermez. İsviçre Federal

yapılması, bu doğrultuda, munzam zararın tespit edilebilmesi için borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılmaz olduğu ve nihayet her somut olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK’nın 50 ve 51. maddeleri (mülga BK’nın 42 ve 43.) çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bulunan bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken aldığı temerrüt faizi miktarı düşülerek hasil olacak sonuç çerçevesinde davacının munzam zararının olup olmadığı ve miktarı tayin ve tespit edilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir (...); **Yargıtay 11. HD**, E. 2015/15144, K. 2016/9357, T. 6.12.2016 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2014/16236, K. 2015/11459, T. 3.11.2015 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2013/1269, K. 2014/3520, T. 6.5.2014 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2010/9072, K. 2011/2976, T. 21.3.2011 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2008/4799, K. 2010/1264, T. 4.2.2010 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2008/6092, K. 2009/10171, T. 6.10.2009 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2007/11-668 K. 2007/798 T. 31.10.2007 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 1998/13-353, K. 1999/929, T. 10.11.1999 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2000/4720, K. 2000/6693, T. 22.5.2000 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2000/3723, K. 2000/6840, T. 19.9.2000 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 1999/9340, K. 2000/2652, T. 4.4.2000 (Kazancı); **Yargıtay 2. HD**, E. 2000/4720, K. 2000/6693, T. 22.5.2000 (Kazancı).

¹³⁵⁹ **Yargıtay 6. HD**, E. 2023/1766, K. 2024/4097, T. 14.11.2024 (Kazancı); **Yargıtay 6. HD**, E. 2024/3534, K. 2025/15, T. 13.1.2025 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹³⁶⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 8.10.1999 tarihli kararında içtihatların birleştirilmesine gerek görmemiştir. Bkz. **Yargıtay İBGK**, E. 1997/2, K. 1999/1, T. 8.10.1999 (Kazancı). Güncel kararlarına bakıldığında, 11. Hukuk Dairesi’nin ve Hukuk Genel Kurulu’nun sessiz sedasız, yani içtihadı birleştirme yoluna gidilmeden içtihat değiştirdiği anlaşılmaktadır. Örneğin krş. **Yargıtay HGK**, E. 2021/11-938 K. 2022/401 T. 29.3.2022 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2021/6204, K. 2023/1610, T. 16.3.2023 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2023/1166, K. 2024/4988, T. 12.6.2024; **Yargıtay 11. HD**, E. 2023/1730, K. 2024/5132, T. 24.6.2024 (Kazancı). Oysa, böyle bir durumda, Yargıtay Kanunu m. 15 f. I b. 2 uyarınca içtihadı birleştirme yoluna gitmek zorunludur.

¹³⁶¹ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1631; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 943; **Serozan**, Borçlar Genel, § 17 N 7; **Barlas**, Temerrüt, s. 210 vd.; **Droin**, s. 579-580; **Serozan**, MHAD 1996, s. 44 vd.; **Ergül**, s. 233 vd.

Mahkemesi'nin genel yaşam tecrübelerine ve hayatın olağan akışına dayandırdığı içtihadında¹³⁶², bir İsviçrelinin İsviçre Frangı cinsinden alacağını kural olarak aynı para biriminde tutacağı yönündeki fiili karinesi, bir Türk için aynı şekilde kabul edilemez. Zira, Türkiye'de hâkim olan genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışına göre benimsenen genel eğilim, enflasyonist bir para birimi olan Türk Lirası cinsinden bir alacağın, kural olarak ulusal para birimi olan Türk Lirası cinsinden elde tutulması değil; enflasyondan korunmak için Amerikan Doları veya Euro gibi bir rezerv para birimine ya da altın gibi değerini koruyan kıymetli bir madene dönüştürülerek saklanmasıdır. Nasıl ki İsviçre Federal Mahkemesi ve İsviçre öğretisi kendi tecrübe kurallarını esas almışsa, Türk uygulamasına ve öğretisine düşen de kendi tecrübe kurallarına göre bir çözüm yolu benimsemektir. O hâlde, Türk Hukuku'nda, Türk Lirası cinsinden bir alacağın bu para biriminde değil, enflasyondan korunmak için en elverişli şekilde (*örneğin bir rezerv para birimine veya kıymetli bir madene çevrilerek*) saklanacağı fiili (*doğal*) karine olarak kabul edilmelidir¹³⁶³. 1968 yılından beri TÜFE bazında fiyatların 876.000 kat arttığı nazara alınırsa, kabul ettiğimiz tecrübe kuralı doğruluğunu daha net bir şekilde ortaya koymuş olur¹³⁶⁴. Oysa, Yargıtay'ın aynı şekilde görüş bildirdiği İsviçre'de 1968 yılından günümüze değin fiyatlar 2,32 kat artmıştır¹³⁶⁵.

Savunduğumuz soyut zarar görüşü çerçevesinde, nasıl ki satıcının (TBK m. 213 f. III) ve alıcının temerrüdünde (TBK m. 236 f. III) soyut metot uyarınca borsa veya piyasa fiyatına göre zararın hesaplanabiliyorsa, aşkın zararın tazmini talebinde de

¹³⁶² İsvFM, ATF 123 III 241 = JdT 1998 I 290 = SJ 1993 I 321; ATF 117 II 256 = JdT 1992 I 308; ATF 109 II 436 = JdT 1984 I 194 = Pra 1984, s. 142 vd.

¹³⁶³ Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 7. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, E. 1998/13–353, K. 1999/929, T. 10.11.1999 (Kazancı); Yargıtay 11. HD, E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.4.2019 (Kazancı): “(...) Ülkemizde süregelen enflasyonun belli yıllarda yüzde yüzlerde seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin (kurların) her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı, banka kredileri faizlerinin yüzde iki yüze kavuştuğu, paranın iç alım (satım) alma değerinin büyük ölçüde azaldığı tartışmasız ve yaşanan bir gerçek olduğu çok açıktır. Böyle bir enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, örneğin en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Gerçekte de, anlatılan enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüünün de doğal bir sonucudur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir (...)”.

¹³⁶⁴ Bkz. TCMB, çevrimiçi: <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/b62e1fb7-ebc1-4922-99dc-b3ba23320b9f/enflasyon.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROO>.

¹³⁶⁵ Bkz. İsviçre Federal İstatistik Ofisi, İsviçre Tüketici Fiyat Endeksi, çevrimiçi: <https://lik-app.bfs.admin.ch/fr/lik/rechner?periodType=Monatlich&basis=AUTO&start=09.2023&ende=09.2024>

zararın soyut bir biçimde hesaplanması mümkündür¹³⁶⁶. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, verdiği bir bireysel başvuru kararında¹³⁶⁷, Yargıtay'ın aşkın zararın tazmini yönündeki içtihadının, enflasyon karşısında önemli bir zarara uğraması nedeniyle alacaklının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu durumda, hâkim, alacaklının talebi üzerine TBK m. 114 f. II atfıyla TBK m. 50 f. II uyarınca, aşkın zararı hesap etmelidir.

Yargıtay da 2024 yılı ve sonrasında ortaya koyduğu güncel içtihadında¹³⁶⁸, ülkemizde seyreden yüksek enflasyon nedeniyle bireylerin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak amacıyla girişimlerde bulunarak, paralarını vadeli mevduat, altın, devlet tahvili, döviz gibi yatırımlarda değerlendirmesinin, olayların

¹³⁶⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR N 32 vd., *özellikle*, N 34; Yargıtay 6. HD, E. 2024/3534, K. 2025/15, T. 13.1.2025 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Yargıtay 6. HD, E. 2023/1766, K. 2024/4097, T. 14.11.2024 (Kazancı). Zararın soyut biçimde hesaplanması konusunda bkz. aşağıda, B.3/III/B/4/d/iii, “Soyut (Objektif) Yöntem” isimli başlık.

¹³⁶⁷ AYM, T. 21.12.2017, 2014/2267 (RG T. 15.1.2018, S. 30312). Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararından sonra, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, konu hakkında verdiği kararını Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği ve bizim de savunduğumuz ilkeler ışığında temellendirmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018 (Kazancı). Öte yandan, öğretide Anayasa Mahkemesi'nin kararının bir içtihat değişikliğine sebebiyet vermesi gerektiği ifade edilse de, şimdiye kadar böyle bir içtihat değişikliğine rastlanmamıştır. Söz konusu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1631a.

¹³⁶⁸ Yargıtay 6. HD, E. 2024/3534, K. 2025/15, T. 13.1.2025 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); Yargıtay 6. HD, E. 2023/1766, K. 2024/4097, T. 14.11.2024 (Kazancı): “(...) Munzam zararın hesaplanmasında somut ve soyut yöntemler dikkate alınır. **Somut yöntemde**; davacı alacaklının munzam zarar kaleminin oluştuğunu somut bir biçimde ispatlaması gerekir. Örneğin borcunu zamanında tahsil edememesi nedeniyle kredi borçlanması yaptığını veya üçüncü kişilere borcunu zamanında ödeyememesi nedeniyle temerrüt faizi ödediğini, cezai şart gibi ödemelerde bulunduğunu, yine dövizle yapmış olduğu borçlanmadan dolayı borcunu zamanında ödeyememiş olması nedeniyle kur farkından kaynaklanan zararı olduğunu, ödemekle yükümlü olduğu vergi, sosyal sigorta prim ödemeleri gibi ödemeleri zamanında ifa edememesi nedeniyle gecikme faizi ödemek zorunda kaldığını iddia ederek bu zararını ispatlayabilir. **Soyut yöntemde**; yaşanan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler başka bir deyişle Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen genel kuralın istisnaları şeklinde ispat yükünü ortadan kaldıran olgular, ispat hukuku açısından alacaklı lehine değerlendirilir. Ülkemizde seyreden hiper enflasyon nedeniyle bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için çaba ve girişimlerde bulunmak, örneğin en azından vadeli mevduat, altın, devlet tahvili, döviz gibi yatırımlarda değerlendirmesi olayların normal akışına, hayat tecrübesine uygun bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Enflasyonist ortamda yaşayan normal makul bir insanın parasını atıl bir biçimde tutmayacağı, gelir getirecek bir yatırıma yatıracağı bilinen bir gerçektir. 818 Sayılı Borçlar Kanun'un 232 (TBK 187, madde de belirtildiği üzere herkesçe bilinen vakıalarla ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz). Yasal deyimle bu maruf ve meşhur vakıaların ispatına gerek yoktur. **Yüksek Enflasyon Dönemlerinde**; Sürekli ve yüksek enflasyonun görüldüğü ülke ekonomilerinde para borcunun zamanında ödenmemesi halinde alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi, borcun ifasının uzun süre alması nedeniyle alacaklı her zaman zarara uğrar. Bu zararın bazı ispat kolaylıkları ile de olsa ispat edilmesi gerekir. Paranın değer kaybetmesi alacaklının mal varlığında bir eksilmeye yol açması halinde alacaklının zararının bulunduğu kabul edilmelidir. **Normal Enflasyon Döneminde**; Normal enflasyon dönemlerinde temerrütten sonra ifa anına kadar paranın değer kaybetmesi kural olarak zararın varlığını göstermez. Enflasyon ülke ekonomisinde süreklilik ve yükseklik arz etmiyorsa bu durumda alacaklının somut olaylarla zararını 20.10.1989 gün ve 1988/4 esas 1989/3 karar sayılı İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında “para her zaman kullanılması mümkün ve temettü meta olduğundan geç ödenmesi halinde zararın varlığı kesindir.” denilerek para borcunu ödemekte geciken borçlunun bu eyleminden dolayı alacaklının zararının doğacağı kabul edilmiştir (...).”

normal akışına ve hayat tecrübesine uygun bir karine olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. İctihadında yüksek enflasyonlu dönem ve normal enflasyonlu dönem ayrımı yapan Yüksek Mahkeme, yüksek enflasyonlu dönemlerde, paranın değer kaybetmesinin, tek başına aşkın zarara yol açabileceğini savunmuştur. Kanımızca, somut olay özelinde Yargıtay'ın vardığı sonuç isabetli olsa da, kararda yer verilen yüksek ve normal enflasyon dönemi ayrımı hukuken isabet taşımaz. Zira, enflasyonun ne zaman yüksek ne zaman normal kabul edileceği, dolayısıyla alacaklının aşkın zararını hangi durumlarda somut bir biçimde ispat etmekle yükümlü tutulacağı, hukuki açıklık ve kesinlikten uzaktık. Söz konusu ayırım, alacaklı ve borçlu açısından öngörülemez bir belirsizlik yaratır. Bu nedenle, hukuk güvenliği ilkesi uyarınca, söz konusu ayırımdan vazgeçilerek, alacaklıya zararını soyut bir biçimde ispat etme imkânı tanınmalıdır.

Hakim, aşkın zararı hesaplarken yalnızca enflasyon oranlarını, yani TÜFE ve TÜFE oranlarını değil, Yargıtay'ın **sepet formülü** olarak adlandırdığı yöntem uyarınca¹³⁶⁹, yıllık enflasyon artış oranını, emtia fiyatlarındaki değişiklik oranlarını, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranlarını, döviz kurlarının Türk Lirası karşısında artış oranlarını, altın gibi değerli madenlerin rayiç değerindeki değişiklik oranlarını, memur ve emekli maaşlarındaki artış oranlarını, *-özellikle-* vergi ve harçlar için uygulanan yeniden değerlendirme oranlarını nazara almalıdır.

¹³⁶⁹ **Yargıtay 6. HD**, E. 2024/3534, K. 2025/15, T. 13.1.2025 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>); **Yargıtay 6. HD**, E. 2023/1766, K. 2024/4097, T. 14.11.2024 (Kazancı): “(...) Her somut olayın özelliği de dikkate alınarak bulunulacak zarar miktarının TBK'nun 50 ve 51. maddeleri (mülga BK'nın 42 ve 43 madde) kapsamında değerlendirilerek belirlenmesi gerekir. Munzam zararın hesap yönteminde dikkate alınacak ekonomik veriler; 1. Her yıl itibarıyla gerçekleşen TEFE- TÜFE, oranı, 2. Bankaların 3 aylık ortalama vadeli mevduat faiz oranları, 3. Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, 4. Döviz kurlarındaki Amerikan Doları ve Euro değişim oranları, 5. Asgari ücret artışı, 6. Altın fiyatlarındaki artış. Sepetteki bu verilerin ortalamasının mahkemece zararın hesaplanmasında dikkate alınması gerekir (...)”. Farklı örnekler bkz. **Yargıtay 11. HD**, E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.4.2019 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2015/15144, K. 2016/9357, T. 6.12.2016 (Kazancı); **Yargıtay 15. HD**, E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018 (Kazancı).

III. KISMİ TEMERRÜDÜN KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELER AÇISINDAN SONUÇLARI

A. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Seçimlik Haklara Başvurulması

1. Genel Olarak

Her bir sözleşme tarafının diğer tarafa borçlu ve alacaklı olduğu karşılıklı (*tam iki tarafa*) borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerde, bir tarafın edimini ifa etmekte gecikmesinin, karşı edimi ve karşı edim özelinde bütün borç ilişkisini etkilemeyeceğini düşünmek mümkün değildir. Zira, edim ve karşı edimi birbirine bağlayan sinallagma (*karşılıklılık / değiş tokuş*) ilişkisi ile sinallagmayı dengede tutan ve sözleşmenin kurulmasıyla birlikte tesis edilen nispi eşdeğerlik ilkesinin sözleşme hayatta kaldığı sürece korunması gerekir.

Karşılıklı sözleşmelerde TBK m. 97 (İsvBK m. 82) uyarınca ödemezlik def'i (*exceptio non adimpleti contractus*) yoluyla alacağına kavuşamayan alacaklıya kendi karşı edimini elde tutma yetkisi verilmesi, sinallagma ilişkisinin korunmasına ve edimler arası denkliğin devam ettirilmesine yarar. Öte yandan, ödemezlik def'iyle alacaklıya pasif ve edilgen rol biçilir; zira, borçlunun ifasında geciktiği alacak hakkı ve söz konusu alacağa dair ifa beklentisi varlığını korurken, alacaklı da kendi karşı edimini yükümlü olmaya devam eder. Dolayısıyla, bu ana kadar oyunun kurallarını, ifade geciken borçlu tayin eder. Nitekim, TBK m. 117-122 (İsvBK m. 102-106) hükümleri, karşı edim olsun veya olmasın, yalnızca ifa edilmeyen borçla ilgilenir ve borcunu ifa etmekten imtina eden borçlunun borca aykırı davranışını gidermeye çalışır.

İşte, TBK m. 117-122 hükümlerinin yer yer yetersiz kaldığını gören kanun koyucu, alacaklıyı edilgen kılan dar hukuki çerçeveyi kırmak amacıyla, alacaklıya daha aktif ve etken bir şekilde rol alabileceği bir alan açmış; ifa edilmeyen edimin hukuki kaderiyle birlikte, kendi karşı ediminin, yani bütün bir sözleşme ilişkisinin akıbetini tayin etme imkânı tanımıştır¹³⁷⁰. Böylece, alacaklı, aynen ifanın yanı sıra gecikme tazminatı talep etme hakkıyla birlikte, iki seçimlik imkâna daha kavuşmuş olur. Aynen ifade bir menfaat görmeyen alacaklı, TBK m. 125 (İsvBK m. 107 f. II ve m. 109) uyarınca, aynen ifadan vazgeçerek, ifa menfaatini hedef alan olumlu zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönerek, kendi karşı edim yükümlüğünden kurtulur ve olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir. Böylece, basit temerrüt

¹³⁷⁰ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 1.

(*demeure simple*) yerini, borçlunun nitelikli temerrüdüne (*demeure qualifié*) bırakır¹³⁷¹. Fakat, alacaklı, nitelikli temerrüt rejimi çerçevesinde, sözleşmenin hukuki kaderini tayin etmeden önce, kural olarak, TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) uyarınca, borçluya son bir kurtuluş ümidi tanımak, yani bir ek süre (*mehil / lütuf süresi*) tayin etmek zorundadır.

Alacaklı, şüphesiz, TBK m. 125 hükmünde tanınan seçimlik hakları kısmi temerrüt rejiminde kullanabilir. Öte yandan, yukarıda ifade edildiği üzere¹³⁷², borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerin tamamının, doğrudan kısmi temerrüt hâlinde uygulanması mümkün değildir¹³⁷³. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel borçlu temerrüdü rejiminin ve özellikle borçlu temerrüdünün karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından sonuçlarının, durumun özelliği göz önünde tutularak, yani kıyasen, kısmi temerrüt hâline tatbik edilmesi gerekir¹³⁷⁴.

Kısmi temerrütte temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen ve temerrüde düşülen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹³⁷⁵. Böylece, ifa engeli, yalnızca doğrudan etkilediği kısım bakımından hüküm ve sonuç doğurur; kural olarak, doğrudan etkili olmadığı kısım bakımından bir ifa engelinin varlığından bahsedilemez. O hâlde, diğer ifa engelleri açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de, kural olarak, sözleşme genel itibariyle iki kısma ayrılır¹³⁷⁶. Bu iki kısımdan

¹³⁷¹ Basit temerrüt (*demeure simple*) ve nitelikli temerrüt (*demeure qualifié*) kavramları hakkında bkz. **Tercier/Pichonnaz**, N 1372; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1372.

¹³⁷² Bkz. yukarıda, **B.1/II/E/2**, “Kısmi Temerrüt Rejiminde Uygulanacak Hükümler” isimli başlık.

¹³⁷³ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 765.

¹³⁷⁴ **BK-Becker**, Art. 107 OR N 23; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 765; **Bucher**, AT, s. 382; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1738; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325): “(...) Borçlar Kanunu’muzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır (...)”.

¹³⁷⁵ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **Soergel-Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 767; **Ehrat**, N 252; **Ennecerus/Lehmann**, § 51, s. 223; **Alcalay**, N 34; **Tandoğan**, Nullité, s. 292; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 412; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 971-972; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1738-1739; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 955-956; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a; **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı).

¹³⁷⁶ **Soergel-Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 106; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 767; **AlmFM**, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395: “(...) Buna göre davalı, sözleşmenin tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle değil, sadece ifa edilmeyen kısım için tazminat talep etmektedir. Dolayısıyla, tarafların akdettiği eser sözleşmesi, davacının sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazandığı yerine getirilmiş bir kısım ve davalının ifa etmeme nedeniyle tazminat talep ettiği yerine getirilmemiş bir kısım olarak ikiye ayrılır. Her iki kısım da hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temerrüt yalnızca sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmını etkilerken, yerine getirilmiş olan kısım müstakildir ve hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. (...)”.

ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırıldığı biçimde ifa edilmiş olan bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının seçimlik haklarını tatbik edeceği kısımdır. Kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, ifada gecikilen bölüm bakımından kısmi ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, olumsuz zararın giderilmesini talep edebilir¹³⁷⁷.

Kısmi temerrüt yalnızca ifada gecikilen kısım bakımından sonuç doğurduğu için, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olan bölümü, kural olarak, ifa edilmemiş olan bölümden olumsuz etkilenmez. Zira, kısmi ifa engelleri açısından “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde çevrilebilecek olan “*utile per inutile non vitiatur*” kuralı, borca aykırı davranılan bölümü yaptırıma tabi tutarken, kısmen de olsa ifa edilmiş bölümü korur. O hâlde, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi, alacaklıyı tamamen ifa yükümlülüğünden kurtarmaz; kural olarak, alacaklı kabul ettiği ifa kısmına karşılık teşkil edecek oranda, kendi edimini kısmen yerine getirmek zorundadır¹³⁷⁸. Nitekim, yukarıda ifade edildiği üzere¹³⁷⁹, borçlu, kısmi ifa hâlinde, ödemezlik def’i imkânına da kural olarak kısmen sahip olup, yalnızca bir bölümü ifa edilen karşı edim oranında kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir.

Genel borçlu temerrüdü hükümlerinin alacaklıya sunduğu iki seçimlik hak dışında, bazı hâllerde temerrüdün sonuçlarının yalnızca ifa edilmeyen kısım ile sınırlı tutulması mümkün olmaz veya her iki taraf bakımından hakkaniyete aykırı düşebilir. Özellikle kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir yarar sağlamaması hâli böyledir. Aşağıda yer verildiği üzere¹³⁸⁰, alacaklı, böyle özel durumlarda, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinir. Bu tür istisnai hâllerde, alacaklı, kısmen ifa edilmiş edimi iade ederek¹³⁸¹, TBK m. 125 f. II hükmü uyarınca

¹³⁷⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 210; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) 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 (...)”.

¹³⁷⁸ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971.

¹³⁷⁹ Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2/b, “Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def’i” isimli başlık.

¹³⁸⁰ Bkz. aşağıda, B.4, “Alacaklının Borcun Tamamı İçin Borçlu Temerrüdüne Başvurması” isimli başlık.

¹³⁸¹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36; BK-Becker, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Schenker, Schuldnerverzug, N 739, 771; Schwenger/Fountoulakis, N 66.35; Tandoğan, Nullité, s. 292; Neuenschwander, s. 96; Biedermann, s. 96; Lemp, s. 62. Bkz.

aynen ifadan tamamen vazgeçebilir ve borcun tamamı için olumlu zararının tazminini talep edebilir ya da TBK m. 125 f. III hükmü uyarınca kısmi dönme yerine sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabilir ve olumsuz zararının tamamen giderilmesini isteyebilir¹³⁸². Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak için, aşağıda yer verilen özel koşulların gerçekleşmesi gerekir¹³⁸³. Böylece, sözleşmenin bir bölümüne tesir etmiş kısmi ifa engeli, sözleşmenin tamamına yayılmış; “kısmi” yani “bölümsel” temerrüt, “bütüncül” temerrüde dönüşmüş olur.

Konunun detaylarına girmeden önce, genel çerçeveyi klasik bir örnekle açıklamak gerekirse¹³⁸⁴, alıcı, yeni evi için bir mobilyacıdan bir yemek odası takımı, bir oturma odası takımı, bir de yatak odası takımı satın alır ve üçü için toplam 200.000 TL öder. Satıcı, yemek odası takımı ile yatak odası takımını teslim eder; ancak, stok sorunu nedeniyle oturma odası takımını teslim etmez. Böyle bir durumda, alıcının her zaman oturma odasının teslimini ve geç ifa nedeniyle uğradığı zararı talep etmesi mümkündür. Keza, alıcı, ödemezlik def’i yoluyla, sözleşme ilişkisi çerçevesinde satış bedelinin oturma odasına tekabül eden kısmı olan 80.000 TL’yi ödemekten kaçınabilir. Öte yandan, alıcı, ek süre vererek, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi temerrüt rejiminin sonuçlarına başvurabilir. Böylece, alıcı, yemek odası takımı ile yatak odası takımını kabul edip, oturma odası takımının mülkiyetini devir borcunun ifasından vazgeçebilir ve onun yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebilir. Olumlu zararının tazmini yerine, alıcı, yalnızca oturma odası takımı bakımından sözleşmeden kısmen dönebilir; böylece, satış bedelinin 80.000 TL’lik kısmını ödemekten kurtulur ve olumsuz zararının giderilmesini ister. Şayet, alıcının satın aldığı üç takım mobilyanın aynı tür ahşaptan yapıldığı ve alacaklının oturma odası takımı olmadan böyle bir sözleşme akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, alıcı, kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Daha açık bir ifadeyle, alıcı, yemek odası takımı ile yatak odası takımını iade ederek, oturma odası takımının ifasından vazgeçer ve borcun tamamı bakımından olumlu zararının

aşağıda, **B.4/III/A**, “Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi” isimli başlık.

¹³⁸² **BK-Weber**, Art. 69 OR N 53; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **Neuenschwander**, s. 96; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 771; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739. Bkz. aşağıda, **B.3/III/B**, “Bakiye Kısmın Aynen İfasından Vazgeçme ve Olumlu Zararın Tazmini” ile aşağıda, **B.3/III/C**, “Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini” isimli başlıklar.

¹³⁸³ Örneğin Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 771 vd.; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Tercier/Pichonnaz**, N 1427; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427; **Biedermann**, s. 71-72; **Lemp**, s. 61 vd.; **Vetsch**, s. 27-28; **Russenberger**, s. 75-76; **Tandoğan**, Nullité, s. 291 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740; **Öz**, Dönme, s. 42-43. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II**, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

¹³⁸⁴ Benzer bir örnek için bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 412.

tazminini ister. Sözleşmeden dönmenin daha lehine olacağını düşünüyorsa, yine yemek odası takımı ile yatak odası takımını iade ederek, sözleşmenin tamamından dönebilir ve sözleşmenin tamamına güvenmiş olması nedeniyle uğradığı olumsuz zararın giderilmesini talep eder. Borçlu temerrüdüne kısmen veya tamamen başvurma yönündeki karar, kural olarak alacaklıya aittir.

2. Ek Süre (*Mehil*) Tayini

Kanun koyucu, TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) hükmünde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğerinin, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebileceğini veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebileceğini öngörmüştür. Keza, TBK m. 125 f. I (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca, “*temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise*”, alacaklı, TBK m. 125 uyarınca, aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirerek, olumlu zararının tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme haklarını haiz olur. Söz konusu iki seçimlik hakkın tatbikine cevaz veren koşul ise, ek süre tayini olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel borçlu temerrüdü rejimi açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de, alacaklı, kısmen olumlu zararının tazminini talep etmek veya sözleşmeden kısmen dönmek için, kural olarak, borcun ifa edilmemiş kısmı bakımından borçluya bir ek süre tanımak zorundadır¹³⁸⁵.

a. Ek Süre Kavramı ve Hukuki Niteliği

Alacaklının TBK m. 125 f. I uyarınca, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep edebilmesi veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararını isteyebilmesi için, borçluya bir **ek süre** (*mehil / önel / lütuf süresi*) tanınması ve bu süre zarfında talep edilen ifanın gerçekleşmemiş olması gerekir. Alacaklının borcun ifa edilmeyen kısmını aynen talep etmesi ve gecikmeden doğan zararlarının giderilmesini istemesi için, borçluya bir süre tayin etmesi gerekmezse de, kanun koyucu, borç ilişkisini geri dönülmez biçimde etkileyen ve ağır neticeleri olan seçimlik hakların kullanımı bakımından borçluya son bir imkân tanınması gerektiğini öngörmüştür. Ek süre, alacaklının, borçludan belirli bir süre içinde borcunu ifa etmesini talep ettiği bir beyan olma özelliği gösterir¹³⁸⁶. Ek süre tayin eden alacaklı, borçluya ifanın kabul edileceği

¹³⁸⁵ Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 224; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 153, BGB § 326 N F 19; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1741; Eren, Borçlar Genel, N 3525; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹³⁸⁶ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 7; Müller, s. 60; Kramer/Probst,

son bir fırsat tanıyarak, borç ilişkisi çözülmeden önce, son kez ifa çağrısında bulunur¹³⁸⁷.

Ek süre tayini, bir hukuki işlem değil, **hukuki işlem benzeri fiildir**¹³⁸⁸. Dolayısıyla, ek süre tayinine yönelik beyanın hukuki sonuca yönelik arzuyu içermesi, yani, alacaklının sözleşmeden dönebilmek veya ifa yerine tazminat talep edebilmek için süre tayin etmiş olması gerekmez. Alacaklı, seçimlik haklarını kullanmak maksadıyla bir ek süre tayin etse bile, yalnızca belirli bir süre içinde aynen ifanın talep edilmesi, ek süre şartını yerine getirir¹³⁸⁹.

Borçlu ister temerrüt ihtarıyla ister belirli vadenin geçmesiyle temerrüde düşmüş olsun, seçimlik haklardan yararlanmak isteyen alacaklı, kural olarak ek süre vermek zorundadır. Verilen süre, temerrüde düşen borçlu için son bir fırsat (“*ultima ratio*”) niteliğinde olduğundan, kural olarak, ek süre vermek için, borçlunun temerrüde düşmesi gerekir¹³⁹⁰. Öte yandan, alacaklının temerrüt ihtarıyla birlikte ek süre tayin etmesi ve aynı zamanda mehil şartını yerine getirmesi mümkündür¹³⁹¹. Örneğin, alacaklının üç gün içinde borcun ifasını talep etmesi, hem temerrüt ihtarı hem de ek süre yerine geçer. Keza, alacaklının, henüz vade tarihi gelmeden temerrüt ihtarında bulunabilmesi mümkün olduğuna göre, aynı ihtarla ek süre tayin etmesi de mümkündür¹³⁹².

N 494; Donatiello, s. 34-35; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1651.

¹³⁸⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 148-149; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 9; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 7; Bucher, AT, s. 367; Keller/Schöbi, s. 271; Müller, s. 60; Donatiello, s. 35; Kramer/Probst, N 494; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1654; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 494; Nomer, Borçlar Genel, N 197.1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 946.

¹³⁸⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 58; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; Bucher, AT, s. 367; Keller/Schöbi, s. 271; Comment, s. 69; Schenker, Schuldnerverzug, N 452; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1652; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 946; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 495; Nomer, Borçlar Genel, N 197.4; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66.

¹³⁸⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 58; Schenker, Schuldnerverzug, N 452; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1652.

¹³⁹⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1655; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66.

¹³⁹¹ BK-Becker, Art. 107 OR N 12; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 13; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 100; von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; Tercier/Pichonnaz, N 1406; Keller/Schöbi, s. 271; Müller, s. 60; Bucher, AT, s. 367; Schenker, Schuldnerverzug, N 481-482; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1655; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 948; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1406; Nomer, Borçlar Genel, N 197.1; Öz, Dönme, s. 175; İsvFM, 9.8.2008, 4A_306/2008; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66: “(...) İsvBK m. 107 f. II uyarınca ek süre tayini edimin muaccel olmasını ve borçlunun temerrüde düşmüş bulunmasını gerekli kılar. Öte yandan, alacaklı, temerrüt ihtarıyla ek süre tayinini birleştirebilir. Zira ek süre tayini de bir ihtar içerdiği ve her iki durumda da alacaklının niyeti borçluyu ifaya zorlamak olduğu için, ek süre tayini ile temerrüt ihtarı dolayısıyla aynı amacı güder (...)”; İsvFM, SJ 2000 I 499; SJ 1994 729.

¹³⁹² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 100; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66: “(...) Her iki imkân zaman bakımından çakışmakla kalmayabilir, vade tarihinden önce bile yapılabilir (...)”.

Ek süre tayini, varması gerekli bir irade beyanıdır; borçlunun veya temsilcisinin hakimiyet sahasına varmasıyla birlikte hukuki sonuçlarını doğurur¹³⁹³. Dolayısıyla, ek süre tayininin borçlu tarafından öğrenilmesi gerekmez. Öte yandan, öğretide bir görüşe göre¹³⁹⁴, ek süre tayininin, borçlunun öğrenmesiyle birlikte hüküm ve sonuç doğurması gereği savunulmaktadır. Kanımızca, varma teorisi, beyanın sahibi ile muhatabı arasındaki menfaatler dengesini en iyi şekilde sağlar¹³⁹⁵. Bu nedenle, bu ilkeden sapmak için yeterli bir neden bulmak güçtür.

b. Ek Süre Tayininin İçeriği, Şekli ve Hukuki Sonuçları

Kanun koyucu, TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) hükmünde, borçluya **uygun bir süre** (“*délai convenable / angemessene Frist / congruo termine*”) verilmesi gerektiğini öngörmüştür. TBK m. 123 uyarınca, alacaklı bu süreyi kendisi tayin edebileceği gibi, sürenin tayinini hâkimden de isteyebilir. Şayet süre hâkim tarafından tayin edilmişse, sürenin uygun olup olmadığı, esasa ilişkin davada, daha sonra tartışma konusu edilmez¹³⁹⁶. Buna karşılık, ister alacaklı ister hâkim tarafından takdir edilmiş olsun, sürenin “*uygun (convenable / angemessene / congruo)*” olması gerekir¹³⁹⁷. Sürenin uygun olup olmadığı, somut olayın koşullarına göre, edimin niteliği ve alacaklının ifaya kavuşmak konusundaki menfaati nazara alınarak tespit edilir¹³⁹⁸. Alacaklının bir an evvel ifaya kavuşmak için menfaati ne kadar büyük ve edimin ifası ne kadar kolaysa, takdir edilecek olan süre de o ölçüde kısa olmalıdır¹³⁹⁹. TBK m. 124 (İsvBK

¹³⁹³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; Kramer/Probst, N 494.

¹³⁹⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1661.

¹³⁹⁵ Carron/Wessner, N 604; Gauch/Schluemp/Schmid, N 196; Engel, Obligations, s. 127, 133. Varma teorisi (*Théorie de la réception / Empfangstheorie/ Zugangsprinzip*), İsviçre ve Türk Hukuku’nda genellikle kural olarak kabul edilmektedir. Bkz. Carron/Wessner, N 595; Schwenger/Fountoulakis, N 27.17; Gauch/Schluemp/Schmid, N 196. Bu sonuca İsviçre ve Türk kanunlarında yer alan farklı hükümlerin yorumu vasıtasıyla varmak mümkündür. Öte yandan, Alman Hukuku’nda BGB § 130 Abs. I hükmünde açıkça varma teorisi kabul edilmiştir. Bkz. Carron/Wessner, N 595.

¹³⁹⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1658. Bu durumda, hâkimin işin esasına ve temerrüdün şartlarına girmeden, uygun bir süre tayin yetmesi gerekir. Zira, hâkimin tayin edeceği süre, *maddi anlamda* kesin hüküm niteliği taşımaz. Kesin hükmün etkisi, yalnızca, muhtemel bir uyuşmazlık hâlinde, sürenin uygun olmadığı yönündeki iddianın ileri sürülememesinde görülür. Borçlu, esas uyuşmazlık hâlinde kendisine tanınan ek sürenin uygun olmadığını iddia edemez. Bkz. Öz, İnşaat, s. 161.

¹³⁹⁷ CISG m. 47 uyarınca takdir edilecek olan ek sürenin “*makul*” olması gerekir. Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, CISG, uygun değil makul süre kavramına önem vermiştir.

¹³⁹⁸ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 66; Kramer/Probst, N 494. Örneğin montaj yükümlülüğü bulunan satış sözleşmelerinde, gerekli olan montaj işinin önemi nazara alınarak daha uzun bir sürenin takdir edilmesi gerekebilir. Bkz. Leuba, Vente, s. 106.

¹³⁹⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 66; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 4; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 9; Schwenger/Fountoulakis, N 66.17; Koller, AT, N 55.89; Bucher, AT, s. 368; Rusch, s. 855; İsvFM, ATF 105 II 28; ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66; İsvFM, 9.6.2010, 4A_603/2009: “(...) Sözleşmeden dönme hakkı, İsvBK m. 107-109 hükümlerinde düzenlenmiştir. Kural olarak, yüklenici, iş sahibine, borcunu ifa etmesi için uygun bir lütf süresi tanımak zorundadır (İsvBK m. 107 f. I). Sürenin uygun olup olmadığı ise genel bir şekilde

m. 108) hükmünde düzenlenen süre vermeye gerek olmayan hâller nazara alındığında, ek süre tayininde ağır basan hususun, alacaklının menfaati olduğu görülür¹⁴⁰⁰. Kısmi temerrüt açısından bakılacak olursa, daha önce borcun bir kısmını ifa etmiş olan borçluya tanınması gereken ek sürenin, borcunu hiç ifa etmemiş olan borçluya nazaran daha kısa olması gerektiği açıktır. Öte yandan, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı, borcun kalan kısmının ifa edileceğine inanmakta haklı ise veya borçlunun bakiye borcu ifa edeceği kendisinden beklenebiliyorsa, daha esnek davranılarak, borçluya nispeten daha elverişli bir ek süre imkânı tanınabilir.

Uygun süre takdir edilirken, borçlunun borcunu ifa etmek için ihtiyaç duyduğu süre nazara alınmaz. Zira, borçlunun hazırlık faaliyetlerine başladığı ve ifa için gerekli olan fiilleri yerine getirdiği varsayılır¹⁴⁰¹. Amaç, borçluya daha önce tanınmış olan süreye eşdeğer yeni bir süre tanımak değil, alacaklının menfaatlerine uygun olduğu ölçüde, özenle başlanmış olan ifa sürecinde meydana gelen gecikmeyi telafi etmektir. Şayet borçlu, herhangi bir şekilde hazırlık faaliyetlerine başlamamışsa ve alacaklıdan borçluya ifa için gerekli uzunlukta bir süre tanınması beklenemiyorsa, TBK m. 124 f. I b. 1 uyarınca süre verilmesinin gereksiz olduğu sonucuna ulaşılabilir¹⁴⁰². Örneğin, para borçlarında takdir edilen iki günlük süre, kural olarak uygun bir süre olarak nitelendirilir¹⁴⁰³.

Alacaklı, **objektif olarak kısa bir süre** tayin etmişse, alacaklının ileri sürdüğü seçimlik hakkın geçersiz olduğu sonucuna ulaşamaz. Şayet, alacaklı tarafından takdir edilen süre yetersizse, öncelikle borçlunun, uzatma talep etmek amacıyla, vakit kaybetmeksizin süreye itiraz etmesi gerekir¹⁴⁰⁴. Aksi hâlde, borçlunun alacaklı

cevaplandırılmaz. Bu durumda, uygun süre, somut olayın özel hâl ve şartlarına; özellikle, edimin niteliği ile alacaklının bir an evvel ifaya kavuşmak konusundaki menfaatine göre belirlenir. Edimin ifa edilmesi ne kadar kolay ve alacaklının ifaya olan menfaati ne kadar fazla ise, süre daha kısa olarak belirlenir (...).

¹⁴⁰⁰ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 67; von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; Bucher, AT, s. 368, dn. 156; Schenker, Schuldnerverzug, N 466 vd.

¹⁴⁰¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 69; Rusch, s. 855; Locher, s. 41; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1657; Nomer, Borçlar Genel, N 197.1. *Seliçi*'ye göre, eser sözleşmesi çerçevesinde, ifa için en kadar uzun süre lazımsa, uygun sürenin o ölçüde uzun olması gerekir. TBK m. 473 f. I bu sürenin uzun olmasının tehlikelerini bertaraf etmek için yeterlidir. bkz. *Seliçi*, s. 71.

¹⁴⁰² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 69; Rusch, s. 855; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1657, dn. 626, N 1723; Öz, Dönme, s. 175; Öz, İnşaat, s. 161.

¹⁴⁰³ İsvFM, 9.6.2010, 4A_603/2009. Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 69; Tercier/Pichonnaz, N 1405.

¹⁴⁰⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 13; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 78; Huguenin, OR, N 953; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2736; Schwenger/Fountoulakis, N 66.16; Tercier/Pichonnaz, N 1405; Rusch, s. 857; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1405; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1659; Öz, Dönme, s. 175-176; İsvFM, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30; ATF 105 II 28 = JdT 1979 I 314; İsvFM, 9.6.2010, 4A_603/2009: "(...) Şayet süre objektif olarak çok kısa ise, borçlunun, bunu görmezden gelme

tarafından tayin edilen süreyi kabul ettiği sonucuna ulaşılır¹⁴⁰⁵. Keza, her ne kadar aksi savunuluyor olsa da¹⁴⁰⁶, kanımızca, sürenin uygun olmaması ihtimalinde, alacaklının yeniden uygun bir süre takdir etmesi gerekmez; kısa olan süre, somut olayın koşullarına göre, objektif olarak uygun olan süre için hüküm ifade eder¹⁴⁰⁷. Öte yandan, kısa olan sürenin uygun süreye dönüşmesi, ancak borçlunun uygun süre içinde ifade bulunması veya her hâlükârda uygun görülebilecek bir süre içinde ifade bulunmayı ciddi bir şekilde teklif etmesi hâlinde mümkündür¹⁴⁰⁸. Buna karşılık, alacaklı, mehil bildiriminde borçluya **objektif olarak uzun bir süre** tayin etmişse, kendisini artık bu süreyle bağlamış olur ve tek taraflı olarak aşkın süreyi uygun süreye indiremez¹⁴⁰⁹.

Ek süre tayin edilirken, bildirim içeriğinden ek sürenin uzunluğu ve borçlunun hangi tarihe kadar borcunu ifa etmek zorunda olduğu anlaşılmalıdır¹⁴¹⁰. Borcun derhâl veya uygun sürede ifa edilmesi yahut makul bir süre içinde ifanın gerçekleşmesi

hakki yoktur. Borçlunun süreye itiraz etmesi ve alacaklıdan bir uzatma talep etmesi gerekir. Şayet bu konuda sessiz kalırsa, takdir edilen süreyi kabul ettiği varsayılır (...)"; **İsvFM**, 9.8.2008, 4A_306/2008: "(...) Alacaklıya itiraz ederek ondan uzatma talep etmek borçluya düşer; aksi hâlde belirlenen sürenin kabul edildiği varsayılır (...)". Söz konusu itiraz gerekliliğinin, hiç kimsenin kendi sebep olmadığı bir beyana cevap vermeye mecbur tutulamayacağı yönündeki ilkeye aykırı düştüğü söylenemez. Zira, alacaklı tarafından takdir edilen süre yetersiz olsa bile, bu duruma, borcunu zamanında ifa etmeyen borçlu sebep olmuştur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1659, dn. 628.

¹⁴⁰⁵ Sürenin açık bir biçimde yetersiz olduğu ya da alacaklının sürenin yetersiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa, itiraz gerekliliğinden vazgeçilebilir. Bu yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1659. Aynı yönde bkz. **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 13, dn. 46; **İsvFM**, 30.3.2015, 4A_232/2014; 30.3.2015, 4A/610/2014.

¹⁴⁰⁶ **Koller**, AT, N 55.92, 55.96; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 476; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1659; **Öz**, İnşaat, s. 161. Bu görüşün öğretilde kabul görmediği ve azınlık görüşü olduğu yönünde bkz. **Schenker**, Baurechtstagung, s. 86, dn. 64. Önceden bu görüşte bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 78, dn. 191.

¹⁴⁰⁷ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 149-150; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 10; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 78; **Bucher**, AT, s. 369; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 3015; **Kramer/Probst**, N 494; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 947-948; **Nomer**, Borçlar Genel, N 197.1; **İsvFM**, 9.6.2010, 4A_603/2009; **İsvFM**, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30; ATF 105 II 28 = JdT 1979 I 314.

¹⁴⁰⁸ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 13; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 150; **Rusch**, s. 857; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1659; **İsvFM**, 9.6.2010, 4A_603/2009: "(...) Ayrıca, kısa olan sürenin uygun süreye dönüşmesi, ancak borçlunun uygun süre içinde ifade bulunması veya her hâlükârda uygun görülebilecek bir süre içinde ifade bulunmayı ciddi bir şekilde teklif etmesi hâlinde mümkündür (...)"; **İsvFM**, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30; ATF 105 II 28 = JdT 1979 I 314.

Borçlunun, uzatma talebinin alacaklı tarafından reddedildiğine inanmakta hukuken haklı olması, keza, borcun ifa edilmesi ihtimalinde alacaklı tarafından ifanın reddedilerek iade edilmesinin borçlu açısından masraflı ve riskli görünmesi ihtimalinde, borçlunun uygun süre içinde ifade bulunması koşulundan vazgeçilebilir. Borçlunun veya temsilcilerinin hazır bulunmadığı bir yerde borcun ifa edilecek olması böyledir. Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 13; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 78; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 476.

¹⁴⁰⁹ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 13; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 24; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 10; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 76; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 150; **Bucher**, AT, s. 369; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 477.

¹⁴¹⁰ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 11, 13a; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 17; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 27; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 61 vd.; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 149; **Rusch**, s. 858; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1660.

yönündeki ihtarlar, TBK m. 125 f. I uyarınca ek süre şartını yerine getirmez¹⁴¹¹. Takdir edilen sürenin kuşkuya yer vermeyecek derece **açık** ve **kesin** olması gerekir.

Borcun kaynaklandığı sözleşme şekle tabi olsa bile ek süre tayini, herhangi bir **şekil** şartına tabi değildir¹⁴¹². Aynı şekilde, ek süre tayini, bir hukuki işlem olmadığı için, HMK m. 200 f. I uyarınca senetle ispat kuralına tabi değildir. Ek süre tayin etmek isteyen alacaklı, kural olarak herhangi bir geçerlilik ve ispat şekline uymak zorunda olmaksızın, borçluya ifa için son bir imkân tanıyabilir. Buna karşılık, kanun koyucu, TTK m. 18 f. III hükmünde, tacirler bakımından özel bir ispat şekli sevk etmiştir. TTK m. 18 f. III uyarınca, “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*”. Tacirler açısından TTK m. 18 f. III hükmünde öngörülen şekil şartı ek süre tayini açısından da uygulanır¹⁴¹³. TTK m. 18 f. III hükmünde öngörülen şekil şartı geçerlilik değil, bir **ispat şeklidir**¹⁴¹⁴. Dolayısıyla, TTK m. 18 f. III hükmüne uyulmadan takdir edilen ek süre geçerlidir; ancak, uyumsuzluk hâlinde borçluya uygun bir ek süre tanındığı, yalnızca hükümde sayılan yollardan biriyle ispat edilebilir. Keza, TTK m. 18 f. III hükmü, yalnızca tacirler arasında ve ek süre tayininin tarafların ticari işletmelerini ilgilendirmesi durumunda uygulanır¹⁴¹⁵.

Takdir edilen ek süre içinde, borçlunun temerrüdünden kaynaklanan bütün sonuçlar devam eder. Ek süre içinde borçlu, beklenmedik hâlden sorumlu olmaya devam eder. Aynı şekilde, ek süre boyunca, borçlu, aynen ifadan vazgeçilmedikçe, gecikme tazminatı ödemek zorundadır¹⁴¹⁶. Öte yandan, borçlu, takdir edilen ek süre içinde borcunu ifa ederek, temerrütten kurtulabilir. Borçlunun usulüne uygun bir

¹⁴¹¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 149; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 13a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 63; BK-Becker, Art. 107 OR N 21; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 495; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1660; Rusch, s. 858.

¹⁴¹² BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 7; BK-Becker, Art. 107 OR N 27; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 3014; Tercier/Pichonnaz, N 1406; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1661; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 496; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1406; Gönen, İnşaat, s. 278.

¹⁴¹³ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1661.

¹⁴¹⁴ Poroy/Yasaman, s. 193; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1512; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185); Yargıtay 13. HD, E. 2015/17604, K. 2015/29258, T. 8.10.2015 (Kazancı). Geçerlilik şekli olduğu görüşünde bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 164; Nomer, Borçlar Genel, N 200. Kanun koyucu, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, tacirler arasında yapılan temerrüt ihtarını geçerlilik şekline tabi kılmış ve eTTK m. 20 f. III hükmünde, ihtarın muteber olması için belirlen şekillerden biriyle yapılması gerektiğini ifade etmişti. Söz konusu kural 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile değiştirilmiştir. TTK m. 18 f. III hükmünün bir ispat şekli öngördüğü, kanunun gerekçesinde de vurgulanmıştır. Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) m. 18.

¹⁴¹⁵ Öz, İnşaat, s. 151.

¹⁴¹⁶ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1654.

şekilde sunduğu ifayı alacaklı kabul etmezse, borçlu temerrüdü sona ermiş olur ve alacaklı, ifayı reddettiği kısım bakımından alacaklı temerrüdüne düşer (TBK m. 106; İsvBK m. 91). Şayet, ek süre içinde borçlu borcunu ifa etmezse, kısmi temerrütte, alacaklı ifa edilmeyen kısım bakımından iki seçimlik imkâna kavuşur: ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteme veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının giderilmesini talep etme.

c. Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Hâller

TBK m. 124 (İsvBK m. 108) uyarınca, kanun koyucu, bazı hâllerde ek süre şartından feragat ederek, alacaklıya doğrudan seçimlik haklara başvuru imkânı tanımıştır. TBK m. 124 f. I uyarınca, **(i)** borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa; **(ii)** borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa; **(iii)** borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa, ek süre tanımak gerekmez.

Esasen, kanun koyucu, ek süre şartı yararsız bir formaliteden ibaret hâle gelmişse (TBK m. 124 f. I b. 1 ve 3) veya alacaklının aynen ifada herhangi bir menfaati kalmamışsa (TBK m. 124 f. I b. 2), alacaklının süre vermesinin gerekli olmadığını öngörmüştür. Kısmi temerrüt hâlinde de, ek süre vermeye gerek olmayan hâllerin, kural olarak, borcun ifa edilmemiş kısmı bakımından tatbik edilmesi gerekir¹⁴¹⁷. TBK m. 124 hükmünde düzenlenen üç bent bakımından borçluya süre tanımanın faydasız bir uğraş hâline geldiği anlaşıyor olsa da, muhtemel bir belirsizliğin önüne geçmek isteyen alacaklı, borçluya süre vermeyi tercih edebilir¹⁴¹⁸. Zira, ek süre vermeyi gerektirmeyen bir hâlin varlığını ispat yükü alacaklıya düşer¹⁴¹⁹. Şüphe hâlinde, süre vermeye gerek olmayan bir hâlin varlığının ispat edilmesi, ek süre vermekten çok daha zor olabilir¹⁴²⁰. İşte böyle hâllerde, alacaklı, süre vermeme imkânı varken bir ek süre

¹⁴¹⁷ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1741.

¹⁴¹⁸ CR-Thévenoz, art. 108 CO N 1-2; BK-Becker, Art. 108 OR N 2; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 1; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 58; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 5; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 25; Decurtins, s. 40; İsvFM, ATF 103 II 102; ATF 76 II 300.

¹⁴¹⁹ BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 1, 10; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 1; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 63; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 1; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 2; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 2, 26; von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; Schenker, Schuldnerverzugs, N 504, 509; Bär, s. 11.

¹⁴²⁰ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 5; Decurtins, s. 40.

taayin etmeyi seerirse, seçimlik haklarını kullanmak için, söz konusu sürenin sona ermesini beklemek zorundadır¹⁴²¹.

TBK m. 124 hükmünde düzenlenen hâllerde, alacaklı, ek süre tayin etmeye gerek duymadan, ifa edilmemiş kısmın aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir. Öte yandan, TBK m. 124 hükmü dışında da kanun koyucu süre vermeye gerek olmayan başkaca hâller öngörmüştür. O hâlde, borlunu kısmi temerrüde düşmesi bakımından, TBK m. 124 veya başkaca bir hüküm uyarınca, ek süre gerekmeyen hâllerin incelenmesi şarttır:

i. Ek Süre Vermenin Etkisiz Olması

TBK m. 124 f. I b. 1 (İsvBK m. 108 f. I b. 1) uyarınca, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek yoktur¹⁴²². Başka bir deyişle, borçlunun tutum ve davranışları, ek süre tayinini, tamamen gereksiz ve faydasız bir merasim hâline dnştrmşse, alacaklının borçluya ek süre tanımadan seçimlik haklarını kullanması mmkndr¹⁴²³.

Borçlunun, açık, kesin ve ciddi bir biçimde borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi veya ifa edemeyeceğini bildirmesi durumunda, alacaklının ek süre tayin etmesine gerek yoktur¹⁴²⁴. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi’ne gre¹⁴²⁵, ifa

¹⁴²¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 58 vd.; CR-Thvenoz, art. 108 CO N 2; Engel, Obligations, s. 731; İsvFM, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30; ATF 76 II 300 = JdT 1951 I 267. Alacaklı, ek süre tayin etme imkânı varken borçluya son bir imkân tanırsa, TBK m. 124 f. I b. 2 uyarınca borcun ifası yararsız kalmışsa olsa bile, borçlu tarafından sunulan ifayı kabul etmek zorunda kalır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 61.

¹⁴²² Dürüstlük kuralı uyarınca, TBK m. 124 f. I b. 1 hkmnin kıyasen uygulanması neticesinde, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan ihtarın yararsız kalacağı anlaşılıyorsa, özellikle, borçlunun, açık, kesin ve ciddi bir biçimde borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi hâlinde, temerrüt ihtarında bulunmak gerekmez. Başka bir deyişle, TBK m. 124 f. I b. 1 hkmnin ihtar şartı bakımından da uygulanması mümkündür. Bkz. von Tuhr/Escher, § 72, s. 141; CR-Thvenoz, art. 102 CO N 31; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 102 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 151; Tercier/Pichonnaz, N 1381; Gelzer, N 215; İsvFM, ATF 94 II 32; ATF 97 II 58; İsvFM, 29.10.2007, 4A_206/2007. Ayrıca bkz. yukarıda, B.2/I/C/3/d, “Dürüstlük Kuralı Uyarınca İhtar şartının Aranmaması” isimli başlık.

¹⁴²³ CR-Thvenoz, art. 108 CO N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 9; Decurtins, s. 74; Schenker, Schuldnerverzug, N 503; İsvFM, ATF 143 III 495. TBK m. 124 f. I b. 1 hkmnin *ratio legis*’i, dürüstlük kuralına ve elişkili davranış yasağına dayanır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 9.

¹⁴²⁴ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 3; BK-Becker, Art. 107 OR N 3; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 2; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 12; von Tuhr/Escher, § 73, s. 150; Bucher, AT, s. 369; Keller/Schöbi, s. 272; Kramer/Probst, N 494; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 494; Oğuzman/z, Cilt I, N 1720; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 950; Nomer, Borçlar Genel, N 197.8.

¹⁴²⁵ İsvFM, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30; ATF 110 II 141: “(...) İsvBK m. 108 f. I b. 1 hükmünde olduğu gibi, borçlunun borcunu ifa etmeyi reddettiği, açık ve kesin bir biçimde görülüyorsa, süre tayinini içeren bildirimden kaçınmak mümkündür (...); İsvFM, 29.10.2007, 4A_206/2007; KanM (Zürich), ZR

talebini açık ve kesin bir biçimde reddeden borçluya ek süre vermek gerekmez. Yüksek Mahkeme'ye göre, sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelenen, henüz borcun vadesi gelmeden, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi durumunda da, alacaklı, süre vermeye gerek duymadan seçimlik haklarını kullanabilir¹⁴²⁶.

Borçlu açıkça borcunu ifa etmek istemediğini veya ifa edemeyeceğini beyan etmese de, şayet borçlunun davranışlarından borcunu ifa etmeyeceği açık ve kesin biçimde anlaşılıyor ise, yine süre vermeye gerek yoktur¹⁴²⁷. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, borç muaccel olmasına rağmen, kiraya veren, çok önceden tamamlaması gereken bir tadilata henüz başlamamışsa, süre vermeye gerek yoktur¹⁴²⁸. Keza, uzun bir hazırlık aşaması gerektiren bir işe henüz başlanmamış olması durumunda da alacaklının ek süre tayin etmesi gerekmez¹⁴²⁹. Öte yandan, borçlunun borcunu şu an için ifa etmeyeceğini ifade etmesi veya alacaklıdan süre talep etmesi ya da sözleşmenin geçerliliğine yönelik şüphe duyması ifayı kesin ve açık bir şekilde reddettiği anlamına gelmez¹⁴³⁰.

ii. Geç İfanın Yararsız Kalması

TBK m. 124 f. I b. 2 (İsvBK m. 108 f. I b. 2) borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, alacaklının ek süre vermesi gerekmez. Somut olayın koşullarına göre, alacaklının, ifa edilmeyen edimi kabul etmek ve bunun

93/1994, s. 5.

¹⁴²⁶ **İsvFM**, ATF 115 II 474 = JdT 1990 I 216; ATF 43 II 225 = JdT 1917 I 459. Aynı yönde bkz. **Kramer/Probst**, N 494; **KanM (Basel)**, BJM 1973, s. 56. Nitekim, henüz vade gelmeden borçlunun borcunu ifa etmeyeceği yönündeki bildirim, sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirilir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 108 OR N 12; **İsvFM**, ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136: “(...) *Vadeden önce borçlunun borcunu ifa etmeyeceği yönündeki bildirim, sözleşmenin müspet ihlali anlamına gelir. Zira, taraflardan her biri, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya ihlal edecek her türlü davranıştan kaçınma külfeti şeklinde ifade edilen genel bir yükümlülük taşır. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceği şeklinde önceden yapılan bir bildirim, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek niteliktedir. Zira, bu bildirim, alacaklının karşı tarafın sözleşmeye sadakat içinde olduğu yönündeki güvenini zorunlu olarak tahrir eder (...)*”.

¹⁴²⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 108 OR N 12; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 108 OR N 4; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 4; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 108 OR N 7; **İsvFM**, ATF 97 II 58; SJ 2004 I 354; **İsvFM**, 29.10.2007, 4A_206/2007.

¹⁴²⁸ **İsvFM**, ATF 97 II 58. Öte yandan, borçlunun aliud teslimde bulunması durumunda, yine de alacaklının ek süre tayin etmesi gerekir. Bkz. **İsvFM**, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199.

¹⁴²⁹ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1720; **Nomer**, Borçlar Genel, N 197.8; **Yargıtay 15. HD**, E. 2002/367, K. 2002/1946, T. 18.4.2002 (Kazancı): “(...) *Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107. maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler (...)*”.

¹⁴³⁰ **von Tuhr/Escher**, § 72, s. 141, dn. 55; **Decurtins**, s. 74; **Bucher**, AT, s. 369; **İsvFM**, ATF 110 II 141: “(...) *Öte yandan, borçlunun süre uzatımı talep etmesi, şu an için ifa edemeyeceğini beyan etmesi veya sözleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir şüphe duyması tek başına yeterli değildir (...)*”. Ayrıca bkz. **CR-Thévenoz**, art. 108 CO N 5.

karşılığında kendi karşı edimini ifa etmek konusunda herhangi bir menfaati kalmamışsa, seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, borçluya bir ek süre tayin etmek zorunda değildir¹⁴³¹.

Yararsız kalma şartı (“*Nutzlosigkeit*”), somut olayın koşullarına göre göreceli olarak ele alınmalı; alacaklıdan edimi daha sonra elden çıkarması veya herhangi bir şekilde ondan menfaat sağlaması beklenemiyorsa, ifanın yararsız kaldığı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁴³². Başka bir deyişle, somut olay çerçevesinde, alacaklı açısından, edimin hâlen değer taşıyıp taşımadığı ve bir ivaz karşılığında edimin alacaklı tarafından kabulünün makul bir biçimde beklenip beklenemeyeceği önem taşır¹⁴³³. Önemli olan, somut olayın koşulları çerçevesinde, alacaklı konumunda olan bir kişi için değil, doğrudan doğruya alacaklı bakımından edimin ifade ettiği faydadır¹⁴³⁴.

Borçlunun temerrüde düşerek edimi ifa etmekte gecikmesi nedeniyle edimin artık alacaklı bakımından yararsız kalması veya alacaklının gecikme nedeniyle edimi başka yerden sağlamış olması durumunda, alacaklının borçluya süre vermesi gerekmez¹⁴³⁵. Önemli olan husus, borcun ifasının yararsız hâle gelmesi ile, borçlunun temerrüde düşmesi arasında bir neden sonuç ilişkisinin veya bir illiyet bağının bulunmasıdır¹⁴³⁶. Şayet edim, borçlunun ifada gecikmesi nedeniyle değil, başka bir sebepten dolayı yararsız kalmışsa, alacaklının yine de ek süre tayin etmesi şarttır.

İfanın alacaklı açısından sağlayacağı yarar, somut olayın koşulları uyarınca, edimin **kullanım amacı ile sözleşmede öngörülen amaç** çerçevesinde tespit edilir¹⁴³⁷.

¹⁴³¹; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 23; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 4; von Tuhr/Escher, § 73, s. 150-151; Bucher, AT, s. 369; Keller/Schöbi, s. 272; Schmid, s. 25; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 498; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1721; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 950.

¹⁴³² BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 23; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 3; Schenker, Schuldnerverzug, N 510; Comment, s. 88.

¹⁴³³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 150-151; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 23; BK-Becker, Art. 108 OR N 8; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 13; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 6; Koller, AT, N 55.109; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 3; Bucher, AT, s. 369, dn. 162; Monod, s. 127; Schenker, Schuldnerverzug, N 510; Biedermann, s. 58; Schmid, s. 25; Comment, s. 88-89.

¹⁴³⁴ BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 3; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2745; Schmid, s. 25; Bär, s. 11; Comment, s. 88-89; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1721. Bizim katıldığımız görüşe göre, önemli olan, aynı koşullar altında bulunan herhangi bir alacaklı değil, *subjektif* olarak, mevcut alacaklı bakımından edimin yararsız kalmasıdır. Buna karşılık, öğretide edimin ifasının faydasız kalması, bazı yazarlarca *objektif* bir biçimde ele alınmakta ve aynı şartlar altında bulunan objektif bir alacaklı bakımından edimin yarar sağlamaması aranmaktadır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 23; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 3; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 13; Biedermann, s. 58.

¹⁴³⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 150-151; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 23.

¹⁴³⁶ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 109, BGB § 323 N B 116; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 27; BK-Becker, Art. 108 OR N 9; Schmid, s. 25; Biedermann, s. 57; Bär, s. 11; Schenker, Schuldnerverzug, N 509; Monod, s. 127; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1722; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 951.

¹⁴³⁷ Edimin kullanım amacından anlaşılacağı yönünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 24, 28; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 8. Sözleşmeyle güdülen amaçtan anlaşılacağı yönünde bkz.

Öte yandan, temerrüt nedeniyle ifanın, alacaklı bakımından yararsız kaldığının borçlu tarafından bilinebilir olmasının aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, gecikmiş ifanın alacaklı bakımından yararsız kaldığının, borçlu tarafından anlaşılabilmesi veya bilinebilir olması gerekir¹⁴³⁸. Şayet, borçlu güven ilkesi ışığında, gecikmiş ifanın alacaklıya herhangi bir yarar sağlamayacağını anlayamıyor ise, alacaklının borçluya uygun bir süre takdir etmesi gerekir. Keza, alacaklı, kavuşmayı umduğu edim vasıtasıyla, özel bir amaç hedefliyorsa, dürüstlük kuralı uyarınca, söz konusu amaçtan borçluyu haberdar kılmalı veya kesin vadeli bir işlem yapmalıdır¹⁴³⁹.

Kısmi temerrüt açısından bakılacak olursa, şayet alacaklı edimin bir bölümünü kabul etmişse ve edimin kalan kısmı bakımından ifa menfaatini kaybetmişse, yalnızca edimin ifa edilmeyen kalan kısmı bakımından TBK m. 124 f. I b. 2 hükmü uygulama alanı bulur¹⁴⁴⁰. Örneğin, belli bir sezon için teslim edilmesi gereken malların bir kısmının ancak sezon sonunda teslim edilmesi¹⁴⁴¹, eksik sunulan bir yemek servisi hizmetinin ifa edilmeyen kısmının ancak organizasyon sonunda sunulabilecek olması¹⁴⁴², alacaklının ifa edilmeyen malları başka bir yerden temin etmiş olması¹⁴⁴³, düğün için sipariş edilen kıyafetlerin bir bölümünün düğünden sonra gönderilmesi¹⁴⁴⁴, ek süre tayinine ihtiyaç duyulmaksızın seçimlik hakların kullanımına cevaz verir. Keza, geç ifa sebebiyle borcun ifa edilmeyen kısmı alacaklı açısından yararsız kalmakla beraber, daha önce ifa edilmiş kısmını da yararsız bırakıyorsa, bu durumda

Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1725.

¹⁴³⁸ BK-Becker, Art. 108 OR N 8; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 8; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 3; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2745; Bucher, AT, s. 370, dn. 163; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.20; Schenker, Schuldnerverzug, N 512; Monod, s. 127; Bär, s. 12; Guggenheim, Contrats II, s. 207; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1724-1725. Hâkim görüş olduğu yönünde bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 8, dn. 11. Karşı görüşte bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 4; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 14; Koller, AT, N 55.111; Keller/Schöbi, s. 273; Berger, AT, N 1693; Biedermann, s. 58; Comment, s. 89-90; Schmid, s. 25.

¹⁴³⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 28; Schenker, Schuldnerverzug, N 516; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1725.

¹⁴⁴⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 26.

¹⁴⁴¹ Sezonluk kıyafetlerin sezon sonunda teslim edilmesi örneği için bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 6; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 25; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.21.

¹⁴⁴² Ziyafet yemeği için talep edilen hizmetin zamanında gelmemesi konusunda bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 510; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 25.

¹⁴⁴³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 25; Keller/Schöbi, s. 273.

¹⁴⁴⁴ Gelinliğin nikah töreninden önce gönderilmemesi örneği için bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 25; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2745; Schenker, Schuldnerverzug, N 510.

alacaklının, yalnızca borcun ifa edilmeyen kısmı açısından değil, tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabilmesi gerekir¹⁴⁴⁵.

Alacaklı, hem borcun ifasının kendisi bakımından yararsız kaldığını iddia edip, hem de borçlu tarafından önerilen kısmi ifayı kabul edemez. Kısmi ifanın kabulü, kısmi ifa anına kadar geçen süre içinde aynen ifanın yararsız kaldığı yönündeki iddianın reddedildiği anlamına gelir. Alacaklı, ifanın yararsız kalması nedeniyle süre vermeye gerek olmayan bir hâlin var olduğunu iddia ediyorsa, bu durumun, kısmi ifadan sonra meydana geldiğini ispat etmek zorundadır. Bazı durumlarda, somut olayın şartları nazara alınarak, kısmi ifadan sonra, borcun kalan kısmının yararsız hâle geldiği sonucuna varılabilir. Örneğin sezon başında kısmi ifada bulunan alacaklının sezon sonuna kadar bakiye borcunu ifa etmemesi böyledir.

iii. Kesin Vade

TBK m. 124 f. I b. 3 (İsvBK m. 108 f. I b. 3) uyarınca, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi hâlinde, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa, ek süre tanınması gerekmez. Başka bir deyişle, taraflar sözleşmede bir **kesin vade** (*terme strict, fixe / Fixgeschäft*) kararlaştırmışlarsa, alacaklı, seçimlik haklarını kullanmak için ek süre tayin etme külfetinden kurtulur¹⁴⁴⁶. Alacaklıyı ek süre külfetinden kurtaran kesin vadeli işlem ("*Fixgeschäft*"), taraflar arasındaki anlaşma uyarınca, edimin belirli bir tarihte veya belirli bir tarihe kadar ifa edilmesinin kararlaştırıldığı ve bu zaman diliminden sonra, alacaklının iradesi hilafına, borçlunun edimi ifa etme hakkına sahip olmadığı işlemdir¹⁴⁴⁷. Bu nedenle, kesin vadeli işlemlerde ifa zamanı, taraflar için sözleşmenin

¹⁴⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II/C/1**, "*Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması*" isimli başlık.

¹⁴⁴⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 7; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30; BK-Becker, OR Art. 108 N 12-18; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2748; Bär, s. 16 vd.; Müller, s. 61; Schenker, Schuldnerverzug, N 517; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1727; Öz, İnşaat, s. 162.

Kavramsal açıdan *belirli vade* ile *kesin vade* birbirinden farklıdır. Vade tarihinin belirli bir gün olarak belirlenmesi durumunda, belirli vadeden söz edilecekse de, bu durumda vadenin geçmesi üzerine ifanın artık yararsız kalacağı yönünde bir neticeye varılmaz. Belirli bir ifa tarihinin kesin vade olması için, hâlen mümkün olan ifanın, vadenin geçmesi üzerine artık talep edilmeyeceğinin veya alacaklı açısından ifanın yararsız kaldığının kararlaştırılması gerekir. Bir vadenin belirli veya kesin vade olduğu anlaşılamiyorsa, güven prensibi uyarınca irade beyanlarının yorumlanması gerekir. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1728; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 952; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 499.

¹⁴⁴⁷ CR-Thévenoz, art. 108 CO N 9; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 7; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30; von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; Engel, Obligations, s. 730; Bär, s. 17; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2748; Medicus/Lorenz, § 37 N 13; Bucher, AT, s. 370; Rimle, N 377; Müller, s. 61; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1727; Nomer, Borçlar Genel, N 197.12.

o kadar önemli bir parçasıdır ki, geciken ifa artık sözleşmeye uygun bir ifa olarak nitelendirilemez¹⁴⁴⁸

Kesin vadeli işlemin iki unsuru bulunur¹⁴⁴⁹. İlk olarak, tarafların, belirli bir tarihi vade tarihi olarak kararlaştırmış olması, yani sözleşmede bir belirli vadenin yer alması gerekir. İkinci olarak, edimin mutlaka tespit edilen belirli vadede veya söz konusu belirli vadeye kadar ifa edilmesinin kararlaştırılmış olması şarttır. Nitekim, kesin vade açısından belirleyici olan ikinci unsurdur. Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu'nun isabetli bir biçimde kesin vadeyi tanımlayan eİsvBK m. 123 hükmü uyarınca¹⁴⁵⁰ “sözleşmeden, tarafların ifanın belirli bir zamanda **ne daha önce ne de daha sonra** veya daha sonrası olmaksızın belirli bir zamana kadar gerçekleşmesini amaçladıkları açıkça anlaşılıyorsa” kesin vade söz konusu olur. Bu nedenle, tek başına belirli vade, borçlunun yalnızca borçlu temerrüdüne düşmesini sağlarken, sonuçları çok daha ağır olan kesin vade, borçluyu yalnızca basit temerrüde değil, aynı zamanda nitelikli temerrüde düşürerek, alacaklıya ifayı reddetme ve doğrudan borcun kaderi hakkında karar verme yetkisi bahşeder¹⁴⁵¹.

Sözleşmede kararlaştırılan vadenin kesin vade olup olmadığı, sözleşmenin ve tarafların irade beyanlarının yorumlanması neticesinde tespit edilir¹⁴⁵². Somut olayın koşulları ve sözleşmenin lafzı nazara alınarak irade beyanlarının yorumlanması sonucunda, ifa zamanına yüksek bir önem atfedildiği söylenebiliyorsa¹⁴⁵³ veya borçlu

¹⁴⁴⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30; Medicus/Lorenz, § 37 N 13; Honsell, BT, s. 73; Rimle, N 377; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19: “(...) Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, söz konusu hükmün yorumlanması neticesinde, ifa için kararlaştırılan kesin vadenin sözleşmenin esaslı unlarından biri olduğu sonucuna varılırsa, kesin vadeli bir işlemin (“Fixgeschäft”) varlığı kabul edilir. Yani, sözleşme yalnızca, kararlaştırılan belirli bir anda veya sabit bir süre içinde edimin ifa edilmemesi yoluyla tamamlanmış kabul edilir. Başka bir deyişle, tarafların irade beyanları uyarınca, bütün işlemin ayakta kalması veya sona ermesi, ifa için belirlenen süreye uyulmasına bağlıdır (...)”.

¹⁴⁴⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 31-32; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 9; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 8; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 5-6; Bär, s. 15 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 517-519; Müller, s. 61; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1728.

¹⁴⁵⁰ eİsvBK m. 123: “(Fr) une époque déterminée, ni plus tôt, ni plus tard, ou dans un délai fixé et non plus tard; (De) zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll”. Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 151-152; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 33.

¹⁴⁵¹ Schenker, Schuldnerverzug, N 520; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 9; Tercier/Bieri/Carron, N 581.

¹⁴⁵² CR-Thévenoz, art. 108 CO N 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 37; İsvFM, ATF 45 II 438; ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19.

¹⁴⁵³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 37; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 7; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 5; Zimmermann, Fixgeschäft, s. 51 vd.; Bär, s. 45-46; Koller, AT, N 39.71-39.72.

alacaklı tarafından edim üzerinde ne zaman tasarrufta bulunulacağını biliyorsa¹⁴⁵⁴, kesin vadeli işlemin varlığına kanaat getirilir.

Kesin vadenin dolmuş olmasının ardından, kural olarak, borçlu, alacaklının rızası olmaksızın, borcunu ifa etme yetkisini kaybeder¹⁴⁵⁵. Öte yandan, kesin vadenin gerçekleşmesi, kendiliğinden *-ipso iure-* borçluyu borcunu ifa etme yetkisinden yoksun bırakmaz; yalnızca, alacaklıya, borcun ifasına derhâl karşı çıkma yetkisi veren bir yenilik doğuran hak bahşeder. Süre vermeksizin yenilik doğuran hakkını kullanan alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçerek, borçluyu ifayı arz etme imkânından yoksun bırakır.¹⁴⁵⁶ Böylece, alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönme hakkını tercih ettiğini, açık veya örtülü bir irade beyanıyla -hatta iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla- borçluya bildirmediği, borçlu borcunu yine de ifa etme imkânına sahiptir¹⁴⁵⁷. Keza, alacaklı da kesin vadenin dolmasına rağmen borcun ifasını talep veya kabul edebilir¹⁴⁵⁸. Kanun koyucu, satış sözleşmesinde, TBK m. 212 f. II (İsvBK m. 190 f. I) uyarınca, bu ilkeden vazgeçerek, kesin vade olarak kabul edilen belirli vadenin dolmasıyla birlikte, *-ipso iure-* alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, olumlu zararın tazminini talep ettiği karinesine yer vermiştir¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁴ BK-Becker, Art. 108 OR N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 37; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 108 OR N 7; MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 42; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 5; von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; Koller, AT, N 39.73; Keller/Schöbi, s. 273.

¹⁴⁵⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 9, 13; von Tuhr/Escher, § 73, s. 151; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 7; Engel, Obligations, s. 730; Bär, s. 17; Gauch/Schluep//Emmenegger, N 2748; Bucher, AT, s. 370; Rimle, N 377; Nomer, Borçlar Genel, N 197.12.

¹⁴⁵⁶ Seçimlik hakların derhâl kullanılmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. aşağıda, B.3/III/A/3/e, “*Ek Süre Vermeye Gerek Olmayan Hâllerde Seçimlik Hakların Kullanılması*”. İsimli başlık.

¹⁴⁵⁷ CR-Thévenoz, art. 108 CO N 13; Bär, s. 63. İsviçre Federal Mahkemesi, bütün işlemin ayakta kalmasının veya sona ermesinin kesin vadeye riayet edilip edilmemesine bağlı olduğunu belirtmektedir. İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19: “(...) tarafların irade beyanları uyarınca, bütün işlemin ayakta kalması veya sona ermesi, ifa için belirlenen süreye uyulmasına bağlıdır (*das Geschäft nach der Willensmeinung der Parteien mit der Einhaltung des Erfüllungstermins stehen und fallen soll / d’après volonté des parties, le maintien et l’abandon de toute l’affaire dépend de l’observation du délai fixé pour l’exécution*) (...)”. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. Emmerich, § 4 N 8; Medicus/Lorenz, § 37 N 13. Keza, İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi’ni destekler şekilde, kesin vadenin yalnızca muacceliyet anıyla değil, aynı zamanda borçlunun borcunu ifa edebileceği zaman dilimiyle, yani borcun ifa edilebilir olmasıyla (“*Erfüllbarkeit / exécutabilité*”) da ilgili olduğunu ifade etmektedir. Bkz. BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 16; BK-Becker, Art. 108 OR N 12; Bucher, BT, s. 71; Schenker, Schuldnerverzug, N 521; Honsell, BT, s. 70, 73; Emmerich, § 4, s. 62. Alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmediği, borçlunun borcunu ifa etme imkânına sahip olması nedeniyle söz konusu ifa tarzının İsviçre-Türk Hukuku bakımından isabetli sayılmadığının vurgulanması gerekir. Bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 13; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30, dn. 81.

¹⁴⁵⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 30, 56; Rimle, N 377; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1727; Öz, Dönme, s. 177-178.

¹⁴⁵⁹ Bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 13; Bär, s. 63; Bucher, BT, s. 71; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19.

Alman Hukuku'nun etkisiyle, İsviçre-Türk öğretisinde kesin vadenin, bazı yazarlarca mutlak ve nispi kesin vade olarak ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir¹⁴⁶⁰. Bu çerçevede, **mutlak kesin vade** (“*absolutes Fixgeschäft*”) söz konusu olduğunda, kararlaştırılan ifa zamanı, işlem açısından o kadar merkezi bir konumda yer almaktadır ki, vadenin geçmesiyle birlikte, borç, objektif olarak imkânsız hâle gelir¹⁴⁶¹. Belirli bir tarihte ithalatı yasaklanan malların, yasak yürürlüğe girmeden önce teslimi böyledir¹⁴⁶². Şayet önceden kısmi ifa gerçekleşmişse, mutlak kesin vade, kısmi temerrüde değil, kısmi imkânsızlığa yol açar. Buna karşılık, **nispi kesin vade** (“*relatives Fixgeschäft*”) ise, TBK m. 124 f. I b. 3 anlamında ifanın imkânsız hâle gelmediği, ancak ifanın alacaklı açısından yararsız kaldığı, artık kabul edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı gerçek anlamda kesin vadeye denir¹⁴⁶³.

Borcun bir kısmının ifa edildiği **kısmi temerrüt** hâlinde, kesin vadenin ne şekilde sonuç doğuracağını tespit edilmesi gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmediği, borçlu borcunu ifa etme imkânına sahiptir. Keza, alacaklı da kesin vadenin dolmasına rağmen borcun ifasını talep veya kabul edebilir. Ayrıca, alacaklının kendisine tanınmış bir imkân olan kesin vadeden feragat etmesi de mümkündür¹⁴⁶⁴. Kanımızca, borcun bir kısmının ifa edilmesi durumunda, kesin vadenin gerçekleşip gerçekleşmemesine göre bir ayrım yapmak gerekir.

¹⁴⁶⁰ Müller, s. 61. Alman Hukuku'nda bkz. Emmerich, § 4 N 5 vd.; Medicus/Lorenz, § 37 N 13; Zimmermann, Fixgeschäft, s. 17 vd. İsviçre uygulamasında böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 35a. Söz konusu ayrımın İsviçre-Türk hukuku açısından yararsız olduğu yönünde bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 35b; Gauch/Schluemp/Emmenegger, N 2749-2751; Schenker, Schuldnerverzug, N 529.

Kesin vade konusunda yapılan iki taraflı kesin vadeli işlem (“*beidseitiges Fixgeschäft*”) ile tek taraflı kesin vadeli işlem (“*einseitiges Fixgeschäft*”) ayrımı konusunda bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 36; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 21; Schenker, Schuldnerverzug, N 523-524.

¹⁴⁶¹ CR-Thévenoz, art. 108 CO N 14; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 6, Art. 97 OR N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 34-35c; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 19-20; MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 42; Emmerich, § 4 N 5; Medicus/Lorenz, § 37 N 13; Zimmermann, Fixgeschäft, s. 102 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 528; Honsell, BT, s. 71; Schwenger/Fountoulakis, N 7.18, 66.21; Müller-Chen, s. 120 vd.; Huguenin, OR, N 710. Mutlak kesin vade yerine “gerçek olmayan veya katı kesin vade (*uneigentliche, unechte, strenge Fixgeschäft*)” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Zimmermann, Fixgeschäft, s. 102.

¹⁴⁶² Farklı örnekler için bkz. CR-Thévenoz, art. 108 CO N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 35; Emmerich, § 4 N 7; Zimmermann, Fixgeschäft, s. 102-103.

¹⁴⁶³ Zimmermann, Fixgeschäft, s. 17 vd.; Emmerich, § 4 N 8. Nispi kesin vade yerine “gerçek, mutlak, basit, yalın veya dar anlamda kesin vade (*eigentliche, echte, gewöhnliche, einfache Fixgeschäft im engeren Sinne*)” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Zimmermann, Fixgeschäft, s. 17.

¹⁴⁶⁴ İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19: “(...) Tarafların iradelerinin böyle bir kesin vade akdetmek yönünde olmadığı, yani kararlaştırılan ifa tarihinin esaslı bir unsur olarak görülmediği ya da açıkça veya örtülü olarak kesin vadeden feragat edildiği ve böylece kesin vadeli işlemin (“*Fixgeschäft*”) belirli vadeli işleme (veya ihtara bağlı işleme “*Mahngeschäft*”) dönüştürüldüğü ispat edilerek söz konusu karine çürütülebilir (...)”.

- a) İlk olarak, **kesin vadeden sonra**, alacaklının kısmi ifayı kendi rızasıyla kabul etmesi, kural olarak kendi lehine tesis edilmiş olan kesin vadeye dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelir. Buna göre, vadeden sonra kısmi ifayı kabul eden alacaklı, artık kalan kısım bakımından seçimlik haklarını kullanmak isterse süre vermelidir. Zira, kesin vadeye rağmen kısmi ifa teklifini TBK m. 84 f. I uyarınca reddetmeyen ve borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmayan alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi, borcun mutlaka kararlaştırılan kesin vadede ifasının şart olmadığı, borçlunun borcunun kalan kısmını daha sonra ifa etme imkânının bulunduğu ve ifa gecikmiş olsa bile alacaklının ifa menfaatini yitirmediği şeklinde yorumlanır. Yargıtay da kesin vadeye rağmen ifa talebinde bulunulması veya kısmi ifanın kabul edilmesi durumunda, kesin vadeli işlemin belirsiz süreli (*vadeli*) işleme dönüştüğünü belirtir¹⁴⁶⁵. Kanımızca, bu ihtimalde, kesin vadeli işlemin ihtara bağlı işleme dönüştüğünden bahsetmek daha doğru olsa da, varılan sonuç isabetlidir.
- b) İkinci olarak, **kesin vadeden önce** alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi, kesin vadeden feragat ettiği anlamına gelmez. Zira, kesin vadeden önce, alacaklının, edimin kalan kısmının en geç kararlaştırılan kesin vade tarihinde ifa edileceğini düşünmekte haklı olması durumunda, kısmi ifanın kabulü, kesin vadeden feragat edildiği şeklinde yorumlanamaz. Bu durum, borçlunun erken ifada bulunması durumunda veya kesin vadenin belirli bir tarih olarak değil, belirli bir zaman aralığı şeklinde kararlaştırılmış olması hâlinde meydana gelir. Örneğin, satıcının sipariş edilen iki yüz çift sandaleti en geç 31 Temmuz 2024 tarihine kadar ifa edeceğinin veya sandaletleri mutlaka 2024 yılının temmuz ayı içinde teslim edeceğinin kararlaştırılması hâlinde, temmuz ayı içinde yüz çift sandalete dair kısmi ifa teklifini kabul eden alacaklının, kesin vadeden feragat ettiği söylenemez. Öte yandan, kesin vade gerçekleşmiş olmasına rağmen kısmi ifayı kabul eden alacaklı, borcun kalan kısmı açısından seçimlik haklarını, ancak ek süre tayin ederek kullanabilir.

¹⁴⁶⁵ **Yargıtay 11. HD**, E. 1983/4595, K. 1983/4691, T. 1.11.1983 (Kazancı): “(...) Davacı alıcı, buna rağmen bu vadenin hemen bitiminde bir ihtarname keşide ederek (aynen teslim) talep ettiğini bildirmiş değildir. Davacı alıcı, en son teslim tarihinin bitiminden çok sonra keşide ettiği 11.7.1980 tarihli ihtarname ile (aynen teslim) talebinde bulunmuş ve bu ihtarnameden sonra 13.11.1980 ile 12.9.1982 tarihleri arasında yapılan teslimatları kabul etmekle, taraflar arasındaki kesin vadeli sözleşme, uygulama şekliyle ve örtülü olarak (zımnen) belirsiz süreli (*vadeli*) bir alım-satım sözleşmesi şekline dönüşmüş bulunmaktadır (...)”. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19. Ayrıca bkz. **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21.

- c) Üçüncü olarak, alacaklı açısından **kısmi ifayı kabul zorunluluğu** mevcutsa, alacaklının kendisine sunulan kısmi edimi kabul etmesi, kesin vadeden feragat ettiği anlamına gelmez. Kısmi ifayı kabul zorunluluğu açısından önemli olan, alacaklının kısmi ifayı reddedebilecek durumdayken, kesin vadeye rağmen kabul etmemiş olmasıdır. Örneğin, borcun kapsamı taraflar arasında ihtilafı ise, alacaklının borcun ihtilafsız kısmını kabul etmesi, kesin vadeden feragat edildiğini göstermez.

Son olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, TBK m. 124 f. I b. 3 uyarınca, somut olayda kesin vade bulunduğunu iddia eden taraf, irade beyanları çerçevesinde kararlaştırılan vadenin söz konusu mahiyette bulunduğunu **ispat** etmek zorundadır¹⁴⁶⁶. Şüphe hâlinde kesin vadenin bulunmadığı ve borçluya süre verilmesi gerektiği kabul edilir¹⁴⁶⁷. Kısmi ifayı kabul eden alacaklı, şayet kalan kısım bakımından ifa menfaatini yitirmemişse, süre vermeyi tercih edebilir. Böylece, süre verilmesinin gerekip gerekmediği yönündeki muhtemel tartışmaların önüne geçer.

iv. Satış Sözleşmesinde Kesin Vade Karinesi

Satıcının borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 212 f. I hükmü uyarınca, satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiş, akabinde, TBK m. 212 f. II (İsvBK m. 190 f. I) uyarınca, zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse, alıcının devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilmiştir. TBK m. 212 f. III (İsvBK m. 190 f. II) hükmü uyarınca ise alıcı, satılanın devredilmesini isteme niyetinde ise, belirlenen sürenin bitiminde, bunu satıcıya hemen bildirmek zorundadır.

Kanun koyucu, belirli vadeli ticari satışlarda özel bir düzenleme öngörmüştür. TBK m. 212 f. II hükmünün uygulanabilmesi için, bir **ticari satışın bulunması** ve zilyetliğin devri için sözleşmede **belirli vade** öngörülmüş olması¹⁴⁶⁸ gerekir. Ticari

¹⁴⁶⁶ İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19. Bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 531; **Zimmermann**, Fixgeschäft, s. 15.

¹⁴⁶⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 37; **Bär**, s. 63. Nitekim, genellikle kesin vade, alacaklı lehine olduğu için, somut olayda bir kesin vadeli işlem bulunduğunu alacaklı ispat eder. Bkz. **Bär**, s. 63. Alman Hukuku'nda kesin vadeyle birlikte, ifa zamanının geldiğini kimin ispat edeceği tartışmalıdır. Yazarların çoğunluğunun savunduğu **itiraz teorisi** uyarınca (*Einwandstheori*), derhâl ifa yükümlülüğünün bulunmadığını ileri süren borçlunun bu durumu ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, aksi yöndeki yazarların ve Alman Federal Mahkemesi'nin savunduğu **inkâr teorisi** uyarınca (*Leugnungstheorie*) borçlunun ifa zamanının henüz gelmediğini iddia etmesi üzerine, ifa zamanının geldiğini ispat yükü alacaklıya aittir. Bkz. **Zimmermann**, Fixgeschäft, s. 14-15.

¹⁴⁶⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 6; BK-Becker, Art. 190 OR N 4; **Engel**, Contrats, s. 24; **Knoepfel**, s. 61; **Müller**, s. 64; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19: "(...) *Teslimat için vadenin*

satış kavramından ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalı olsa da, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, ticari satış kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari iş veya tacir kavramlarından bağımsız olarak, satıcının satılanı **tekrar satmak** (“*Weiterverkauf / revendre*”) ve **kâr elde etmek** amacıyla satın almış olması anlamına gelir¹⁴⁶⁹. Ayrıca ticari satıştan bahsedebilmek için, satıcının da alıcının amacını bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir¹⁴⁷⁰. İşlendikten sonra satılmak amacıyla alınan mallar bakımından da ticari bir satışın bulunduğu kabul edilir¹⁴⁷¹.

Belirli vade ve ticari satış koşullarının sağlanması durumunda, TBK m. 212 f. II uyarınca iki karineye yer verilmiştir. Bunlardan ilki, alıcının aynen ifa talebinden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan olumlu zararının giderilmesini istediği

belirlenmesinde kullanılan ifadeler önem taşımaz. Zira, hiçbir şüphenin meydana gelmeyeceği biçimde teslimatın hangi zamanda veya hangi zamana kadar gerçekleştirilmek zorunda olduğunun belirtilmesi yeterlidir (...). Hükmün yalnızca gerçek anlamda kesin vadeli işlemler için uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Bucher**, BT, s. 71; **Honsell**, BT, s. 70-71; KUKO-Kikinis, Art. 190 OR N 3.

¹⁴⁶⁹ **von Tuhr/Escher**, § 1, s. 5; **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 7; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 2; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 16; **Engel**, Contrats, s. 24; **Knoepfel**, s. 7; **Cavin**, s. 9; **Achtari**, N 887; **Tercier/Bieri/Carron**, N 491; **Vionnet**, Vente, N 334; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 6, 10; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 131-132; **Serozan**, Borçlar Özel, N 595; **Gümüş**, Cilt 1, s. 51-52; **Ayrancı**, s. 91-92; **İsvFM**, ATF 65 II 173; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228: “(...) *Bu ilkeler ticari bir satışın söz konusu olması durumunda, yani alıcı tarafından tekrar satılmak ve kâr elde edilmek amacıyla mal satın alınması hâlinde uygulanır (...)*”. Bu görüş, öğretide **objektif teori** olarak da anılır. Zira, sübjektif teori uyarınca önem atfedilen tarafların tacir olması, ticaret siciline kayıt gibi sübjektif koşullar değil, yalnızca satışın niteliği belirleyicidir. Tacir olmayan bir kimsenin ticari bir satış akdetmesi mümkün olduğu gibi, bir tacir şahsi ihtiyaçları için sözleşme akdediyorsa, sözleşmenin ticari değil adi satış olarak nitelendirilmesi gerekir. Bkz. **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 2; **Engel**, Contrats, s. 24; **Knoepfel**, s. 7; **Tercier/Bieri/Carron**, N 492.

Bir görüşe göre, alıcının satılanı tekrar satmak ve kâr elde etmek amacıyla hareket etmiş olması aranmakla birlikte, ticari bir satış için alıcının satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmiş olması gerekir. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 190 OR N 7; **BK-Becker**, Art. 190 OR N 3; **Huguenin**, OR, N 180; **Keller/Siehr**, s. 32 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 99.

Başka bir görüşe göre ise, alıcının satılanı tekrar satmak ve kâr elde etmek gayesiyle hareket etmesi yanında, satıcının satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmiş olması da satış sözleşmesini ticari hâle getirir. Zira, bu görüşe göre, satılanı tekrar satma kavramı, oldukça ağır ve hükmün uygulama alanını daraltan bir koşuldur. Bkz. **Honsell**, BT, s. 69-70; **ZK-Schönle**, Art. 190 OR N 19; **Eren**, Borçlar Özel, s. 68-69.

Son olarak, ilk olarak *Bucher* tarafından savunulmuş olan bir görüşe göre, söz konusu hükmün alıcının menfaatlerine uygun düşmediğini ve sorunlu olduğunu ifade etmekte; hükmün Alman Hukuku'na uygun biçimde, yalnızca İsvBK m. 108 f. I b. 3 (TBK m. 124 f. I b. 1) uyarınca kesin vadeli işlemler açısından ve sadece tacirler bakımından uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, belirli vadenin kesin vade olarak nitelendirilmesi ve TBK m. 212 f. III (İsvBK m. 190 f. II) uyarınca aynen ifa imkânının ortadan kalkması oldukça katı bir yaptırımdır. Bkz. **Bucher**, BT, s. 71; **Honsell**, BT, s. 70-71; KUKO-Kikinis, Art. 190 OR N 3.

¹⁴⁷⁰ **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 9; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 15; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 2; **Cavin**, s. 9; **Achtari**, N 887; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 132; **Gümüş**, Cilt 1, s. 51-52. Kanunda böyle bir koşulun aranmadığı yönünde bkz. **Vionnet**, Vente, N 359.

¹⁴⁷¹ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 2; **ZK-Schönle**, Art. 190 OR N 19; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 10. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 41 II 672; ATF 43 II 170 = JdT 1917 I 583; ATF 43 II 214 = JdT 1917 I 592. Ayrıca bkz. **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 10; **Knoepfel**, s. 13 vd.

karinesi¹⁴⁷²; ikincisi ise kesin vade karinesidir (“*Fixgeschäftsvermutung*”)¹⁴⁷³. Kesin vade karinesi uyarınca, ticari satışlarda zilyetliğin devri için belirli vade kararlaştırılmışsa, söz konusu vade, TBK m. 124 f. I b. 3 anlamında karine olarak kesin vade sayılır. Böylece, ticari satışlarda belirli vade kararlaştırılmış olması durumunda, kanun koyucu, borçluya ek süre tanınmasına gerek görmemiştir.

Kanun koyucu, TBK m. 125 hükmüne nazaran bir adım daha ileri giderek, TBK m. 212 f. II uyarınca, ticari satışlarda belirli vadenin dolmasıyla birlikte, *-ipso iure-* alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, olumlu zararın tazminini talep ettiği karinesine yer vermiştir¹⁴⁷⁴. Şayet alıcı, temerrüde rağmen satılanın kendisine devrini, yani aynen ifayı talep etme niyetindeyse, TBK m. 212 f. III uyarınca belirli vadenin sonunda, bu niyetini satıcıya derhâl bildirerek, aynen ifadan vazgeçip ifa yerine tazminat istediği yönündeki karineyi çürütebilir ve aynen ifada ısrar edebilir. Şayet alıcı, aynen ifada ısrar ederse, karine olarak kesin vadeli sayılan işlem (*Fixgeschäft*), belirli vadeli işleme (*Mahngeschäft*) dönüşür¹⁴⁷⁵. Böylece, işlem en baştan beri, belirli vadenin hukuki sonuçlarına tabi olur. Alıcı, aynen ifayı talep ettiğini vade sonunda tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla TBK m. 212 f. III hükmünün ifadesiyle “*hemen*”, İsvBK m. 190 f. II uyarınca “*derhal*” veya “*gecikmeksizin*” (*immédiatement / unverzüglich*) satıcıya bildirmezse, kanuni karine kesinleşir ve aynen ifa talebi düşer¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷² CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 1; Tercier/Bieri/Carron, N 582; Bucher, BT, s. 71; Honsell, BT, s. 70; Bär, s. 60; Müller, s. 64; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 13.

¹⁴⁷³ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 190 OR N 11; BK-Giger, Art. 190 OR N 11; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 1, 4 vd.; Knoepfel, s. 61; Keppler, s. 11; Tercier/Bieri/Carron, N 581; Bär, s. 60; Keppler, s. 12; Comment, s. 92; Cavin, s. 43; Keller/Lörtscher, s. 27; Müller, s. 64; Tandoğan, Cilt I/1, s. 133; Serozan, Borçlar Özel, N 597; Aral/Ayrancı, s. 100; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 16; Gümü, Cilt 1, s. 53; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19; ATF 116 II 436 = SJ 1991 30: “(...) Bu nedenle, ticari satışlarda teslim için kararlaştırılan vadenin bir “*Fixgeschäft*” varsayıldığına işaret etmek yeterlidir. İsvBK m. 190 f. I uyarınca, satıcı, kararlaştırılan sürenin sona ermesi üzerine, sadece basit borçlu temerrüdüne düşmekle kalmaz, aynı zamanda İsvBK m. 107 anlamında ipso jure “nitelikli” temerrüde düşer; özellikle İsvBK m. 190 f. I, aynen ifadan vazgeçilerek ifa etmeme sebebiyle tazminat istendiği yönünde yasal bir karine oluşturur. Ancak, alıcı ifadan feragat karinesinden yararlanmak yerine, ifa süresinin sona ermesinden hemen sonra bunu beyan etmesi hâlinde ifayı talep edebilir. Bu durumda “*Fixgeschäft* (kesin vadeli işlem)” bir “*Mahngeschäft* (ihtara bağlı veya vadeli işlem)”e dönüşür. Alıcı sözleşmede kararlaştırılan vadeye esaslı bir nitelik atfetme hakkından feragat eder; bu nedenle, İsvBK m. 190 uygulama alanı bulmaz ve bu sözleşme İsvBK m. 107 ila 109 hükümlerinde öngörülen ortak rejime tabi olur. Alıcı ifa etmeme nedeniyle tazminat talep etmek isterse, borçluya ifa etmesi için ek bir süre vermeli ve bu sürenin sona ermesinden hemen sonra sözleşmeyi sürdürmeme ve olumlu zararının tazminini talep etme niyetini beyan etmelidir (...)”. Her iki karine de ticari ilişkilerin hızlı ve güvenli şekilde yürütmesine hizmet eder. Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 1.

¹⁴⁷⁴ Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 5 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 56; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 13; Honsell, BT, s. 70; Bucher, BT, s. 71; Bär, s. 63; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 16; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19.

¹⁴⁷⁵ Müller, s. 64.

¹⁴⁷⁶ BSK-Koller, Art. 190 OR N 15; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 9, 13; BK-Giger, Art.

Kanun koyucu, TBK m. 212 hükmünde alıcının **sözleşmeden dönme** hakkına yer vermemiştir. Oysa, genel borçlu temerrüdü rejiminde TBK m. 125 hükmünde, alacaklıya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın giderilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Her ne kadar öğretide TBK m. 212 hükmünün içerdiği bilinçli susma nedeniyle, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı savunulmuşsa da¹⁴⁷⁷, öğretideki hâkim fikre göre¹⁴⁷⁸, genel hükümlerden farklı olarak, belirli süreli ticari satışlar açısından, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanımamak için haklı bir sebep bulunmaz. Alıcı, belirli süreli ticari satışlar açısından, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazminini talep etme haklarını kullanabilir. Nitekim, satıcının kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda, olumlu zararın tazminini talep etme hakkı, alıcıya herhangi bir giderim imkânı sunmaz. Böyle hâllerde, sözleşmeden dönme hakkını tercih etmek, alıcının lehine olur. Keza, satılanın değerinin düştüğü durumlarda, sözleşmeden dönerek satış bedelinin iadesini talep etmek veya satış bedeli borcundan kurtulmak, alıcının menfaatinedir¹⁴⁷⁹.

Sözleşmeden dönme hakkı, bir yenilik doğuran hak olduğu için, bu hakkı kullanmak isteyen alıcı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla, seçimini yenilik doğuran işlem yoluyla satıcıya bildirmelidir. Her ne kadar bildirimde bulunma konusunda bir şüphe bulunmasa da, alıcının bu hakkını hangi süre içinde ve nasıl kullanması gerektiği öğretide tartışmalıdır. TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen kesin vade karinesinden hareket eden bir görüşe göre, alıcıya ek süre tayin etmek gerekmez; alıcı, sözleşmeden dönme hakkını vakit kaybetmeksizin hemen kullanmalıdır¹⁴⁸⁰. Sözleşmeden dönme hakkının özel hükümler bahsinde değil, genel hükümler başlığı altında düzenlendiğini nazara alan diğer bir görüş ise, sözleşmeden dönme hakkının, genel borçlu temerrüdü rejiminde olduğu gibi uygun bir ek süre tayininin ardından kullanılabileceği şeklinde ifade edilmektedir¹⁴⁸¹. Diğer bir görüşe

190 OR N 40; **Tercier/Bieri/Carron**, N 583; **Honsell**, BT, s. 70-71; **Bucher**, BT, s. 71; **Müller**, s. 64; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 17; **İsvFM**, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30. Aynen ifa talebi, tarafların açık veya örtülü bir biçimde anlaşmasıyla yeniden canlanır. Bkz. **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 15; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 9; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 17; **Aral/Ayrancı**, s. 101. Aynen ifa talebine ilişkin bildirim bir yenilik doğuran işlemdir. Bkz. **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 17.

¹⁴⁷⁷ **BK-Becker**, Art. 190 OR N 10; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 190 OR N 14; **Cavin**, s. 47-48.

¹⁴⁷⁸ **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 17; **ZK-Schönle**, Art. 190 OR N 14; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 32-33; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 12; **Tercier/Bieri/Carron**, N 582; **Lemp**, s. 74; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 420; **Stanislas**, s. 86 vd.; **Guhl**, Rücktritt, s. 136; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1730; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 134-135; **Serozan**, Borçlar Özel, N 598; **Kuntalp**, s. 83; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 22.

¹⁴⁷⁹ **BSK-Koller**, Art. 190 OR N 17; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 12; **ZK-Schönle**, Art. 190 OR N 15; **Lemp**, s. 74; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 22.

¹⁴⁸⁰ **Lemp**, s. 74; **Guhl**, Rücktritt, s. 136; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 135; **Kuntalp**, s. 83.

¹⁴⁸¹ **Tercier/Bieri/Carron**, N 583; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1730; **İsvFM**, ATF 116 II 436 = SJ 1991

göre, alıcı, derhâl sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda olmasa da, bu hakkını uygun bir düşünme süresinin ardından satıcıya bildirmelidir¹⁴⁸². Öğretide savunulan son görüşe göre¹⁴⁸³, alıcı, derhâl veya uygun süre içinde ya da ek süre çerçevesinde değil, dürüstlük kuralı uyarınca hareket etmeli; zamanaşımı süresi olmadan sözleşmeden dönme hakkını kullanmalıdır. Kanımızca, TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen kesin vade karinesi, alıcının olumlu zararının tazminini seçtiği yönündeki karineden bağımsız değildir. Her iki karineyi birlikte ele almak gerektiği için, sözleşmeden dönme hakkı bakımından kesin vade karinesini işletmek mümkün olmaz. Bu durumda, sözleşmeden dönme hakkının, genel hükümler çerçevesinde, kural olarak, **ek süre tayin edilerek** kullanılması gerekir¹⁴⁸⁴. Buna karşılık, TBK m. 212 f. II uyarınca değil, TBK m. 124 f. I b. 1 uyarınca gerçek anlamda bir kesin vadeli işlem söz konusu ise, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ek süre tayin etmeksizin kullanması mümkündür.

TBK m. 212 f. II hükmü emredici değildir; aksi açıkça veya örtülü olarak sözleşmeyle kararlaştırılabilir¹⁴⁸⁵. Aynı şekilde, TBK m. 212 f. II hükmünde öngörülen karinelerin somut olayın koşulları çerçevesinde tarafların iradelerine uygun olmadığı ispat edilerek, çürütülmesi mümkündür¹⁴⁸⁶. Nitekim, somut olayın koşullarından ve sözleşmenin içeriğinden, satılanın bir kısmının daha sonra ifa edileceği sonucuna varılabilir¹⁴⁸⁷. TBK m. 212 f. II hükmünde öngörülen karinelerin çürütülmesi durumunda, genel borçlu temerrüdü rejimi (TBK m. 117-125) uygulanır¹⁴⁸⁸. Somut olay bakımından TBK m. 212 f. II hükmünde yer alan karinelerin uygulanmaması

30.

¹⁴⁸² BK-Giger, Art. 190 OR N 43; Eren, Borçlar Özel, s. 72.

¹⁴⁸³ BSK-Koller, Art. 190 OR N 19; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 12; ZK-Schönle, Art. 190 OR N 14 vd. Bu görüşe göre, spekülasyon tehlikesi bulunmadığı için, zamansal bir sınır koymak gereksizdir. Bkz. BSK-Koller, Art. 190 OR N 19; ZK-Schönle, Art. 190 OR N 14 vd. Öte yandan, bu görüş çerçevesinde, satıcının alıcıya karar vermesi için uygun bir düşünme süresi takdir edebileceği ve söz konusu düşünme süresi içinde seçimini satıcıya bildirmeyen alıcının sözleşmeden dönme hakkını kaybedeceği savunulmaktadır. Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 12.

¹⁴⁸⁴ Tercier/Bieri/Carron, N 583; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1730; İsvFM, ATF 116 II 436 = SJ 1991 30.

¹⁴⁸⁵ BK-Giger, Art. 190 OR N 29; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 3, 8; BSK-Koller, Art. 190 OR N 13; KUKO-Kikinis, Art. 190 OR N 10; BK-Becker, Art. 190 OR N 7; Knoepfel, s. 64; Tercier/Bieri/Carron, N 581; Keppler, s. 12-13; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 4.

¹⁴⁸⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 8; BSK-Koller, Art. 190 OR N 13; Bär, s. 61; Keppler, s. 12; Tercier/Bieri/Carron, N 581; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 4; İsvFM, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19: “(...) İsvBK m. 190 hükmüne düzenlenen karinenin aksinin ispat edilmesi mümkündür. Tarafların iradelerinin böyle bir kesin vade akdetmek yönünde olmadığı, yani kararlaştırılan ifa tarihinin esaslı bir unsur olarak görülmediği ya da açıkça veya örtülü olarak kesin vadeden feragat edildiği ve böylece kesin vadeli işlemin (“Fixgeschäft”) belirli vadeli işleme (veya ihtara bağlı işleme “Mahngeschäft”) dönüştürüldüğü ispat edilerek söz konusu karine çürütülebilir (...)”.

¹⁴⁸⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 8.

¹⁴⁸⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 14; Bär, s. 60; Nomer/Engin, TBK m. 212 N 4.

gerektiğini iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmek zorundadır¹⁴⁸⁹. Keza, şüphe hâlinde, bir kesin vadenin değil, yalnızca belirli vadenin bulunduğu kabul edilmelidir¹⁴⁹⁰.

Kısmi temerrüt hâlinde tespit edilmesi gereken en önemli husus, satıcının ticari satışlarda kısmi ifada bulunmasının, yukarıda zikredilen olumlu zararın tazmininin talep edildiği karinesi ile kesin vade karinesini ne şekilde etkilediğidir. Yukarıda kesin vade başlığı altında ifade edildiği üzere¹⁴⁹¹, satıcının borcun bir kısmını ifa ettiği kısmi temerrüt hâlinde, ifanın vadeden önce veya sonra gerçekleşmesine göre ikili bir ayırım yapılması gerekir. Bu ayırma geçmeden önce ifade etmek gerekir ki, alıcının kesin vadeden sonra kendisine sunulan ifayı, -ister kısmi ister tam olsun- kabul etmesi mümkündür. Benzer şekilde, satıcının temerrüdünde, şayet belirli vadeli ticari bir satış söz konusu ise, TBK m. 212 f. III uyarınca alıcının aynen ifa talebinde ısrar ettiğini satıcıya bildirmemiş olması, vadeden sonra borçlu tarafından kendisine sunulan aynen ifayı kabul etmesine engel teşkil etmez¹⁴⁹².

Satıcının vadeden sonra alıcıya satılanın tamamını ifa olarak sunması mümkün olduğu gibi, kısmi ifa teklifinde bulunması da mümkündür. Ortaya koyduğumuz ayırım çerçevesinde, her ne kadar alıcı, kısmi ifayı kabul etme imkânına sahip olsa da, vadeden sonra alıcının satılanın bir kısmını ifa olarak kabul etmesi, TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen karinelerin somut olay açısından taraf iradelerine uygun olmadığını gösterir¹⁴⁹³. Dolayısıyla, vadeden sonra kısmi ifanın kabulü hâlinde, alıcı, TBK m. 212 hükmü uyarınca değil, genel hükümler çerçevesinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir¹⁴⁹⁴. Bu çerçevede, alıcı, kalan kısmın aynen ifasını talep edebileceği gibi, uygun bir ek süre vermek kaydıyla, olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir¹⁴⁹⁵. Öte

¹⁴⁸⁹ **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 4. Genellikle borçlu, söz konusu belirli vadenin kesin vade olmadığını ispat etmek durumunda kalır. Bkz. **Keppler**, s. 12.

¹⁴⁹⁰ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 8; **BK-Becker**, Art. 190 OR N 3; **Tercier/Bieri/Carron**, N 581. Tarafların tacir olmaması durumunda, şüphe hâlinde kesin vadenin bulunmadığı nispeten kolaylıkla kabul edilebilir. Bkz. **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 8; **BK-Becker**, Art. 190 OR N 3.

¹⁴⁹¹ Bkz. yukarıda, **B.3/III/A/2/c/iii**, “*Kesin Vade*” isimli başlık.

¹⁴⁹² **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 9; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 40; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21.

¹⁴⁹³ **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21, 27.

¹⁴⁹⁴ Somut olayda, TBK m. 212 f. II uyarınca kesin vade olarak nitelendirilen belirli vadenin değil, doğrudan doğruya TBK m. 124 f. I b. 3 uyarınca kesin vade bulunması durumunda da aynı sonuca varmak gerekir. Zira, kesin vadeden sonra kısmi ifanın kabul edilmesi, kesin vadeden feragat edildiği anlamına gelir. Bkz. yukarıda, **B.3/III/A/2/c/iii**, “*Kesin Vade*” isimli başlık.

¹⁴⁹⁵ **Bär**, s. 60; **Keppler**, s. 12; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21. Aynı yönde bkz. **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 14.

yandan, vadeden önce alıcının kısmi ifayı kabul etmesi, TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen karinelerin taraf iradelerine uygun düşmediğini göstermez. Borçlunun sözleşmede kararlaştırılan vadeden önce kısmi ifada bulunması, erken ifa anlamına gelir. Kural olarak, erken ifa hâlinde, alıcı, en geç vade tarihine kadar borçlunun ifa edilmeyen eksik kısmı tamamlayacağına inanmakta haklı olduğu için, erken kısmi ifa, TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen karinelerin çürütüldüğünü göstermez. Nitekim, Yargıtay, kısmi ifanın kabul edilmesi hâlinde, isabetli olarak, alıcının, TBK m. 212 hükmü uyarınca değil, TBK m. 123 vd. hükümlerine göre talepte bulunabileceğini ifade etmektedir¹⁴⁹⁶.

Kısmi ifanın TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen karinelerin çürütülmesi anlamına gelmediği diğer bir durum, alacaklı açısından kısmi ifayı kabul zorunluluğunun bulunmasıdır. Alacaklının kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu nedeniyle kısmi ifayı kabul etmek durumunda kalması, olumlu zararın tazmininin talep edildiği karinesi ile kesin vade karinesini bertaraf etmez. Örneğin, satıcı satılanın bir kısmına karşı çıktığı için satılanın miktarı taraflar arasında ihtilaflı ise, alıcının borcun ihtilafsız kısmını kabul etmesi, kalan kısım bakımından kesin vadeden ve olumlu zararın tazmini talebinden feragat ettiğini göstermez.

Son olarak, somut olayın koşulları ve tarafların irade beyanları çerçevesinde, kısmi ifanın kabul edilmesi, edimin kalan kısmı bakımından vadenin ertelenmesi (“*tecil veya erteleme anlaşması*”) anlamına gelebilir¹⁴⁹⁷. Böyle bir durumda, ne kesin

¹⁴⁹⁶ **Yargıtay 11. HD**, E. 1983/4595, K. 1983/4691, T. 1.11.1983 (Kazancı): “(...) Yani, taraflar arasındaki sözleşme başlangıçta bu niteliği itibarıyla, BK.nun 187. maddesinde düzenlenmiş bulunan (kesin vadeli) bir alım - satım sözleşmesi şeklinde oluşmuş bulunmaktadır. Ne var ki, gerek bilirkişi raporu kapsamında, gerekse dava dosyasına ibraz edilmiş bulunan tuğla teslimat fişlerinden sözleşmede en son teslim tarihi olarak gösterilen 31.8.1979 tarihine kadar davalı satıcı tarafından davacı alıcıya teslimatta bulunulmadığı anlaşılmaktadır. Davacı alıcı, buna rağmen bu vadenin hemen bitiminde bir ihtarname keşide ederek (aynen teslim) talep ettiğini bildirmiş değildir. Davacı alıcı, en son teslim tarihinin bitiminden çok sonra keşide ettiği 11.7.1980 tarihli ihtarname ile (aynen teslim) talebinde bulunmuş ve bu ihtarnameden sonra 13.11.1980 ile 12.9.1982 tarihleri arasında yapılan teslimatları kabul etmekle, taraflar arasındaki kesin vadeli sözleşme, uygulama şekliyle ve örtülü olarak (zımnen) belirsiz süreli (vadeli) bir alım-satım sözleşmesi şekline dönüşmüş bulunmaktadır. Bu itibarla davacının artık BK.nun 187/1. maddesine dayanarak aynen ifa talebiyle birlikte geç ifadan dolayı tazminat isteme hakkı düşmüştür. Davacı alıcı tarafından ihtarname keşidesinden sonra, davalı tarafından yapılan teslimatlar hiçbir ihtirazi kayıt konulmadan 12.9.1982 tarihine kadar kabul edildiğine göre, uyuşmazlık konusu olan tazminat isteminin artık blirsiz süreli (vadeli) sözleşmelere ilişkin BK.nun 106 ve müteakip maddelerine göre çözümlenmesi gerekmektedir (...).”

Buna karşılık, Yargıtay’ın, kararında, “kesin vadeli satış sözleşmesinin, örtülü olarak belirsiz süreli (vadeli) satış sözleşmemesine dönüştüğünü” ifade etmesi isabetli sayılmaz. Her ne kadar kararda, kısmi ifanın kabulü ile kesin vadenin ortadan kalktığı ifade edilmek isteniyorsa da, sürekli borç ilişkileri açısından kullanılan “belirsiz süreli” sözleşme ibaresinin, ani edimli satış sözleşmesi açısından kullanılması mümkün değildir. Ayrıca bkz. **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21.

¹⁴⁹⁷ **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 21, 26, dn. 37; **Yargıtay 11. HD**, E. 1974/4824, K. 1975/1542, T. 6.3.1975 (Kazancı): “(...) Her ne kadar teslim süresi davacının kabul cevabında belirtilmiş ise de

vadeden ne de TBK m. 212 f. II hükmünde düzenlenen karinelere yararlanmak mümkün olmaz; zira, alacaklı, vadenin ertelendiği tarihe değin, kural olarak kalan kısmın ifasını talep edemez.

v. Peşin ve Ön Ödemeli Satışlarda Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanımı

Alıcının temerrüdü hâlinde, her ne kadar kural olarak genel hükümler uygulama alanı bulsa da¹⁴⁹⁸, TBK m. 235 (İsvBK m. 214) hükmünde, peşin ve ön ödemeli satışlar için özel bir düzenleme öngörülmüştür. TBK m. 235 f. I uyarınca “*Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir*”. TBK m. 235 f. II uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır. TBK m. 235 f. I ve II hükmü, **peşin satışlar** (*vente au comptant / Barkauf*) ile **ön ödemeli satışlar** (*vente à prépaiement / Pränumerandokauf*) bakımından, alıcının satış bedelini ödemekte temerrüde düşmesi hâlini düzenler¹⁴⁹⁹. Peşin veya ön ödemeli satış, alıcının satış bedelini nakden veya kayden (*havale veya akreditif yoluyla*) satılanın teslim edildiği anda (*peşin satış*) veya satılan teslim edilmeden önce (*ön ödemeli satış*) ödemek zorunda olduğu sözleşmedir¹⁵⁰⁰.

TBK m. 235 f. I hükmü, alıcının satış bedelini ödemekte temerrüde düşmesi durumunda, TBK m. 125 f. I uyarınca öngörülmüş olan ek süre koşulunu kaldırarak, satıcının uygun bir süre tayin etmeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğini belirtir¹⁵⁰¹. Böylece, peşin satışlarda alıcının satış bedelini ödememiş olması durumunda, satıcının sözleşmeden dönmesi özendirilmiştir¹⁵⁰². Öte yandan, TBK m. 235 f. II uyarınca, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır. Satıcının alıcıya gecikmeksizin

davalının akit gereğince 205 metre küp kum teslim ettiğini davacı kabul etmiştir. Şu hâlde bilirkişi raporunda bu teslimat tarihinin kesin olarak tespit edilemediği belirtildiğinden davacının kabul ettiği teslimata ait tarihin araştırılarak teslim süresinin zımnen uzatılmış olup olmadığının tayin ve takdir edilmesi icap eder. Bu sürenin uzatıldığı sonucuna vardığı takdirde satıcı davalının davacı tarafından temerrüde düşürülmeden aktin feshi ve uğranılan zararın tazmini yoluna gidilemez (...). Ayrıca bkz. yukarıda, B.2/II/E, “Kısmi İfanın Sonuçları ve İspat Yükü” isimli başlık.

¹⁴⁹⁸ Tercier/Bieri/Carron, N 889; Engel, Contrats, s. 54; Müller, s. 99.

¹⁴⁹⁹ BSK-Koller, Art. 214 OR N 1-2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 1-2; BK-Giger, Art. 214 OR N 19; Honsell, BT, s. 75; Engel, Contrats, s. 54; Müller, s. 72.

¹⁵⁰⁰ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 2; BK-Giger, Art. 214 OR N 19; Tercier/Bieri/Carron, N 893.

¹⁵⁰¹ BK-Giger, Art. 214 OR N 14; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 1, 4; BSK-Koller, Art. 214 OR N 2; Tercier/Bieri/Carron, N 895; Honsell, BT, s. 75; Müller, s. 99; Engel, Contrats, s. 54; Bertherin, s. 182; Vionnet, Vente, N 334; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1730; İsvFM, ATF 96 II 47 = JdT 1971 I 525.

¹⁵⁰² CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 1; Tercier/Bieri/Carron, N 895.

bildirimde bulunmaması durumunda, yani satıcının alıcıya sözleşmeden dönme hakkını hiç veya zamanında bildirmemiş olması ihtimalinde, satış bedelinin aynen ifasını talep ettiği varsayılır¹⁵⁰³. Satıcının, TBK m. 235 f. II uyarınca **gecikmeksizin**, İsvBK m. 214 f. II uyarınca **derhâl** (*immédiatement / sofort*) bildirimde bulunması, somut olayın koşullarına ve taraflar arasındaki menfaat dengesine göre, uygun bir düşünme süresinin ardından, makul bir zaman dilimi içinde sözleşmeden dönme hakkını kullandığını alıcıya iletmesi anlamına gelir¹⁵⁰⁴.

Derhâl bildirimde bulunmayı ihmal eden satıcı, alıcıya TBK m. 123 uyarınca ek süre tayin ederek, sözleşmeden dönme hakkı dâhil olmak üzere genel borçlu temerrüdü rejimi çerçevesinde sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilir¹⁵⁰⁵. Bu çerçevede, satıcı, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini talep edebilir¹⁵⁰⁶. Nitekim, TBK m. 235 f. II hükmü, genel hükümlere başvuruyu engellemeyi değil, sözleşmeden dönme hakkının kullanımını kolaylaştırmayı amaçlar¹⁵⁰⁷.

Peşin ve ön ödemeli satışlarda alıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 235 hükmünün, **kısmi temerrüt** hâlinde ne şekilde tatbik edileceği önem taşır. Kısmi temerrüt hâlinde, temerrüde düşen alıcının, kısmi ödeme yaparak, satıcının sözleşmeden dönme hakkına engel olup olmayacağı sorusuyla karşılaşılır. Satıcıya ek süre tayin etmeden, doğrudan sözleşmeden dönme hakkı tanıyan TBK m. 235 f. I hükmünün öngördüğü sistemin, alıcının kısmi ifada bulunması yoluyla bertaraf

¹⁵⁰³ BSK-Koller, Art. 214 OR N 12; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 6.

¹⁵⁰⁴ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 7; BSK-Koller, Art. 214 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 56; Carron/Wessner, N 609; İsvFM, ATF 96 II 47 = JdT 1971 I 525.

Gecikmeksizin veya derhâl bildirimde bulunma konusunda esas alınacak zaman dilimi, satıcının borçlu temerrüdüne düştüğü andır. Şayet satış sözleşmesinde satış bedeli için belirli vade kararlaştırılmışsa, vadenin gelmesiyle birlikte sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gerekir. Şayet, sözleşmede belirli vade yoksa, başka bir deyişle, alıcının temerrüde düşmesi için ihtar gerekliyse, temerrüt ihtarının ardından uygun bir düşünme süresinin geçmesiyle birlikte bildirimde bulunmak şarttır. Bkz. BSK-Koller, Art. 214 OR N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 7; BK-Giger, Art. 214 OR N 31-32; Merz, Zahlungsverzug, s. 102 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 106; Carron/Wessner, N 609. Genellikle borçlunun temerrüde düştüğü tarihte veya bu tarihin ertesi günü yapılan bildirim gecikmeksizin yapılmış sayılır. Öte yandan, alıcının menfaatlerine açıkça aykırı olmadıkça, satıcının daha uzun bir düşünme süresine ihtiyaç duyduğu söylenebilir. Buna karşılık, alıcının satıcı tarafından verilecek karara derhâl ihtiyaç duyması ihtimalinde daha katı bir değerlendirme yapılabilir. Bkz. BSK-Koller, Art. 214 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 56.

¹⁵⁰⁵ BK-Becker, Art. 190 OR N 5; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 6; BSK-Koller, Art. 214 OR N 12; Tercier/Bieri/Carron, N 897; Engel, Contrats, s. 54; Schenker, Schuldnerverzug, N 423; Bertherin, s. 182; Sauter, s. 92; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1732; İsvFM, ATF 86 II 221 = JdT 1961 I 203; ATF 49 II 38 = JdT 1923 I 370; ATF 44 II 407 = JdT 1919 I 184; SJ 1988 482.

¹⁵⁰⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 8; BSK-Koller, Art. 214 OR N 2; BK-Giger, Art. 214 OR N 42; Tercier/Bieri/Carron, N 895; Schenker, Schuldnerverzug, N 423; Sauter, s. 92; Bertherin, s. 182; İsvFM, SJ 1987 607.

¹⁵⁰⁷ BK-Becker, Art. 190 OR N 5; Sauter, s. 114; Bertherin, s. 182; Tandoğan, Cilt I/1, s. 215; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1732.

edilmesi mümkün değildir¹⁵⁰⁸. Başka bir deyişle, alıcı kısmi ödemede bulunmuş olsa da, satıcı ek süre vermeden sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁵⁰⁹. Ancak, kısmi ödeme hâlinde, satıcı, kural olarak, yalnızca satış bedelinin ifa edilmeyen bölümü bakımından sözleşmeden *-kısmen-* dönme hakkını kullanabilir¹⁵¹⁰. Alıcının sözleşmenin tamamından dönebilmesi için, kısmi temerrüdün yerini bütüncül temerrüde bırakması amacıyla öngörülen koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir¹⁵¹¹. Özellikle, satıcının kısmi ödeme anında sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması durumunda veya satılanın bölünebilir olmaması ihtimalinde, kısmi dönme yerini bütüncül dönmeye bırakır.

Art arda teslimli satış sözleşmesinde, alıcının satış bedelinin bir kısmını ifa etmesi durumunda, satıcı, ek süre tayin etmeden, ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden dönme hakkını kısmen kullanabilir¹⁵¹². Buna karşılık, satıcının, henüz muaccel hâle gelmemiş olan kısım bakımından sözleşmeden dönebilmesi -veya bu kısım bakımından olumlu zararını talep edebilmesi- için, muaccel hâle gelmiş olan taksitlerin ifa edilmemesinin sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmesi; başka bir deyişle, alıcının gelecek taksitler bakımından da temerrüde düşmesinin muhtemel görülmesi şarttır¹⁵¹³. Öte yandan, öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁵¹⁴, art arda

¹⁵⁰⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 4; BSK-Koller, Art. 214 OR N 16.

¹⁵⁰⁹ BSK-Koller, Art. 214 OR N 16.

¹⁵¹⁰ BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Sauter, s. 92-93. Gerek Koller gerek Venturi ve Zen-Ruffinen kısmi temerrüde düşen alıcının basit bir kısmi ödemeye İsvBK m. 214 f. I (TBK m. 235 f. I) uyarınca satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına mâni olamayacağını belirtmektedir. Koller, bu durumda da ek süre vermeksizin sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilceğini ifade etmektedir. Öte yandan, konuyu kısaca ele alan yazarlar, sözleşmeden dönme hakkının yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından kullanılıp kullanılmayacağı hususuna açıklık getirmemektedir. Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 4; BSK-Koller, Art. 214 OR N 16. Kanımızca, kısmi temerrüt konusunda asıl olan kısmi dönme olduğuna göre, kısmi dönme mümkün olduğu sürece veya kısmi dönmenin sözleşmenin tamamından dönmeye dönüşmesi için aranan şartlardan biri bulunmadıkça, sözleşmenin tamamından dönmek mümkün değildir. Aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Lemp, s. 76; Sauter, s. 92-93.

¹⁵¹¹ Bkz. aşağıda, B.4/II, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

¹⁵¹² ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 216; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42a; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Schenker, Schuldnerverzug, N 778; Bucher, AT, s. 382 vd.; Lemp, s. 62 vd.; Keller/Schöbi, s. 279; Sauter, s. 92-93; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398

¹⁵¹³ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 47; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177, BGB § 323 N B 154; von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; Schenker, Schuldnerverzug, N 782; Bucher, AT, s. 383; Lemp, s. 63; Keller/Schöbi, s. 279; Schwenger/Fountoulakis, N 66.37; Sauter, s. 92; Monod, s. 88 vd.; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793. Bkz. aşağıda, B.4/IV/A, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlık.

¹⁵¹⁴ Sauter, s. 104-105.

teslimli satış sözleşmesinde, muaccel hâle gelmiş olan taksitlerin ifa edilmemesinin sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmesi durumunda, ek süre tanımadan sözleşmeden dönme imkânı sunan TBK m. 235 f. I hükmü uygulama alanı bulmaz. Bu görüşe göre, TBK m. 235 f. I, yalnızca bir veya birkaç taksit bakımından alıcının temerrüde düşmesi durumunda uygulanabilir olsa da, sözleşmenin tamamından dönmek için TBK m. 123 uyarınca ek süre tayin etmek gerekir. Bizim de isabetli bulduğumuz aksi görüşe göre¹⁵¹⁵ ise, ister sözleşmeden kısmen dönme ister tamamen dönme söz konusu olsun, alıcının temerrüde düşmesi durumunda TBK m. 235 f. I hükmü uygulanır. Aksi hâlde, satıcıya tanınan söz konusu imkân, kısmi ifa yoluyla bertaraf edilmiş olur.

3. Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunarak Seçimlik Hakkını Kullanması

TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) hükmünde, kanun koyucu, alacaklının, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebileceğini veya sözleşmeden dönebileceğini öngörmüştür. O hâlde, verilen ek süre içinde borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklı, TBK m. 125 (İsvBK m. 107 f. II ve 109) uyarınca, en başından beri sahip olduğu aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme hakkı dışında, iki yeni hukuki imkâna daha sahip olur. Bunlar aynen ifa talebinden vazgeçerek olumlu zararın giderilmesi ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini talebidir.

Daha önce belirtildiği üzere, kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁵¹⁶. Dolayısıyla, kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, ifada gecikilen bölüm bakımından kısmi ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, olumsuz zararın tazmini yoluna gidebilir¹⁵¹⁷.

Nitelikli temerrüt hükümlerinin alacaklıya sunduğu iki seçimlik hak dışında, kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, şayet borçlu temerrüdünün sonuçlarının yalnızca ifa

¹⁵¹⁵ BK-Giger, Art. 214 OR N 35.

¹⁵¹⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Ehrat, N 252; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223; Alcalay, N 34; Tandoğan, Nullité, s. 292; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹⁵¹⁷ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 971-972.

edilmeyen kısımla sınırlı tutulması mümkün değilse, kısmi temerrüt yerine, aşağıda yer verildiği üzere¹⁵¹⁸, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinir. Böylece, borçlu, aşağıda zikredilen özel hâllerin varlığı durumunda, elde ettiği kısmi ifayı iade etmek koşuluyla iki farklı imkâna daha kavuşur. Bunlar, aynen ifadan vazgeçerek borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazmini veya sözleşmenin tamamından dönme ve olumsuz zararın tazmini haklarıdır. Alacaklıya tanınan seçimlik hakların, kısmi temerrüt özelinde ne şekilde kullanılacağına tespit edilmesi ise, söz konusu hakların içeriği kadar önem taşır. Bu nedenle, mevcut başlık altında, alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları nasıl, ne şekilde ve ne zaman kullanması gerektiği sorularına yanıt aranmaktadır.

a. Ek Süre İçinde Borcun İfa Edilmemiş Olması

Alacaklının nitelikli temerrüt hükümleri uyarınca seçimlik haklarını kullanabilmesi için, borçluya takdir ettiği ek süre içinde, borçlunun borcunun kalan kısmını ifa etmemiş olması veya alacaklıyı temerrüde düşürecek şekilde borcun kalan kısmının ifasını teklif etmemiş bulunması gerekir¹⁵¹⁹. Şayet, borçlu, ek süre içinde borcunu ifa edecek olursa, borçlu temerrüdü sona erer. Kısmi temerrüt açısından ise, borçlunun ifada geciktiği kısmı alacaklıya sunması şarttır. Buna karşılık, borcunu kısmen ifa etmiş olan borçlu, ek süre içinde, borcun kalan kısmının bir bölümünü ifa etmesi durumunda, kısmi temerrüt hâli devam eder.

Borçlu temerrüdünde alacaklının kendisine sunulan ifayı kabul mecburiyeti altında bulunması için, borçlunun, borcun tamamıyla beraber gecikme tazminatını da ödemeyi teklif etmesi, para borçlarında borcunu temerrüt faiziyle -varsa aşkın zararlarla birlikte alacaklıya arz etmesi gerekir¹⁵²⁰. Zira, gecikme tazminatı ile temerrüt faizi, sözleşmeden doğan edime ve asıl borcun ifa menfaatine eklendikleri için, asıl edimle birlikte kümülatif olarak ifa edilir¹⁵²¹. Borçlunun temerrüde düştüğü edimi, gecikme tazminatı ve temerrüt faizi olmaksızın ifa etmek istemesi durumunda, alacaklı, söz konusu ifa teklifini reddedebilir ve TBK m. 125 uyarınca sahip olduğu seçimlik haklara başvurabilir. Söz konusu ifa teklifini reddeden alacaklı, ifa gereği gibi teklif edilmediği için, alacaklı temerrüdüne düşmez. Buna karşılık, alacaklı, dilerse

¹⁵¹⁸ Bkz. aşağıda, **B.4/II**, “*Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller*” isimli başlık.

¹⁵¹⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 15; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1664.

¹⁵²⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 146; BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

¹⁵²¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 18; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 15; Bucher, AT, s. 360.

kendisine sunulan aynen ifayı, gecikme tazminatı ve temerrüt faizi olmaksızın kabul edebilir. Bu durumda alacaklı, artık kendisine tanınan seçimlik haklara başvuramaz. Alacaklı, ifa anında sunulmayan gecikme tazminatını sonradan talep edebilir; buna karşılık, TBK m. 131 f. II uyarınca temerrüt faizi talep edebilmesi için, bu hakkını sözleşmede veya ifa anında açıkça ya da örtülü olarak saklı tutması gerekir.

Kısmi temerrüt rejimi açısından, kısmi ifanın ne zaman gerçekleştiği, başka bir deyişle, kısmi ifanın ek süreden önce veya ek süre boyunca ya da ek süreden sonra gerçekleşmesi, önem taşımaz¹⁵²². Borçlu, borcun bir kısmını ifa ettikten sonra, bakiye kısmın ifasını konu edinen temerrüt ihtarıyla birlikte kısmi temerrüde düşmüş olabilir. Keza, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne düşen borçlu, kendisine tanınan ek süre içinde borcun bir kısmını ifa edip diğer kısmını ifa etmeyerek kısmi temerrüt rejiminin gerçekleşmesine sebebiyet verebilir. Hatta, alacaklının ek sürenin sona ermesinden sonra kendisine sunulan kısmi ifa teklifini kabul etmesi durumunda dahi, kısmi temerrüt meydana gelir. Kısmi temerrüt rejimi için önemli olan, borcun tamamen değil kısmen ifa edilmesi ve borçlu temerrüdü yaptırımlarının da yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından uygulanmasıdır.

b. Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunması ve Bildirimin Hukuki Niteliği

Alacaklı tarafından takdir edilen ek süre içinde ifanın gerçekleşmemesi ihtimalinde, kanun koyucu, TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) hükmünde, alacaklının **hemen** (*immédiate / unverzüglich / immediatamente*) bildirimde bulunması gerektiğini öngörmüştür. Söz konusu bildirimin yapılması, satıcının temerrüdü dışında (TBK m. 212 f. II; İsvBK m. 190 f. I) alacaklının karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından öngörülen özel imkânlarla başvurabilmesi için elzendir. Somut olayın özel koşulları çerçevesinde ve iş hayatının olağan akışı içinde, mümkün olan en kısa sürede yapılmış olan bildirimin, zamanında yapıldığı; yani “*vakit geçirmeksizin*” veya

¹⁵²² Staudinger-Schwarze, BGB § 326 NF 14; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 224, § 53, s. 223; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 413. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu’ndan önce, Alman Medeni Kanunu’nda kısmi temerrüt rejimi, kısmi ifanın ek süreden önce veya ek süre boyunca gerçekleşmesine göre ikili bir ayrımla düzenlenmekte idi. Zira, BGB § 326 Abs. I c. 3 hükmünde yer alan “*Ek sürenin bitiminde ifa kısmen gerçekleşmemişse, BGB § 325 Abs. I hükmünün 2. cümlesi uygulanır*” şeklindeki düzenleme, açıkça ek süre boyunca gerçekleşen kısmi ifa hâlinde BGB § 325 Abs. I hükmünün tatbik edileceğini belirtmekteydi. Öte yandan, öğretilde, kısmi ifanın ek süreden önce veya sonra ya da ek süre boyunca gerçekleşmesinin hukuken bir farklılık yaratmayacağı belirtilmekteydi. Bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103.

“*derhâl*” yerine getirildiği kabul edilir¹⁵²³. Keza, borçlu için herhangi bir sakınca doğurmayacak bir müddet içinde yapılan bildirim, hemen yapılmış sayılır¹⁵²⁴.

Piyasadaki fiyat dalgalanmalarından yararlanarak, alacaklıya spekülasyon yapma imkânı tanıyan bildirim, gecikmiş bir beyan olarak nitelendirilmelidir¹⁵²⁵. Sözleşmenin konusunu oluşturan malın fiyatının vade tarihinde sürekli değişken nitelik göstermesi ve piyasada fiyat dalgalanmalarının yaşanması, alacaklının kararını daha hızlı bir şekilde vermesini ve daha çabuk hareket etmesini gerektirir¹⁵²⁶. Örneğin, piyasada fiyat dalgalanmalarının yaşanması durumunda, on beş gün sonra yapılan bildirim gecikmiş bir bildirimdir¹⁵²⁷. Bildirim zamanında yapılmamışsa veya ihmal edilmişse, alacaklının her zaman yeni bir ek süre tayin ederek, tekrar bildirimde bulunması mümkündür¹⁵²⁸. Ayrıca, her ne kadar TBK m. 125 f. II hükmünde, alacaklının ek sürenin sonunda hemen bildirimde bulunması gerektiği öngörülmüşse de, bildirim, ek süre tayiniyle birlikte veya ek süre dolmadan önce de yapılabilir¹⁵²⁹.

TBK m. 125 uyarınca alacaklıya tanınan ve bildirim yoluyla kullanılan seçim hakkı, bir **yenilik doğuran hak** niteliğindedir¹⁵³⁰. Alacaklı, kendisine tanınan yenilik

¹⁵²³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153-154; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 14; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 17; Tercier/Pichonnaz, N 1408; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1408; İsvFM, ATF 96 II 47 = JdT 1971 I 525; ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136.

¹⁵²⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 17; Tercier/Pichonnaz, N 1408; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1408. İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmaz satış bedelinin kararlaştırılan kesin vadede ödenmemesi üzerine altı gün sonra yapılan bildirimini geçerli kabul etmiştir. Bkz. İsvFM, ATF 96 II 47 = JdT 1971 I 525. Keza, Yüksek Mahkeme, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesinin üzerinden on altı gün sonra yapılan bildirimini de geçerli saymıştır. Bkz. İsvFM, ATF 76 II 300 = JdT 1951 I 267.

¹⁵²⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 18; Tercier/Pichonnaz, N 1408; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1408; İsvFM, ATF 43 II 510 = JdT 1919 I 332; ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136: “(...) Somut olayın koşulları çerçevesinde bildirimin zamanında yapıldığı söylenebilir. Zira, pazardaki fiyat dalgalanmalarından yararlanma gibi bazı olayların üzerine, karşı tarafın spekülasyonda yapma tehlikesinin bulunduğu şeklinde bir şüphe mevcut değildir. Nitekim, kanun, bu tehlikeyi bertaraf etmek için bildirimin derhâl yapılmasını istemiştir (...)”.

¹⁵²⁶ İsvFM, ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136; ATF 43 II 510 = JdT 1919 I 332: “(...) İlk derece mahkemesinin kesin bir biçimde ortaya koyduğu tespitler çerçevesinde, somut olayda, sert fiyat dalgalanmalarının yaşandığı bir piyasanın bulunduğu anlaşılmaktadır. İsvBK m. 107 f. II hükmü, sözleşme taraflarından birinin, kendi lehine ve diğerinin aleyhine, piyasa koşullarından yararlanarak spekülasyonda bulunma ihtimalini engelleme amacı güder (...)”. Kanımızca bugün hâlâ geçerliliğini koruyan bu içtihadın, Birinci Dünya Savaşı sona ermeden kısa bir süre önce, 30.4.1918 tarihinde verilmiş olduğu hususuna dikkat etmek gerekir.

¹⁵²⁷ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 18; İsvFM, ATF 43 II 510 = JdT 1919 I 332.

¹⁵²⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 11; Tercier/Pichonnaz, N 1409; Bucher, AT, s. 372, dn. 169; Donatiello, s. 36; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1409; İsvFM, ATF 86 II 221 = JdT 1961 I 203.

¹⁵²⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 19; Engel, Obligations, s. 729; Decurtins, s. 44; İsvFM, ATF 103 II 102 = JdT 1978 I 66; ATF 86 II 221 = JdT 1961 I 203; ATF 43 II 510 = JdT 1919 I 332; İsvFM, 4C_306/2008. Söz konusu bildirim, ek süre içinde edimin ifa edilmemesi geciktirici şartına bağlı olarak hüküm doğurur. Bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 19.

¹⁵³⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 36; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 16; BK-Giger, Art. 214 OR N 50; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 112; Schwenger/Fountoulakis, N 66.25, 66.31; Tercier/Pichonnaz, N 1401; Lemp, s. 118; Glasl,

doğuran hakkı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır¹⁵³¹. Yenilik doğuran hakkı kullanmak isteyen alacaklının herhangi bir dava açması gerekmez. Söz konusu seçimlik hakkın, yenilik doğuran hak olmasının, bazı başka sonuçları da vardır. Alacaklıya tanınan yenilik doğuran hak, kural olarak herhangi bir şarta bağlanamaz¹⁵³². Tek taraflı ve varması gerekli olan yenilik doğuran hak, kullanıldıktan sonra kural olarak geri alınamaz¹⁵³³. Yenilik doğuran hak, karşı tarafın hakimiyet sahasına varmakla tek taraflı olarak muhatabının hukuk alanına etki edeceği için, borçlu, asli edim yükümlüğünü mü yoksa tali edim yükümlülüğünü mü ifa edeceği (olumlu zararın tazmini) ya da bir tasfiye ilişkisi içinde mi bulunacağı (sözleşmeden dönme hakkı) konusunda hukuken tam bir açıklık içinde bulunmalıdır¹⁵³⁴. Kural olarak, alacaklıya tanınan seçim hakkının kullanılması, herhangi bir şekil şartına tabi değildir¹⁵³⁵.

Alacaklının seçimlik haklarını kullandığı bildirimin açık ve kesin olması gerekir¹⁵³⁶. Öte yandan, bazı durumlarda alacaklının seçimlik haklarını kullandığı bildirimin çelişkiler içermesi mümkündür. Özellikle, alacaklının hukuki terminolojiye hâkim olmaması durumunda, olumlu zararın giderilmesi ile sözleşmeden dönülerek

Rückabwicklung, s. 167; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2762; **Ehrat**, N 11 vd.; **Bucher**, AT, s. 373; **Suter**, Vertragsrücktritt, s. 57; **Wiechers**, s. 6; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1401; **Nomer**, Borçlar Genel, N 197.6; **Buz**, recht 1997, s. 197; **İsvFM**, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99: “*als Ausübung eines Gestaltungsrechts; exercice d’un droit formateur*”.

¹⁵³¹ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 16; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 112; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 14; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 167 vd.

¹⁵³² **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 153, dn. 82; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 16; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 167 vd.

¹⁵³³ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 16; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N D 9; **MüKoBGB-Gaier**, BGB § 349 N 3; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 116; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2762; **Stanislas**, s. 14-15; **L’Huillier**, s. 220-221; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 167 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 197.6; **İsvFM**, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99: “(...) Yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğinde olan seçim hakkı bir kez kullanıldıktan sonra, aynen ifadan feragat beyanı açısından olduğu gibi, bundan geri dönülemez (...)”; **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 2863: “(...) Yenilik doğuran hakka sahip olan taraf, yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla sözleşme ilişkisinde meydana gelen bu değişikliği artık tek taraflı olarak geri alamaz (...)”; **Yargıtay 14. HD**, E. 2007/11905, K. 2007/14401, T. 16.11.2007 (YKD 2011/7, s. 1249): “(...) Davacı 17.08.1998 tarihli sözleşmeden kaynaklanan ve borçlunun temerrüdü sebebiyle yasanın kendisine tanıdığı seçimlik yetkiyi akdin feshi ve menfi zarar istenmesi şeklinde kullandıktan sonra kullandığı seçimlik yetkisini değiştirerek aynen ifa yani Borçlar Kanunu’nun madde 106/1 dayanıp istemde bulunamaz. Zira, seçimlik yetki konusundaki irade açıklaması yapıp alenileştikten sonra bundan dönmek olanaklı değildir (...)”.

¹⁵³⁴ **Buz**, recht 1997, s. 199-200; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 112-113; **Jermann**, N 152; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 167 vd. “*Geri alınamazlık (Unwiderruflichkeit)*”, yenilik doğuran hakkın tek taraflı bir irade beyanıyla muhatabın hukuk sahasına doğrudan etki edebilmesi için ödemesi gereken bir bedeldir. Bkz. **Buz**, recht 1997, s. 199-200.

¹⁵³⁵ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 16. TTK m. 18 f. III uyarınca tacirler arasında kullanılan sözleşmeden dönme hakkının, hükümde ifade edilen belli şekillere uyularak kullanılması gerekir. TTK m. 18 f. III hükmünde öngörülen şekil şartı bir ispat şeklidir. Bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 193; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1512; **Yargıtay İBK**, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185); **Yargıtay 13. HD**, E. 2015/17604, K. 2015/29258, T. 8.10.2015 (Kazancı).

¹⁵³⁶ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 153-154; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 118.

olumsuz zararın tazmini karıştırılabilir. Örneğin, alacaklının ifadan vazgeçmek yerine sözleşmeden vazgeçmek şeklinde bir ifade kullanması veya sözleşmeden dönerek ifa yerine tazminat talep etmesi sık yapılan hatalar içinde yer alır¹⁵³⁷.

Şayet, alacaklının hangi hakkı kullandığı ve hangi sonucu kast ettiği beyandan anlaşılamıyorsa, alacaklının irade beyanının **dürüstlük kuralı** ve **güven ilkesi** çerçevesinde yorumlanması gerekir¹⁵³⁸. Böylece, alacaklının borçluya yönelttiği bildirimin, güven teorisi çerçevesinde ve dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I; İsvMK m. 2 f. I) uyarınca, somut olayın bütün özellikleri nazara alınarak, nasıl anlaşılabileceği veya anlaşılması gerektiği tespit edilir¹⁵³⁹. Bu çerçevede, aksi somut olaydan anlaşılmadıkça, alacaklı ifadan veya sözleşmeden vazgeçerek tazminat talep ediyorsa veya sözleşmeden dönerek ifa yerine tazminat istiyorsa, olumlu zararın tazmininin istendiği sonucuna varılmalıdır¹⁵⁴⁰. Buna karşılık, alacaklı için önemli olan hususun kendi karşı edimini ifa etmekten kurtulmak veya tekrar elde etmek olduğu anlaşıyorsa, sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olduğuna ağırlık vermek gerekir¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁷ Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 119; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 22; von Tuhr/Escher, § 73, s. 153-154, dn. 83; Guhl, Rücktritt, s. 138; Keppler, s. 37; Decurtins, s. 51-52; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1672, dn. 646.

¹⁵³⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 22; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 119; BK-Becker, Art. 107 OR N 37; Bucher, AT, s. 373; Keppler, s. 37; Kissling, s. 1289 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1672; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99: “(...) Tarafların seçim bildirimini belli bir şekilde anlamakta veya anlamlandırmakta haklı olduğu tespit edilmedikçe, güven ilkesi, seçim bildiriminin yorumlanmasında belirleyicidir. Bu nedenle bildirim, somut olayın tüm koşullara göre ve dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun bu beyanı anlayabileceği ve anlaması gerektiği şekilde yorumlanmalıdır (...)”. Karar hakkında bkz. Koller, ZSR 1997, s. 495 vd.; Wiegand, ZBJV 1998, s. 691-694.

¹⁵³⁹ İrade beyanlarının yorumlanmasında kullanılan objektif (“*normatif*”) yorum konusunda bkz. İsvFM, ATF 144 III 93; ATF 142 III 671 = JdT 2019 II 292; ATF 143 III 157 = JdT 2017 II 383; İsvFM, 4A_724/2011 = SJ 2012 I 347; 4A_30/2017.

¹⁵⁴⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153-154, dn. 83; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 22; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; Keppler, s. 37; Engel, Obligations, s. 732; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1672, dn. 646; Öz, Dönme, s. 181; İsvFM, ATF 143 III 136 = JdT 2015 II 398; ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; ATF 69 II 243 = JdT 1944 I 136; ATF 65 II 308 = JdT 1929 I 98; ATF 44 II 174 = JdT 1919 I 229; ATF 41 II 679; İsvFM, 4A_232/2014; 4A/610/2014. Ayrıca krş. Koller, Verzichtsfolgen, s. 16 vd.

Bu görüş temelini İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 44 II 174 sayılı kararından alır. İlgili kararında Yüksek Mahkeme, sözleşmeden dönerek edimin yerine tazminat talep eden alacaklının beyanını olumlu zararın istenmesi şeklinde yorumlamıştır. Bkz. İsvFM, ATF 44 II 174 = JdT 1919 I 229; von Tuhr/Escher, § 73, s. 153-154, dn. 83; Keppler, s. 37. Örneğin bkz. İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99: “(...) Alt mahkemenin tespitlerine göre, davacı 26 Kasım 1993 tarihli mektubunda İsvBK m. 107 f. II’ye uyarınca aynen ifadan feragat ettiğini ve sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan zararları talep etme hakkını saklı tuttuğunu beyan etmiştir. İstinaf Mahkemesi bu beyanı, davacının sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep etmeye karar verdiği şeklinde yorumlamıştır. Bu yorum federal hukuk kapsamında itiraz edilebilir değildir. İtiraz edilen kararda, beyanın açık ifadesinin aksine, sözleşmeden dönme olarak yorumlanmasını gerektirecek herhangi bir duruma atıfta bulunulmamıştır (...)”. Karar hakkında bkz. Koller, ZSR 1997, s. 495 vd.; Wiegand, ZBJV 1998, s. 691-694.

¹⁵⁴¹ Decurtins, s. 51-52; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1672, dn. 646; Öz, Dönme, s. 182.

c. Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman

TBK m. 125 f. II uyarınca, alacaklı, hemen bildirimde bulunarak en başta iki seçimde bulunur¹⁵⁴². İlk seçim uyarınca alacaklı, ifa edilmemiş olan dar anlamda borç ilişkisinin kaderini tayin eder; yani, aynen ifadan vazgeçme veya aynen ifada ısrar ederek gecikme tazminatı talep etme şeklinde bir tercih yapar. Şayet aynen ifadan vazgeçerse, alacaklının ikinci bir seçim yapması gerekir. İkinci seçimde alacaklı bu sefer dar anlamda değil, geniş anlamda borç ilişkisinin, yani sözleşmenin kaderine yönelik bir tercih yapar. Böylece, alacaklı, sözleşmeden dönme yoluyla borç ilişkisine son vererek olumsuz zararını mı talep edeceğine, yoksa yalnızca olumlu zararının giderilmesini mi isteyeceğine karar verir. Şayet alacaklı, olumlu zararının tazminini talep ederse, kendisine üçüncü bir seçim hakkı daha bahşedilir. Böylece, alacaklı, üçüncü seçim hakkı çerçevesinde, talep ettiği olumlu zararının mübadele (*değişim*) teorisi uyarınca mı yoksa fark teorisi uyarınca mı hesap edilmesi gerektiğini belirler¹⁵⁴³. Öte yandan, alacaklının kendisine tanınan bu seçimlik hakları ne zaman kullanacağını tespit edilmesi oldukça önemlidir.

i. Birinci ve İkinci Seçimlik Haklar Açısından

İsviçre-Türk öğretisinde, ek sürenin sonunda derhâl bildirimde bulunması gereken alacaklının, iki seçimi de aynı anda yapmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır¹⁵⁴⁴. Nitekim, ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçen alacaklının, olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazmini arasında seçim yaparak, tercihini derhâl borçluya bildirmesinin şart olup olmadığı, TBK m. 125 f. II hükmünde açıkça ifade edilmemiştir.

Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız hâkim fikre göre¹⁵⁴⁵, TBK m. 125 f. II hükmünde zikredilen ve ek sürenin sonunda vakit kaybedilmeksizin

¹⁵⁴² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 109-110; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2758 vd.; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21.

¹⁵⁴³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 141, *özellikle*, dn. 292, N 147; Glasl, Rückabwicklung, s. 16; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2781.

¹⁵⁴⁴ Kapsamlı bir inceleme için bkz. Jermann, N 87 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 147 vd. Söz konusu tartışmayı tespit eden İsviçre Federal Mahkemesi'nin sorunu çözümsüz bıraktığı bir karar için Bkz. İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99. Karar hakkında bkz. Buz, recht 1997, s. 197 vd.; Koller, ZSR 1997, s. 495 vd.; Wiegand, ZBJV 1998, s. 691-694.

¹⁵⁴⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 32-34; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2765; Schwenger/Fountoulakis, N 66.29; Keller/Siehr, s. 35; Locher, s. 41; Schenker, Schuldnerverzug, N 559 vd.; Comment, s. 72; Lemp, s. 126; Guggenheim, Contrats II, s. 211; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; Vionnet, Vente, N 358; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1667; Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 14; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321. Karar için ayrıca bkz. Merz, ZBJV 1992, s. 209 vd. Öğretide bu görüşü savunan bazı yazarlar, kural olarak,

gerçekleştirilen bildirimde, alacaklının her iki seçimi aynı anda yapması; aynen ifadan feragat etmesi durumunda sözleşmenin akıbeti hakkında da karar vermesi gerekir. Buna karşılık, aksi yöndeki görüşe göre¹⁵⁴⁶, kanun koyucunun derhâl yapılmasını istediği tercih, dar anlamda borca yönelik olarak yapılan ve aynen ifada ısrar edilip edilmediği yönündeki seçimdir. Kanımızca, borçlunun, sözleşmenin ve sözleşmeden doğan diğer borçların -örneğin karşı edim borcunun- kaderi hakkında karar verilmesini isteme yönünde haklı bir menfaati ve beklentisi vardır¹⁵⁴⁷. Aynen ifadan vazgeçilmesi, her iki taraf açısından hukuki durumun açıklığa kavuşturulmuş olduğunu göstermez.

Kısmi temerrüt açısından bakıldığında, alacaklının yapacağı tercihin, gerek borç ilişkisi gerek borçlunun menfaatleri açısından, sıradan bir borçlu temerrüdüne nazaran çok daha önemli olduğu görülür. Kısmi temerrüt hâlinin özellikleri nazara alınarak, yukarıda yer verdiğimiz görüş çerçevesinde, bakiye kısmın aynen ifasından vazgeçen alacaklının, olumlu zararın tazmini mi istediği, yoksa sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini mi talep ettiği, *-evleviyetle-* cevaplandırılması gereken bir sorudur¹⁵⁴⁸. Zira, alacaklının yapacağı iki tercih de borçluyu farklı şekillerde etkiler.

İlk seçim hakkı uyarınca, alacaklı, ifa edilmemiş olan kısmın aynen ifasında ısrarcı olup olmamaya karar verir. Şayet, alacaklı, henüz gerçekleşmemiş olan kısmi ifadan vazgeçerse, sözleşme uyarınca üstlenilen edimin ifası, geldiği aşama veya seviye itibarıyla durur. Alacaklı daha önce kendisine sağlanmış olan kısmi ifayla yetinir.

Alacaklı açısından bakıldığında, kısmen ifa edilmiş olan edimin eksik kalan kısmı bakımından kısmi bir ikame edim temin edilmesi, bir edimin tamamen ifa edilmemesi durumunda ikame edim temin edilmesine nazaran çok daha zordur. Borçlu açısından bakıldığında, kısmen ifa edilmiş olan edimin kalan kısmının ifası için ifa

alacaklının iki seçimi aynı anda yapması gerektiğini belirtse de, alacaklının borcunun yalnızca bir miktar para olması gibi bazı istisnai hâllerde, alacaklının yalnızca aynen ifadan vazgeçmesini yeterli görmektedir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152.

¹⁵⁴⁶ BK-Becker, Art. 107 OR N 36; Decurtins, s. 44; Keppler, s. 36; Jermann, N 107 vd.; Stanislas, s. 79; Guhl, Rücktritt, s. 142; Guhl/Koller, § 32 N 17; Koller, Verzichtsfolgen, s. 11-13; Koller, ZSR 1997, s. 505 vd.; Buz, recht 1997, s. 197.

¹⁵⁴⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2765.

¹⁵⁴⁸ Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 52a. Öte yandan, yazarların borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifayı geri almak konusunda bilgilendirilmesi gerektiği yönündeki çıkarımı isabetli değildir. Zira, kısmi temerrütte kural olarak, ifa edilmiş olan kısım, ifa edilmemiş olan kısımdan etkilenmez. Krş. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 52a. Böyle bir ihtiyaç, ancak kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi hâlinde meydana gelir.

hazırlıklarına girişilmiş olması, borcun hiç ifa edilmemiş olmasına nazaran çok daha muhtemeldir.

İkinci seçim hakkı uyarınca, alacaklı, bakiye kısmın aynen ifası yerine olumlu zararının tazminine veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesine karar verir. Sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda, borçlu da karşı edim alacağına kısmen kavuşur ve sözleşme azaltılmış bir içerikle taraflar arasında devam eder. Olumlu zararın tazmininin talep edilmesi durumunda ise, ifa edilmeyen bölümün yerine kısmi bir zarar kalemi geçer. Görüldüğü üzere, kısmi temerrüt hâlinde karşımıza çıkan tablo çok daha girift bir yapıdadır. Bu nedenle, taraflar arasındaki hukuki durumun, bir an evvel açıklığa kavuşturulması ihtiyacı, çok daha baskındır¹⁵⁴⁹. Bu ihtiyaç ise, alacaklının her iki tercihi vakit geçirmeksizin yaparak borçluya bildirmesi ile giderilebilir.

ii. Üçüncü Seçimlik Hak Açısından

Alacaklının sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini yerine, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, üçüncü bir seçim daha yapması gerekir. Aşağıda detaylı şekilde yer verildiği üzere¹⁵⁵⁰, alacaklı, üçüncü seçim hakkı çerçevesinde, talep ettiği olumlu zararının **mübadele (değişim) teorisi** uyarınca mı yoksa **fark teorisi** uyarınca mı hesap edilmesi gerektiğini belirler¹⁵⁵¹. Seçim hakkının ne zaman yapılacağı konusunda, yukarıda zikredilen tartışmaya bağlı olarak, öğretide, alacaklının üçüncü seçim hakkını, ilk iki seçim hakkıyla birlikte, yani, ek sürenin sonunda borçluya derhâl bildirimde bulunarak kullanmak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma, alacaklının mübadele ve fark teorisi arasında serbestçe seçim yapabileceğini savunan görüş çerçevesinde anlam taşır¹⁵⁵².

Hâkim fikre göre, alacaklının, olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, zararının hangi yolla hesaplanmasını istediğini derhâl bildirmesi

¹⁵⁴⁹ Benzer yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 152.

¹⁵⁵⁰ Bkz. aşağıda, B.3/III/B/3, “Mübadele (Değişim) Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması” ile aşağıda, B.3/III/B/4, “Fark Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması” isimli başlıklar.

¹⁵⁵¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 141, özellikle, dn. 292, N 147; Glasl, Rückabwicklung, s. 16; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2781.

¹⁵⁵² Öğretide savunulan hâkim fikre göre, alacaklı mübadele ve fark teorisi arasında serbestçe seçim yapabilir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 188 vd.; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 33; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2774; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.28; Bucher, AT, s. 380 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 673-675. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/III/B/5, “Alacaklının Seçim Hakkı” isimli başlık.

gerekm¹⁵⁵³. Esasen, bu görüşü savunan yazarlardan bazıları¹⁵⁵⁴, aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmininin talep edilmesi yönündeki beyanın, borçlunun menfaatlerinin korunması açısından yeterli olduğunu savunurken; diğer bazı yazarlar¹⁵⁵⁵, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmesini yeterli görerek, ikinci seçim hakkının, yani olumlu zararın tercih edildiğinin bildirilmesini gerekli görmez. Öte yandan, azınlıkta kalan bir görüşe göre, alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, bu zararın hangi yöntemle hesap edileceğini de borçluya bildirmesi gerekir¹⁵⁵⁶.

Esasen, mübadele ve fark teorisi arasındaki en büyük fark, borçlu açısından, karşı edim alacağının aynen ifasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Kanımızca böyle bir seçim hakkının borçluya derhâl bildirilmesi gerekmez. Her ne kadar, borçlunun, sözleşmenin ve karşı edimin akıbeti hakkında bilgi sahibi olma yönünde haklı bir menfaati bulursa da, borçlunun menfaati, alacaklının menfaatinin gerisinde kalır. Zira, ek sürenin sonunda talep ettiği olumlu zararın ne şekilde tazmin edileceğine yönelik bir görüş beklemek hakkaniyete uygun düşmez. Mübadele ve fark teorisi arasında seçim yapabilmek için, alacaklının, ikame işlem akdedip akdetmeme konusunda karar vermesi, buna ilave olarak, edim ve karşı edimin piyasa veya borsa değeri konusunda bilgi edinmesi gerekir. İkame işlem akdetmeye karar veren alacaklının, söz konusu işlemi yapmak için de zamana ihtiyacı vardır. Bu nedenle, alacaklının mübadele ve fark teorisi arasında derhâl seçim yapması beklenemez. Ayrıca, ilk iki seçim hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasındaki hukuki durum, büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuş olur. Öte yandan, bazı hâllerde, karşı edimin akıbeti borçlu açısından özel bir önem taşıyabilir ve söz konusu hukuki belirsizlik borçluyu önemli bir zarar tehlikesi altına sokabilir. Kanımızca, borçlunun karşı edimin akıbetini bilmekte hukuken korunmaya değer ve meşru bir menfaatinin bulunduğu söylenebiliyorsa, ayrıca dürüstlük kuralı da elveriyorsa, borçlunun

¹⁵⁵³ BK-Becker, Art. 107 OR N 36; Decurtins, s. 44; Keppler, s. 36; Jermann, N 107 vd.; Stanislas, s. 79; Guhl, Rücktritt, s. 142; Guhl/Koller, § 32 N 17; Koller, Verzichtsfolgen, s. 11-13; Koller, ZSR 1997, s. 505 vd.; BK-Giger, Art. 214 OR N 55; Guggenheim, Contrats II, s. 211; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; Comment, s. 72; Lemp, s. 126;

¹⁵⁵⁴ Olumlu zararın tazmininin talep edilmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. BK-Giger, Art. 214 OR N 55; Guggenheim, Contrats II, s. 211; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; Comment, s. 72; Lemp, s. 126;

¹⁵⁵⁵ Yalnızca aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. BK-Becker, Art. 107 OR N 36; Decurtins, s. 44; Keppler, s. 36; Jermann, N 107 vd.; Stanislas, s. 79; Guhl, Rücktritt, s. 142; Guhl/Koller, § 32 N 17; Koller, Verzichtsfolgen, s. 11-13; Koller, ZSR 1997, s. 505 vd.

¹⁵⁵⁶ Schenker, Schuldnerverzug, N 559 vd.

alacaklıya uygun bir süre vererek, TBK m. 46 f. II hükmüne kıyasen, alacaklıdan bu yöndeki kanaatini açıklamasını istemesi mümkün ve geçerli kabul edilmelidir¹⁵⁵⁷.

Kısmi temerrüt açısından bakıldığında, mübadele ve fark teorilerinin, genel borçlu temerrüdü rejimine nazaran bazı farklılıklar arz ettiği görülür¹⁵⁵⁸. Kısmi temerrütte mübadele teorisinin seçilmiş olması ihtimalinde, alacaklı, kendi karşı edimini aynen yerine getirerek, yalnızca ifa edilmeyen kısmi edim bakımından bir tazminat talep etmekte iken; fark teorisinin tercih edilmiş olması durumunda, alacaklı, kendi karşı edimini kısmi ifa oranında ifa etmekte ve borçlunun ifa etmediği eksik edim ile buna karşılık gelen alacaklının karşı edimi arasındaki fark çerçevesinde tazminat talep etmektedir. Görüldüğü üzere, kısmi temerrütte borçlu, kural olarak, olumlu zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, karşı edime ya tamamen (*mübadele teorisıyla*) ya da kısmen (*fark teorisıyla*) kavuşur. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu belirsizlik hâli, borçluyu önemli bir zarar tehlikesi altına sokarsa, dürüstlük kuralı uyarınca, borçlu, alacaklıya uygun bir süre tayin ederek her iki yöntem arasında seçim yapmasını talep edebilir. Borçlunun hazırlık fiilleri kapsamında zaman ve para harcayacak olması söz konusu zarar tehlikesine örnek gösterilebilir.

Gerek borcun tamamı bakımından temerrüde düşülmesi hâlinde, gerek kısmi temerrütte, borçlunun dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklıya takdir ettiği uygun süre içinde, alacaklının tercihte bulunmaması ve sessiz kalması hâlinde nasıl bir yaptırım uygulanacağını da tespit edilmesi gerekir. Kanımızca, böyle bir durumda, alacaklının mübadele teorisini tercih ettiği kabul edilmelidir. Bunun sebebi, mübadele teorisinin, taraflar arasındaki sinallagma ilişkisinin devamını amaçlaması ve karşı edim borcunda bir değişiklik meydana getirmeyerek en başından beri taraflar arasındaki borç ilişkisinin seyrine daha kolay uyum sağlayabilmesidir.

d. Kısmi Temerrütte Ek Seçim Hakkı: Kısmi veya Bütüncül Temerrüt Ayrımı

Kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁵⁵⁹. O hâlde, kısmi temerrüt hâlinde

¹⁵⁵⁷ TBK m. 214 (İsvBK m. 190) çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı için ileri sürülen benzer bir görüş için bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 190 CO N 12.

¹⁵⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/III/B, “Bakiye Kısmın Aynen İfasından Vazgeçme ve Olumlu Zararın Tazmini” isimli başlık.

¹⁵⁵⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrat, N 252; Tandoğan, Nullité, s. 292; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

ise alacaklı, ifa edilmeyen kısmın aynen ifa edilmesini talep edebilir veya ek süre vererek, sürenin sonunda TBK m. 125 hükmüne kıyasen, ifada gecikilen bölüm bakımından kısmi ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, olumsuz zararın tazmini yoluna gidebilir¹⁵⁶⁰. Görüldüğü üzere, kısmi temerrüt hâlinde, kural olarak, sözleşme genel itibarıyla iki kısma ayrılır¹⁵⁶¹. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş olan bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının seçimlik haklarını tatbik edeceği bölümdür.

Nitelikli temerrüt hükümlerinin alacaklıya sunduğu iki seçimlik hak dışında, kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, şayet borçlu temerrüdünün sonuçlarının yalnızca ifa edilmeyen kısım ile sınırlı tutulması mümkün değilse veya hakkaniyete aykırıysa, kısmi temerrüt yerine, aşağıda yer verildiği üzere¹⁵⁶², borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinir. Bu tür istisnai hâllerde, alacaklı, kısmen ifa edilmiş edimi iade ederek¹⁵⁶³, TBK m. 125 f. II hükmü uyarınca aynen ifadan tamamen vazgeçebilir ve borcun tamamı için olumlu zararının tazminini talep edebilir ya da TBK m. 125 f. III hükmü uyarınca, kısmi dönme yerine sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabilir ve olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir¹⁵⁶⁴. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak için, aşağıda yer verilen özel koşulların gerçekleşmesi gerekir¹⁵⁶⁵. O hâlde, bazı özel koşulların gerçekleşmesi durumunda, alacaklının talebi üzerine, kısmi temerrüt, yerini borcun

¹⁵⁶⁰ BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Huber, Leistungstörungen, § 45, s. 411; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972.

¹⁵⁶¹ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Enneccerus/Lehmann, § 52, s. 223-224; Schenker, Schuldnerverzug, N 767, 769; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

¹⁵⁶² Bkz. aşağıda, B.4/II, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

¹⁵⁶³ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36; BK-Becker, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Schenker, Schuldnerverzug, N 739, 771; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.35; Tandoğan, Nullité, s. 292; Neuenschwander, s. 96; Biedermann, s. 96; Lemp, s. 62. Bkz. aşağıda, B.4/III/A, “Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi” isimli başlık.

¹⁵⁶⁴ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Neuenschwander, s. 96; Schenker, Schuldnerverzug, N 771; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739.

¹⁵⁶⁵ Alacaklının kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini isteyebileceği veya sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabileceği hâller için bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Schenker, Schuldnerverzug, N 771 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Biedermann, s. 71-72; Lemp, s. 61 vd.; Vetsch, s. 27-28; Russenberger, s. 75-76; Tandoğan, Nullité, s. 291 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Öz, Dönme, s. 42-43. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/II, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine bırakır. Böylece, kısmi yani “*bölümsef*” temerrüt, “*bütüncül*” temerrüde dönüşmüş olur.

Görüldüğü üzere, alacaklı, kısmi temerrüt hâlinde, bazı özel koşulların varlığı durumunda, bir seçimlik hakka daha kavuşur. Bu seçimlik hakkın konusunu, alacaklının, borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercih oluşturur. Söz konusu seçimlik hak da diğer seçimlik haklar gibi bir **yenilik doğuran hak** niteliğindedir¹⁵⁶⁶. Alacaklı, kendisine tanınan yenilik doğuran hakkı, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Yenilik doğuran hakkını kullanmak isteyen alacaklının herhangi bir dava açması gerekmez. Alacaklıya tanınan yenilik doğuran hak, kural olarak herhangi bir şarta bağlanamaz. Tek taraflı ve varması gerekli olan yenilik doğuran hak, kullanıldıktan sonra kural olarak geri alınamaz. Kısmi temerrüt hâlinde sözleşmeden tamamen dönen alacaklı, kural olarak daha sonra bu tercihini değiştirerek, sözleşmeden kısmen dönemez¹⁵⁶⁷.

Alacaklının, borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki seçimlik hakkını, ek sürenin sonunda, aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte kullanması ve borçluya bildirmesi gerekir. Alacaklı, aynen ifa talebinden vazgeçmezse, yerine getirilmemiş olan bakiye kısmın ifa edilmesini istemiş olur. Şayet alacaklı, aynen ifadan vazgeçerse, olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönme talebi, kısmi veya bütüncül temerrüt açısından farklılık gösterdiği için, alacaklının, aynen ifadan vazgeçme yönündeki birinci seçimini yaptıktan sonra, borçlu temerrüdünün ifa edilmeyen kısımla mı sınırlı tutulacağı yoksa sözleşmenin tamamına mı yayılacağı sorusuna cevap vermesi şarttır. Dolayısıyla, kısmi ve bütüncül temerrüt arasındaki tercih, aynen ifa talebinden vazgeçme yönündeki birinci seçimlik hak ile olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme arasındaki ikinci seçimlik hakkın arasına girer. Böylece, aynen ifadan vazgeçen alacaklı, kısmi ve bütüncül temerrüt arasında bir tercih yaptıktan sonra, olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönme hakları bakımından bir karar verir.

Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru imkânı tanıyan bir hâlin varlığına rağmen, alacaklının kısmi temerrütte ısrar etmesi mümkündür. Başka bir deyişle, alacaklı, şartların sağlanması hâlinde, borcun tamamı bakımından borçlu

¹⁵⁶⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216. Bkz. aşağıda, **B.4/III/B/1**, “*Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını İleri Sürmesi*” isimli başlık.

¹⁵⁶⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 2863. Alacaklının seçimlik hakkını değiştirme imkânının bulunup bulunmadığı konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/A/3/f/ii**, “*Kısmi Temerrütte Özel Olarak İus Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu*” isimli başlık.

temerrüdünün sonuçlarına başvurma hakkına sahip olsa da, böyle bir tercihte bulunmak zorunda değildir¹⁵⁶⁸. Borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen mi yoksa tamamen mi başvurulacağı yönündeki tercih, kural olarak, yalnızca alacaklıya aittir¹⁵⁶⁹. O hâlde, aşağıda zikredilen özel koşullardan birinin sağlanması durumunda¹⁵⁷⁰, alacaklı, kısmi ifadan vazgeçerek ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının giderilmesini talep edebilir ya da elde ettiği kısmi ifayı iade ederek borcun tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Öte yandan, borçlunun önemli bir zarar tehlikesine maruz kalması hâli, alacaklının seçimlik hakkını sınırlayabilir ve borçlu bu durumda bütüncül temerrüt hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir¹⁵⁷¹.

Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurmak isteyen alacaklının, aynen ifadan feragat ederek, bu durumu açıkça ve kesin bir biçimde borçluya bildirmesi gerekir. Söz konusu seçimlik hak, bir yenilik doğuran hak olduğu için, muhatap, yenilik doğuran işlemin içeriği konusunda bir tereddüt duymamalıdır. Başka bir ifadeyle, borçlu, kısmi temerrüt hâlinde, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen değil, tamamen başvurulduğunu, yenilik doğuran işlemin içeriğinden veya durum ve koşullardan anlayabilecek durumda olmalıdır¹⁵⁷².

Alman Hukuku'nda, tatmin edici bir gerekçe sunulmaksızın, şüphe hâlinde, yani beyanın yeterli açıklıkta olmaması durumunda, borçlu temerrüdüne borcun tamamı bakımından başvurulduğu; örneğin, kısmi dönme yerine, sözleşmenin tamamından

¹⁵⁶⁸ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Ennecerus/Lehmann, § 53, s. 232-233; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 412. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Serozan, Dönme, s. 389.

¹⁵⁶⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; Ennecerus/Lehmann, § 53, s. 232-233; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 412. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Serozan, Dönme, s. 389. Bkz. aşağıda, B.4/III/B/1, "Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını İleri Sürmesi" isimli başlık.

Önemli bir zarar tehlikesi hâlinde, borçlunun da kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep edebileceği yönünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 41; Tandoğan, Nullité, s. 292; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Lemp, s. 62; Vetsch, s. 28; Biedermann, s. 73; Serozan, Dönme, s. 389. Bkz. aşağıda, B.4/II/C/4, "Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması" isimli başlık.

¹⁵⁷⁰ Bkz. aşağıda, B.4/II, "Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller" isimli başlık.

¹⁵⁷¹ Bkz. aşağıda, B.4/II/C/4, "Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması" ve aşağıda, B.4/III/D, "Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi" isimli başlıklar.

¹⁵⁷² Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

dönüldüğü sonucuna varmak gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁷³. Kanımızca beyanın yeterli açıklıkta olmaması durumunda genel kural işletilmeli ve kısmi temerrüt konusunda temerrüdün sonuçlarına kısmen başvurulmuş olduğu varsayılmalıdır. Bu sonuç, “*favor negotii (işlem menfaati)*” ilkesiyle ve “*pacta sunt servanda (ahde vefa)*” kuralıyla da uyumludur. Zira, kısmi temerrüt rejiminde ısrar edilerek, sözleşme ilişkisinin tamamen çözülmesi yerine, kısmen çözülerek işlemin ayakta tutulması sağlanır.

Örneğin, alacaklının, genel ifadelerle, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi hâlinde, somut olayın koşulları başka bir sonuca varmayı gerektirmedikçe, alacaklının eksik ifadan vazgeçerek, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararını talep ettiği varsayılır. Keza, sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, daha önce elde ettiği kısmi ifayı iade etmiyorsa veya kendi karşı ediminin kısmi ifaya karşılık gelen bölümünün iade edilmesini talep etmiyorsa, -yani somut olayın koşulları sözleşmenin tamamından dönüldüğünü göstermiyorsa- kural olarak, sözleşmeden kısmen döndüğü kabul edilir. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulduğunun kabul edilebilmesi için, açıkça sözleşmenin tamamından dönüldüğünün veya edimin tamamı bakımından olumlu zararın talep edildiğinin beyan edilmesi gerekir.

Alacaklının daha önce elde ettiği kısmi ifayı iade ederek seçimlik haklarını kullanması veya kısmi ifayı iade ederek bu haklardan birini kullanmak istemesi, kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvurduğunu kesin ve açık bir biçimde gösterir. Zira, kısmi ifanın iade edilmesi, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru şartıdır¹⁵⁷⁴.

e. Ek Süre Vermeye Gerek Olmayan Hâllerde Seçimlik Hakların Kullanılması

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, öğretilde savunulan ve bizim de katıldığımız hâkim fikre göre¹⁵⁷⁵, TBK m. 125 f. II hükmünde zikredilen bildirimde, alacaklının ek

¹⁵⁷³ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

¹⁵⁷⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36; BK-Becker, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Ennecerus/Lehmann, § 52, s. 224; Schenker, Schuldnerverzug, N 739, 771; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.35; Tandoğan, Nullité, s. 292; Neuenschwander, s. 96; Biedermann, s. 96; Lemp, s. 62. Bkz. aşağıda, B.4/III/A, “Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi” isimli başlık.

¹⁵⁷⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 32-34; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2765; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.29; Comment, s. 72; Schenker, Schuldnerverzug, N 559 vd.; Lemp, s. 126; Guggenheim, Contrats II, s. 211; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321. Bu görüşü savunan Weber

sürenin sonunda her iki seçimlik hakkı da aynı anda kullanması; yani, aynen ifadan feragat etmesi durumunda, sözleşmenin akıbeti hakkında da vakit kaybetmeksizin karar vermesi gerekir. Buna karşılık, TBK m. 124 uyarınca, ek süre vermeye gerek olmayan hâllerde, alacaklının aynen ifadan feragat etmesinin şart olup olmadığı; yani, bütün seçimlik haklarını kullanmasının gerekip gerekmediği; ayrıca, seçimlik haklarını ileri sürmesi gerekiyorsa, bunu ne zaman yapacağı tartışmalıdır¹⁵⁷⁶.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar kanun koyucu, TBK m. 124 hükmünde alacaklıyı ek süre vermekten muaf tutmuşsa da, alacaklının yine aynen ifadan feragat yönünde bir beyanda bulunması ve seçimlik haklarını borçluya karşı kullanmış olması şarttır.¹⁵⁷⁷ Buna karşılık, öğretide TBK m. 124 f. I b. 2 ve b. 3'te düzenlenen ifanın yararsız kalması ve sözleşmede kesin vade bulunması hâllerinde, alacaklının aynen ifadan feragat yönünde bir beyanda bulunmasının gerekli olmadığı savunulmaktadır¹⁵⁷⁸. Kanımızca, TBK m. 125 f. II uyarınca aynen ifadan feragat beyanında bulunulması, ek süre şartına veya ek süreden muafiyet hâllerine bağlı olmaksızın, kanun uyarınca seçimlik haklara başvuru için gereklidir. Ayrıca, aynen ifadan feragat bir yenilik doğuran hak olduğu için, yenilik doğuran işlem yoluyla ve tek taraflı bir beyanla muhataba yöneltilmesi gerekir. TBK m. 212 (İsvBK m. 190) hükmünde olduğu gibi, aynen ifadan vazgeçildiği yönünde bir karine mevcut olmadığı için, alacaklının aynen ifadan feragat beyanında bulunması şarttır¹⁵⁷⁹.

İkinci olarak, kanunda ek süre verilmeyen hâllerde alacaklının, herhangi bir uygun süre tayin etmeden seçimlik haklarını kullanabileceği belirtilmişse de, alacaklının temerrüt gerçekleştikten hemen sonra bildirimde bulunarak aynen ifadan vazgeçmesinin veya diğer seçimlik haklarını derhâl kullanmasının gerekip gerekmediği açık bir biçimde düzenlenmemiştir. eBK m. 106 f. II hükmünden farklı

ve *Emmenegger*, kural olarak, alacaklının iki seçimi aynı anda yapması gerektiğini belirtse de, alacaklının borcunun yalnızca bir miktar para olması gibi bazı istisnai hâllerde, alacaklının yalnızca aynen ifadan vazgeçmesini yeterli görmektedir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152.

¹⁵⁷⁶ Tartışma hakkında bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 47 vd.; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 23; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1733; İsvFM, ATF 143 III 494.

¹⁵⁷⁷ CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 23; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 108 OR N 2; BK-Becker, Art. 108 OR N 1; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 3; BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 8; Wiegand, recht 1983, s. 127; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2761; Nomer, Borçlar Genel, N 197.14; İsvFM, ATF 54 II 30.

¹⁵⁷⁸ **Bucher**, AT, s. 375. *Bucher*, TBK m. 124 f. I b. 2 uyarınca geç ifanın alacaklı açısından yararsız kalmasının borçlu tarafından bilinebilir olması kaydıyla aynen ifadan feragat beyanının gerekli olmadığını savunmaktadır. Nitekim, ifanın alacaklı açısından yararsız kaldığından bahsedebilmek için, bu hususun borçlu açısından bilinebilir olması gerekir. Bkz. yukarıda. **B.3/III/A/2/c/ii**, “Geç İfanın Yararsız Kalması” isimli başlık.

¹⁵⁷⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 53.

olarak, TBK m. 125 f. II, süre verilmesini gerektirmeyen durumları kapsar şekilde kaleme alınmıştır¹⁵⁸⁰. Hükümün lafzı, süre verilmeye gerek olmayan hâllerde de, alacaklının feragat bildirimiyle birlikte diğer seçimlik haklarını hemen kullanması gerektiği yönündedir. İsviçre-Türk hukukunda ek süre verilmeye gerek olmayan hâller bakımından seçimlik hakların ne zaman kullanılacağı tartışmalıdır. Söz konusu hukuki tartışmanın belli görüşler çerçevesinde tasnifi oldukça zor görünse de şu şekilde bir ayrıma gitmek mümkündür:

- a. Bizim de katıldığımız ilk görüşe göre¹⁵⁸¹, TBK m. 124 uyarınca ek süre verilmesini gerektirmeyen hâllerde, borçlu temerrüde düşer düşmez, aynen ifadan derhâl feragat edilerek diğer seçimlik hakların kullanılmasını aramak, TBK m. 124 hükmünde düzenlenen hâllerin niteliğiyle bağdaşmaz. Ek süre verilmesine gerek olmayan bir hâl mevcutsa, alacaklı, borçlu temerrüde düştükten sonra, dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla, derhâl bildirimde bulunmak zorunda olmaksızın, seçimlik haklarını kullanabilir. Aksi hâlde, alacaklıya TBK m. 124 hükmünde tanınan ve onu ek süre mecburiyetinden kurtaran imkân, bir külfete dönüşmüş olur. Ayrıca, gerek TBK m. 125 f. II gerek İsvBK m. 107 f. II hükmünün aksi yöndeki lafzi yorumu, hükmün amacına aykırı düşer. Bu durumda, alacaklı, ek süre gerektirmeyen hâl devam ettiği müddetçe aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklarını kullanabilir¹⁵⁸². Nitekim, TBK m. 124 uyarınca, ek süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa veya borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, derhal bildirimde bulunmayan alacaklıyı, ek süre tayin etme yükümlülüğü altına sokmak, ek süre gerektirmeyen hâlin devam ettiği nazara alınacak olursa, taraflardan hiçbirine yarar sağlamayan, anlamsız ve şekilci bir şart olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, TBK m. 124 hükmünde zikredilen durumlarda süre vermeye gerek yoksa, söz konusu durum devam ettiği müddetçe de ek süre verilmeksizin seçimlik hakların kullanılabileceği, hem hükmün lafzına hem de amacına uygundur. Bu yöntemle alacaklının spekülasyonda bulunarak piyasadaki fiyat dalgalanmalarından yararlanacağı yönündeki argüman da isabetli değildir. Zira, borçlu, süre vermeye gerek

¹⁵⁸⁰ Nomer, Borçlar Genel, N 197.4.

¹⁵⁸¹ BK-Giger, Art. 214 N 57; Schenker, Schuldnerverzug, N 567; Lemp, s. 35; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1733; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 960. Benzer şekilde bkz. CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 23. Her ne kadar Furrer ve Wey, her bir süre gerektirmeyen durum açısından ayrı ayrı inceleme yapsa da, netice itibarıyla genel olarak derhâl bildirimde bulunmaya gerek olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Öte yandan, yazarlar, aynen ifade ısrar eden alacaklının borçluyu bu konuda bilgilendirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 23.

¹⁵⁸² BK-Giger, Art. 214 N 57; Schenker, Schuldnerverzug, N 567; Lemp, s. 35.

olmayan bir hâl mevcut olsa bile, aynen ifadan feragat edilmediği müddetçe, gecikme tazminatıyla birlikte borcunun tamamını ifa etme imkânına sahiptir¹⁵⁸³.

- b. Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre¹⁵⁸⁴, her ne kadar ek süre vermeye gerek bulunmasa da, ilave seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklının, borçlu temerrüde düşer düşmez aynen ifadan feragat etmesi gerekir. Bildirimde gecikme hâlinde, alacaklı, seçimlik haklarını kullanmak isterse, artık borçluya uygun bir ek süre vermeli ve ek sürenin sonunda hangi tercihte bulunduğunu bildirmelidir.
- c. Son olarak, İsviçre öğretisinde savunulan güncel bir görüşe göre, süre vermeye gerek olmayan hâllerde, alacaklının derhâl bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği sorusu, TBK m. 124 f. I hükmünde düzenlenen her bir durum için ayrı ayrı cevaplanmalıdır¹⁵⁸⁵. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel bir ilke kararına dayanır. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında¹⁵⁸⁶, TBK m.

¹⁵⁸³ CR-Thévenoz, art. 108 CO N 3; Schenker, Schuldnerverzug, N 567. Gecikme tazminatı teklif edilmeden, alacaklı geç ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 146.

Oğuzman ve Öz'e göre, aynen ifadan feragat yönünde bir beyan gerekli olmadığı gibi, alacaklı aksini beyan etmediği müddetçe, sözleşmeden dönme hakkını kullanmış sayılmalıdır. Şayet, aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep edecekse bunu derhâl bildirmelidir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1733. Kanımızca, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullandığını varsaymak ve bu sonuca mecbur bırakmak, kanunun lafzına ve ruhuna aykırıdır. Zira, bu çözüm kabul edilecek olursa, derhâl bildirimde bulunmayan alacaklı, sözleşme ilişkisini tasfiye etmek zorunda kalır. Öte yandan, kanun koyucu, böyle bir sonucu arzu etse idi, TBK m. 212 hükmünde olduğu gibi bir karineye yer vererek, derhâl bildirimde bulunmayan alacaklının sözleşmeden döndüğünü kabul ederdi.

¹⁵⁸⁴ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2761; Nomer, Borçlar Genel, N 197.14. Benzer şekilde bkz. BSK-Wiegand, Art. 108 OR N 8. Gauch, çok yazarlı eserinde, şayet ifanın yararsız kaldığının borçlu tarafından bilenebilir olması şartı kabul edilirse, aynen ifadan feragat etme şartından vazgeçmek için düşünmeye değer sebeplerin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2761.

¹⁵⁸⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 20; BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 49 vd.; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 5; CHK-Furrer/Wey, Art. 108 OR N 23. Thier'e göre, yalnızca TBK m. 124 f. I b. 2 (İsvBK m. 108 f. I b. 2) çerçevesinde derhâl bildirimde bulunmak gerekir. Bkz. KUKO-Thier, Art. 108 OR N 5.

¹⁵⁸⁶ İsvFM, ATF 143 III 494: "(...) Alt derece mahkemesinin belirttiği gibi, Federal Mahkeme çeşitli kararlarında İsvBK m. 108 f. I b. 1 durumunda da derhâl bir feragat beyanının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Kanun, derhâl feragat beyanı gerekliliği ile temerrüde düşen borçluyu korumayı amaçlamaktadır. Borçlu borcunu yerine getirmeyi reddettiği durumlarda, yani İsvBK m. 108 f. I b. 1 durumunda, borca sadık tarafın feragat beyanını süresiz olarak erteleyebilmesi kanunun amacına aykırıdır. Diğer kararlarda, borçlunun İsvBK m. 108 f. I b. 1 anlamında ifayı açıkça reddetmesi durumunda alacaklıdan derhâl feragat beyanında bulunmasının talep edilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu tür bir durumda alacaklının seçim hakkını kullanmasının pratik bir anlamı yoktur, çünkü borçlunun ifayı reddetmesi nedeniyle aynen ifa söz konusu değildir. Bu durumda borçlunun derhâl feragat beyanında bulunulmadığını ileri sürmesi çelişkili ve dürüstlük kuralına aykırıdır. Alt derece mahkemesinin düşündüğünün aksine, eski ve yeni içtihatlar arasında ayırım yapmaya gerek yoktur. Kararlarda incelenen durumlar, davanın dayandığı vakialara göre farklılık göstermektedir. Bazı durumlarda genel kurala bir istisna getirilmiş, diğer durumlarda ise genel kural uygulanmıştır. Yalnızca, kendi ifasını açık, kesin ve koşulsuz olarak reddeden ve sonra alacaklının derhâl feragat beyanının eksikliğini ileri süren borçlu çelişkili ve dürüstlük kuralına aykırı davranmaktadır. Bu tutumıyla borçlu, alacaklının aynen ifaya başarıyla devam etme şansını fiilen ortadan kaldırmakta ve bu nedenle alacaklı artık ifa ile feragat arasında seçim yapamaz hâle gelmektedir. Diğer yandan, ATF

124 f. I b. 1 (İsvBK m. 108 f. I b. 1) çerçevesinde, borçlunun, açık, kesin ve koşulsuz bir biçimde edimini ifa etmeyi reddetmesi durumunda, alacaklının derhâl bildirimde bulunması gerekmediğini belirtmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, diğer hâllerde, genel olarak, alacaklının derhâl feragat beyanında bulunması gerektiğini belirtmiş ve bu ana kadar ortaya koyduğu içtihadının tutarlı olduğunu vurgulamıştır. Bu görüşü savunan bazı yazarlar, görüş farklılıklarına rağmen, genel olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadını benimsemiştir¹⁵⁸⁷. Federal Mahkeme, söz konusu içtihadında somut olayın şartlarını ve taraflar arasındaki menfaat durumunu nazara aldığı için, bu görüşü savunan yazarlar genel olarak net bir sonuca varmaktan kaçınmakta ve farklı durumlar için farklı çözüm yolları önermektedir¹⁵⁸⁸.

Kanımızca, yukarıda ifade ettiğimiz ilk görüş çerçevesinde, süre vermeye gerek olmayan hâllerde, alacaklı, söz konusu hâl devam ettiği müddetçe, aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklarını kullanabilir¹⁵⁸⁹. Öte yandan, seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) uyarınca dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun davranmalı ve muhatabında haksız bir güven uyandırmaktan kaçınmalıdır.

f. Seçimlik Hakların Yeniden Düzenlenmesi: Borçlunun Kusursuz Olması

i. Borçlu Temerrüdünde Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu

Şayet alacaklı, ikinci seçim hakkı çerçevesinde, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep ederse, söz konusu tazminat talebinin doğması için, borçlunun kusurunun bulunması, daha doğru bir ifadeyle, TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) uyarınca, borçlunun kusursuz olduğunu ispat edememiş olması gerekir. Tazminat

54 II 30, ATF 48 II 2020 numaralı karara atıfta bulunarak, borçlunun teslimatı kesin olarak reddetmediği, ancak (haksız da olsa) karşı tarafın belirlediği koşullar altında (erken ifa) reddettiği durumlarda dürüstlük kuralı ihlali bulunmamaktadır. Bu tür bir durumda alacaklının ifaya devam edip etmeyeceğini açık biçimde ve derhâl beyan etmesi gerekir. Keza, alacaklının böyle bir beyanda bulunmadığını iddia eden borçlu da bu durumda dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılmaz (...). İfanın açık ve kesin bir biçimde reddedilmesi durumunda yönde bkz. İsvFM, ATF 48 II 220; ATF 69 II 243; ATF 76 II 300; İsvFM, 9.6.2010, 4A_603/2009. İfanın açık ve kesin bir biçimde reddedilmemesi durumunda aynı yönde bkz. İsvFM, ATF 54 II 30; İsvFM, 20.9.2011, 4A_232/2011.

¹⁵⁸⁷ Örneğin bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 20. Bazı nüanslarla bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 49 vd.

¹⁵⁸⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 49.

¹⁵⁸⁹ BK-Giger, Art. 214 N 57; Schenker, Schuldnerverzug, N 567; Lemp, s. 35. Kesin vade için bkz. yukarıda, B.3/III/A/2/c/iii, “Kesin Vade” isimli başlık.

alacağının doğması için kusur şart olduğu için, borçlunun da her zaman kusursuzluğunu ispat etme imkânı mevcuttur¹⁵⁹⁰.

Şayet, borçlu, kusursuz olduğunu ispat ederse, alacaklı açısından hakkaniyete aykırı ve adaletsiz bir sonuç ortaya çıkmış olur; zira, alacaklı gerçekte hukuken hiç doğmamış bir hakkı tercih etmiş sayılır¹⁵⁹¹. Bunun da ötesinde, kusursuzluğunu ispat eden borçlu, tazminat yükümlülüğünden kurtulmuş olmakla kalmaz, aynı zamanda aynen ifadan vazgeçilmiş olduğu için kendi edim yükümlülüğünden kurtulur; üstelik, kural olarak karşı edim alacağını talep etme hakkını da kaybetmiş olmaz¹⁵⁹². Böylece, sinallagma ilişkisi, haksız ve gerekçesiz bir biçimde bozulur¹⁵⁹³. Buna karşılık, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi, olumsuz zararın tazmine engel olsa da; sözleşmeden dönme üzerine, her iki taraf bakımından sözleşme ilişkisi tasfiye edileceği için, aynı haksız durum meydana gelmez ve sözleşmenin kurulduğu ana geri dönülür.

Olumlu zararın tazmini bakımından hakkaniyete aykırı görünen borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi (“*Exkulpation*”) sorununa ne şekilde çözüm bulunacağı öğretide tartışmalıdır¹⁵⁹⁴. Söz konusu tartışma, yenilik doğuran hak niteliğinde olan seçimlik hakların kullanıldıktan sonra kural olarak geri alınamayacağı

¹⁵⁹⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 168; BK-Becker, Art. 107 OR N 40; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 24; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 16; BK-Giger, Art. 191 OR N 8, Art. 215 N 9 vd.; von Tuhr/Escher, § 73, s. 154; Schwenzler/Fountoulakis, N 66.26; Huguenin, OR, N 959; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2768; Bucher, AT, s. 346, 379; Kramer/Probst, N 495; Wiegand, recht 1983, s. 128; Comment, s. 135; Secrétan, s. 40; Keppler, s. 43 vd.; Schmid, s. 32 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 630; Koller, Verzichtsfolgen, s. 5, *özellikle*, dn. 5; Keller/Schöbi, s. 276.

¹⁵⁹¹ BK-Koller, Art. 366 OR N 410; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 23; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 170; Schenker, Schuldnerverzug, N 631; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2790-2791; Jermann, N 156-157; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1674; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99.

¹⁵⁹² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 23; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 169; Jermann, N 156; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99. Alacaklı, kural olarak, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini talep ederken, kendi karşı edimini ifa etmek zorundadır. Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 154; Bucher, AT, s. 379; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99. *Ius variandi* sorunu, mübadele teorisine göre olumlu zararın hesap edilmesi durumunda daha belirgindir. Zira, fark teorisi uyarınca alacaklı, kendi karşı edim borcunu ifa etmekten kurtulduğu için, borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda aynen ifayla yükümlü tutulmaz. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 168 vd.

¹⁵⁹³ Ehrat, N 311; Jermann, N 156. Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 169.

¹⁵⁹⁴ Konunun detaylı bir incelemesi ve söz konusu tartışma için bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 23-25; BK-Koller, Art. 366 OR N 379 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 168 vd.; Jermann, N 151 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2790 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 631 vd.; Ehrat, N 310; Glasl, Rückabwicklung, s. 170 vd. Satış hukukunda ayıptan sorumlulukta alacaklının sahip olduğu değiştirme hakkı konusunda bkz. BSK-Honsell, Art. 205 OR N 3.

(“*Unwiderruflichkeit*”) yönündeki ilke¹⁵⁹⁵ ile doğrudan alakalıdır¹⁵⁹⁶. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâlinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkına başvurup başvuramayacağı yönündeki tartışma, teorik olarak, yenilik doğuran hakkın geri alınamayacağı yönündeki ilkedен feragat edilerek alacaklıya genel bir seçimini **değiştirme hakkı** (“*ius variandi*”) tanınıp tanınmayacağı yönündeki tartışmanın içinde yer alır¹⁵⁹⁷.

Öğretide son derece tartışmalı olan alacaklının daha önce gerçekleştirdiği seçiminden dönerek, diğer bir seçimlik hakkını kullanabilmesi yetkisi, yani seçimini değiştirme hakkı, Alman Hukuku’nun da etkisiyle, İsviçre-Türk öğretisinde “*ius variandi*” olarak anılmaktadır¹⁵⁹⁸. Ancak, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâlinde alacaklıya seçimini değiştirme hakkının tanınması, “*ius variandi*” tartışmasının küçük ve nispeten az eleştirilen bölümünü teşkil eder. Zira, borçlunun kusursuzluğu hâlinde, olumlu zararın tazminini talep etme hakkı, hukuken hiç doğmamış sayıldığı için, alacaklıya yeniden aynen ifayı veya sözleşmeden dönme hakkını seçme imkânı tanınması, gerçek anlamda bir değiştirme hakkı değildir. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâlinde olduğu gibi, alacaklının hukuken hiç doğmamış bir seçimlik hakkı tercih etmesi durumunda, alacaklıya mevcut tercihten dönerek seçimini değiştirme yetkisinin tanınması, **gerçek olmayan değiştirme hakkı** (“*unechtes ius variandi*”) olarak tanımlanır¹⁵⁹⁹. Buna karşılık, **gerçek değiştirme hakkı** (“*echtes ius variandi*”), yenilik doğuran hakkın meydana getirdiği rücu edilememe ve bağlayıcılık ilkelerine gerçek anlamda karşı çıkarak, hukuka uygun ve geçerli bir biçimde kullanılmış olan seçimlik hakkın, kullanıldıktan sonra geri alınması

¹⁵⁹⁵ Seçimlik hakların geri alınamayacağı yönündeki ilke (“*Unwiderruflichkeit*”) için bkz. CR-**Thévenoz**, art. 107 CO N 16; **İsvFM**, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 2863: “(...) Yenilik doğuran hakka sahip olan taraf, yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla sözleşme ilişkisinde meydana gelen bu değişikliği artık tek taraflı olarak geri alamaz (...)”.

¹⁵⁹⁶ Bkz. **Buz**, recht 1997, s. 197 vd.; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 169; **Jermann**, N 151 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2791.

¹⁵⁹⁷ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2791. Biz, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklının gerçekleştirdiği seçimlik haklara yönelik tercihin sonradan değiştirilmesi yetkisi şeklinde tanımlanan “*ius variandi*” kavramını, değiştirme hakkı olarak ifade ediyoruz. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Jermann**, N 151 vd.; **Buz**, recht 1997, s. 197 vd.; **BK-Koller**, Art. 366 OR N 379 vd.; **Huber**, Leistungsstörungen, § 37, s. 216 vd. Alman Hukuku’nda kısmi temerrüt konusunda “*ius variandi*” için bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 216.

¹⁵⁹⁸ **BK-Koller**, Art. 366 OR N 379 vd.; **Buz**, recht 1997, s. 197 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2791; **Jermann**, N 151 vd.

¹⁵⁹⁹ **BK-Koller**, Art. 366 OR N 392 vd., 408; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2791; **Jermann**, N 153, 155-156; **Koller**, ZSR 1997, s. 503. Gerçek olmayan değiştirme hakkı, yalnızca borçlunun kusursuzluğu hâlinde değil, örneğin, alacaklının irade sakatlığı, sözleşmeden dönme bakımından şekil noksanlığı, beyanın geçersiz bir koşula bağlanması ya da tamamen belirsiz bir beyanla yenilik doğuran hakkın kullanılması gibi, başkaca sebeplerden de ileri gelebilir. Bkz. **Jermann**, N 156.

ve başka bir seçimlik hakla değiştirilmesi anlamına gelir¹⁶⁰⁰. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda seçim hakkının akıbetinin ne olacağı yönündeki tartışma, gerçek olmayan ve gerçek değiştirme hakkı çerçevesinde şu şekilde ele alınmaktadır:

- a. İsviçre-Türk öğretisinde savunulan ve bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, kural olarak her ne kadar yenilik doğuran haktan dönmek mümkün değilse de, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâlinde, alacaklıya **gerçek olmayan bir değiştirme hakkı** tanınması gerekir¹⁶⁰¹. Bu görüş, yenilik doğuran hakkı kullanan kişinin, yenilik doğurucu etkiyi meydana getirmeye yetkili olmaması hâlinde, muhatabın hukuki durumunun yenilik doğuran işlemle değiştirilemeyeceği kuralına dayanır. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir şekilde muhatabın hukuk sahasında değişiklik meydana getirdiği ve irade özerkliği ilkesine nispeten istisna teşkil ettiği için, söz konusu hakka bağlı olan inşâî etkinin meydana gelmesi amacıyla, kanun veya sözleşme uyarınca

¹⁶⁰⁰ BK-Koller, Art. 366 OR N 404; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2791; Jermann, N 154; Buz, recht 1997, s. 197 vd.

¹⁶⁰¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 170; BK-Koller, Art. 366 OR N 492 vd., 410; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2790-2792; Gauch/Schluep/Rey, N 3058-3060; Koller, ZSR 1997, s. 503; Koller, Verzichtsfolgen, s. 11-16; Schenker, Schuldnerverzug, N 644-647; Jermann, N 154 vd., 164; Glasl, Rückabwicklung, s. 174-176; Kissling, s. 1289-1293; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1674; Öz, Dönme, s. 181, dn. 133.

İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun kusursuzluğu hâlinde kullanılmış olan seçimlik hakkın akıbeti konusunda görüş beyan etmemiştir. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, bir kararında, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâlinde, kendi yükümlülüğünü ifa etmekten kurtulması ancak alacaklının ifa yükümlülüğü altında bırakılması durumunun adil olmadığını ifade etmiştir. Bkz. İsvFM, ATF 123 II 16: “(...) Borçlu kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda, ifa yükümlülüğü alacaklının üzerinde hiçbir etkisi olmadığı nedenlerle ortadan kaldırılır veya azaltılırsa, alacaklıdan yine de kendi sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesini talep etmek adil görünmeyebilir (...)”. Daha sonraki bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi, borçlu temerrüdü hâlinde alacaklıya tanınan seçimlik haklar açısından olmasa da, irade sakatlıkları açısından, yenilik doğuran hakkın belli durumlarda geri alınabileceğini kabul etmiştir. Bkz. İsvFM, ATF 128 III 70 = JdT 2003 I 4 = SJ 2002 I 302: “(...) Sözleşmeyi aldatma veya esaslı yanlışla sebebiyle iptal etme hakkının tek taraflı sona erdirici bir etkisi olduğu hâllerde, karşı tarafın çıkarları da gözetilmelidir. Dolayısıyla, yenilik doğuran böyle bir hakkın kullanımının koşulsuz ve geri dönülemez olması gerekir. Öte yandan, bu beyandan geri dönülememesi yönündeki kuralın bazı istisnaları vardır. Bu istisnalar, kanundan ve bunların amaçsal yorumundan ileri gelir. Bu durumda belirleyici olan, karşı tarafın korunması ihtiyacının varlığı ve kapsamıdır. Ayrıca, Federal Mahkeme’ye göre, sözleşmeyi geçersiz kılmaya ilişkin irade beyanı, kıyas yoluyla İsvBK m. 9 uyarınca geri alınabilir. Öte yandan, sözleşmeyi geçersiz kılma beyanı, dürüstlük kuralı (İsvMK m. 2, İsvBK m. 25 f. I) ilkesini ihlâl ettiği için geçersiz olabilir ya da bizzat bu beyanın kendisi irade sakatlığı sebebiyle geçersiz kılınabilir. Öğretide, ayrıca karşı tarafın sözleşmeyi geçersiz kılan yenilik doğuran beyanın geçerli bir şekilde kullanıldığına karşı çıkması durumunda, yenilik doğuran beyanın sahibinin de bu beyandan dönebileceği kabul edilmektedir. Öğretide ifade edilen bu görüş, Federal Mahkeme tarafından da yerinde bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre, yenilik doğuran işlemin geri alınamaz karakteri, karşı tarafın kabul etmesi şartıyla ortadan kaldırılabilir (...)”. Aynı yönde bkz. Pichonnaz, DC 2016, s. 330 vd. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 56. Öğretide söz konusu karar, İsviçre Federal Mahkemesi’nin gerçek olmayan değiştirme hakkını kabul ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Jermann, N 163; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2792.

öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir¹⁶⁰². Borçlunun kusursuz olması durumunda, olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı, gerçekte hiç doğmamış, yalnızca “*görünüşte*” var olan bir hakkı (“*Schein-Recht*”) tercih ettiği için, muhatabın hukuki durumunu değiştirmiş olmaz ve yenilik doğrudan bir hak kullanmış sayılmaz¹⁶⁰³. Öte yandan, bu görüşü savunan yazarlar kendi içinde iki gruba ayrılır:

İlk yaklaşıma göre¹⁶⁰⁴, alacaklının aynen ifadan vazgeçme yönünde kullandığı ilk seçimlik hak geçerliliğini koruduğu için, alacaklı, değiştirme hakkını aynen ifa yönünde değil, yalnızca sözleşmeden dönme yönünde kullanabilir. Başka bir deyişle, borçlunun kusursuzluğu hâlinde, alacaklı, temerrüdün başındaki ilk duruma değil, ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçmiş olduğu hâle geri döner ve mecburen sözleşmeden dönmek zorunda kalır. Bu görüş çerçevesinde, alacaklı, her ne kadar tazminat talep edemezse de kendi karşı edimini ifa etmekten kurtulur veya çoktan ifa etmişse, iade talep edebilir.

Bizim de katıldığımız ikinci yaklaşıma göre¹⁶⁰⁵, aynen ifadan vazgeçme ve olumlu zararın tazmini talebi, iki farklı seçimlik hak olsa da, bir bütün teşkil eder. Şayet, borçlu kusursuzluğunu ispat ederse, alacaklının yapmış olduğu bütün seçimler geçersiz hâle gelir ve her iki tarafın da aynen ifa talebi varlığını sürdürür. Böylece, alacaklı, hiçbir seçimlik hakkını kullanmadığı, borçlu temerrüdünün ilk safhasına dönmüş olur. Öyle ki, her iki taraf da borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Şayet borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı ek süre tayin ederek, sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçebilir ve sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Nitekim, borçlunun kusursuz olması hâlinde, alacaklının aynen ifada ısrar edebileceği göz ardı edilmemelidir; zira, olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı daha en başta ifa menfaatinin giderilmesini arzu etmektedir.

¹⁶⁰² Steiner, s. 46; Jermann, N 157.

¹⁶⁰³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 170; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2791; Schenker, Schuldnerverzug, N 644; Jermann, N 157; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1674.

¹⁶⁰⁴ BK-Koller, Art. 366 OR N 403-406, 410; Gauch/Schluep/Rey, N 3058-3060; Jermann, N 164; Buz, recht 1997, s. 202. Benzer yönde bkz. Stöckli, Mélanges Tercier, s. 438.

¹⁶⁰⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 170; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2790-2792; Glasl, Rückabwicklung, s. 174-176; Schenker, Schuldnerverzug, N 557, 645; Wiegand, ZBJV 1998, s. 693-694. Gauch, çok yazarlı eserinin 8. basısında alacaklının tercihini yalnızca sözleşmeden dönme hakkı bakımından değiştirebileceğini savunurken, daha sonraki basılarda, alacaklının aynen ifa ile sözleşmeden dönme hakkı arasında bir seçim yapabileceğini belirtmektedir. Krş. Gauch/Schluep/Rey, N 3058-3060; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2790-2792.

- b. Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre¹⁶⁰⁶, alacaklının talep ettiği olumlu zarar, ifa edilmeyen edimin değeri ile gecikme sebebiyle meydana gelen zarardan oluşur. İfa edilmeyen edimin değeri “*ifa ikamesi (Erfüllungssurrogat)*” olarak anılır. Bu görüşe göre, her ne kadar gecikmeden kaynaklanan zararların tazmini, borçlunun kusurlu olmasına bağlıysa da, ifa edilmeyen edimin yerine geçen ifa ikamesi, ifa yükümlülüğünün bir devamı olduğu için, borçlunun kusurundan bağımsızdır ve borçlu kusursuz da olsa ifa ikamesini alacaklıya ödemek zorundadır. Gerçek olmayan değiştirme hakkı doktrininin aksine, bu görüşe göre, alacaklı etkisini devam ettiren bir seçim yapmıştır ve bu seçimden dönmek mümkün değildir. **İfa ikamesi görüşü** şeklinde adlandırabileceğimiz bu yaklaşım, olumlu zararın edimin değerine karşılık gelen bölümünün kusurdan bağımsız olduğu yönünde kanuni bir temel olmaması¹⁶⁰⁷, tarihi ve sistematik olarak İsviçre-Türk hukuk sistemine uygun düşmemesi¹⁶⁰⁸ sebebiyle reddedilir. Nitekim, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında bile, (TBK m. 136 f. I) borçlu böyle bir ifa ikamesiyle sorumlu tutulmamıştır.
- c. Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre, borçlunun sorumlu olmadığı **kusursuz ifa imkânsızlığı** rejimini düzenleyen TBK m. 136 (İsvBK m. 119) hükmü somut olay açısından kıyasen uygulanabilir¹⁶⁰⁹. Bu görüşe göre, kanun koyucu, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi durumunu nazara almamış ve böylece açık bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Söz konusu kanun boşluğuna kıyasen uygulanabilecek olan TBK m. 136 f. II uyarınca, borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek yükümlülükten kurtulması durumunda, aynen ifadan vazgeçen alacaklı da kendi ifa yükümlülüğünden kurtulur. TBK m. 136 f. II hükmü, daha öne ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesi borcu yükleyen bir tasfiye ilişkisi meydana getirir. Bu tasfiye ilişkisi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda meydana gelen tasfiye ilişkisine benzer. Bu görüşe göre, alacaklı, daha önce aynen ifadan vazgeçtiği için, aynen ifa talebine yeniden

¹⁶⁰⁶ Keller/Schöbi, s. 276; Ehrat, N 313, 318. Nitekim, Keller ve Schöbi, İsvBK m. 107-109 (TBK m. 125) kapsamında alacaklıya tanınan seçimlik hakların kusurdan bağımsız olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Keller/Schöbi, s. 276. Ayrıca bkz. Ehrat, N 313, dn. 109.

¹⁶⁰⁷ BK-Koller, Art. 366 OR N 409; Schenker, Schuldnerverzug, N 640; Jermann, N 161, 165. Schenker, “göz alıcı” ve “çarpıcı” bir görüş olsa da bu görüşü uzun bir gerekçeyle reddetmektedir. Bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 636 vd.

¹⁶⁰⁸ Sistematik ve tarihsel yorum çerçevesinde, ifa yerine talep edilen tazminat bakımından kusur sorumluluğu esastır. Bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 639-640; Jermann, N 161, dn. 399, s. 165.

¹⁶⁰⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 23-25; Bucher, AT, s. 373, dn. 171; Lemp, s. 51. Oldukça makul (“*durchaus vertretbar*”) olduğu yönünde bkz. Ehrat, N 310, 315. Düşünülebilir (“*denkbar*”) olduğu yönünde bkz. Keller/Schöbi, s. 276.

dönme mümkün olmaz. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda, alacaklının yeniden bir seçim yapmasına gerek kalmaksızın, borç ilişkisi *ipso iure* çözülmüş olur¹⁶¹⁰. Kanımızca, bu görüş, imkânsızlık hâlinde uygulanan TBK m. 136 hükmünden kıyasen yararlanarak, imkânsız hâle gelmemiş olan alacaklının aynen ifa talebini görmezden gelmesi nedeniyle, tercihe şayan değildir.

- d. Son olarak, Alman Hukuku'nda olduğu gibi¹⁶¹¹, **gerçek değiştirme hakkı** (“*echtes ius variandi*”) kabul edilecek olursa, yenilik doğuran hakların, belli sınırlamalara uyularak, serbestçe geri alınması veya değiştirilmesi mümkün sayılır. Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, alacaklıya gerçek bir değiştirme hakkı tanınması gerektiği savunulmaktadır¹⁶¹². Yalnızca borçlu temerrüdünde seçimlik haklar bakımından değil, her türlü yenilik doğuran hak açısından savunulan bu görüşe göre, gerçek bir değiştirme hakkının sınırları, yenilik doğuran hakkın kullanılması neticesinde doğan borcun ifa edilmesi (*hakkın icrası*) veya kullanılan seçimlik hakka yönelik bir mahkeme kararı verilmesi ya da borçlunun kullanılmış olan hakka güvenerek bir tasarrufta bulunmuş olmasıdır. Alman Hukuku'nda, özellikle borçlu “*somut bir güven yatırımı*” yapana kadar, alacaklının seçimini değiştirebileceği ifade edilmektedir¹⁶¹³. Öte yandan, Alman Hukuku'nda önemli bir tartışma konusu olan *ius variandi* meselesinin, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan sonra şekil değiştirdiği ve kısmen önemini yitirdiği söylenebilir. Zira, yeni Alman ifa engelleri hukukuna göre, sözleşmeden dönme hakkıyla beraber olumlu zararın istenmesi mümkün olduğu için, *ius*

¹⁶¹⁰ Bu görüşün pratik önemi, sözleşmenin kendiliğinden tasfiye edilmesinde görülür. Zira, genellikle borçlu kusursuzluğunu bir yargılama çerçevesinde ispat edeceği için, daha sonra alacaklının tekrar aynen ifa veya sözleşmeden dönme arasında seçim yapması durumunda ikinci bir yargılamaya ihtiyaç duyulur. Bkz. CR-**Thévenoz**, art. 107 CO N 23. Bu görüşü savunan **Thévenoz**, 1881 tarihli eski Federal Borçlar Kanunu çerçevesinde kabul edildiği üzere, sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın giderilmesinin mümkün görülmesi hâlinde, söz konusu hukuki tartışmaların önemini kaybedeceğini vurgular. Bkz. CR-**Thévenoz**, art. 107 CO N 25.

¹⁶¹¹ Soergel-**Gsell**, BGB § 325 N 27 vd.; MüKoBGB-**Gaier**, BGB § 349 N 4; **Leser**, Rücktritt, s. 272 vd.; **Huber**, Leistungsstörungen, § 37, s. 219 vd.; **Esser/Schmidt**, § 28 III/4. Aksi görüşte bkz. Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 26.

¹⁶¹² İsviçre-Türk Hukuku'nda oldukça merak uyandıran bu görüşün temsilcisi ve tanıtıcısı olan **Buz**, bu görüşü, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 123 II I 16 sayılı kararını eleştirdiği 1997 tarihli bir makalesinde Alman Hukuku'ndan esinlenerek takdim etmiştir. Bkz. **Buz**, recht 1997, s. 197 vd.; **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, s. 465 vd. Öte yandan, **Buz**'a göre, alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanı geçerliliğini korur. Bu durumda, borçlu, yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. **Buz**, recht 1997, s. 202; **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, s. 466.

¹⁶¹³ Soergel-**Gsell**, BGB § 325 N 27 vd.; MüKoBGB-**Gaier**, BGB § 349 N 4; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 26; **Huber**, Leistungsstörungen, § 37, s. 219 vd.; **Esser/Schmidt**, § 28 III/4; **Leser**, Rücktritt, s. 272 vd.; **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, s. 460 vd.

variandi hakkı, mübadele ve fark teorisi arasında yapılan seçimin değiştirilmesi bakımından veya kısmi ifa engellerinde -kısmi temerrüt veya kısmi imkânsızlık hâlinde- alacaklıya borcun tamamı bakımından ifa engellerine başvuru imkânının tanınması durumunda söz konusu olur¹⁶¹⁴. Bu son ihtimal, aşağıda ayrıca değerlendirme konusu yapılmış olup, örneğin alacaklının kısmi temerrüt kapsamında kısmi dönme hakkını kullanmış olması durumunda, bu hakkını değiştirerek sözleşmeden tamamen dönmesinin mümkün olup olmadığını inceler.

ii. Kısmi Temerrütte Özel Olarak Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu

Genel borçlu temerrüdü rejiminin aksine, gerçek olmayan “*ius variandi*” kısmi temerrüt açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira, borcun tamamından temerrüde düşülmesinin aksine, kısmi temerrütte alacaklı iki temel seçimin yanına, belli şartlar altında bir üçüncüsünü daha ekler ve genel itibarıyla borcun kalan kısmının ifasında menfaati kalmamışsa, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurur. Bu nedenle, kalan kısmın aynen ifasından vazgeçen alacaklı, aşağıda zikrettiğimiz şartların sağlanması hâlinde, öncelikle bütüncül veya kısmi temerrüt arasında bir seçim yapar¹⁶¹⁵. Daha sonra, bu seçimine göre, borcun tamamının aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararın tazmini ile sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararın tazmini ya da borcun kalan kısmının aynen ifasından vazgeçerek ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararın tazmini ile kısmi dönme ve olumsuz zararın tazmini arasında bir seçimde bulunur.

Borçlunun TBK m. 112 çerçevesinde kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda ise, alacaklının ileri sürdüğü kısmen veya tamamen olumlu zararın tazmini talebi akamete uğrar. Bu durumda, alacaklı, gerçekte hiç var olmamış bir hakkı seçmiş sayılır. Keza, aşağıda zikrettiğimiz borçlunun kısmi temerrüdünün borcun tamamı bakımından temerrüde dönüştüğü özel hâllerden birinin bulunduğunu düşünen alacaklının¹⁶¹⁶, seçimlik hakkını borcun tamamını nazara alarak kullanması; ancak,

¹⁶¹⁴ MüKoBGB-Gaier, BGB § 349 N 4.

¹⁶¹⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103.

¹⁶¹⁶ Alacaklının kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini isteyebileceği veya sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabileceği hâller için bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Schenker, Schuldnerverzug, N 771 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Biedermann, s. 71-72; Lemp, s. 61 vd.; Vetsch, s. 27-28; Russenberger, s. 75-76; Tandoğan, Nullité, s. 291 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Öz, Dönme, s. 42-43. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/II, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

daha sonra, bu özel durumlardan birinin somut olay bakımından gerçekleşmediğinin anlaşılması hâlinde, alacaklının borcun tamamı bakımından aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini talebi ile sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararın tazmini istemi akamete uğrar. Görüldüğü üzere, genel borçlu temerrüdü rejiminde alacaklının seçiminin boşa çıkması, genellikle borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi hâline hasredilmekteyken, kısmi temerrütte bu duruma ilave olarak kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi için aranan özel durumlardan birinin gerçekleşmemesi eklenir.

Genel olarak kısmi ifa engelleri rejiminde, yani kısmi temerrüt ve kısmi imkânsızlık hâlinde, borçlunun kusursuz olması veya borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerine başvuru şartlarının gerçekleşmemesi hâllerini de kapsar şekilde, alacaklıya gerçek bir değiştirme hakkı tanınıp tanınmayacağı Alman Hukuku'nda tartışmalıdır:

- a. Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre¹⁶¹⁷, alacaklı, kısmi ifa engelleri çerçevesinde, borca aykırılığın sonuçlarına kısmen veya tamamen başvurabildiği durumlarda, sözleşmeden tamamen dönme veya edimin tamamı bakımından tazminat talep etme hakkını kullanmışsa, tercihini değiştirerek sözleşmeden kısmen dönebilir veya yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından tazminat talep edebilir. Aynı şekilde, alacaklının, sözleşmeden kısmen dönme veya ifa edilmeyen kısım yerine “*küçük tazminat*” talep etme haklarını kullanmış olması durumunda, bu beyanını geri alarak, sözleşmeden tamamen dönmesi veya edimin tamamının yerine “*büyük tazminat*” talep etmesi mümkündür. Görüldüğü üzere, bu görüşe göre, alacaklıya **iki yönlü gerçek değiştirme hakkı** (“*ehes ius variandi*”) tanınır. Öte yandan, söz konusu hakkın sınırlarını, borçlunun söz konusu hakka güvenerek herhangi bir tasarrufta bulunmamış olması koşulu oluşturur. Başka bir deyişle, borçlu “*somut bir güven yatırımı*” yapana kadar, alacaklının seçimini değiştirebileceği kabul edilir¹⁶¹⁸. Keza,

¹⁶¹⁷ MüKoBGB-Gaier, BGB § 349 N 4; Soergel-Gsell, BGB § 325 N 27 vd., *özellikle*, N 29. Aynı yönde bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 37, s. 219 vd.; Esser/Schmidt, § 28 III/4; Leser, Rücktritt, s. 272 vd. Alman Federal Mahkemesi, “*ius variandi*” hakkına tamamen karşı çıkar. Bkz. AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 2863: “(...) Yenilik doğuran hakka sahip olan taraf, yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla sözleşme ilişkisinde meydana gelen bu değişikliği artık tek taraflı olarak geri alamaz (...)”.

¹⁶¹⁸ Soergel-Gsell, BGB § 325 N 27 vd.; MüKoBGB-Gaier, BGB § 349 N 4; Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 26; Huber, Leistungsstörungen, § 37, s. 219 vd.; Esser/Schmidt, § 28 III/4; Leser, Rücktritt, s. 272 vd.

hakkın icra edilmesi veya kullanılan seçimlik hakka yönelik bir mahkeme kararı verilmesi durumunda da geri alma beyanında bulunulamaz.

- b. Alman Hukuku'nda savunulan diğer bir görüşe göre¹⁶¹⁹, alacaklının, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, tercihini değiştirerek, sözleşmeden tamamen dönme hakkını kullanabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşmeden kısmen veya tamamen dönme hakkının bütün koşullarının gerçekleşmesi hâlinde, alacaklı, borçlunun kısmi dönmeye güvenerek herhangi bir tasarrufta bulunmamış, örneğin önemli bir masraf yapmamış olması ihtimalinde, seçimini değiştirerek, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebilir; benzer şekilde, borcun ifasından vazgeçerek, zararının tazminini kısmen talep etmiş olsa bile, seçimini değiştirerek edimin tamamı bakımından tazminat talep edebilir. Söz konusu görüş çerçevesinde, alacaklıya **tek yönlü gerçek değiştirme hakkı** tanınır; yani, kısmi temerrüdün daha sonra bütüncül temerrüde dönüşmesine izin verilse de, bütüncül temerrüdün kısmi temerrüde dönüşmesine müsaade edilmez.

Kanımızca, kısmi temerrüt çerçevesinde alacaklıya tanınan haklar, örneğin sözleşmeden kısmen dönme hakkı, indirim hakkı açısından olduğu gibi, yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁶²⁰. Yenilik doğuran haklar kullanılmakla tükenen, muhatabının hakimiyet sahasına varmakla sonuç doğuran ve kural olarak geri alınmayan haklardır¹⁶²¹. Kural olarak, yani muhatabın rıza göstermesi¹⁶²² veya irade sakatlıkları¹⁶²³ gibi bir durum olmadıkça, kullanılmış olan yenilik doğuran haktan dönüp, başka bir yenilik doğuran hakka başvurmak mümkün değildir. Herhangi bir tasarrufta bulunmamış olsa bile, muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılmış

¹⁶¹⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

¹⁶²⁰ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216.

¹⁶²¹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 16; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2762; Nomer, Borçlar Genel, N 197.6; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 2863; Yargıtay 14. HD, E. 2007/11905, K. 2007/14401, T. 16.11.2007 (YKD 2011/7, s. 1249. Ayrıca bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/b, “Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunması ve Bildirimin Hukuki Niteliği” isimli başlık.

¹⁶²² Alacaklının geri alma beyanı bir öneri olarak yorumlanabilir. Borçlunun kabulüyle birlikte, alacaklı sanki bir değiştirme hakkına sahipmişçesine, eski durumun yeniden tesis edilmesi sağlanır. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 9; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Pichonnaz, DC 2016, s. 331; Glasl, Rückabwicklung, s. 168-169; Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 447 vd.; Nomer/Akbulut, N 267; İsvFM, ATF 128 III 70 = JdT 2003 I 4 = SJ 2002 I 302.

Kısmi temerrüde düşen borçlu, örneğin sözleşmeden tamamen veya kısmen dönme beyanına uygun davranmazsa, alacaklı değiştirme hakkına sahip olur ve başka bir seçimlik hakkını kullanabilir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Wertenbruch, s. 862 vd.

¹⁶²³ Pichonnaz, DC 2016, s. 331; Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 453; Nomer/Akbulut, N 267, dn. 353; İsvFM, ATF 128 III 70 = JdT 2003 I 4 = SJ 2002 I 302. Karar için bkz. Kara/Develioğlu, N 56. Yanılma sebebiyle seçimlik hakkın geri alınması açısından bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 9.

olduğuna ve sözleşmenin kısmen ayakta tutulduğuna yönelik haklı güveni korunmalıdır. Başka bir deyişle, İsviçre-Türk Hukuku açısından genel borçlu temerrüdü açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de alacaklıya gerçek değiştirme hakkı (*ehes ius variandi*) tanınması kabul edilmez.

Kanaatimizce, alacaklıya gerçek bir değiştirme hakkının tanınması mümkün değilse de, kısmi temerrütte alacaklının seçimlik hakkına yönelik riskler **gerçek olmayan değiştirme hakkı** (“*unehtes ius variandi*”) ile çözülebilir. Borçlunun kusursuz olmasının yanı sıra, kısmi temerrütte, borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerine başvuru şartlarının gerçekleşmemesi hâlinde iki kat artan alacaklının seçiminin akamete uğraması tehlikesi, yukarıda zikrettiğimiz gerçek olmayan değiştirme hakkı ile bertaraf edilebilir¹⁶²⁴. Şayet alacaklının kullanmış olduğu seçimlik hakkın, gerek borçlunun kusursuz olması gerek borcun tamamı bakımından temerrüt şartlarının sağlanmaması sebebiyle boşa çıkması ve alacaklının gerçekte hiç var olmamış -*görünüşte*- bir hakkı kullandığını fark etmesi durumunda, alacaklının borçlu temerrüdünün ilk safhasına rücu etmesi ve yeniden seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Böylece, alacaklı, öncelikle borcun kalan kısmının aynen ifasından vazgeçip vazgeçmeyeceğine karar verir; akabinde seçimini akamete uğratan sebebe göre yeniden bir tercih yapar:

- i. Şayet borçlu kusursuzluğunu ispat etmiş ve seçimi bu sebepten akamete uğramışsa, alacaklı, borcun kalan kısmının ifasını talep edebileceği gibi, borçluya ek süre tayin ederek aynen ifadan vazgeçebilir. Böylece, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönebilir veya borcun tamamı bakımından temerrüt şartlarının sağlanması ihtimalinde, sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabilir. Bu son ihtimalde, alacaklı, kısmi veya tam dönme arasında serbestçe seçim yapabilir.
- ii. Şayet alacaklı borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmuş, buna karşılık, borçlu, borcun tamamı bakımından temerrüt şartlarının sağlanmadığını ispat etmiş ve bu sebepten alacaklının seçimi akamete uğramışsa, alacaklı, yalnızca kısmi temerrüt uyarınca haiz olduğu imkânlarla başvurabilir. Bu çerçevede, borçlu, ilk olarak, borcun kalan kısmının aynen ifasını talep edebilir veya takdir ettiği ek süre sonunda bundan vazgeçerek, ifa edilmeyen kısım

¹⁶²⁴ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/A/3/f/i**, “*Borçlu Temerrüdünde Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu*” isimli başlık.

bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilir.

- iii. Şayet alacaklı borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmuş, buna karşılık, borçlu hem kusursuz olduğunu hem de borcun tamamı bakımından temerrüt şartlarının sağlanmadığını ispat etmişse, alacaklı, kalan kısmın aynen ifasını talep edebilir veya ek süre tayin ederek, sürenin sonunda derhâl bildirimde bulunarak, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanabilir. Böyle bir ihtimalde, eğer kısmi dönme mümkün değilse¹⁶²⁵, alacaklının başvurabileceği yegâne imkân, gecikme tazminatıyla birlikte, kalan kısmın aynen ifasını talep etmektir.

Borçlar hukuku çerçevesinde alacaklının sahip olduğu hukuki imkânlar, farklı ihtimaller çerçevesinde bu şekilde nitelendirilse de, alacaklı, derdest bir dava sırasında seçimini ancak medeni usul hukukunun elverdiği hukuki sınırlar çerçevesinde değiştirebilir¹⁶²⁶. Öte yandan, en uygun çözüm yolu, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi veya kısmi temerrüt açısından borcun tamamı bakımından temerrüt şartlarının gerçekleşmemesi tehlikesi varsa, bu tehlikeyi bertaraf edecek olan diğer seçim hakkının, aynı davada **terditli** olarak ileri sürülmesidir (HMK m. 111)¹⁶²⁷.

Son olarak, **hafif kusur** hâlinde, alacaklının tazminat talebinin indirilmesi mümkündür. Eğer, tazminat alacağı, alacaklının kendi karşı ediminin değerini dahi alamayacağı ölçüde indirime tabi tutulursa, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi

¹⁶²⁵ Sözleşmeden kısmen dönme hakkı, başka karşı edimin bölünebilir olmasını ve başkaca şartların sağlanmasını gerekli kılar. Bkz. aşağıda, **B.3/III/C/2**, “*Kısmi Dönmenin Şartları*” isimli başlık.

¹⁶²⁶ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 170; **BK-Koller**, Art. 366 OR N 405; **Jermann**, N 164; **Gauch/Schluép/Emmenegger**, N 2790. İsviçre Hukuku’nda “*talep veya dava değişimi (modification de la demande / Klageänderung)*” başlığını taşıyan İsvHMK m. 227 hükmünde, “yeni veya değiştirilmiş” talep sonucunun, şimdiye kadarki talep sonucuyla nesnel bir bağlantı arz etmesi durumunda, talep sonucunun değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. **Kara**, Zamanaşımı, s. 524. Aynı yönde bkz. **BSK-Honsell**, Art. 205 OR N 3.

Türk Hukuku açısından uyumsuzluğa dâhil edilen vakıaların değiştirilmesi, teksif ilkesinin sonucu olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına (HMK m. 141) tabidir. Bu açıdan, mevcut vakıaların değiştirilmesi, cevap veya ikinci cevap dilekçelerinden sonra, ancak ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati (HMK m. 141 f. II) yoluyla gerçekleştirilebilir. Öte yandan, öğretide, davanın açılması esnasında mevcut olmayıp, sonradan ortaya çıkan vakıaların, yargılamanın kapsamına dâhil olması şartıyla, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının kapsamına girmeyeceği; bu durumda, yeni vakıaların ıslaha veya karşı tarafın açık muvafakatine ihtiyaç duyulmaksızın davaya dâhil edilebileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 1491, 1492; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, N 1186; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usul, s. 388-389; **Kuru**, s. 432. Kanımızca, dava esnasında borçlunun kusursuz olduğunun anlaşılması istisnai olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle, alacaklının kural olarak ıslah veya karşı tarafın açık rızasıyla talep sonucunu değiştirmesi gerekir. Öte yandan, istisnai olarak borçlunun kusursuz olduğu, sonraki bir vakia olarak anlaşılacak olursa, alacaklının ıslah veya karşı tarafın açık muvafakatine ihtiyaç duymadan talebini değiştirebilmesi gerekir.

¹⁶²⁷ **BK-Koller**, Art. 366 OR N 405.

durumuyla benzer bir hâlle karşılaşılır. Kanımızca, borçlunun hafif kusuru nedeniyle, tazminat alacağının, alacaklının ediminin değerini dahi karşılamayacak derecede indirilmesi durumunda, şayet sözleşme adaletinin aşırı derecede bozulduğu söylenebiliyorsa, alacaklıya, gerçek olmayan değiştirme hakkı görüşü çerçevesinde, yeniden bir seçme hakkı tanınabilir¹⁶²⁸. Ancak bu sonucun gerçekleşmesi için, tazminatın önemli ölçüde indirime tabi tutulması ve sözleşme dengesinin aşırı biçimde bozulması şartları aranmalıdır.

4. Sözleşmeyle Başkaca Bir Koşul Kararlaştırılmamış Olması

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından, borçlunun nitelikli temerrüdünün sonuçları, emredici değil, **düzenleyici ve yedek hukuk kuralıdır**¹⁶²⁹. Bu nedenle taraflar, kanunun öngördüğü temerrüt rejimini sözleşmeyle değiştirebilir; tayin edilecek ek sürenin uzunluğunu belirleyebilir, ek süre şartını kanunda düzenlenmeyen başka bazı hâller için kaldırabilir; ek süreden tamamen vazgeçebilir veya başka bazı ek koşullar öngörebilirler. Örneğin, taraflar takdir edilecek olan ek süreyi önceden kararlaştırarak, muhtemel bir ihtilafın önüne geçmek isteyebilirler. Sözleşmeyle daha katı şartların veya başkaca koşulların öngörülmesi durumunda, borçlunun nitelikli temerrüdüne başvurmak isteyen alacaklı, söz konusu koşulları yerine getirmek zorundadır¹⁶³⁰.

Taraflar, sözleşmeyle, alacaklının seçimlik hakları konusunda da düzenleme yapma imkânına sahiptir. Bu çerçevede, sözleşmeyle alacaklının seçim hakkının sınırlandırılması veya seçim hakkının içeriğinin değiştirilmesi ya da belli bir sonucun ek süre verilmeksizin derhâl *-ipso iure-* yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılması

¹⁶²⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 171; Schenker, Schuldnerverzug, N 650. Öğretide önerilen diğer bir çözüm yolu, tazminat alacağının yalnızca karşı edimin değerine kadar indirime tabi tutulmasıdır. Böylece, borçlunun kusursuzluğu veya hafif kusuru durumunda, olumlu zararın alt sınırını, karşı edimin değeri oluşturur. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 171; Lemp, s. 202. Bu görüş, Keller ve Schöbi tarafından savunulan, tazminat alacağının edimin değerine karşı gelen kısmının borçlunun kusurundan bağımsız olduğu yönündeki ifa ikamesi görüşüyle benzerlik gösterir. Bkz. Keller/Schöbi, s. 276.

¹⁶²⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 22; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 32, Art. 107 OR N 38, Art. 109 OR 20; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 35; BK-Becker, Art. 107 OR N 2; Tercier/Pichonnaz, N 1424-1425; Ramoni, N 95; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1424-1425; İsvFM, 24. 9. 2002, 4C.133/2001; KanM (St. Gallen), 26.1.1994, GVP 1996, N 36, s. 89-90 = SJZ 1996, s. 153-154. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 112-113.

¹⁶³⁰ Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarında, teslimde gecikme hâlinde yazılı bir mehille altmış günlük bir ek süre tayininin ve bu sürenin sonunda iadeli taahhütlü mektupla sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının zorunlu kılınması örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan, somut olayda mahkeme bu durumu yalnızca İsvBK m. 107 f. I (TBK m. 123) hükmüne yönelik olarak değerlendirmiş ve süre vermeye gerek olmayan hâllerin sözleşmeyle kaldırılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. KanM (St. Gallen), 26.1.1994, GVP 1996, N 36, s. 89-90 = SJZ 1996, s. 153-154.

mümkündür¹⁶³¹. Örneğin, temerrüt hâlinde alacaklıya yalnızca aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmini imkânı tanınabilir veya sözleşmeden dönme hâlinde olumsuz değil olumlu zararın istenebileceği öngörülebilir. Benzer şekilde, sözleşmeyle bir ceza koşulu öngörülerek, ifanın zamanında gerçekleşmemesi hâlinde, alacaklının ifaya eklenen veya seçimlik bir sözleşme cezasına hak kazanacağı kararlaştırılabilir¹⁶³². Keza, alacaklıya sözleşmeyle bir götürü tazminat hakkı tanınabilir. Öte yandan, yalnızca sözleşme cezası kararlaştırılması, tek başına, alacaklının seçimlik haklarının ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez¹⁶³³.

Sözleşmeyle borçlu temerrüdü konusunda öngörülecek olan sözleşmesel rejimin iki önemli sınırı bulunur. Bu sınırlamalardan ilki, borçlar kanununda her hukuki işlemin tabi olduğu **genel geçerlilik koşulları**dır. O hâlde, nitelikli temerrüdü tadil eden sözleşmenin, TBK m. 27 f. I (İsvBK m. 20 f. I) uyarınca emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Genel geçerlilik koşulları çerçevesinde, nitelikli temerrüdü düzenleyen hükümlerin, TMK m. 23 (İsvMK m. 27) çerçevesinde kişilik haklarına aykırı olmamasına ayrıca dikkat edilmelidir¹⁶³⁴. Öte yandan, nitelikli temerrüdü düzenleyen sözleşmenin, borçlunun sorumluluğunu daralttığı veya ortadan kaldırdığı ölçüde **sorumsuzluk anlaşması** olarak nitelendirilmesi gerektiği, bu nedenle, TBK m. 115 ve 116 f. III (İsvBK m. 100 ve m. 101 f. III) hükümlerinde öngörülen koşullara tabi olduğu unutulmamalıdır¹⁶³⁵. Borçlu temerrüdü konusunda öngörülecek olan sözleşmesel rejimin ikinci önemli sınırını ise, ekonomik olarak **zayıf tarafın korunması** amacını güden emredici hükümler teşkil eder¹⁶³⁶. Zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde nispi emredici hükümlerle korunan taraf aleyhine, sözleşmeyle, kanuni rejimden sapmak mümkün değildir. Kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya genel itibariyle tüketici sözleşmeleri açısından kanunda korunan taraf aleyhine anlaşma yapılamaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. TKHK m. 5 hükmünde düzenlenen haksız şartlar ile TBK m. 20-25

¹⁶³¹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 38; BK-Becker, Art. 107 OR N 2, 25; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2761. Ayrıca bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 56.

¹⁶³² Örneğin bkz. Erdem, İstanbul Şerhi, TBK m. 179 N 29; Erdem, Clause pénale, s. 54, 123; KanM (Valais), RVJ 1997, s. 263 vd.

¹⁶³³ Couchepin, N 1685 vd., 1700 vd.; İsvFM, 30.3.2015, 4A_232/2014 = 4A_610/2014: “(...) Tarafların gecikme durumunda zaman birimi başına bir sözleşme cezası üzerinde anlaşmış olmaları, sözleşmeden dönme hakkının hariç tutulduğu anlamına gelmez (...)”.

¹⁶³⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4.

¹⁶³⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 32, Art. 107 OR N 38; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4; Ramoni, N 95. Ayrıca bkz. Schwenzer, s. 112 vd.

¹⁶³⁶ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4.

hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşulları ile kurulan denetim rejimi de zayıf tarafın korunduğu hâller kapsamına dâhil edilebilir.

B. Bakiye Kısımın Aynen İfasından Vazgeçme ve Olumlu Zararın Tazmini

1. Genel Olarak Kısmi Temerrütte Olumlu Zararın Tazmini İmkânı

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmini, ilk seçimlik hak olarak karşımıza çıkar. TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca “*alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir*”. O hâlde, alacaklı, borcun ifasından vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.

Kısmi temerrüt konusunda önemli olan husus, olumlu zararın tazmini talebinin, yalnızca borçlunun ifasında geciktiği kısım bakımından mı yoksa edimin tamamı açısından mı sonuç doğuracağıdır. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, tüm kısmi ifa engellerinde temel kural, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde ifade edilen “*utile per inutile non vitiatur*” kuralıdır¹⁶³⁷. Kısmi temerrüt özelinde ise temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁶³⁸. Bu açıdan, alacaklı, TBK m. 125 f. II hükmüne kıyasen, kısmi temerrüt hâlinde, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmının ifasından vazgeçerek, yalnızca ifasından vazgeçilen kısım bakımından olumlu zararın tazminini talep edebilir¹⁶³⁹.

¹⁶³⁷ Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11. Ayrıca bkz. Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 26; Meyer, s. 9.

¹⁶³⁸ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹⁶³⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) 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 kısım la kendisinin bölünemeyen ediminden onu karşılayan hesabı yapılır (...)”.

İsviçre-Türk Hukuku'nun aksine, kısmi temerrüt rejimi Alman Hukuku'nda genel hatlarıyla da olsa açıkça düzenlenmiştir¹⁶⁴⁰. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan önce¹⁶⁴¹, Alman Medeni Kanunu'nun kabul edildiği ilk metinde kısmi temerrüt, BGB § 326 Abs. I c. 3 hükmüyle düzenlenmiştir. BGB § 326 Abs. I c. 3 uyarınca “*Sürenin bitiminde ifa kısmen gerçekleşmemişse, BGB § 325 Abs. I hükmünün 2. cümlesi uygulanır*”¹⁶⁴². BGB § 326 Abs. I c. 3 hükmünün atıf yaptığı BGB § 325 Abs. I c. 2 hükmü borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığını düzenlemektedir. BGB § 325 Abs. I c. 2 uyarınca “*Kısmi imkânsızlık durumunda, sözleşmenin kısmi olarak ifası alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamıyorsa, alacaklı, BGB § 280 Abs. II uyarınca yükümlülüğün tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat talep etme veya sözleşmenin tamamından dönme hakkına sahiptir*”¹⁶⁴³. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu ile Alman borca aykırılık rejimi yeniden kaleme alınmış; kısmi temerrüt rejimi ise, tazminat yaptırımı özelinde BGB § 281 Abs. I hükmünün ikinci cümlesinde, kısmi dönme yaptırımı özelinde ise BGB § 323 Abs. V hükmünün ilk cümlesinde düzenlenmiştir. Hâlen yürürlükte olan BGB § 281 Abs. I c. 2 uyarınca, “*Borçlu kısmi ifada bulunmuşsa, alacaklı ancak kısmi ifada hiçbir menfaati yoksa, edimin tamamı yerine tazminat talep edebilir*”¹⁶⁴⁴.

Alman kanun koyucusu, Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan önceki ve sonraki her iki düzenlemede de, kısmi temerrüt hâlinde zararın tazmini bakımından, kural olarak, **olumlu zararın kısmen giderilmesi** ilkesini benimsemiş; ancak,

¹⁶⁴⁰ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140 vd., BGB § 323 N 206 vd.; Medicus/Lorenz, § 37 N 19 vd.; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 410 vd.; Esser/Schmidt, § 28 III/4/d.

¹⁶⁴¹ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu (Schuldrechtmodernisierungsgesetz), borçlar hukuku alanında pek çok yenilik getirmiştir. Değişiklik metni için bkz. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, Bundesgesetzblatt, Jahrg. 2001, Teil I, Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2001, s. 3138-3218 (www.bgb.de).

¹⁶⁴² BGB § 326 (aF): “(1) (...) Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung”. Bkz. Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Serozan, Dönme, s. 386.

¹⁶⁴³ BGB § 325 (aF): “(1) (...) Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten (...)”. Bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 325 (aF) N 112 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 292.

¹⁶⁴⁴ BGB § 281: “(1) (...) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (...)”. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 153 vd.; Erman-Westermann, BGB § 281 N 29 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 36 vd.; Emmerich, § 19 N 18; Medicus/Lorenz, § 37 N 19 vd.

alacaklının kısmi ifada herhangi bir menfaatinin kalmaması durumunda, edimin bütünü bakımından olumlu zararın tazmin edilebileceğini belirtmiştir. Alman Hukuku'nda kısmi temerrüt rejimini pozitif bir temele kavuşturan söz konusu hükümler, İsviçre-Türk Hukuku'nda kabul gören genel yaklaşımla uyumludur. Bu nedenle, Alman Hukuku'nda kısmi temerrüt rejimi ve bu rejim çerçevesinde düzenlenen **kısmi tazminat yaptırımı**, İsviçre-Türk hukuk sistemi açısından bir başvuru kaynağı olma özelliği gösterir¹⁶⁴⁵.

2. Kısmi Temerrütte Olumlu Zarar Kavramı ve Olumlu Zararın Unsurları

TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca “*alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir*”. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, TBK m. 125 f. II hükmünde ifade edilen “*borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi*” veya İsvBK m. 107 f. II hükmünde ifade edildiği şekliyle “*borca aykırılık veya borcun ifa edilmemesinden doğan tazminat (des dommages-intérêts pour cause d’inexécution / Ersatz des aus der Nichterfüllung)*”¹⁶⁴⁶ alacaklının ilk seçimlik hakkı olarak karşımıza çıkar. Alacaklının ifa menfaatini (*Erfüllungsinteresse / intérêt positif / expectation interest*) gidermeyi hedef tuttuğu için, borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zarar, **olumlu zarar** olarak nitelendirilir¹⁶⁴⁷.

Olumlu zararın tazmini seçimlik hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçersiz hâle gelmez. Aksine, sözleşme ilişkisi geçerli bir şekilde hüküm doğurmaya devam eder¹⁶⁴⁸. Aynen ifa yerine tazminat talep edilmesiyle birlikte sözleşmenin içeriği değişikliğe uğrar ve edim yükümlülüğünün yerini **tazminat yükümlülüğü** alır¹⁶⁴⁹. Kural olarak -yani fark teorisi tercih edilmediği sürece- alacaklının karşı

¹⁶⁴⁵ Her ne kadar metinde “*kısmi tazminat*” veya “*olumlu zararın kısmen giderilmesi*” ifadelerine yer versek de, borca aykırılığın etkilediği ve borçlunun eksik ifa ettiği kısım bakımından, borçlunun bütün zararının tazmin edileceği konusunda bir şüphe yoktur. Söz konusu ifade, yalnızca borcun ifa edilmeyen kısmı bakımından olumlu zararın tazmin edileceğini vurgulamak için kullanılmaktadır.

¹⁶⁴⁶ **İsvBK m. 107 f. II:** “(De) (...) wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten; (Fr) (...) cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d’inexécution ou se départir du contrat”.

¹⁶⁴⁷ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 28-29; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 288; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 17; Tercier/Pichonnaz, N 1414; Gilliéron, N 348 vd.; Göschke, s. 19, 86.

¹⁶⁴⁸ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 22; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 159; BK-Becker, Art. 107 OR N 40; Tercier/Pichonnaz, N 1413; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2767; Ramoni, N 72; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1413.

¹⁶⁴⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 159; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 22; BK-Becker, Art. 107 OR N 40; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2767; Tercier/Pichonnaz, N 1412, 1414;

edimiyle ifa edilmeyen edimin yerine geçen tazminat alacağı bir değiş-tokuş (“*Austausch*”) ilişkisi içindedir¹⁶⁵⁰.

Zarar, en öz biçimde “*malvarlığında meydana gelen rıza dışı azalma*” şeklinde tanımlanabilir¹⁶⁵¹. Öğretide kabul gören *Mommsen*’in **fark kuramı** (*Differenzlehre / Differenzhypothese*) uyarınca¹⁶⁵², zarar, zarar verici olay, yani borca aykırı davranış neticesinde, alacaklının malvarlığının aldığı fiili (*mevcut / olan / Ist-zustand*) durum ile, zarar verici olay gerçekleşmeseydi, malvarlığının alacağı farazi (*varsayımsal / olması gereken / Soll-zustand*) durum arasındaki farktır¹⁶⁵³. Malvarlığında meydana gelen azalma, doğrudan doğruya malvarlığının azalması biçiminde gerçekleşen **fiili zarar** (*damnum emergens*) şeklinde veya malvarlığında gerçekleşmeyen bir artış biçiminde varlık gösteren **yoksun kalınan kâr** (*lucrum cessans*) şeklinde olabilir¹⁶⁵⁴.

Stöckli, Mélanges Tercier, s. 435 vd.; Ramoni, N 72; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1414.

¹⁶⁵⁰ Bu nedenle mübadele teorisi, öğretide “*değişim veya değiş tokuş*” teorisi olarak anılır. Nitekim, Almanca “*Surrogationstheorie*” olarak anılan ve tazminat alacağının ifa edilmeyen edimi ikame etmesini vurgulayan mübadele teorisi, zaman içinde “*Austauschtheorie*” olarak anılır olmuştur. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 161; Jermann, N 50.

¹⁶⁵¹ von Tuhr/Peter, § 12, s. 84; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 190: “*die Vermögensbeeinträchtigung gegen oder wenigstens ohne Willen des Berechtigten*”; Tercier/Pichonnaz, N 1296: “*la diminution involontaire de la fortune nette d’une personne*”; Schwenger/Fountoulakis, N 14.03; Rey/Wildhaber, N 162; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2848-2849; Deschenaux/Tercier, § 3 N 3, 11: “*une diminution non voulu*”; Lüchinger, N 52; Koller, AT, N 46.57; Werro, N 46; Berger, AT, N 1547; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1260; Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu, s. 222; İsvFM, ATF 104 II 199 = JdT 1979 I 82; ATF 144 III 155: “*eine unfreiwillige Vermögensverminderung*”. Hak sahibinin rızasına dayanan eksilmelerin, tazminata konu olamasalar dahi, geniş anlamda zarar kavramına dâhil oldukları görüşünde bkz. Nomer, Tazminatın Belirlenmesi, s. 5.

¹⁶⁵² Mommsen, bugün zarar kavramına karşılık gelen menfaat (“*Interesse*”) kavramını irdelediği meşhur eserinin ilk sayfasında (“*Lehre von dem Interesse*”) şu ifadelere yer verir: “(Tr) Menfaat kavramından teknik anlamda biz (...) bir kişinin belirli bir zamanda sahip olduğu malvarlığının toplam miktarı ile araya belirli bir zarar verici olay girmeseydi bu malvarlığının söz konusu zamanda sahip olacağı miktar arasındaki farkı (...) anlıyoruz; (De) Unter dem Interesse (...) verstehen wir (...) die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde”. Bkz. Mommsen, s. 3. Tabi zarar görüşü için bkz. Nomer, Tazminatın Belirlenmesi, s. 7 vd.; Nomer, Zarar, s. 980.

¹⁶⁵³ von Tuhr/Peter, § 12, s. 84; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 30, art. 107 CO N 29; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38, Art. 107 OR N 17; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 196; Rey/Wildhaber, N 163 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1296; Schwenger/Fountoulakis, N 14.03; Koller, AT, N 46.57; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2848-2849; Guhl/Koller, § 10 N 48, § 32 N 23; Bucher, AT, s. 341-342; Keller/Schöbi, s. 275; Deschenaux/Tercier, § 3 N 9; Werro, N 46; Glättli, Schadenersatz, s. 14 vd.; Fellmann/Kottmann, N 121 vd.; Lüchinger, N 52; Göschke, s. 86; Lemp, s. 146 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 623; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1296; Schenker, Baurechtstagung, s. 86; Nomer, Tazminatın Belirlenmesi, s. 8 vd.; Nomer, Zarar, s. 979-980; Hatemi/Gökyayla, § 26 N 94; İsvFM, ATF 144 III 155: “(…) Federal Mahkeme’nin uygulamasında kullanılan genel zarar kavramına göre zarar, malvarlığında istem dışı bir azalmadır. Zarar, malvarlığının aktif değerlerinde bir azalma veya pasif değerlerinde bir artış veya yoksun kalınan kâr şeklinde gerçekleşebilir. Malvarlığının mevcut durumu ile zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının alacağı durum arasındaki farka karşılık gelir (...)”; ATF 142 III 23; ATF 139 V 176; ATF 132 III 186; ATF 127 III 73; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228; ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80; İsvFM, 8.3.2000, 4C.371/2000.

¹⁶⁵⁴ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38; CR-Thévenoz, art. 97 CO N 34; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 186, 257; Fischer/Luterbacher-Fischer, Art. 41 OR N 19; Gauch/Schluep/Emmenegger, N

Olumlu zarar, alacaklının sözleşmeyle umduğu **ifa menfaatini** (*Erfüllungsinteresse*), yani, borcun hiç ifa edilmemesi nedeniyle doğan zararı (*Nichterfüllungsschaden*) gidermeyi hedef tutar¹⁶⁵⁵. Bu nedenle, olumlu zarar, alacaklıyı borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı hangi konumda bulunacak idiyse o konuma getirmeyi amaçlar. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçerli bir şekilde hüküm doğurduğu için, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, alacaklının olumlu sözleşme menfaatinin giderilmesi gerekir¹⁶⁵⁶.

Kısmi temerrütte alacaklı, borcun eksik kısmının aynen ifasından vazgeçerek onun yerine tazminat talep ettiği için, Alman Hukuku'nda ifade edildiği şekliyle, kural olarak **küçük tazminat** ("*kleiner Schadensersatz*") alacağına hak kazanır¹⁶⁵⁷. Zira, kısmi temerrütte, alacaklı, borcun eksik ifa edilen kısmının aynen ifasından vazgeçerek, kısmen ifa edilmiş olan bölümün yanı sıra, ifadan vazgeçilen bölümün yerine geçen zararın tazminini ister. Nitekim, Alman Hukuku'nda da aynen ifanın yanı sıra bir miktar tazminat talep edildiği hâllerde istenen küçük tazminat, kısmi temerrüt veya kısmi ifa hâlinde talep edilebilir¹⁶⁵⁸. Zira, alacaklı, borcun ifa edilmiş kısmının yanı sıra, ifa edilmemiş kısmı bakımından aynen ifadan vazgeçerek bir küçük tazminat alacağına kavuşur¹⁶⁵⁹. Buna karşılık, **büyük tazminat** ("*großer Schadensersatz*"), aynen ifadan bütünüyle vazgeçilmesi hâlinde, edimin tamamı yerine geçen tazminat alacağını tanımlamak için kullanılır¹⁶⁶⁰.

Hem küçük hem de büyük tazminat, aynen ifa yerine talep edilir ve aynen ifayı ikame eder¹⁶⁶¹. Zira, her iki durumda da alacaklı, kısmen veya tamamen aynen ifadan vazgeçerek zararının tazminini talep eder. Küçük tazminatta yalnızca kısmen gerçekleşen ifa eksikliği giderilirken, büyük tazminatta tazminat alacağı tamamen

2848, 2880a; Tercier/Pichonnaz, N 1297; Schwenger/Fountoulakis, N 14.03; Bucher, AT, s. 343; Deschenaux/Tercier, § 3 N 3, 11; Werro, N 46; Rey/Wildhaber, N 166 vd.; Roberto, N 22.01; Oftinger/Stark, § 2 N 5; Fellmann/Kottmann, N 140; Gilliéron, N 389 vd.; Göschke, s. 86; Rubinstein, s. 272 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1284; Eren, Borçlar Genel, N 3306; İsvFM, ATF 144 III 155; ATF 133 III 462; ATF 133 II 321 = JdT 2006 I 447; ATF 104 II 199 = JdT 1979 I 82.

¹⁶⁵⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 28-29; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38a; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 286; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2898; Koller, AT, N 46.19; Eren, Borçlar Genel, N 3306; İsvFM, ATF 144 III 155.

¹⁶⁵⁶ BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38a, 40; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 288; Bucher, AT, s. 243 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2898; Schwenger/Fountoulakis, N 14.30.

¹⁶⁵⁷ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142. Nitekim, indirim hakkının kullanılması durumunda da alacaklının tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 325 N 30.

¹⁶⁵⁸ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142, BGB § 325 N 31; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 153; Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 8.

¹⁶⁵⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142.

¹⁶⁶⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N C 24-25, BGB § 325 N 46; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142, BGB § 325 N 31; Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 8.

¹⁶⁶¹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142.

aynen ifanın yerini tutar¹⁶⁶². Kısmi temerrütte, ek sürenin sonunda, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini talep etmesi durumunda, alacaklı, kural olarak kısmen ifa edilmiş bölümün yanı sıra, ifa edilmemiş kısım için de zararının giderilmesini talep eder. Böylece, alacaklı, başka bir işleme gerek kalmaksızın, küçük tazminat talebinde bulunmuş olur. Nitekim, büyük tazminat talebi, başkaca koşulların gerçekleşmesine bağlıdır¹⁶⁶³. Esasen, kısmi temerrüt rejiminin yanı sıra, bütün kısmi ifa engelleri bakımından durum aynıdır¹⁶⁶⁴. Kısmi ifa engellerinde, tazminat talep ederek ifa menfaatinin gidermek isteyen alacaklı, kısmen ifa edilen bölümün yanı sıra bir küçük tazminat alacağına hak kazanır. Tespit edilmesi gereken sorun, söz konusu küçük tazminat alacağının ne şekilde hesap edileceğidir.

Fark kuramına göre, olumlu zarar, borcun hiç ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aldığı fiili durum ile, borç gereği gibi ve zamanında ifa edilseydi malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki farktır¹⁶⁶⁵. Böylece ileriye dönük, yani **prospektif** bir değerlendirmeye alacaklının uğradığı zarar hesaplanır.

Zararın türleri ve unsurları kısmi temerrüt hâlinde doğrudan doğruya uygulanır¹⁶⁶⁶. Kısmi temerrütte, alacaklının içinde bulunduğu **mevcut durum** (*effektives Portfolio*), kısmi temerrüt nedeniyle, yani borçlunun borcunu kısmen ifa etmesi sebebiyle alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu fiili hâldir. Oysa, alacaklının malvarlığının içinde bulunması gereken **farazi durum** (*hypothetisches Portfolio*), borçlunun borcunu tam ve eksiksiz bir biçimde, yani gereği gibi ifa etmesi ihtimalinde içinde bulunacağı varsayımsal hâldir. Bu durumda, fark kuramı uyarınca, kısmi temerrütte **olumlu zarar**, borcun bir kısmının ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu mevcut durum ile, borç tam ve eksiksiz bir biçimde ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır.

¹⁶⁶² Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 6; MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142.

¹⁶⁶³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 142; Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 6. Alman Hukuku'nda alacaklının kısmen ifa edilmiş olan edimde herhangi bir menfaatinin kalmamış olması şarttır. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 6. Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmesi konusunda bkz. aşağıda, **B.4/II**, “*Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller*” isimli başlık.

¹⁶⁶⁴ Kısmi ifa engellerinin tamamında alacaklı kural olarak küçük tazminata hak kazanır. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 6; BGB § 325 N 46; MüKoBGB-Ernst, BGB § 325 N 30, 33.

¹⁶⁶⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 288; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2898; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38a; Tercier/Pichonnaz, N 1300; Schwenzer/Fountoulakis, N 14.30; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1300; İsvFM, 8.3.2000, 4C.371/2000: “(...) Alacaklı, borç gereği gibi ifa edilseydi malvarlığı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmelidir (...)”

¹⁶⁶⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 274.

Kısmi temerrütte **fiili zarar** (*damnum emergens*) ile **yoksun kalınan kâr** (*lucrum cessans*) unsurlarının, borcun ifa edilmemiş olan kısmı bakımından gerçekleşmesi gerekir. Bu kapsamda, fiili zarar, meydana gelen değer azalmasını (*Minderwert*); yani, borcun ifa edilmemiş olan kısmının edim değeri (*Wert der Teilleistung*) ile o kısım bakımından yapılan yararsız masrafları veya üstlenilen yükümlülükleri kapsar. Alacaklı, edimin ifa edilmemiş olan kısmının değerini, olumlu zarar çerçevesinde talep edebilir¹⁶⁶⁷. Aynen ifanın mümkün olması durumunda edimin değeri, bir zarar kalemi teşkil etmezken, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda zarar hâlini alır¹⁶⁶⁸. Alman Hukuku'nda kabul edildiği üzere, İsviçre-Türk Hukuku'nda da olumlu zarar, söz konusu malvarlığı değerinin eski hâle getirilmesi için gerçekleştirilen masrafları (*örneğin onarım masraflarını*) da kapsar¹⁶⁶⁹. Keza, sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*) olarak adlandırılan üçüncü kişilere karşı sorumluluk nedeniyle meydana gelen zarar da fiili zarar kapsamına dâhildir¹⁶⁷⁰. Bir sözleşme cezası veya gecikme tazminatı ödenmesi böyledir.

Yoksun kalınan kâr kapsamında ise, alacaklı, borcun kısmen ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen kâr kaybının tazminini ister. Fiili zarar, malvarlığında doğrudan bir azalma şeklinde meydana geldiği için genellikle açıkça anlaşılabilirken; yoksun kalınan kâr, farazi bir olay akışının değerlendirilmesini gerekli kılar¹⁶⁷¹. Bu nedenle, zarar verici olay gerçekleşmeseydi yoksun kalınan kârın elde edileceği varsayımı, inandırıcı bir olasılık olarak görülmelidir¹⁶⁷². Keza, borcun eksik ifa edilmesi sebebiyle alacaklı üçüncü kişilere karşı sorumlu hâle gelmişse, örneğin bir sözleşme cezası veya gecikme tazminatı ödemesi gerekmişse, söz konusu sorumluluğun yol açtığı bütün giderlerin olumlu zarar çerçevesinde tazmin edilmesi gerekir.

¹⁶⁶⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39.

¹⁶⁶⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 274; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2867; Barth, s. 61.

¹⁶⁶⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 144, 145 vd.; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N D 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 204; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2873; İsvFM, ATF 127 III 73; İsvFM, 6.9.2017, 4A_113/2017; Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı).

¹⁶⁷⁰ von Tuhr/Escher, § 68, s. 110; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 29; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 281; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2898; Gilliéron, N 399.

¹⁶⁷¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 259; Fellmann/Kottmann, N 142; Lüchinger, N 162 vd.

¹⁶⁷² Honsell/Isenring/Kessler, § 3 N 43; Fellmann/Kottmann, N 142; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 259; Lüchinger, N 153; İsvFM, ATF 132 III 379; ATF 82 II 397; İsvFM, 19.4.2016, 4A_651/2015; 12.8.2009, 4A_70/2008; 14.5.2007, 4C.52/2007.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından olumlu zararın ne şekilde hesaplanması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Söz konusu görüş farklılıklarının temelinde, zararın yalnızca borçlunun edim yükümlülüğü nazara alınarak mı hesaplanacağı; yoksa, zararın edim ve karşı edim yükümlülükleri arasındaki farka göre mi hesaplanması gerektiği düşüncesi yatar. Birinci hesap yöntemi **mübadele** (*değişim*) teorisine işaret ederken, ikinci hesap yöntemi **fark** teorisine denk düşer. Mübadele ve fark teorileri, kısmi temerrüt rejiminde, olumlu zararın hesaplanması açısından belirleyicidir.

3. Mübadele (Değişim) Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması

a. Genel Olarak Mübadele Teorisi

Mübadele (*değişim* veya *değiş tokuş*) teorisi (*Austauschtheorie* veya *Surrogationstheorie*)¹⁶⁷³ olarak adlandırılan ilk yaklaşıma göre, olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı, kendi karşı edim borcunu aynen (*in natura*) ifa etmekle yükümlüdür; buna karşılık, alacaklının aynen ifasından vazgeçtiği edim, bir tazminat alacağına dönüşür. Böylece, alacaklı, ifa edilmeyen edimin değerini olumlu zarar olarak talep edebilir. Mübadele teorisi uyarınca olumlu zarar, yalnızca borçlunun ifada gecikerek temerrüde düştüğü ve alacaklının aynen ifasından vazgeçtiği edim nazara alınarak tespit edilir. Başka bir deyişle, alacaklının karşı edim borcu, tazminatın hesaplanmasında nazara alınmaz. Alacaklının malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma, borçlunun asli edim yükümlülüğünün değerine karşılık gelir.

Mübadele teorisi uyarınca, alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu karşı edim borcu ile tazminat alacağı, bir mübadele (*değiş tokuş*) ilişkisi içindedir. Taraflar arasındaki sinallagma ilişkisi, karşı edim borcu ile edim borcunun yerini alan tazminat borcu arasında devam ettiği için, bu hesap yöntemi, mübadele teorisi

¹⁶⁷³ Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 43 vd., BGB § 281 N B 131; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 18; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 97 OR N 32; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 54; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 163 vd.; BK-Becker, Art. 97 OR N 50, Art. 107 OR N 41; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 23; von Tuhr/Escher, § 68, s. 104-105; Huber, Leistungstörungen, § 45, s. 181, 207 vd.; Larenz, AT, § 22, II b; Tercier/Pichonnaz, N 1414; Bucher, AT, s. 380, dn. 208; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2778, 2780; Keller/Schöbi, s. 275; Lemp, s. 151; Jermann, N 56; Glättli, Schadenersatz, s. 96 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 124; Ramoni, N 74; Wiemken, s. 114; Schwenger/Fountoulakis, N 66.28; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1414; Schenker, Schuldnerverzug, N 619 vd.; Honegger, s. 51; Göschke, s. 83 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1299; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 5.

Mübadele teorisinin uygulanması gerektiği görüşünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 23; BK-Becker, Art. 97 OR N 50, Art. 107 OR N 41; von Tuhr/Escher, § 68, s. 104-105; Keller/Siehr, s. 37; Tercier/Pichonnaz, N 1414; Keller/Schöbi, s. 275; Lemp, s. 151; Honegger, s. 51; Wiemken, s. 114; Glättli, Schadenersatz, s. 96 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1414; Keller, negative Interesse, s. 184.

(*Austauschtheorie*) olarak anılır. Öte yandan, alacaklının ifasından vazgeçtiği edim, tazminat alacağına dönüştüğü için, tazminat alacağı hem bir tazmin yükümlülüğü hem de bir **ikame edim** (*Ersatzleistung / Surrogat*) olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle mübadele teorisi, **ikame edim teorisi** olarak çevirebileceğimiz “*Surrogationstheorie*” olarak da adlandırılır¹⁶⁷⁴.

Aynen ifadan vazgeçen alacaklının talep edeceği olumlu sözleşme menfaati, mübadele teorisi uyarınca, ifa edilmeyen edimin değeri ile gecikme tazminatının toplamından oluşur¹⁶⁷⁵. Böylece, borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum ile borca aykırı davranışın yol açtığı fiili durum arasındaki fark tazmin edilir. Borçlunun ediminin para borcu olması durumunda, olumlu zarar, alacaklının edimi ile temerrüt faizi (TBK m. 120) ile aşkın zarar (TBK m. 122) kalemlerinin toplamına denk düşer. Dolayısıyla, borçlunun ediminin para borcu olması durumunda, mübadele teorisi aynen ifa talebiyle aynı sonucu verir¹⁶⁷⁶.

Mübadele teorisi kapsamında olumlu zarar, **somut** (*sübjektif*) veya **soyut** (*objektif*) yöntemle hesaplanabilir¹⁶⁷⁷. Zararın sübjektif bir biçimde somut yöntemle hesaplanması (*konkrete Schadensberechnung*) durumunda olumlu zarar, aynı edimin başka bir yoldan edinilmesi amacıyla yapılan somut masraflara karşılık gelir¹⁶⁷⁸. Bu yöntemde alacaklı, her ne kadar ikame edim tedarik etme yükümlülüğü yoksa da¹⁶⁷⁹, ikame bir işlem çerçevesinde ikame (*vedek*) edim temin eder. Alacaklının sözleşmeyle

¹⁶⁷⁴ Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 18; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 181. İkame edim teorisi olarak çevirdiğimiz “*Surrogationstheorie*” konusunda bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N b 131; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 18; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 181; Lorenz, AT, § 22, II b; Bucher, AT, s. 380, dn. 208; İsvFM, ATF 54 II 308.

¹⁶⁷⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 154; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 166; Schenker, Schuldnerverzug, N 651; Schenker, Schadensberechnung, s. 39; Schenker, Baurechtstagung, s. 86; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2772; Rubinstein, s. 272 vd. Aynı yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 29.

¹⁶⁷⁶ Schenker, Schuldnerverzug, N 626 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 164.

¹⁶⁷⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 173, 177; Schenker, Schadensberechnung, s. 38; Lemp, s. 167, 171 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 653 vd.; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183. Ayrıca bkz. von Tuhr, s. 367. Genellikle fark teorisi açısından ele alınan somut ve soyut yöntemin mübadele teorisi kapsamında uygulanması mümkündür. Öte yandan, somut ve soyut yöntemin mübadele teorisi çerçevesinde uygulanması durumunda, edim ve karşı edim arasındaki fark değil, edimin somut veya soyut değeri ele alınır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 177. Ayrıca bkz. aşağıda, B.3/III/B/4/d/i, “*Genel Olarak*” isimli başlık.

¹⁶⁷⁸ von Tuhr, s. 367; BSK-Koller, Art. 191 OR N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 177; Schenker, Schuldnerverzug, N 653; Schenker, Schadensberechnung, s. 38; Lemp, s. 167, 171 vd.; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183; İsvFM, ATF 65 II 173; ATF 89 II 219 = JdT 1964 I 58; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228.

¹⁶⁷⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 178; Huguenin, OR, N 2529, 2532; Schenker, Schadensberechnung, s. 38; İsvFM, ATF 81 II 50; ATF 44 II 50; ATF 43 II 784; ATF 43 II 214; İsvFM, 8.3.2000, 4C.371/2000. Söz konusu yükümlülük, istisnaen somut olayın şartları çerçevesinde zararı artırmama külfetinden ileri gelebilir. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 160, 178, 184. von Tuhr/Escher, § 73, s. 154, dn. 89; KanM (Zürich), 17.3.2012, HG100102.

amaçladığı edim sonucuna ulaşmak için dürüstlük kuralı uyarınca yaptığı bütün masraflar, olumlu zararın kapsamına girer. Öte yandan, alacaklı, fiyat dalgalanmalarından yararlanmak için ikame edim temini yoluna başvuramaz ve özellikle en pahalı edimi temin edemez. Alacaklı her ne kadar en ucuz edimi temin etmek zorunda değilse de, ortalama ve makul bir seçim yapmalı, dürüst bir şekilde hareket etmelidir¹⁶⁸⁰. Aksi hâlde, ikame işlem dürüstlük kuralı uyarınca ne şekilde akdedilecek idiyse, zarar ona göre hesap edilir. Somut yöntemle edimin değeri hesap edilirken, alacaklının duygusal ve manevi menfaatleri (*Affektionsinteresse*) nazara alınmaz ve edimin alacaklı bakımından ihtiva ettiği değer önem taşımaz¹⁶⁸¹.

Şayet alacaklı ikame bir işlem akdetmemişse veya somut bir masraf yapmamışsa, edimin değerinin objektif olarak, yani soyut yöntemle hesaplanması (*abstrakte Schadensberechnung*) gerekir¹⁶⁸². Bu sonuca, fark teorisinde soyut yöntemi düzenleyen TBK m. 213 f. III (İsvBK m. 191 f. III) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde¹⁶⁸³ varılabileceği gibi, TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) hükmünün anlam ve amacından¹⁶⁸⁴ da ulaşılabilir. Bir edimin objektif değeri, arz ve taleplere göre belirlenen borsa veya piyasa fiyatı ile ifade edilir¹⁶⁸⁵. Piyasa fiyatı, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde, belirli bir sınıf ve türdeki emtia için gerçekleşen düzenli ticari işlemler sonucunda oluşan fiyattır. İkame edim temin etmek zorunda olmayan alacaklı,

¹⁶⁸⁰ BK-Giger, Art. 191 OR N 34 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 177; Lemp, s. 173 vd.; Keller/Siehr, s. 38.

¹⁶⁸¹ von Tuhr/Escher, § 68, s. 101; BK-Brehm, Art. 42 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 177; Rey/Wildhaber, N 385; Schwenger/Fountoulakis, N 18.04; Schenker, Schuldnerverzug, N 652, dn. 25.

¹⁶⁸² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 179; von Tuhr, s. 367; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 656; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 10; İsvFM, ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228.

¹⁶⁸³ TBK m. 213 hükmü, eBK m. 188 hükmümüm aksine, somut ve soyut metodun tatbikini ticari işlemlerle sınırlandırmamış, bütün satış hukukuna yaymıştır. Öte yandan, İsvBK m. 191 hükmü lafzen yalnızca ticari işlemler esas almaktadır. TBK m. 213 f. III (İsvBK m. 191 f. III) hükmünün kıyasen bütün ifa engelleri açısından uygulanabileceği yönünde bkz. ZK-Schönle, Art. 191 OR N 36; Schenker, Schuldnerverzug, N 658; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 184; Lemp, s. 176, 180; Tandoğan, Cilt I/1, s. 146; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1315; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 7. Hükmün İsviçre Hukuku'nda bütün satış hukuku açısından uygulanabileceği yönünde bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 3; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 191 OR N 5; Tercier/Bieri/Carron, N 595; Engel, Contrats, s. 26, 55-56; Honsell, BT, s. 72. Aksi görüşte bkz. von Tuhr, s. 367; BSK-Koller, Art. 191 OR N 25; Keller/Siehr, s. 39.

¹⁶⁸⁴ TBK m. 213 f. III hükmüne benzer ve yakın kriterlerin, TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) çerçevesinde ticari satış dışında uygulanabileceği görüşünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR 13, Art. 107 OR N 180; Ahtari, N 972. Bu görüş, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulmaktadır. Yüksek Mahkeme, İsvBK m. 191 f. III hükmünün ticari satış dışında diğer alanlara uygulanması konusunda bir görüş beyan etmemiş; ancak, aynı sonuca TBK m. 50 f. II vasıtasıyla ulaşmayı hedeflemiştir. Bkz. İsvFM, 8.11.2008, 4A_257/2007; İsvFM, ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228. Ayrıca bkz. Schmid/Stöckli/Krauskopf, N 247-248.

¹⁶⁸⁵ von Tuhr, s. 367; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 179; Schenker, Schuldnerverzug, N 658; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 23; İsvFM, ATF 78 II 432; ATF 49 II 77.

ikame işlem akdetmemesi durumunda edimin borsa veya piyasa değerini olumlu zarar adı altında talep edebilir. Edimin borsa veya piyasa fiyatının bulunmaması durumunda, edimin objektif değeri, edimin muhtemel bir satış durumunda getirebileceği olası bedel tespit edilerek, yani “satılabilirlik değeri (*Verkäuflichkeitswert*)” nazara alınarak belirlenir¹⁶⁸⁶. Şayet edimin ihtiva ettiği değer bu şekilde belirlenmesi mümkün değilse, TBK m. 50 f. II hükmüne kıyasen, hâkim tarafından edimin değeri belirlenmeli; gerekirse, bilirkışı marifetiyle, edime bir değer biçilmelidir¹⁶⁸⁷.

b. Kısmi Temerrütte Mübadele Teorisinin Uygulanması

Kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, mübadele teorisi uyarınca, olumlu zararının tazminini talep edebilir¹⁶⁸⁸. Mübadele teorisi, kısmi temerrüt rejimine uygulanırken, bu rejimin kendine has özelliği nazara alınır. Kısmi temerrütte temel kural, borçlu temerrüdünün yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğurmasıdır¹⁶⁸⁹. O hâlde, mübadele teorisi uyarınca alacaklının olumlu zararı, borcun ifa edilmemiş kısmı esas alınarak hesaplanır. TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca alacaklının aynen ifadan feragat beyanı yalnızca borcun ifa edilmemiş kısmı bakımından hüküm ifade eder. Böylece, mübadele teorisi uyarınca, borçlunun borcunu tamamen ifa etmemesi neticesinde, alacaklının aynen ifasından vazgeçtiği borç bakiyesi bir tazminat alacağına dönüşür.

Mübadele teorisi uyarınca olumlu zarar, yalnızca borçlunun ifada gecikerek temerrüde düştüğü ve alacaklının aynen ifasından vazgeçtiği kısım nazara alınarak tespit edilir. Kısmi temerrütte alacaklı, mübadele teorisine göre, edimin eksik ifa edilen kısmının değerini olumlu zarar olarak talep eder¹⁶⁹⁰. Kısmi temerrüdün, birden fazla

¹⁶⁸⁶ ZK-Schönle, Art. 191 OR N 22; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 180; Schenker, Schuldnerverzug, N 659; İsvFM, ATF 89 II 214 = JdT 1964 I 54: “*Verkäuflichkeitspreis*”; ATF 81 II 50 = JdT 1956 I 540 = SJ 1956 177; ATF 78 II 432; ATF 43 II 214 = JdT 1917 I 599; İsvFM, 8.11.2008, 4A_257/2007: “*Verkäuflichkeitswert*”.

¹⁶⁸⁷ BK-Brehm, Art. 42 OR N 46 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 181; Sidler, s. 339 vd.; İsvFM, ATF 105 II 87 = JdT 1980 I 17; İsvFM, 30.11.2016, 4A_397/2016.

¹⁶⁸⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39; Schenker, Schuldnerverzug, N 768; Bucher, AT, s. 382; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 972.

¹⁶⁸⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹⁶⁹⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39; Lorenz, AT, § 22, II c. Kısmi temerrütte örneğin bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) Davacıya ait fabrikalarda yapılan tespitten sonra fabrikalardaki montaj işinin davacı kuruluşun montaj ekibi ile yaptırılmış olması sebebiyle yapılan harcamaların davalı borçludan istenmesini kapsayan davada yapılan harcamaların dayanak kayıt ve belgeleri kuruluşun yedinde ve

edimden bir kısmının ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşmesi durumunda, ifa edilmeyen asli edim yükümlülüğünün veya yan edim yükümlülüğünün değeri, olumlu zararı verir. Borçlu açısından bakılacak olursa, alacaklının karşı edim borcu, tazminatın hesaplanmasında nazara alınmaz. Alacaklının malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma, yalnızca borçlunun kısmen temerrüde düştüğü edim nazara alınarak hesap edilir.

Genel borçlu temerrüdünde olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı, kendi karşı edim borcunu aynen (*in natura*) ifa etmekle yükümlüdür. Mübadele teorisi, alacaklının karşı edim borcunun içeriğinde bir değişiklik meydana getirmez veya karşı edim borcunu ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Mübadele teorisi çerçevesinde olumlu zararının giderilmesini isteyen alacaklı, borçlu borcunu kısmen ifa etmiş olsa dahi, kendi karşı edim borcunu aynen ve tamamen ifa etmekle yükümlüdür¹⁶⁹¹.

Mübadele teorisi uyarınca, alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu karşı edim borcu ile tazminat alacağı, bir mübadele (*sinallagma* / *değiş tokuş*) ilişkisi içindedir. Kısmi temerrütte söz konusu mübadele ilişkisi, borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifaya ek olarak, kısmen ifa edilmeyen bölümün yerine geçen “kısmi” veya “küçük” tazminat alacağına karşılık, alacaklının bütün hâlde ifa etmekle yükümlü olduğu karşı edim borcu arasında devam eder. Alacaklının karşı edim borcunu ifa etmesine karşılık, borçlu, kısmi ifaya ek olarak, ifa edilmeyen kısım bakımından, bir kısmi tazminat alacağı öder.

Borçlunun kısmen temerrüde düştüğü edimin yerine geçen tazminat alacağı ile alacaklının karşı edim borcu, mübadele ilişkisi içinde olduğu için, alacaklının, TBK m. 97 (İsvBK m. 82) uyarınca, ödemezlik def’i imkânına başvurması mümkündür. Öte yandan, alacaklı, ödemezlik def’i yoluyla karşı edim borcunu tamamen değil, yalnızca tazminat alacağına dönüşen borç bakiyesine karşılık gelen kısım bakımından ifa etmekten kaçınabilir¹⁶⁹².

nezdinde mevcut müstenidat mahallinde de inceleme yapılmak suretiyle belirlenmeli ve harcamaların yapıldıkları tarihteki normal piyasa rayiçlerine uygunluğu objektif ölçülerle araştırılmak ve piyasa rayiçleri bu konuda yetkili meslek kuruluşları ve Ticaret ve Sanayi Odalarından da sorularak sözleşmedeki nitelik ve koşullara ve piyasa sürüm bedeline göre zararın tazmininden doğan alacağın ödetilmesi talebinde davacı kuruluşun isteyebileceği alacak miktarı üç kişilik uzman bir bilirkişi kuruluna tespit ettirilip delillerin değerlendirilmesinden hasıl olacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir (...).”

¹⁶⁹¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46.

¹⁶⁹² Alacaklının kısmi ifa oranında karşı edimini ifa etmekten kaçınabileceği yönünde bkz. von Büren, AT, s. 465; Simmen, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 931; İsvFM, ATF 44 II 72. Aynı

İfa edilmeyen kısmın aynen ifasından vazgeçen alacaklının talep edeceği olumlu sözleşme menfaati, mübadele teorisi uyarınca, ifa edilmeyen kısmın değeri ile yukarıda yer verdiğimiz gecikme tazminatının toplamından oluşur¹⁶⁹³. Böylece, borç gereği gibi, yani eksiksiz ve tam bir şekilde ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının alacağı farazi (*varsayımsal / olması gereken*) durum ile borcun kısmen ifa edilerek borçlunun kısmen temerrüde düşmesi nedeniyle meydana gelen fiili (*mevcut / olan*) durum arasındaki fark tazmin edilmiş olur. Alacaklının başka bir fiili zararı veya yoksun kaldığı kârı varsa, söz konusu zararın üstüne eklenir.

Mübadele teorisinin kısmi temerrüt hâlinde uygulanması herhangi bir zorluk arz etmez¹⁶⁹⁴. Bu açıdan mübadele teorisi, kısmi temerrütte her zaman tatbik kabiliyeti olan bir hesap yöntemi olma özelliği gösterir. Mübadele teorisi mevcut değiş tokuş ilişkisini koruduğu ve alacaklının karşı edim yükümlülüğünde bir değişiklik meydana getirmediği için, mübadele teorisinin kısmi temerrütte uygulanması açısından bir ek şart aranmaz¹⁶⁹⁵. Bu meyanda, mübadele teorisi çerçevesinde olumlu zararın giderilmesi için, fark teorisi veya sözleşmeden kısmen dönme açısından olduğu gibi, alacaklının karşı ediminin bölünebilir olması gerekmez. Başkaca ek şartların varlığına bağlı olmadığı için, fark teorisine nazaran, kısmi temerrütte mübadele teorisinin uygulanması tercihe şayandır.

Mübadele teorisi uyarınca olumlu zararın hesaplanmasında, kısmi temerrüdün değişik görünüm biçimleri nazara alınarak farklı örnekler vermek mümkündür:

Örnek 1: Meram’da iki apartman dairesi olan (A), lüks bir otomobil karşılığında iki dairesini (B)’ye devretmeyi taahhüt eder¹⁶⁹⁶. Sözleşmenin akdedildiği tarihte, her bir dairenin değeri 1.000.000 TL, otomobilin değeri ise 1.500.000 TL’dir. Dairelerden birinin mülkiyetini devreden (A), diğerinin mülkiyetini devretmeyerek kısmi temerrüde düşer. Aynen ifadan vazgeçen (B), mübadele teorisi uyarınca otomobilin mülkiyetini (A)’ya devredecek; buna karşılık, kendisine devredilmeyen apartman dairesi yerine, 1.000.000 TL tutarında tazminat talep edecektir. Alacaklı, ikame bir

yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63-64. Öte yandan, alacaklının karşı edimini kısmen mi yoksa tamamen mi ifa etmekten kaçınacağı öğretilde tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/I/D/2/b, “Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def’i” isimli başlık.

¹⁶⁹³ Kısmi temerrütte gecikme tazminatı için bkz. yukarıda, B.3/I/C, “Gecikme Tazminatı” isimli başlık.

¹⁶⁹⁴ Schenker, Schuldnerverzug, N 768. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972.

¹⁶⁹⁵ Bu yönde bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; Schenker, Schuldnerverzug, N 768; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420. Oysa, fark teorisinin kısmi temerrütte uygulanması başkaca koşulların varlığını gerektirir. Bkz. aşağıda, B.3/III/B/4/c, “Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması İçin Aranan Şartlar” isimli başlık.

¹⁶⁹⁶ Benzer bir örnek için bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420.

sözleşme akdetmediği için, zararını soyut bir biçimde hesaplamış olur. Görüldüğü üzere, mübadele teorisinin uygulanması açısından (B)'nin kendi karşı ediminin bölünebilir olması gerekmez.

Örnek 2: (A), sahibi olduğu şirketin donanım (*hardware*) ve yazılımının (*software*) kurulması amacıyla bir bilişim teknolojisi şirketi olan (B) ile anlaşır¹⁶⁹⁷. Sözleşme uyarınca (A), donanım ve yazılımın tamamı için, toplam 250.000 TL değerindeki on adet eski model bilgisayarı (B)'ye vermeyi taahhüt eder. Sözleşme uyarınca vadedilen donanımın, yani bilgisayar ve aksamının değeri 200.000 TL, kurulumun toplam değeri ise 100.000 TL'dir. (B)'nin sözleşme uyarınca donanımı tesis edip yazılımı kurmaktan imtina etmesi durumunda, (A) aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep edebilir. Bu durumda (A), mübadele teorisi uyarınca vadettiği on adet hurda bilgisayarı (B)'ye teslim eder. Karşılığında, ifa edilmeyen kurulumun objektif değeri olan 100.000 TL'yi (B)'den tazminat olarak ister. Bu ihtimalde zarar, soyut bir biçimde yani objektif olarak hesap edilmiş olur. Şayet (A), yazılım kurulumunu başka bir bilişim şirketi olan (C)'den 120.000 TL'ye temin etmişse, söz konusu bedeli tazminat olarak talep edebilir. Bu ihtimalde zarar, somut yöntemle hesaplanmış olur.

Örnek 3: (A), makine üreticisi olan (B)'den, 100.000 USD karşılığında sanayi tipi bir ambalaj makinesi satın alır. (B), aynı zamanda makinenin kurulumunu da üstlenir. Makineyi teslim eden (B), kurulumu bir türlü yanaşmaz. Aynen ifadan vazgeçerek yan edim yükümlülüğü bakımından olumlu zararının tazminini talep eden (A), satış bedelini tamamen ifa eder; montaj borcu bakımından yan edim yükümlülüğünün değerini (B)'den olumlu zarar olarak ister. Bu örnekte, makinenin kurulumunu gerçekleştiren başka bir üretici, (A)'dan montaj bedeli olarak 5.000 USD talep ederse, (A) da söz konusu bedeli (B)'den tazminat olarak talep edebilir. Bu durumda, olumlu zarar, somut bir biçimde hesaplanmış olur. Makinenin üretime geç başlaması nedeniyle, (A), kâr kaybına uğramışsa, gecikmeden kaynaklanan olumlu zararını ayrıca (B)'den talep edebilir. Ayrıca, (A)'nın satış bedelini tamamen ödemek yerine takas ileri sürme hakkı da saklıdır.

¹⁶⁹⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen benzer bir olay için bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

4. Fark Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması

a. Genel Olarak Fark Teorisi

Fark teorisi (*Differenztheorie*) olarak adlandırılan ikinci yaklaşıma göre¹⁶⁹⁸, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının aynen ifadan feragat beyanıyla birlikte, borçlunun edimi bir tazminat borcuna dönüşmekle kalmaz; aynı zamanda alacaklı da kendi karşı edimini aynen ifa etme yükümlülüğünden kurtulur. Böylece, edim yükümlülüğünün yanı sıra, karşı edim yükümlülüğü de ortadan kalkar. Alacaklının olumlu zararı, aynen ifasından feragat ettiği ve borçlunun ifa etmediği edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki fark olarak kabul edilir. Başka bir deyişle, olumlu zarar, borçlunun ifa etmediği edimin değerinden karşı edimin değerinin mahsup edilmesi sonucunda belirlenir. Fark teorisi uyarınca yapılan mahsup işlemi basit bir matematiksel çıkarma işleminden ibarettir; takas işlemi değildir¹⁶⁹⁹.

Fark teorisi, satış sözleşmesinde satıcı ve alıcının temerrüdünde, TBK m. 213 (İsvBK m. 191) ile TBK m. 236 (İsvBK m. 215) hükümleriyle açıkça kabul edilmiştir. Söz konusu hükümler, diğer borç ilişkilerine ve ifa engellerine kıyasen uygulanır¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 43 vd., BGB § 281 N B 130 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 18; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 97 OR N 31; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 54, Art. 107 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 188 vd.; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 23; BK-Becker, Art. 97 OR N 50 vd., Art. 107 OR N 41; BK-Giger, Art. 191 OR N 20, Art. 215 OR N 21 vd.; BK-Brehm, Art. 42 OR N 70b; von Tuhr/Escher, § 68, s. 104-105; Emmerich, § 13 N 17 vd.; Huber, Leistungsstörungen, § 36, s. 180 vd.; van den Daele, s. 84 vd.; Larenz, AT, § 22, II b; Keller/Schöbi, s. 275; Bucher, AT, s. 380 vd.; Lemp, s. 151; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2779 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 64.26, 66.28; Comment, s. 113; Wiemken, s. 114 vd.; Berger, AT, N 1577; von Büren, AT, s. 377; Engel, Obligations, s. 733; Guhl/Koller, § 32 N 26; Fellmann/Kottmann, N 72; Jermann, N 70 vd.; Guggenheim, Contrats II, s. 215; Secrétan, s. 34 vd.; Göschke, s. 83 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 130; Schenker, Schuldnerverzug, N 668 vd.; Decurtins, s. 47; Cuendet, s. 95; Boßhardt, s. 81; Guhl, Rücktritt, s. 144; Glasl, Rückabwicklung, s. 124 vd.; Koller, ZSR 1997, s. 500; Yung, SJ 1940, s. 439 vd.; Schmid, s. 36 vd.; Ramoni, N 75, 126 vd.; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 4 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1299 vd.; İsvFM, 21.6.2015, 4A_101/2015; İsvFM, 8.3.2000, 4C.371/2000.

Fark teorisinin genel olarak uygulanabileceği görüşünde bkz. BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 54, Art. 107 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 188 vd.; BK-Giger, Art. 191 OR N 19 vd., Art. 215 OR N 26 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2779 vd.; Bucher, AT, s. 380 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 66.28; Schenker, Schuldnerverzug, N 668 vd.; Engel, Obligations, s. 733; Glasl, Rückabwicklung, s. 125 vd.; Comment, s. 113; Jermann, N 83; von Büren, AT, s. 377; Guggenheim, Contrats II, s. 215; Ramoni, N 75; Guhl/Koller, § 32 N 26 vd.; Secrétan, s. 34 vd.; Göschke, s. 83 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 130; Decurtins, s. 47; Cuendet, s. 95; Boßhardt, s. 81; Guhl, Rücktritt, s. 144; Stanislas, s. 93 vd.; Yung, SJ 1940, s. 439 vd.; Schmid, s. 36 vd.; Wiemken, s. 114 vd.; van den Daele, s. 94; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 7; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1299 vd.; İsvFM, 21.6.2015, 4A_101/2015: “(...) Alacaklı (zarar gören taraf), hâlihazırda ifa edilmiş edimler için karşı edimini yerine getirmekle yükümlü olmaya devam eder, ancak bunların değerini kendisine ödenmesi gereken zararlardan mahsup edebilir (fark yöntemi) (...)”.

¹⁶⁹⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 190; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2779; BK-Giger, Art. 191 OR N 18.

¹⁷⁰⁰ ZK-Schönle, Art. 191 OR N 36; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202-203; Schenker, Schuldnerverzug, N 658; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 184; Lemp, s. 176, 180; Tandoğan, Cilt I/1, s. 146; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 7.

Fark teorisinin ifa engellerinin tamamı bakımından uygulanması görüşü lehine başkaca gerekçeler de mevcuttur. Fark teorisi uyarınca, edimin aynen ifasından feragat yönündeki beyan, yalnızca edim bakımından değil, aynı zamanda alacaklının kendi karşı edimi açısından da sonuç doğurur¹⁷⁰¹. Sinallagma ilişkisi çerçevesinde, borçlunun ediminin aynen ifa talebinin son bulmasıyla birlikte, alacaklının kendi karşı ediminin de aynen ifa talebi düşer. Keza, borçlu borcunu ifa etmemişken, alacaklıdan kendi borcunu ifa etmesini veya kendi edimini uzun bir süre ifa için hazır hâlde tutmasını beklemek adil değildir¹⁷⁰². Sinallagma ilişkisi çerçevesinde nasıl ki ödemezlik def'ini ileri sürmek mümkünse, alacaklının aynen ifa talebinin son bulmasıyla birlikte, fark teorisi uyarınca da borçlunun aynen ifa talebi düşer.

Fark teorisi uyarınca aynen ifadan vazgeçen alacaklının talep edeceği olumlu sözleşme menfaati, mübadele teorisine göre hesap edilen tazminat alacağından, alacaklının kendi karşı edimini ifa etmeyerek sağladığı menfaatin çıkarılması sonucu bulunur¹⁷⁰³. Öte yandan, gecikmeden kaynaklanan zararlar¹⁷⁰⁴ ile varsa başkaca yoksun kalınan kâr kalemlerinin eklenmesi gerekir. Böylece, borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum ile borca aykırı davranışın yol açtığı fiili durum arasındaki fark tazmin edilmiş olur.

Fark teorisinin ifa engelleri hukukunda uygulanması genel olarak kabul edilse de, alacaklının kendi karşı edimini ifa etmiş olması durumunda da olumlu zararın fark teorisine göre hesaplanıp hesaplanamayacağı tartışmalıdır. Söz konusu tartışma, alacaklının kendi borcunu ifa etmiş olması durumunda, olumlu zararının fark teorisi uyarınca hesaplanmasını isteyerek, kendi karşı ediminin iadesini talep edip edemeyeceği noktasında toplanır. Buna göre:

- a. **Katı veya mutlak fark teorisi** (*strenge / strikte Differenztheorie*)¹⁷⁰⁵ uyarınca, alacaklı kendi karşı edimini ifa etmiş olsa bile, olumlu zararının fark teorisi

¹⁷⁰¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 195; Wiegand, recht 1983, s. 131; Bucher, ZSR 1983, s. 282, dn. 31.

¹⁷⁰² BK-Giger, Art. 215 OR N 26 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 196; Lemp, s. 55 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 64.26; Guhl, Rücktritt, s. 144 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 125-126; Jermann, N 76. Alacaklının uzun bir süre karşı edimini ifa için hazır hâlde tutması, ticari veya şahsi sebeplerle kendi ediminden yararlanma imkânından yoksun kalmasına ve edim için başkaca harcamalar yapmasına (*koruma, bakım, depolama giderleri veya değer kaybı*) neden olur. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 196.

¹⁷⁰³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 201; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2779; Schenker, Schuldnerverzug, N 679; von Büren, AT, s. 377 vd.; Wiegand, recht 1983, s. 4; Bucher, AT, s. 379 vd.; İsvFM. 8.3.2000, 4C.371/2000.

¹⁷⁰⁴ Lemp, s. 151; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 201; Schenker, Schuldnerverzug, N 680; Wiemken, s. 139.

¹⁷⁰⁵ BK-Koller, Art. 366 OR N 385; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 200; BSK-Koller, Art.

uyarınca hesap edilmesini talep edebilir. Alman Hukuku'nda savunulan çoğunluk fikrine bağlı olarak¹⁷⁰⁶ taraftarları İsviçre-Türk Hukuku'nda artmakta olan katı fark teorisi uyarınca, alacaklı kendi borcunu ifa etmişse, ifa ettiği karşı edimin iadesine hak kazanır ve karşı edimin iade edilmesi talebiyle birlikte olumlu zararının giderilmesini isteyebilir.

- b. İhlalı veya sınırlı fark teorisi (*milde / eingeschränkte Differenztheorie*)**¹⁷⁰⁷
- uyarınca, fark teorisinin uygulanması, yalnızca alacaklının kendi karşı edimini henüz ifa etmemiş olması durumunda mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan¹⁷⁰⁸ ve İsviçre-Türk öğretisinde çoğunluk tarafından kabul edilen bu görüş uyarınca, fark teorisi, alacaklıya ifa ettiği edimin iadesini talep etme hakkı bahşetmez. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, fark teorisinin iade borcuna vücut vermesini sağlayacak ve olumlu zararın tazmini başlığı altında adeta bir sözleşmeden dönme imkânı tanıyacak kanuni bir temeli mevcut değildir. Borçlar kanunu sistematığı içinde, ifa ettiği edimin iade edilmesini arzu eden alacaklı, olumlu zararının tazmini yerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak olumsuz zararını talep etmelidir. Nitekim, katı fark teorisinin benimsenmesi, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini arasında ikili bir seçim imkânı sunan İsviçre-Türk borçlar hukuku sistematığına kanunda yer almayan üçüncü bir seçimlik hak daha eklemek anlamına gelir; bu seçimlik hak ise, sözleşmeden dönme ve olumlu zararın tazminidir. Hem sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş gibi sözleşmeyi tasfiye etmek hem de borç gereği gibi ifa edilmiş gibi olumlu zararın tazminini talep etmek birbiriyle çelişen taleplerdir. Kanımızca bu imkânın

214 OR N 24; **Huguenin**, OR, N 902; **Stöckli**, Synallagma, N 485; **Koller**, Verzichtsfolgen, s. 8 vd.; **Koller**, ZSR 1997, s. 500; **Koller**, AJP 2017, s. 1172-1173; **Guhl/Koller**, § 32 N 29; **Jermann**, N 83 vd.; **Glättli**, SJZ 1997, s. 239 vd. Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 49; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 22; **Emmerich**, § 13 N 20 vd.

¹⁷⁰⁶ Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 49; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 22; **Emmerich**, § 13 N 20 vd.

¹⁷⁰⁷ **BK-Giger**, Art. 191 OR N 22, Art. 215 OR N 33; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 34; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 3; **Bucher**, AT, s. 381-382; **Gauch**, Dauerverträge, s. 151; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 676; **Lemp**, s. 52; **Göschke**, s. 85 vd.; **Comment**, s. 113; **Ramoni**, N 75; **Ehrat**, s. 103; **Schmid**, s. 36; **Decurtins**, s. 48; **Guhl**, Rücktritt, s. 144 vd.; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 126-127. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2781-2782; **Emmerich**, § 13 N 23 vd.

¹⁷⁰⁸ **İsvFM**, 21.6.2015, 4A_101/2015; 12.8.2010, 4A_251/2010; 8.3.2000, 4C.371/2000. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadının fark teorisi konusunda baştan beri net olmadığı söylenebilir. Bazı kararlarında Yüksek Mahkeme sorunu görmezden gelmiştir. Sorunun çözümsüz bırakıldığı kararlar için örneğin bkz. **İsvFM**, ATF 105 II 87 = JdT 1980 I 17; ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80.

tanınması, sistemi derinden değişikliğe uğratacağı için, kanun koyucunun tekelindedir.

b. Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması

Kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, mübadele teorisinin yanı sıra, fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep edebilir¹⁷⁰⁹. Kısmi temerrütte, borçlu temerrüdü yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğurduğu için¹⁷¹⁰ fark teorisi uyarınca olumlu zarar hesap edilirken, yalnızca borcun ifa edilmemiş olan kısmı nazara alınır. TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca alacaklı, yalnızca borcun ifa edilmemiş kısmı bakımından aynen ifadan feragat eder. Fark teorisi uyarınca alacaklının aynen ifadan feragat beyanında bulunması, borçlunun ediminin ifa edilmemiş olan kısmını bir tazminat borcuna dönüştürür; ilave olarak, alacaklının karşı edim borcu bakımından aynen ifa etme yükümlülüğünü de borçlunun kısmen temerrüde düştüğü oranda sona erdirir.

Alacaklının karşı edim borcunun hangi oranda sona erdiğini tespit etmek için bir oranlama yapmak gerekir. Fark teorisi çerçevesinde, alacaklının karşı edim borcu, borçlunun kısmen temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın değerinin, borcun tamamına oranı nispetinde son bulur¹⁷¹¹. Oranlama yapılırken sözleşmenin kurulma anı esas alınır. Böylece, edim yükümlülüğünün ifa edilmemiş olan bakiyesinin yanı sıra, karşı edim yükümlülüğünün de buna denk düşen kısmı orantılı olarak ortadan kalkar. Buna karşılık, alacaklının aynen ifa yükümlülüğü, kısmi ifa oranında devam eder; fark teorisi uyarınca tazminat talep eden alacaklı, edimin ifa edilen kısmının, edimin tamamına olan oranı ölçüsünde karşı edim borcunu ifa etmek zorundadır¹⁷¹².

¹⁷⁰⁹ BSK-**Wiegand**, Art. 107 OR N 21; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 211; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 46; Grüneberg-**Grüneberg**, BGB § 281 N 39; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **Bucher**, AT, s. 382; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 972; **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) 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 kısım ile kendisinin bölünemeyen ediminden onu karşılayan hesabı yapılır (...)”.

¹⁷¹⁰ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; CR-**Thévenoz**, art. 107 CO N 38; BSK-**Schroeter**, Art. 69 OR N 21; Soergel-**Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426; **Ehrat**, N 252; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 767; **Alcalay**, N 34; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 971-972; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

¹⁷¹¹ Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 46; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

¹⁷¹² **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **İsvFM**, 21.6.2015, 4A_101/2015: “(...) Alacaklı (zarar gören taraf), hâlihazırda ifa edilmiş edimler için karşı edimini yerine getirmekle yükümlü olmaya devam eder, ancak bunların değerini kendisine ödenmesi gereken zararlardan mahsup edebilir (fark yöntemi) (...)”. Kısmi ifa oranı hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda. **B.3/III/C/4/b/i**, “Genel Olarak Kısmi İfa

Kısmi temerrütte alacaklının olumlu zararının fark teorisi uyarınca hesaplanması, alacaklının karşı edim borcunun, borçlunun kısmen temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın değerinin, borcun tamamına oranı nispetinde sona ermesi ve borçlunun temerrüde düştüğü bakiye bölüm bakımından, alacaklının olumlu zararını tazmin etmesi anlamına gelir¹⁷¹³. Fark teorisi uyarınca, alacaklının olumlu zararı, aynen ifasından feragat ettiği ve borçlunun kısmen ifa etmediği edimin değeri ile kendi karşı ediminin buna denk düşen bölümünün değeri arasındaki farktır. Başka bir deyişle, olumlu zarar, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü bölümün değerinden, karşı ediminin buna karşılık gelen bölümünün değerinin mahsup edilmesi sonucunda belirlenir. Kısmi temerrüt hâlinde eşdeğerlik ilişkisi, **karşılıklı kısmi ifa ve karşılıklı kısmen ifa etmeme** hâlinde korunabildiği için¹⁷¹⁴, fark teorisi uyarınca, kısmi temerrüde konu olan edim bölümü ile nispeten o bölüme karşılık gelen karşı edim bölümü bakımından aynen ifa talebi düşer ve her iki karşılıklı edim bölümünün değeri arasındaki sapma olumlu zararı verir.

Fark teorisi uyarınca, ifa edilmeyen kısmın aynen ifasından vazgeçen alacaklının talep edeceği olumlu sözleşme menfaati, mübadele teorisine göre hesap edilen “*kısmi*” veya “*küçük*” tazminat alacağından, alacaklının kendi karşı edimini kısmen ifa etmeyerek sağladığı menfaatin çıkarılması sonucunda bulunur¹⁷¹⁵. Alacaklının kısmi temerrüt hâlinde ifa edilmeyen kısım bakımından talep edeceği ve fark teorisi uyarınca hesap edilen esas zarar, ifanın eksik kalan kısmının başka bir yerden tedarik edilmesi için ödenen ek maliyet kaleminden oluşur¹⁷¹⁶. Öte yandan, gecikmeden kaynaklanan diğer zararlar ile varsa başkaca yoksun kalınan kâr kalemlerinin hesap edilen olumlu sözleşme menfaatine eklenmesi gerekir. Böylece, borç gereği gibi, yani tam ve eksiksiz bir biçimde ifa edilseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi (*varsayımsal / olması gereken*) durum ile borcun kısmen ifa edilmesi sebebiyle, yani kısmi temerrüt hâlinde alacaklının malvarlığının aldığı fiili (*mevcut / olan*) durum arasındaki fark tazmin edilmiş olur.

Oranın Belirlenmesi” isimli başlık.

¹⁷¹³ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

¹⁷¹⁴ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁷¹⁵ Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 46. Genel olarak fark teorisi açısından bkz. **Bucher**, AT, s. 379 vd.; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 201; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2779; **von Büren**, AT, s. 377 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 679; **Wiegand**, recht 1983, s. 4; **İsvFM**. 8.3.2000, 4C.371/2000.

¹⁷¹⁶ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

Kısmi temerrütte alacaklının karşı edim borcunun hangi oranda sona erdiği, her zaman kolaylıkla tespit edilemez. Böyle durumlarda, sözleşmeden kısmen dönme bakımından olduğu gibi¹⁷¹⁷, **kısmi ifa oranı** kavramına atıf yapmak gerekir. “*Kısmi ifa oranı*” alacaklının karşı edim borcunu ne ölçüde ifa edeceğini gösteren ve kural olarak borçlunun borcunu ifa ettiği orana denk olan indirim ölçüsüdür. Söz konusu kısmi ifa oranı vasıtasıyla fark teorisi çerçevesinde alacaklının kendi borcunu ne miktarda ifa edeceği tespit edilebilir; yine bu yolla, sözleşmenin her iki tarafı açısından ifa edilmiş olan kısım ile ifa edilmemiş olan kısım birbirinden ayrılabilir.

Daha teknik bir biçimde açıklamak gerekirse, edimin ifa edilmiş kısmıyla ifa edilmemiş kısmı arasındaki **değer ilişkisi** (*Wertverhältnis*) tespit edilir¹⁷¹⁸. Söz konusu değer ilişkisi uyarınca, borçlu edim borcunu hangi oranda ifa etmişse, alacaklı da karşı edim borcunu o oranda ifa etmek zorundadır¹⁷¹⁹. Kısmi dönme bakımından olduğu gibi, fark teorisi uyarınca kısmi ifa oranı, karşı edimin orantılı bir biçimde indirime tabi tutulması ilkesine dayanan **nispi metot** (*relative Methode / Proportionalmethode*) kullanılarak hesaplanır¹⁷²⁰. Ayıptan sorumluluk rejimlerinde indirim hakkının kullanılmasında başvurulanan nispi metot uyarınca, kısmi ifa oranı belirlenirken, para dışındaki edimler, paraya çevrilerek hesaplamaya dâhil edilir¹⁷²¹.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması durumunda da alacaklının karşı edim borcu kısmi ifa oranı ölçüsünde sona erdiği için, her iki seçimlik hak, karşı edim borcunun sona ermesi açısından benzerlik gösterir. Bu nedenle, alacaklının karşı edimi bakımından aynen ifa yükümlülüğünün kısmi ifa oranı ölçüsünde ne şekilde sona ereceği tespit edilirken, sözleşmeden kısmen dönme bahsi altında yaptığımız açıklamalara başvurulabilir¹⁷²².

Kısmi temerrütte fark teorisinin uygulamasına bakılacak olursa, genel olarak şu sonuçlara ulaşılabilir: İlk olarak, fark teorisi uyarınca alacaklının karşı edimi, nispi

¹⁷¹⁷ Bkz. aşağıda. **B.3/III/C/4/b/i**, “*Genel Olarak Kısmi İfa Oranının Belirlenmesi*” isimli başlık.

¹⁷¹⁸ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412.

¹⁷¹⁹ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 325 N 46.

¹⁷²⁰ **Staudinger-Schwarze**, BGB § 325 N 46. Sözleşmeden kısmen dönme bakımından nispi metodun uygulanacağı yönünde bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215, BGB § 325 N 33; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 325 N 46. Nispi metot konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/b/ii**, “*Kısmi İfa Oranının Tespitinde Nispi Metottan Yararlanılması*” isimli başlık.

¹⁷²¹ Eski BGB § 473 hükmüne uygun bir biçimde, nispi yöntem uygulanırken para dışındaki edimlerin paraya çevrilerek hesaplamaya dâhil edilmesi gerektiği yönünde bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215.

¹⁷²² Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/b/iii**, “*Nispi Metodun Kısmi Dönme Konusunda Uygulanması*” isimli başlık.

metot çerçevesinde indirim tabi tutulur. İkinci olarak, alacaklının karşı edim alacağının indirilen bölümünün değeri ile borçlunun borcunu ifa etmeyerek temerrüde düştüğü kısmın değeri arasındaki sapma, fark teorisi uyarınca alacaklının zararını verir¹⁷²³.

Kısmi temerrütte fark teorisinin uygulanması, görüldüğü üzere, mübadele teorisi kadar sorunsuz gerçekleşmez. Fark teorisinin, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü hâllerin tamamı bakımından uygulanması mümkün değildir. Esasen sözleşmeden kısmen dönmeye benzer şekilde sonuç doğuran fark teorisi, edim yükümlülüğüne ilave olarak, karşı edim yükümlülüğünün aynen ifa zorunluluğunu ortadan kaldırdığı için, bazı ek şartların gerçekleşmesini gerekli kılar¹⁷²⁴. Mübadele teorisinin yanı sıra, fark teorisinin alacaklı açısından bir hukuki çare olabilmesi için, söz konusu koşulların gerçekleşmesi gerekir.

c. Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması İçin Aranılan Şartlar

Alacaklının fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep edebilmesi için, öncelikle borçlunun **kısmi temerrüde düşmesi** gerekir¹⁷²⁵. Borçlunun dar anlamda kısmi temerrüde düşmesi için, en başta ifası istenen borcun bölünebilir olması aranır¹⁷²⁶. Buna karşılık, kısmi temerrüt şartlarının gerçekleşmiş olması, fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı açısından yeterli değildir.

Kısmi temerrüdün yanı sıra, fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmin edilebilmesi için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve alacaklının karşı edimini hiç veya kısmi ifa oranından fazla ölçüde (*aşkın bir biçimde*) ifa etmemiş olması şarttır. Aşağıda fark teorisinin uygulanması için aranılan şartlar sırayla mercek altına alınmaktadır.

i. Karşı Edimin Bölünebilir Olması

Borçlunun ediminin bölünebilir olması, gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt bakımından bir özel şart teşkil eder¹⁷²⁷. Zira, kısmi temerrüdün meydana gelebilmesi için, öncelikle borçlunun, borcunu kısmen ifa etmesi gerekir. Öte yandan, kısmi

¹⁷²³ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46.

¹⁷²⁴ Örneğin bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Schenker, Schuldnerverzug, N 768.

¹⁷²⁵ Glatthard, s. 56; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 971.

¹⁷²⁶ Bölünebilirlik konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/II/B/1, “Bölünebilirlik Şartı” isimli başlık.

¹⁷²⁷ Bkz. yukarıda, B.2/II/B/1, “Bölünebilirlik Şartı” isimli başlık.

temerrüt hâlinde, alacaklının fark teorisine göre olumlu zararının tazminini talep edebilmesi için, yalnızca borçlunun ediminin bölünebilir olması yeterli değildir; aynı zamanda, alacaklının kendi ifa etmesi gereken karşı edim borcunun da **bölünebilir** nitelikte olması gerekir¹⁷²⁸.

Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için, karşı edimin hem **objektif**, yani fiilen ve teknik olarak, hem de **sübjektif**, yani hukuken ve taraf iradeleri uyarınca bölünebilir olması gerekir¹⁷²⁹. Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olması, hem fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmini hem de sözleşmeden kısmen dönme bakımından aranan koşuldur¹⁷³⁰.

Sözleşmeden kısmen dönme açısından olduğu gibi, fark teorisinin uygulanmasıyla hedeflenen temel sonuç, sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükleri, yalnızca ifa edilen kısımla sınırlı tutmaktır. Böylece, sözleşme iki parçaya ayrılmış olur: alacaklı, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olan parçasını ayakta tutar; buna karşılık, sözleşmenin ifa edilmemiş olan kısmı bakımından aynen ifa talebini sona erdirir ve olumlu zararının tazminini talep eder.

Edim ve karşı edimin her ikisinin de bölünebilir olmaması durumunda, sözleşmenin iki kısma ayrılması; böylece, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin ifa edilmiş kısımla sınırlandırılarak, ifa edilmemiş kısım bakımından tazminat talep edilmesi mümkün olmaz. Alacaklı, kendi bölünemez nitelikteki edimini, borçlunun bölünebilir nitelikte olan edimiyle sınırlandıramadığı için, ya karşı edimini tamamen yerine getirir ya da karşı edimini ifa etmekten tamamen kaçınır¹⁷³¹.

Karşı edim bakımından aranan bölünebilirlik şartı, fark teorisinin uygulanması açısından fiili bir zorunluluktur. Buna karşılık, öğretide bazı yazarlar, bu zorunluluğu mutlak olarak kabul etmez. Nitekim, öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁷³²,

¹⁷²⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Larenz, AT, § 22, II c; Schenker, Schuldnerverzug, N 768; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd. Kısmi imkânsızlıkta aynı yönde bkz. Larenz, AT, § 22, II c.

¹⁷²⁹ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422; AlmFM, BGH, NJW 1990, s. 3010 vd.

¹⁷³⁰ Sözleşmeden kısmen dönme hakkı bakımından aranan karşı edimin bölünebilir olması şartı için bkz. aşağıda, B.3/III/C/2/a, “Karşı Edimin Bölünebilir Olması” isimli başlık.

¹⁷³¹ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. s. 411-412, 420 vd.; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁷³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972. Benzer yönde bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21. Wiegand’a göre, alacaklı, fark teorisi uyarınca, karşı edim bölünebilir nitelikteyse veya kendi karşı edim borcunu ifa etmemişse başvurabilir. Söz konusu ifade, bu paragraf kapsamında aktarılan karşı görüşe yakın durmaktadır. Bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21: “*seine Gegenleistung teilbar ist oder er selbst noch nicht geleistet hat, auch nach der Differenztheorie vorgehen*”. Yargıtay da bir kararında karşı edimin bölünebilir olmamasına rağmen fark teorisine göre zararın tazmin edilebileceğini belirtmiştir. Öte yandan, ilgili karar incelendiğinde, borçlunun üç adet toz tutma tesisinin bir kısmının

alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması durumunda, alacaklı kendi bölünemeyen edimini yerine getirmekle yükümlü tutulamaz. Bu durumda, alacaklı, borçlu tarafından kısmen ifa edilmiş olan edime karşılık olarak, bir miktar para ödeyerek, ifa edilmeyen kısım için, fark teorisi uyarınca tazminat talep edebilir. Bu görüşe göre, alacaklı, ifa edilmiş olan kısmi edimi elde tutar ve alacaklının karşı edimi para borcuna dönüşür. Öte yandan, kısmen ifa edilmiş olan edim, borcun önemli bir kısmına karşılık geliyorsa, dürüstlük kuralı uyarınca fark teorisinden vazgeçilerek, mübadele teorisi uygulanır¹⁷³³.

Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması ihtimalinde dahi fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazminini mümkün hâle getiren bu görüş, taraflar arasındaki menfaat dengesine ve sinallagma ilişkisinin gereklerine uygun değildir. Zira bu çözümde, kendi bölünemeyen edimini tümüyle ifa etmekten kurtulan alacaklının, borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifaya ivaz ödemek suretiyle sahip olması, sözleşmede kararlaştırılan değiş tokuş ilişkisinden bambaşka bir karşılık ilişkisine borçlunun zorlanması anlamını taşır¹⁷³⁴. Bu durum ise, kanun koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmemiş bir yaptırım olma özelliği gösterir ve borçlu temerrüdü sisteminin alacaklıya tanıdığı hakların dışına çıkar. Zira, borçlunun kısmen ifa ettiği edime karşılık olarak, alacaklının karşı edimini kısmen ifa etmesi, kısmen korunan sinallagma ilişkisinin gereğidir. Ayrıca, kısmen ifa edilen borcun para borcu olması -örneğin, satış bedelinin yarısının ifa edilmiş olması durumunda, satılanın bölünemez olması- alınan paranın yerine yine para verilmesi şeklinde garip bir durum yaratır. Fark teorisiyle esasen engellenmek istenen bu durum, daha önce gerçekleşen kısmi ifayı iade etmekten başka bir anlama gelmediğinden, sözleşmenin tamamı bakımından tazminat talep etmekle aynı sonuca ulaşılır¹⁷³⁵. Özetle, fark teorisi uyarınca karşı edimin bölünebilir olması şartından sapmak için yeterli gerekçe mevcut değildir.

Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması durumunda, olumlu zararın tazmininin ne şekilde talep edileceği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar¹⁷³⁶, karşı edimin bölünebilir olmaması ihtimalinde, alacaklının fark teorisi

montajını yerine getirdiği; satış bedelinin ise tamamının ödendiği anlaşılmaktadır. Şu hâliyle, her iki edimin de bölünebilir olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) *Kısmi temerrüt içinde bulunan borçludan bakiye kısım için ifa yerine tazminat isteyebilme yetkisi kullanıldığında (fark teorisi) kuralları gereği ifa edilmeyen kısım kendisinin bölünemeyen ediminden onu karşılayan hesabı yapılır (...)*”.

¹⁷³³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 972.

¹⁷³⁴ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740, dn. 759; **Öz**, Dönme, s. 43, dn. 102.

¹⁷³⁵ Bu görüşte bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740, dn. 759; **Öz**, Dönme, s. 43, dn. 102.

¹⁷³⁶ Bu yönde bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **Larenz**, AT, § 22, II c.

yerine, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararını talep etmek zorunda olduğunu savunur. Bu görüşe göre alacaklı, kendi karşı edim borcunu aynen ve tamamen ifa ederek, borçlunun ifadan kaçındığı kısım bakımından tazminat talep eder. Bu görüş, alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması durumunda, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurulabileceği yönündeki hâkim anlayışı göz ardı eder ve alacaklının, yalnızca mübadele teorisi uyarınca ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararını talep etmesine imkân tanır¹⁷³⁷.

Bizim de katıldığımız aksi görüş uyarınca, karşı edimin bölünebilir olmaması ihtimalinde, alacaklı, yalnızca mübadele teorisine mahkûm edilemez¹⁷³⁸. Kanımızca, karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, borçlu temerrüdüne tamamen başvurulabileceği hususu göz önüne alınarak, alacaklıya bir seçme hakkı tanınmalıdır. O hâlde, alacaklı, kendi bölünemez nitelikteki edimini, borçlunun bölünebilir nitelikte olan edimiyle sınırlandıramazsa, iki şekilde hareket edebilir: Ya karşı edimini tamamen yerine getirir ya da karşı edimini ifa etmekten tamamen kaçınır¹⁷³⁹.

- a) İlk olarak, alacaklı, ilk görüş uyarınca da savunulduğu üzere, fark teorisi yerine, **mübadele teorisine** başvurarak, kendi edimini tamamen ifa edebilir ve borçlunun ifadan kaçındığı kısmın değerini olumlu zarar adı altında talep edebilir. Alacaklının karşı edimini aynen ifa edip, eksik ifa edilen edim bakımından tazminat istemesi durumunda, **kısmi temerrüt** rejimi sınırları içinde kalınır.
- b) İkinci olarak, alacaklı, kendi karşı ediminin bölünebilir nitelikte olmaması ihtimalinde, daha önce kabul etmiş olduğu kısmi ifayı iade ederek, **borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü** hükümlerine başvurur¹⁷⁴⁰ ve kendi

¹⁷³⁷ Karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurulabileceği görüşünde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 208; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 46, Art. 109 OR N 35; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 21; **Emmerich**, § 19 N 18; **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 420 vd.; **Glatthard**, s. 57; **Lemp**, s. 62; **Tandoğan**, *Nullité*, s. 291; **Tunçomağ**, *Borçlar Genel*, s. 958; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740; **Öz**, *Dönme*, s. 43; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II**, “*Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller*” isimli başlık.

¹⁷³⁸ Bu yönde bkz. **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 420 vd.

¹⁷³⁹ **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 420 vd.; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁷⁴⁰ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 208; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 46, Art. 109 OR N 35; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104; **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 420 vd.; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 21; **Emmerich**, § 19 N 18; **Glatthard**, s. 57; **Lemp**, s. 62; **Tandoğan**, *Nullité*, s. 291; **Tunçomağ**, *Borçlar Genel*, s. 958; **Oğuzman/Öz**, Cilt

karşı edimini tamamen ifa etmekten kaçınır. Karşı edimin bölünebilir olmaması nedeniyle, fark teorisi uygulanamadığı gibi, sözleşmeden kısmen dönme de mümkün olmaz. Bu durumda, alacaklı, kısmi temerrüt rejimi sınırlarında kalamadığı için, kısmi temerrüt rejimi, yerini borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine, yani bütüncül temerrüde bırakır. Böylece, kısmi yani “*bölümsel*” temerrüt, “*bütüncül*” temerrüde dönüşmüş olur. Alacaklı, bütüncül temerrüt çerçevesinde, iki seçimlik hakka sahiptir: Edimin tamamı bakımından **fark teorisi uyarınca olumlu zararının giderilmesi** veya **sözleşmeden tamamen dönme**.

Kanımızca, alacaklının, mübadele teorisine başvurma ihtimali nazara alınarak, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı elinden alınamaz. Alacaklıdan öngörülemeyen bir süre boyunca, mübadele teorisi uyarınca kendi karşı edimini ifa için hazır bulundurmasını istemek adil olmaz¹⁷⁴¹. Keza, borçlunun kısmen ifa ettiği edimin para borcu olması durumunda, mübadele teorisi alacaklıya elverişli bir giderim sağlamaz. Bu nedenle, alacaklıya kısmi edim bakımından uygulanan mübadele teorisinin yanı sıra, edim ve karşı edimin tamamı bakımından uygulanan bir fark teorisi seçeneği sunulmalıdır.

- c) Sonuç olarak, nasıl ki alacaklı mübadele ve fark teorisi arasında kural olarak serbestçe seçim yapabiliyorsa, karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda da alacaklı bir **seçimlik hak** edinir: Mübadele teorisini tercih ederek, ifa edilmeyen bakiye kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir (“*küçük tazminat*”) veya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurarak, fark teorisi uyarınca edimin tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir (“*büyük tazminat*”) ya da sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir¹⁷⁴².

Örneğin, dört at karşılığında bir taşınmazın devrinin taahhüt edildiği bir mal değişim (*trampa*) sözleşmesi çerçevesinde, borçlu iki atı devretmekte temerrüde

I, N 1740; Öz, Dönme, s. 43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.: “(...) BGB § 323 Abs. V hükmü, yalnızca borçlunun değişiminin değil, aynı zamanda alacaklının karşı ediminin bölünebilir olduğunu varsayar. Alacaklının karşı edimi bölünebilir değilse, kısmi ifada menfaati sona erme bile, sözleşmenin tamamından dönebilir (...)”. Bkz. aşağıda, B.4/II/B/1, “Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması” isimli başlık.

¹⁷⁴¹ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

¹⁷⁴² Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd., özellikle, s. 422. Ayrıca bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/f/ii, “Kısmi Temerrütte Özel Olarak İus Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu” isimli başlık.

düşerse, alacaklı, teslim edilen iki at kendisinde tutup mübadele teorisi uyarınca devredilmeyen iki at için tazminat talep eder ve kendi karşı edim borcunu da tamamen ifa eder ya da kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurur¹⁷⁴³. Bu son ihtimalde, alacaklı, daha önce teslim edilmiş olan iki atı iade ederek fark teorisi uyarınca borcun tamamı bakımından tazminat talep edebilir veya sözleşmeden tamamen dönerek, olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir.

ii. Karşı Edimin Bir Kısımının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi

Alacaklının fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep edebilmesi için kendi karşı ediminin bölünebilir olmasının yanı sıra, karşı edimin bir bölümünün borçlunun kısmen temerrüde düştüğü kısma tahsis edilebiliyor olması gerekir. Eş deyişle, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın, alacaklının karşı ediminde hangi kısma tekabül ettiğinin tespit edilebilmesi şarttır. Karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi, esasen bazı yazarlar tarafından sözleşmeden kısmen dönme bakımından da aranır¹⁷⁴⁴.

Fark teorisi çerçevesinde, edim yükümlülüğünün ifa edilmemiş olan bakiyesinin yanı sıra, karşı edim yükümlülüğünün de buna denk düşen kısmı, orantılı olarak son bulur¹⁷⁴⁵. Buna karşılık, alacaklının aynen ifa yükümlülüğü, kısmi ifa oranında devam eder¹⁷⁴⁶. Bu nedenle, alacaklının bölünebilir olan karşı edim borcunun, aynı zamanda, kısmen ifa edilmiş olan edime ne ölçüde denk düştüğünün belirlenebilir olması gerekir.

Karşı edim yükümlülüğünün para borcu niteliğinde olması durumunda, edim borcunun, karşı edim borcuna tahsis edilmesi, herhangi bir zorluk arz etmez. Zira, karşı edim borcu olarak para borcunun, edim borcuna tahsis edilmesi her zaman mümkündür. Buna karşılık, karşı edimin para borcu dışında bir maddi edim olması veya edim borcunun para borcu olması, bazı hâllerde, edimin ifa edilmiş olan kısmının

¹⁷⁴³ Örnek için bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

¹⁷⁴⁴ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 34; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 36; **Tandoğan**, Nullité, s. 291; **Glatthard**, s. 56; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **Schmid**, s. 42-43; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 958.

¹⁷⁴⁵ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411. Bkz. yukarıda, **B.3/III/B/4/b**, “*Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması*” isimli başlık.

¹⁷⁴⁶ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **İsvFM**, 21.6.2015, 4A_101/2015.

karşı edime tahsis edilememesi sorununu meydana getirir¹⁷⁴⁷. Konuyu iki temel örnek çerçevesinde açıklamak gerekirse:

- **Örnek 1:** Satıcı (B), her biri, 20.000 USD değerinde olan üç otomobilin her birini 25.000 USD karşılığında alıcı (A)'ya satmayı kabul eder. (A), (B)'ye satış bedelinin yalnızca 30.000 USD tutarındaki kısmını öder. (B), kabul ettiği kısmi ifaya karşı, kendi karşı ediminin hangi kısmını tahsis edeceğini öngöremez.
- **Örnek 2:** Her biri 250.000 TL değerindeki iki arsanın sahibi olan (C), sahibi olduğu taşınmazları, her biri 150.000 TL değerinde olan üç otomobil karşılığında (D)'ye devretmeyi taahhüt eder. Söz konusu mal değişim sözleşmesi kapsamında, taşınmazların mülkiyetini devretmekle yükümlü olan (C), yalnızca bir taşınmazın mülkiyetini (D)'ye devreder. (C)'nin, ifadan kaçındığı diğer taşınmazın, karşı edimin hangi kısmına tekabül ettiğini tespit etmek (D) açısından kolay değildir.

Her iki örnekte de karşı edimin kısmen ifa edilmiş olan edime tahsis edilmesi mümkün değildir. Zira, her iki örnekte borçlunun borcunu hangi nispette yerine getirdiğini gösteren kısmi ifa oranı tespit edilse bile, karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılması fiilen mümkün olmaz. Biz, karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının ve alacaklının kendi karşı edimini kısmi ifa ölçüsünde fiilen ifa etmesinin mevcut kısmi ifa oranı çerçevesinde mümkün olmaması durumunu **tahsis sorunu** (*problème d'attribution / Zuweisungsproblem*) olarak adlandırıyoruz.

Tahsis sorunu meydana geldiği zaman, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın, alacaklının karşı ediminde hangi bölüme tekabül ettiği tespit edilemiyorsa, alacaklının fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkün olmaz. Aynı sorun, alacaklının sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanması durumunda da meydana gelir¹⁷⁴⁸. Aşağıda detaylı bir şekilde incelendiği üzere¹⁷⁴⁹, sözleşmeden kısmen dönme açısından meydana gelen tahsis sorunu, edimler arasında “**denkleştirme** (*Ausgleichung*)” yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur. Denkleştirme yoluyla tahsis sorununun aşılabilmesi amacıyla, **birlikte mülkiyetin tasfiyesi** (TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II) hükümlerinden kıyasen

¹⁷⁴⁷ Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62.

¹⁷⁴⁸ Sözleşmeden kısmen dönme bakımından tahsis sorunu hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c/i**, “*Tahsis Sorununun Meydana Gelmesi*” isimli başlık.

¹⁷⁴⁹ Sözleşmeden kısmen dönme bakımından tahsis sorununun çözümü hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c/iv**, “*Sorunun Toplu Kıyas Yoluyla Çözümü ve Edimler Arasında Denkleştirme Yapılması*” isimli başlık.

yararlanılır¹⁷⁵⁰. Birlikte mülkiyetin tasfiyesinde olduğu gibi, borç ilişkisinin kısmen tasfiyesinde de kısmi ifa oranı çerçevesinde kısmi edim ve kısmi karşı edim paylarının birbirinden ayrılması ve söz konusu payların birbirine denk düşmemesi durumunda denkleştirme yapılması şarttır. Söz konusu denkleştirme, daha önce ifa edilmiş olan edim borcunun ifa edilmiş kısmının artırılması veya edimin ifa edilmiş olan bir bölümünün iade edilmesi ya da edim veya karşı edim borcuna ivaz olarak bir miktar para eklenmesi suretiyle yapılabilir.

Tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, denkleştirme yapılmadan sözleşmenin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş iki kısma ayrılması mümkün olmaz. Buna karşılık, tahsis sorununun aşılması amacıyla, sözleşmeden kısmen dönme bakımından gerçekleştirilen denkleştirme, fark teorisi uyarınca olumlu zararın talep edilmesi durumunda başvurulabilecek bir çözüm yöntemi değildir. Başka bir deyişle, fark teorisi uyarınca tahsis sorununun aşılması amacıyla denkleştirme yapılamaz. Fark teorisi uyarınca denkleştirme yapılamaması teorik ve pratik bazı nedenlerden ileri gelir:

İlk olarak, edim ve karşı edimin kısmi ifa oranında denkleştirilmesi, sinallagma ilişkisinin yeniden tesis edilmesini amaçlar. Bu açıdan, denkleştirme amacıyla ivaz eklenmesi, tarafların aynen ifa borcu açısından olduğu gibi, kaynağını sinallagma ilişkisinden alır. Denkleştirme bedeli, teknik olarak, kısmi tasfiye ilişkisi nedeniyle doğan bir iade borcu olarak tanımlanabilir ve aynen ifa borcunun uzantısı niteliğindedir. Bu açıdan, denkleştirme bedelinin, kusura bağlı olan tazminat alacağından ayırt edilmesi gerekir. Zira, denkleştirme amacıyla ödenecek olan bedel sinallagma ilişki içinde yer alırken, borca aykırılıktan doğan tazminat alacağı, zararı gidermeyi hedefler. Kısmi temerrütte fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, kusurdan bağımsız bir iade borcu olan denkleştirme bedeliyle, borçlunun ödemekle yükümlü olduğu tazminat bedelini birbirinden ayırt etmek mümkün değildir.

İkinci olarak, fark teorisi uyarınca bir tasfiye ilişkisinin meydana gelmesi ve tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesini talep etmeleri mümkün olmadığı için, tahsis sorununun denkleştirme yoluyla çözülmesi ve taraflardan birine denkleştirme bedeli yüklenmesi isabetli bir çözüm değildir. Denkleştirme bedeli, kısmi tasfiye ilişkisi

¹⁷⁵⁰ Birlikte mülkiyetin tasfiyesi hükümlerinin kıyasen kısmi tasfiye ilişkisine uygulanması konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c/iv**, “*Tahsis Sorununun Çözümde Kıyasen Yararlanılacak Hükümler*” isimli başlık.

nedeniyle doğan bir iade borcu olduğu için, söz konusu iade borcuna, fark teorisi çerçevesinde yer yoktur. Nitekim, takip ettiğimiz ılımlı veya sınırlı fark teorisi uyarınca, ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesi talep edilemez¹⁷⁵¹.

Son olarak, borçlar hukuku sistematüğinde alacaklıya sunulan hukuki çarelerin, teorik altyapısının yanı sıra, pratik altyapısının bulunması gerekir. Başka bir deyişle, ileri sürülen çözümün, hukuki ilişkiyi daha da karmaşık hâle getirmeden, basit bir biçimde uygulanabilir olması ve başta alacaklı olmak üzere, taraflara pratik bir fayda sağlaması şarttır. Fark teorisinde denkleştirme yoluna gidilmesi, teorik temelinin eksik olmasının yanı sıra, pratik zorluklar da yaratır.

Görüldüğü üzere, tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, fark teorisi uyarınca, borçlunun ediminin ifa edilmemiş kısmı ile alacaklının ediminin buna denk düşen kısmı arasındaki fark hesap edilemez. Esasen alacaklının karşı ediminin ilk bakışta bölünebilir olduğu düşünülse de, edimin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş bölümleri nazara alındığında, tahsis sorunuyla birlikte karşı edimin bölünebilir olmadığı ortaya çıkmış olur. Tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, alacaklı iki şekilde hareket edebilir¹⁷⁵²:

- a) Alacaklıya sunulan ilk çare, **kısmi temerrüt rejimi** dâhilinde kalmaktır. Alacaklı, tahsis sorunu nedeniyle fark teorisini tatbik etmek mümkün olmadığı için, herhangi bir sorunla karşılaşmadan, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde **mübadele teorisi** uyarınca olumlu zararının tazminini talep edebilir. Yukarıda yer verilen ilk örnek ele alınacak olursa, mübadele teorisi uyarınca, satıcı (B), üç otomobilin mülkiyetini alıcı (A)'ya devreder ve ifa edilmemiş olan 45.000 USD tutarındaki satış bedeli bakımından olumlu zararının giderilmesini ister. İkinci örnekte ise, (D), üç arabanın mülkiyetini (C)'ye devreder ve kendisine devredilmemiş olan taşınmaz bakımından olumlu zararının giderilmesini ister. Mübadele teorisi uyarınca devredilmeyen taşınmazın değeri, yani 250.000 TL (D)'nin olumlu zararını oluşturur.

Alacaklı, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep etmek yerine, **sözleşmeden kısmen dönme** seçimlik

¹⁷⁵¹ Kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde fark teorisi uyarınca olumlu zararını talep etmek isteyen alacaklı, kendi karşı edimini hiç veya kısmi ifa oranından fazla ölçüde ifa etmemiş olmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/B/4/c/iii**, “*Karşı Edimin Hiç veya Kısmi İfa Oranından Fazla İfa Edilmemiş Olması*” isimli başlık.

¹⁷⁵² Benzer yönde bkz. **Huber**, *Leistungsstörungen*, § 45, s. 420 vd., özellikle, s. 422.

hakkını kullanabilir ve olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Aşağıda incelendiği üzere, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılmış olması durumunda, tahsis sorunu, denkleştirme yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur¹⁷⁵³.

- b) Alacaklıya sunulan ikinci çare, kısmi ifayı iade ederek, **borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü** hükümlerine başvurmak ve **fark teorisi** uyarınca olumlu zararının tazmini seçimlik hakkını kullanmaktır¹⁷⁵⁴. Tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, fark teorisi bakımından edim ve karşı edimin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş iki kısma ayrılması mümkün olmadığından, karşı edimin gerçekte bölünebilir olmadığı ortaya çıkmış olur. Yukarıda yer verilen ilk örnek ele alınacak olursa, satıcı (B), daha önce kabul ettiği 30.000 USD tutarındaki kısmi ifayı iade ederek, edimin tamamı bakımından fark teorisi uyarınca zararının giderilmesini ister. Bu kapsamda, (B), kendi ediminin toplam değeri olan 60.000 USD ile karşı edim borcu olan 75.000 USD arasındaki 15.000 USD farkı olumlu zarar olarak talep eder. İkinci örnekte ise, (D), daha önce ifa olarak kabul ettiği taşınmazı iade ederek, fark teorisi uyarınca edim ve karşı edimin değeri arasındaki farkı talep eder. (D)'nin kendi karşı ediminin değeri olan 450.000 TL ile (C)'nin ediminin değeri olan 500.000 TL arasındaki 50.000 TL'lik fark (D)'nin olumlu zararını verir.

Tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, alacaklının sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkün değildir. Zira, sözleşmeden dönme hakkı bakımından denkleştirme yoluna başvurulması ve kısmi dönme yolunun açılması mümkündür¹⁷⁵⁵.

iii. Karşı Edimin Hiç veya Kısmi İfa Oranından Fazla İfa Edilmemiş Olması

Kısmi temerrütte alacaklının fark teorisi çerçevesinde zararının tazminini talep edebilmesi için kendi karşı edimini **fazladan** (*aşkın*) ifa etmemiş olması şarttır¹⁷⁵⁶. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan¹⁷⁵⁷ ve İsviçre-Türk

¹⁷⁵³ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c**, “*Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması*” isimli başlık.

¹⁷⁵⁴ Bkz. aşağıda, **B.4**, “*Alacaklının Borcun Tamamı İçin Borçlu Temerrüdüne Başvurması*” ve özellikle, aşağıda, **B.4/II/B/1**, “*Alacaklının Kendi Ediminin Bölünebilir Nitelikte Olmaması*” isimli başlıklar.

¹⁷⁵⁵ Bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c**, “*Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması*” isimli başlık.

¹⁷⁵⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Schenker, Schuldnerverzug, N 768; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21.

¹⁷⁵⁷ İsvFM, 21.6.2015, 4A_101/2015; 12.8.2010, 4A_251/2010; 8.3.2000, 4C.371/2000.

Hukuku'nda çoğunluk tarafından kabul edilen¹⁷⁵⁸ **olumlu veya sınırlı fark teorisi** (*milde / eingeschränkte Differenztheorie*) uyarınca, fark teorisinin uygulanması, yalnızca alacaklının kendi karşı edimini henüz ifa etmemiş olması durumunda mümkündür. Fark teorisi, alacaklıya ifa ettiği edimin iadesini talep etme hakkı bahsetmez. Zira, fark teorisi çerçevesinde, ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesini sağlayacak bir kanuni temel mevcut değildir. Şayet alacaklı, genel borçlu temerrüdü rejiminde olduğu gibi, kısmi temerrüt çerçevesinde daha önce ifa ettiği karşı edimini kısmen veya tamamen kurtarmak istiyorsa, olumlu zararın tazmini yerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanmalıdır.

Genel borçlu temerrüdünün aksine, kısmi temerrütte fark teorisinin uygulanabilmesi için, alacaklının karşı edimini hiç ifa etmemiş olması aranmaz; kısmi ifa oranından daha fazla ölçüde, yani aşkın biçimde karşı edimini ifa etmemiş olması yeterlidir¹⁷⁵⁹. Bunun nedeni, fark teorisi uyarınca tazminat talep eden alacaklının, edimin ifa edilen kısmının tamamına olan oranı ölçüsünde karşı edim borcunu ifa etmek zorunda olmasıdır. Fark teorisi uyarınca, alacaklı, kısmi ifa oranında kendi karşı edimini ifa etmekle yükümlü olduğu için, bu sınıra kadar karşı edimin ifa edilmesi, fark teorisinin uygulanmasını engellemez.

Alacaklının kısmi ifa oranını aşar şekilde karşı edim borcunu ifa etmesi durumunda, fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmini talep edilemez. Zira, ifa edilmiş kısmın iade edilmesine yönelik bir mekanizma fark teorisi kapsamında yer almadığı için, kısmi ifa oranını aşar şekilde karşı edimini ifa etmiş olan alacaklı, iade alacağına hak kazanamaz¹⁷⁶⁰. Bu nedenle, alacaklı, kısmi ifa oranını aşar şekilde karşı edim borcunu ifa etmişse, iki şekilde hareket edebilir: Ya mübadele teorisi çerçevesinde kendi karşı edimini bütünüyle ifa ederek, ifa edilmeyen edim bakımından olumlu zararının tazminini talep eder; ya da sözleşmeden kısmen dönerek¹⁷⁶¹, kısmi ifa oranını aşan karşı edimin iadesini ve olumsuz zararının giderilmesini ister.

¹⁷⁵⁸ BK-Giger, Art. 191 OR N 22, Art. 215 OR N 33; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 34; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 3; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Bucher, AT, s. 381-382; Gauch, Dauerverträge, s. 151; Schenker, Schuldnerverzug, N 676; Lemp, s. 52; Göschke, s. 85 vd.; Comment, s. 113; Ramoni, N 75; Ehrat, s. 103; Schmid, s. 36; Decurtins, s. 48; Guhl, Rücktritt, s. 144 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 126-127.

¹⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211.

¹⁷⁶⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Schenker, Schuldnerverzug, N 768.

¹⁷⁶¹ Sözleşmeden kısmen dönme ve olumsuz zararın tazmini seçimlik hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/III/C, “Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini” isimli başlık.

Bu son ihtimali bir örnekle açıklamak gerekirse, alıcının, satıcıdan her biri 10.000 USD değerinde ticari emtia içeren iki konteyner mal sipariş ettiğini ve 7.000 USD peşinat verdiğini kabul edelim. Şayet satıcı, yalnızca bir konteyner malı teslim ederse, alıcı, iki şekilde hareket edebilir: ya mübadele teorisi uyarınca satış bedelinin kalan 3.000 USD tutarındaki kısmını ifa eder ve teslim edilmeyen konteyner bakımından olumlu zararını talep eder ya da sözleşmeden kısmen dönerek, 2.000 USD tutarında fazladan ödenen kısmın iadesini ve olumsuz zararının giderilmesini ister.

d. Zararın Somut veya Soyut Yönteme Göre Hesaplanması

i. Genel Olarak

Somut (*sübjektif*) yöntem (*konkrete Schadensberechnung*) ile soyut (*objektif*) yöntem (*abstrakte Schadensberechnung*) genellikle olumlu zararın fark teorisi çerçevesinde belirlenmesi amacıyla başvuru olan hesap yöntemleridir. Öte yandan, zararın soyut veya somut yöntemle hesaplanması, yalnızca olumlu zarara özgü değildir; genel olarak zararın hesaplanmasında başvuru olan temel hesap metotlarıdır¹⁷⁶². Sözleşmesel sorumluluk açısından olduğu gibi, haksız fiil sorumluluğu açısından da somut ve soyut metot uygulama alanı bulur¹⁷⁶³. Her iki yöntem açısından önemli olan ayırıcı nokta, zararın malvarlığında fiilen ve somut bir biçimde gerçekleşen azalmaya göre mi, yoksa zarara uğrayan malvarlığı değerinin piyasa fiyatına veya ticari değerine göre mi hesap edileceği sorusudur.

Fark teorisi çerçevesinde zararın somut ve soyut metoda göre hesaplanması, satış sözleşmesinde TBK m. 213 f. II ve III (İsvBK m. 191 f. II ve III) ile TBK m. 236 f. II ve III (İsvBK m. 215 f. I ve II) hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda eBK m. 188 ile m. 212 hükümlerinde, mehz İsviçre Hukuku'nda hâlen olduğu gibi¹⁷⁶⁴, söz konusu imkân yalnızca ticari satışlar açısından öngörülmüşken;

¹⁷⁶² BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 301; BK-Brehm, Art. 42 OR N 13 vd.; CR-Werro/Perritaz, art. 42 CO N 3 vd.; BSK-Kessler, Art. 42 OR N 2 vd.; CHK-Müller, Art. 42 OR N 22; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 653 vd., 682 vd.; Oftinger/Stark, § 2 N 22, dn. 35; Rey/Wildhaber, N 237; Fellmann/Kottmann, N 1354 vd. Mübadele teorisi çerçevesinde, somut ve soyut metot için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 173, 177; Schenker, Schuldnerverzug, N 653 vd.; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183. Yalnızca fark teorisinin uygulama hâli olduğu yönünde bkz. Tandoğan, Cilt I/1, s. 146; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 34. Yalnızca olumlu zararının tazmininde uygulanacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1313.

¹⁷⁶³ BK-Brehm, Art. 42 OR N 13 vd.; CR-Werro/Perritaz, art. 42 CO N 3 vd.; BSK-Kessler, Art. 42 OR N 2 vd.; CHK-Müller, Art. 42 OR N 22; Oftinger/Stark, § 2 N 22, dn. 35; Rey/Wildhaber, N 237; Fellmann/Kottmann, N 1354 vd.; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183 vd.

¹⁷⁶⁴ İsviçre Hukuku'nda İsvBK m. 191 f. II ve III ile m. 215 f. I ve II hükümlerinin bütün satış hukuku açısından uygulanacağı yönünde geniş bir kabul mevcuttur. Bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 3; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 191 OR N 5; BSK-Koller, Art. 215 OR N 13; BK-Giger, Art. 191 OR N 31; ZK-Schönle, Art. 191 OR N 9, 15, 37 vd.; Tercier/Bieri/Carron, N 595, 904; Engel,

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, söz konusu hükümleri ticari satışlara özgü olmaktan kurtarıp bütün satış hukukuna yaymıştır. Öte yandan, söz konusu hükümlerin, diğer borç ilişkilerine ve borca aykırılık hâllerine kıyasen uygulanmaması için herhangi bir gerekçe mevcut değildir¹⁷⁶⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin savunduğu üzere, TBK m. 213 ve m. 236 hükümlerine benzer ve yakın kriterlerin, TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) çerçevesinde ticari satış dışında bütün borç ilişkileri bakımından uygulanması mümkündür¹⁷⁶⁶. Bu nedenle, TBK m. 50 f. II hükmü, somut ve soyut metot açısından diğer bir yasal kaynak olma özelliği gösterir¹⁷⁶⁷.

ii. Somut (Sübjektif) Yöntem

Fark teorisi çerçevesinde alacaklının olumlu zararının **somut yöntem** uyarınca yani, **sübjektif** bir biçimde hesaplanması mümkündür. Somut yöntem uyarınca¹⁷⁶⁸ alacaklının kendi edimini ifa etmeyerek elde ettiği menfaat, somut bir şekilde hesap edilir. Somut yöntem uyarınca, borçlunun temerrüde düşerek ifasında geciktiği edimin değeri ile o edimi temin etmek amacıyla fiilen akdedilen **ikame işlem** (*Ersatzgeschäft*) çerçevesinde alacaklının ifa ettiği ikame edimin değeri arasındaki fark olumlu zararı verir.

Satış sözleşmesini düzenleyen hükümlere bakılacak olursa: (i) Satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 213 f. II uyarınca, 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 hesaplanacak

Contrats, s. 26, 55-56; Honsell, BT, s. 72; Barth, s. 155; Ahtari, N 972, s. 69 vd.; Lemp, s. 171, 176, Ramoni, N 126; Gilliéron, N 477; Ahtari, N 888. Aksi görüşte bkz. von Tuhr, s. 367; BSK-Koller, Art. 191 OR N 25; Keller/Siehr, s. 37 vd.

¹⁷⁶⁵ ZK-Schönle, Art. 191 OR N 36; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202-203; Schenker, Schuldnerverzug, N 658, 684; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 184; Lemp, s. 176, 180; Ramoni, N 126; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 7; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1315; Tandoğan, Cilt I/1, s. 146; Demirsatan, Sona Erme, s. 182. Soyut ve somut yöntem açısından bkz. Steindorff, AcP 1959/1960, s. 431 vd.

¹⁷⁶⁶ İsvFM, 8.11.2008, 4A_257/2007; İsvFM, ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80; ATF 120 II 296 = Pra 1996, s. 228. Aynı görüşte bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 106 OR 13, Art. 107 OR N 180; Ahtari, N 972.

¹⁷⁶⁷ BK-Brehm, Art. 42 OR N 13 vd.; CR-Werro/Perritaz, art. 42 CO N 3 vd.; BSK-Kessler, Art. 42 OR N 2 vd.; CHK-Müller, Art. 42 OR N 22; Rey/Wildhaber, N 236-237.

¹⁷⁶⁸ von Tuhr, s. 367; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202; BSK-Koller, Art. 191 OR N 7 vd., Art. 215 OR N 8 vd.; BK-Giger, Art. 191 OR N 30 vd., Art. 215 OR N 40 vd.; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 5 vd., art. 215 CO 5 vd.; ZK-Schönle, Art. 191 OR N 17 vd.; Huber, Leistungsstörungen, § 38, s. 233 vd.; Tercier/Bieri/Carron, N 591 vd.; Engel, Contrats, s. 26-27; Keller/Siehr, s. 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 682 vd.; Ramoni, N 127; Lemp, s. 188 vd.; Schultz, s. 201 vd.; Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183 vd.; Wiemken, s. 136 vd.; Gilliéron, N 479 vd.; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 14 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1311. Ayrıca bkz. Steindorff, AcP 1959/1960, s. 431 vd.

zararın giderilmesini isteyebilir. (ii) Alıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 236 f. II uyarınca, satıcı, satış bedelini ödemedi temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Borçlu temerrüdü hâlinde alacaklının **ikame işlem yapma zorunluluğu** kural olarak yoktur¹⁷⁶⁹. Söz konusu ikame işlem yapma zorunluluğu, dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) ile zararı artırmama külfetinden ileri gelebilir¹⁷⁷⁰. Olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı, dürüstlük kuralı gerektiriyorsa zararı artırmama külfetine uygun davranmalıdır¹⁷⁷¹. Örneğin, alacaklının devam eden bir teslim yükümlülüğü varsa alacaklı borçluya makul ölçüde işbirliğinde bulunmalı ve zararını en aza indirmek için ikame alım yapmalıdır¹⁷⁷².

İkame işlem yapma zorunluluğu olsun veya olmasın, alacaklı ikame işlem akdediyorsa, dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir¹⁷⁷³. Nitekim, **dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü**, TBK m. 213 f. II ile m. 236 f. II hükmünde açıkça zikredilmiştir. Alacaklı yalnızca kendi menfaatlerini değil aynı zamanda borçlunun menfaatlerini de gözetmelidir. Dürüstlük kuralı uyarınca alacaklı, ikame işlemi makul bir süre içinde, mümkün mertebe aynı (veya daha yakın) yerde ifa edilmek üzere, benzer nitelikte ve benzer çeşitte mal veya hizmet için, mümkün olduğunca elverişli ve uygun koşullarda akdetmek zorundadır¹⁷⁷⁴. Elverişli bir ikame işlem akdetmek zorunda olan alacaklının, titiz olmasa da, makul bir araştırma yapması

¹⁷⁶⁹ BK-Becker, Art. 215 OR N 2; BSK-Koller, Art. 191 OR N 30; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 178, 202; BK-Giger, Art. 191 OR N 32; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 6, art. 215 CO 6; Huguenin, OR, N 2529, 2532; Gilliéron, N 480; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Schenker, Schadensberechnung, s. 38; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 10; İsvFM, ATF 81 II 50; ATF 44 II 50; ATF 43 II 784; ATF 43 II 214; İsvFM, 8.3.2000, 4C.371/2000.

¹⁷⁷⁰ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 6, art. 215 CO 6; BSK-Koller, Art. 191 OR N 30-31; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 160, 178, 184; von Tuhr/Escher, § 73, s. 154, dn. 89; Engel, Contrats, s. 26; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Ahtari, N 984 vd.; Chappuis, N 714; Gilliéron, N 485; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 10; KanM (Zürich), 17.3.2012, HG100102; İsvFM, ATF 115 II 451 = JdT 1990 I 361; ATF 65 II 171. İkame işlem yapma mecburiyeti yükleyen CISG m. 77 hükmü için bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 6, dn. 14.

¹⁷⁷¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 160; KanM (Zürich), 17.3.2012, HG100102.

¹⁷⁷² von Tuhr/Escher, § 73, s. 154, dn. 89; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 160; KanM (Zürich), 17.3.2012, HG100102.

¹⁷⁷³ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 7, art. 215 CO 7; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 191 OR N 6; BSK-Koller, Art. 191 OR N 7, Art. 215 OR N 9; BK-Giger, Art. 191 OR N 34; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202; Tercier/Bieri/Carron, N 592; Keller/Siehr, s. 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Glättli, Schadenersatz, s. 181; Ahtari, N 892; Vionnet, Vente, N 335; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 16.

¹⁷⁷⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 7 vd., art. 215 CO N 8-10; BSK-Koller, Art. 191 OR N 10 vd.; BK-Giger, Art. 191 OR N 34 vd.; Tercier/Bieri/Carron, N 592; Engel, Contrats, s. 26; Gilliéron, N 485 vd.; Keller/Siehr, s. 38; Ahtari, N 892; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 16.

gerekli ve yeterlidir¹⁷⁷⁵. Yapılan **makul araştırma** çerçevesinde, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı tarafından bilinen veya bilinmesi gereken hâl ve koşullar nazara alınır.

Şayet alacaklı, dürüstlük kuralına uygun davranma ve zararı artırmama külfetini ihlal ederse, bu durum **tazminattan indirim sebebi** teşkil eder ve olumlu zararın hesaplanmasında, ikame işlem dürüstlük kuralına uygun bir şekilde akdedilseydi alacaklının ifa etmekle yükümlü olacağı ikame edim nazara alınır¹⁷⁷⁶. Buna karşılık, öğretide ve uygulamada, dürüstlük kuralına aykırı davranılması durumunda, zararın somut yöntemle değil soyut yöntemle hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁷⁷⁷. Esasen böyle bir durumda dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının yapması gereken ikame işlemin nazara alınması, somut yöntemi objektif hâle getirerek, onu soyut yönteme yaklaştırır. Netice itibarıyla, farazi bir ikame işleme göre zararın hesaplanması, soyut yöntemle aynı şekilde sonuç doğurur¹⁷⁷⁸.

TBK m. 213 f. II ile m. 236 f. II hükümlerinde kanun koyucu, alacaklının, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ikame işlem açısından “ödediği” ve “elde ettiği” bedel arasındaki farkı talep edebileceğini belirtmiştir. Hükümün lafzına rağmen, somut yöntem uyarınca zarar tespit edilirken, ikame işlemin akdedilmiş olması yeterlidir; ayrıca, ikame edimin ifa edilmiş olması gerekmez¹⁷⁷⁹. Öte yandan, ikame işlemin makul bir süre içinde yapılması gerekli olsa da, borçlunun temerrüde düştüğü andan önce akdedilmesi mümkündür. Zira, temerrüde düşen borçlu, ikame işlemin temerrüt anından önce yapıldığı yönünde bir savunma ileri süremez¹⁷⁸⁰.

¹⁷⁷⁵ BK-Giger, Art. 191 OR N 34; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 202; Keller/Siehr, s. 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 16.

¹⁷⁷⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 7; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 191 OR N 6; BSK-Koller, Art. 191 OR N 7; Tercier/Bieri/Carron, N 592; Keller/Siehr, s. 38; Gilliéron, N 485, 487; Schenker, Schuldnerverzug, N 683; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 16.

¹⁷⁷⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 215 CO N 7; BSK-Koller, Art. 215 OR N 14; Gilliéron, N 485, 487; İsvFM, ZR 1919, s. 104; Yargıtay 11. HD, E. 1985/5133, K. 1985/6462, T. 27.11.1985 “(...) Mukavelede 60 gram koşulu varken davacı 75 gram ağırlığındaki kağıtları satın almıştır. Şu hâlde sipariş konusu malın yerine bir diğerinin satın alınması hali söz konusu olmayacağından olaya BK’nun 188 inci maddesinin 2. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Ancak satım konusu malın cari fiyatı bulunan mallardan olduğuna göre uyumsuzluğun anılan maddenin 3 üncü fıkrası hükmüne göre halli gerekir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş mukavelede kararlaştırılan bedel ile teslim için muayyen olan günün serbest piyasada cari fiyat arasındaki farkın ne olduğunu bilirkişi aracılığıyla tespit ettirip buna göre hüküm vermekten ibarettir (...)”.

¹⁷⁷⁸ BSK-Koller, Art. 215 OR N 9. Aynı yönde bkz. Gilliéron, N 485, 487. Ayrıca krş. BSK-Koller, Art. 191 OR N 7, Art. 215 OR N 14.

¹⁷⁷⁹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 5; BK-Giger, Art. 191 OR N 39; BSK-Koller, Art. 191 OR N 7; ZK-Schönle, Art. 191 OR N 17; Tercier/Bieri/Carron, N 591; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 15; İsvFM, ATF 81 II 50.

¹⁷⁸⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 191 OR N 7; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 10; BSK-Koller, Art. 191 OR N 11; İsvFM, ATF 43 II 170 = JdT 1917 I 583; ATF 44 II 510 = JdT 1919 I 332.

Somut yöntem uyarınca kısmi temerrütte olumlu zarar, borçlunun kısmen temerrüde düşerek ifasında geciktiği kısmın değeri ile edimin ifa edilmeyen kısmını temin etmek amacıyla fiilen akdedilen ikame işlem uyarınca alacaklının ifa ettiği ikame edimin değeri arasındaki farktır. Başka bir deyişle, **eksik ifanın değeri ile ikame ifanın değeri arasındaki sapma** somut yöntem uyarınca olumlu zararı verir. Alacaklının aynen ifa etmekten kurtulduğu kısmi karşı edimi bir üçüncü kişiden temin etmek amacıyla yaptığı masraf veya üçüncü kişiye ifa ettiği ikame edim, somut yöntem uyarınca zararın hesaplanmasında esas alınır. Böylece, alacaklının ikame edimi temin etmek için yaptığı masraf, alacaklının aynen ifa etmekten kurtulduğu -kısmi- karşı edimin değerini verir. O hâlde, olumlu zarar, borçlunun, borcunu kısmen ifa etmeyerek kısmi temerrüde düştüğü edimin değeri ile eksik ifanın tamamlanması amacıyla yapılan ikame edim masrafları arasındaki farka göre somut ve sübjektif biçimde hesaplanmış olur. Fark teorisi uyarınca olumlu zararın **somut yöntem** çerçevesinde hesaplanmasına, kısmi temerrüdün farklı görünüm biçimleri nazara alınarak farklı örnekler vermek mümkündür:

Örnek 1: (A), sahibi olduğu kahve zincirinde kullanmak üzere tedarikçi (T)’den 10 USD/kg birim fiyatı üzerinden 1.500 kg robusta türü kahve çekirdeği satın alır. (T), teslim etmekle yükümlü olduğu kahvenin 1.000 kg’lık kısmını (A)’nın işyerinde kendisine teslim eder. Kahve fiyatlarının atması üzerine (T), bakiye borcunu ifa etmek istemez. Bunun üzerine (A), başka bir tedarikçi olan (Ü)’den 15 USD/kg birim fiyatı üzerinden 500 kg kahve satın alır. Somut örnekte, (A) aynen ifa talebinden vazgeçerek, olumlu zararının somut yöntemle hesaplanmasını isteyebilir. İkame satış çerçevesinde, 5 USD/kg daha pahalıya ürün tedarik etmiş olan (A), (T)’den somut yöntemle hesaplanan 2.500 USD olumlu zararını gidermesini talep edebilir.

Örnek 2: (A), sahibi olduğu şirketin donanım (*hardware*) ve yazılımının (*software*) kurulması amacıyla bir bilişim teknolojisi şirketi olan (B) ile anlaşır¹⁷⁸¹. Sözleşme uyarınca (A), donanım ve yazılımın tamamı için, toplam 250.000 TL değerindeki on adet eski model bilgisayarı (B)’ye vermeyi taahhüt eder. Sözleşme uyarınca vadedilen donanımın, yani bilgisayar ve aksamının değeri 200.000 TL, kurulumun toplam değeri ise 100.000 TL’dir. (B) sözleşme uyarınca donanımı tesis edip yazılımı kurmaktan imtina eder. Bunun üzerine, (A), yazılım kurulumunu başka bir bilişim şirketi olan (C)’den 120.000 TL’ye temin eder. Aynen ifadan vazgeçerek

¹⁷⁸¹ Alman Federal Mahkemesi’nin önüne gelen benzer bir olay için bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd.

olumlu zararının tazminini talep eden (A), kısmi ifa oranında karşı edim borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Bu örnekte kısmi ifa oranı, donanımın değerini oluşturan 200.000 TL'nin, edimin toplam değerine yani 300.000 TL'ye oranlanması neticesinde 2/3 olarak tespit edilir. Buna göre, (A), karşı edim borcu çerçevesinde taahhüt ettiği on iki bilgisayardan sekizini (B)'ye teslim eder. Akabinde, edimin ifa edilmeyen kısmının değeri olan 100.000 TL ile ikame edim temini için ödediği 120.000 TL arasındaki farkı, yani 20.000 TL'yi somut yöntem uyarınca (B)'den talep eder.

Örnek 3: (A), makine üreticisi olan (B)'den, sanayi tipi bir ambalaj makinesi satın alır. (B), aynı zamanda makinenin kurulumunu da üstlenir. (A), makinenin kurulumu için 10.000 USD olmak üzere, toplam 100.000 USD satış bedeli ödemeyi taahhüt eder. Makineyi teslim eden (B), kurulumu bir türlü yanaşmaz. Bunun üzerine, (A), kurulumu (Ü)'ye 15.000 USD bedel karşılığında yaptırır. Aynen ifadan vazgeçerek yan edim yükümlülüğü bakımından fark teorisine göre olumlu zararının tazminini talep eden (A), satış bedelinin 90.000 USD'lik kısmını ifa eder. 15.000 USD ile 10.000 USD arasındaki 5.000 USD farkı, somut yöntem uyarınca olumlu zararının tazmini amacıyla (B)'den talep eder. Taraflar arasındaki sözleşmede montaj yükümlülüğünün satış bedelinin hangi kısmına tekabül ettiği belirlenemezse, nispi metot uyarınca, edimin tamamının objektif değerinin, montaj yükümlülüğü olmaksızın edimin değerine oranlanması neticesinde satış bedelinin montaj borcuna denk düşen kısmı bulunur.

iii. Soyut (Objektif) Yöntem

Somit yöntem dışında, alacaklı, olumlu zararının tazmininin **soyut yöntem** uyarınca hesaplanmasını talep edebilir. Soyut yöntem uyarınca¹⁷⁸² alacaklının kendi edimini ifa etmeyerek elde ettiği menfaat, soyut bir şekilde, yani **objektif** olarak hesap edilir ve dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının edimini üçüncü bir kişiye sunmuş olması ihtimalinde elde edeceği farazi yarar nazara alınır. Soyut yöntem uyarınca, alacaklının olumlu zararı, borçlunun temerrüde düşerek ifasında geciktiği edimin değeri ile

¹⁷⁸² **von Tuhr**, s. 367; **BSK-Koller**, Art. 191 OR N 16 vd., Art. 215 OR N 18 vd.; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 191 CO N 12 vd., art. 215 CO 13 vd.; **ZK-Schönle**, Art. 191 OR N 22 vd.; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 203; **BK-Giger**, Art. 191 OR N 41 vd., Art. 215 OR N 63 vd.; **Huber**, Leistungsstörungen, § 38, s. 236 vd.; **Tercier/Bieri/Carron**, N 593 vd.; **Engel**, Contrats, s. 26-27; **Keller/Siehr**, s. 38-39; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 685 vd.; **Bardo**, s. 55 vd.; **Lemp**, s. 192 vd.; **Glättli**, Schadenersatz, s. 182; **Göschke**, s. 86; **Achtari**, N 928 vd.; **Schultz**, s. 201 vd.; **Honegger**, s. 61-62; **Ramoni**, N 129 vd.; **Wiemken**, s. 136 vd.; **Vionnet**, Vente, N 335; **Gilliéron**, N 490 vd.; **Nomer/Engin**, TBK m. 213 N 19 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1312. Zararın soyut yöntemle hesaplanması konusunda detaylı bilgi için bkz. **Bardo**, s. 55 vd.; **Steindorff**, AcP 1959/1960, s. 431 vd.; **Meyer-Wild**, s. 339 vd.; **Schultz**, s. 201 vd.

alacaklının kendi karşı ediminin objektif değeri arasındaki farka göre hesap edilir. Böylece alıcı, ikame işlem akdetmek zorunda kalmaksızın, edimin objektif değeri nazara alınarak zararının giderilmesini talep eder. Somut yöntemden farklı olarak, zararın hesaplanmasında ikame işlem değil **farazi işlem** nazara alınır¹⁷⁸³.

Satış sözleşmesini düzenleyen hükümlere bakılacak olursa: (i) Satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 213 f. III uyarınca, 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 isteyebilir. (ii) Alıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 236 f. III uyarınca, 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

Bir edimin objektif değeri, arz ve taleplere göre belirlenen borsa veya piyasa fiyatı ile ifade edilir¹⁷⁸⁴. İkame edim temin etmek zorunda olmayan alacaklı, ikame işlem akdetmemesi durumunda edimin borsa veya piyasa değerini olumlu zarar adı altında talep edebilir. **Piyasa** (*Market / marché / Markt*), iktisadi olarak, alıcı ve satıcıların bir araya gelip, arz ve talep dengesi çerçevesinde, mal ve hizmet alışverişi yaptıkları, ekonomik ve ticari faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, mal ve hizmetlerin el değiştirdiği, alınıp satıldığı yeri tanımlar. **Piyasa fiyatı** (*prix du marché / Marktpreis*) ise, belirli bir dönemde ve belirli bir yerde, belirli bir sınıf ve türdeki emtia için gerçekleşen düzenli ticari işlemler sonucunda oluşan ortalama fiyattır¹⁷⁸⁵. **Borsa** ise, alınıp satılabilir ticari emtianın, menkul kıymetlerin, hisse senedi ve döviz gibi ekonomik enstrümanların halka açık bir şekilde alınıp satıldığı organize piyasadır. Borsada işlem yapan yatırımcılar, güncel fiyatlarla gerçek zamanlı alışveriş yapma

¹⁷⁸³ Farazi işlem veya farazi satış ("*Hypothetischer Deckungsverkauf*") kavramı hakkında bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 12; BSK-Koller, Art. 191 OR N 16; Achtari, N 928; Huber, Leistungsstörungen, § 38, s. 236; Steindorff, JZ 1961, s. 12.

¹⁷⁸⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 179; von Tuhr, s. 367; İsvFM, ATF 78 II 432 = JdT 1953 I 444; ATF 49 II 77 = JdT 1923 I 546.

¹⁷⁸⁵ BSK-Koller, Art. 191 OR N 19; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 179; Engel, Contrats, s. 26; Keller/Siehr, s. 38; Schenker, Schuldnerverzug, N 686; Achtari, N 929; Bardo, s. 106 vd.; Huber, Leistungsstörungen, § 38, s. 237; Honegger, s. 62; Glättli, Schadenersatz, s. 182; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 23; İsvFM, ATF 78 II 432 = JdT 1953 I 444; ATF 49 II 77 = JdT 1923 I 546; ATF 43 II 214 = 1917 I 592; AlmFM, BGH, NJW 1979, s. 758 vd.

imkânına kavuşur. **Borsa fiyatı** veya borsa kuru ise, borsada alınıp satılan ekonomik değerlerin, arz ve talep dengesine göre ulaştığı ortalama fiyattır¹⁷⁸⁶.

Soyut yöntemin uygulanabilmesi için, kural olarak, borçlunun ifa etmediği edimin borsa veya piyasa fiyatının bulunması gerekir¹⁷⁸⁷. Öte yandan, edimin piyasa fiyatının bulunmaması durumunda esnek davranılmalı ve piyasa fiyatı ibaresi geniş yorumlanmalıdır. Piyasa fiyatı bulunmayan edimin **satılabilir** (*vendable*) olması yeterlidir. Maddi edim dışındaki edimler için ise, **temin edilebilir olma** yeterli görülmelidir. Edimin borsa veya piyasa fiyatının bulunmaması durumunda, edimin objektif değeri, muhtemel bir satış durumunda getirebileceği olası bedel uyarınca, yani **satılabilirlik değeri** (*Verkäuflichkeitswert*) nazara alınarak tespit edilir¹⁷⁸⁸. Bir sanat eserinin veya bir taşınmazın piyasa değerinin tespit edilememesi örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁸⁹. Şayet edimin değerinin belirlenmesi mümkün değilse, TBK m. 114 f. II atfıyla TBK m. 50 f. II uyarınca, hâkim, edimin değerini belirlemeli¹⁷⁹⁰, gerekirse bilirkişi marifetiyle edime bir değer biçmelidir. Son aşamada, edimin bir satılabilirlik değeri tespit edilemiyorsa veya edime biçilen objektif değer üzerinden satılabilmesi mümkün görünmüyorsa, soyut yöntemden vazgeçmek gerekir.

Soyut yönteme göre zarar hesap edilirken, ifa yerindeki borsa ve piyasa fiyatı esas alınır¹⁷⁹¹. Borsa ve piyasa fiyatının tespitinde esas alınacak an ise, aynen ifa talebinin düştüğü veya alacaklının aynen ifa talebinden feragat ettiği tarihtir¹⁷⁹². TBK

¹⁷⁸⁶ Engel, Contrats, s. 26; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 23.

¹⁷⁸⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 14; BSK-Koller, Art. 191 OR N 16; Achtari, N 928; Huber, Leistungsstörungen, § 38, s. 238; Tercier/Bieri/Carron, N 594; Keller/Siehr, s. 38; Honegger, s. 62; Ramoni, N 130; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 23.

¹⁷⁸⁸ ZK-Schönle, Art. 191 OR N 42; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 180, 203; BSK-Koller, Art. 191 OR N 17: “Käuflichkeitspreis und Verkäuflichkeitspreis”; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 14: “vendable”; Ramoni, N 130; Tercier/Bieri/Carron, N 594, 908: “vendable / achetable”; Schenker, Schuldnerverzug, N 659, 686; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1317; İsvFM, ATF 89 II 214 = JdT 1964 I 54: “Verkäuflichkeitspreis”; ATF 81 II 50 = JdT 1956 I 540 = SJ 1956 177; ATF 78 II 432 = JdT 1953 I 444: “Verkäuflichkeitspreis”; ATF 43 II 214 = JdT 1917 I 599; İsvFM, 8.11.2008, 4A_257/2007: “Verkäuflichkeitswert”.

¹⁷⁸⁹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 14; BSK-Koller, Art. 191 OR N 19; Achtari, N 931; Ramoni, N 130; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 23. Sanat eseri örneği için bkz. İsvFM, ATF 89 II 214 = JdT 1964 I 54. Taşınmaz örneği için bkz. İsvFM, ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80.

¹⁷⁹⁰ BK-Brehm, Art. 42 OR N 46 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 181, 204; Sidler, s. 339 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 686; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1317; İsvFM, ATF 105 II 87 = JdT 1980 I 17; İsvFM, 30.11.2016, 4A_397/2016. Edimin piyasa fiyatı yoksa, somut yönteme göre zararın hesaplanması gerektiği, şayet alacaklıdan ikame işlem akdetmesi makul bir biçimde beklenemiyorsa zararın TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) uyarınca belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. BSK-Koller, Art. 191 OR N 16.

¹⁷⁹¹ BK-Giger, Art. 191 OR N 49; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 15; BSK-Koller, Art. 191 OR N 21; Bardo, s. 118; Achtari, N 928, 958; Schultz, s. 202; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 24; İsvFM, ATF 43 II 665.

¹⁷⁹² BSK-Koller, Art. 191 OR N 21; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 15; ZK-Schönle, Art. 191 OR N 27; Bardo, s. 116; Achtari, N 905; Gilliéron, N 494; Huber, Leistungsstörungen, § 38, s.

m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca, alacaklının olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda, ek sürenin sonunda alacaklının feragat beyanında bulunduğu tarih esas alınır. Ek süre vermeye gerek bulunmayan hâllerde, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği an, aynen ifa talebi düşer. Her iki durumda da feragat beyanının borçlunun hakimiyet alanına varma anı belirleyicidir. Öte yandan, TBK m. 212 f. II (İsvBK m. 190 f. I) uyarınca belirli vadeli ticari satışlarda kesin vade karinesi (“*Fixgeschäftsvermutung*”) öngörüldüğü için¹⁷⁹³, alacaklının aynen ifa talebi, belirli vadenin sonunda düşer.

Öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁷⁹⁴, borçlu, alacaklının makul bir araştırma yaparak ikame bir işlem akdetmesi hâlinde daha elverişli koşullarda ikame edim temin edebileceğini ispat edebilir ve zararın gerçekte daha az olduğunu kanıtlayabilir. Borçluya tanınan bu imkân ise, genellikle zararı artırmama külfeti çerçevesinde temellendirilir. Bu görüşe göre, makul bir araştırma yapmayarak, ikame işlem akdetmemiş olan ve zararını soyut bir biçimde talep eden alacaklı, ikame bir işlem akdetseydi ne ölçüde zarara uğrayacak idiyse o miktarda olumlu zararının giderilmesini isteyebilir. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise¹⁷⁹⁵, borçlu, alacaklının ikame bir işlem akdetmesi hâlinde daha elverişli koşullarda ikame edim temin edeceğini ve fiilen uğradığı zararın daha az olduğunu ispat etme hakkına sahip değildir. Aksi görüş, soyut yöntemin uygulama alanını büyük ölçüde daraltarak, onu somut yöntem nazarında ikincil ve tali bir hesap metoduna indirger. Ayrıca, borçluya böyle bir ispat imkânının tanınması, alacaklıyı her durumda bir araştırma yükümlülüğü ve ikame işlem akdetme zorunluluğu altına sokar. Oysa, alacaklının kural olarak ikame işlem akdetme yükümlülüğü yoktur¹⁷⁹⁶. Özetle, ikame işlem akdetmemiş olan

236; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 687; **Ramoni**, N 136 vd.; **Nomer/Engin**, TBK m. 213 N 24-25; **İsvFM**, ATF 120 II 296. Muacceliyet tarihinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. **Vionnet**, Vente, N 335.

¹⁷⁹³ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 190 OR N 11; **BK-Giger**, Art. 190 OR N 11; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 190 CO N 1, 4 vd.; **Knoepfel**, s. 61; **Keppler**, s. 11; **Tercier/Bieri/Carron**, N 581; **Bär**, s. 60; **Keppler**, s. 12; **Comment**, s. 92; **Cavin**, s. 43; **Keller/Lörtscher**, s. 27; **Müller**, s. 64; **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 133; **Serozan**, Borçlar Özel, N 597; **Aral/Ayrancı**, s. 100; **Nomer/Engin**, TBK m. 212 N 16; **Gümüş**, Cilt 1, s. 53; **İsvFM**, ATF 49 II 220 = JdT 1924 I 19; ATF 116 II 436 = SJ 1991 30. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/A/2/c/iii**, “*Kesin Vade*” isimli başlık.

¹⁷⁹⁴ **BSK-Koller**, Art. 191 OR N 24; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 663; **Honegger**, s. 62; **Lemp**, s. 185-186; **Nomer/Engin**, TBK m. 213 N 22; **İsvFM**, ATF 49 II 77 = JdT 1923 I 546.

¹⁷⁹⁵ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 191 CO N 13; **BK-Giger**, Art. 191 OR N 42; **ZK-Schönle**, Art. 191 OR N 14, 26; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 191 OR N 15; **Tercier/Bieri/Carron**, N 594; **Steindorff**, JZ 1961, s. 13.

¹⁷⁹⁶ Nitekim, TBK m. 213 f. III kapsamında alacaklıyı ikame işlem akdetme yükümlülüğünden muaf tutan kanun koyucu, alacaklının zararının soyut yöntemle hesaplanmasını talep edebileceğini öngörmüştür.

alacaklıya karşı, ikame işlem akdetseydi daha az zarara uğrayacağı yönünde bir savunma yapılamaz.

Soyut yöntem uyarınca kısmi temerrütte olumlu zarar, borçlunun kısmen temerrüde düşerek ifasında geciktiği kısmın değeri ile alacaklının kendi karşı ediminin ifa edilmeyen kısma denk düşen bölümünün objektif değeri arasındaki farka tekabül eder. Böylece, sözleşmenin ifa edilmeyen kısmına tahsis edilen ve fark teorisi uyarınca alacaklının aynen ifa etmekten kısmen kurtulduğu karşı edim borcunun objektif değeri, borsa veya piyasa değeri çerçevesinde tespit edilir. Alacaklı, edimin eksik kısmını üçüncü bir kişiden temin etseydi, ifa etmesi gereken farazi edimin değeri ile edimin eksik kısmının değeri arasındaki farkı soyut yöntem uyarınca talep eder.

Fark teorisi uyarınca olumlu zararın **soyut yöntem** çerçevesinde hesaplanmasında, kısmi temerrüdün farklı görünüm biçimleri nazara alınarak farklı örnekler vermek mümkündür:

Örnek 1: (A), bir galeri sahibi olan (G)'den üç adet otomobil satın alır ve karşılığında her bir otomobil için 500.000 TL öder. (G) otomobillerden ikisini (A)'ya teslim eder; ancak, son otomobili bir türlü teslim etmeye yanaşmaz. Yaşanan ikinci el otomobil krizi sebebiyle otomobilin piyasa fiyatı 700.000 TL'ye yükselir. Bunun üzerine (A), ek süre tayin ederek, sürenin sonunda olumlu zararının giderilmesini ister. Otomobilin piyasa fiyatı olan 700.000 TL ile her bir otomobil için sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli olan 500.000 TL arasındaki 200.000 TL'lik fark, alacaklının soyut yöntem çerçevesinde olumlu zararını verir.

Örnek 2: (A), Meram ve Selçuklu'da sahibi olduğu iki villanın dış cephe ısı yalıtımını yapmak için 400 TL metrekare fiyatı üzerinden müteahhit (M) ile bir sözleşme akdeder. Meram'daki villanın yüzölçümü 1.000 metrekare iken Selçuklu'daki villanın yüzölçümü 1.500 metrekaredir. Selçuklu'daki villanın ısı yalıtımını tamamlayan (M), Meram'daki villanın ısı yalıtımına başlamadan işi bırakır. Bunun üzerine dış cephe ısı yalıtımı konusunda faaliyet gösteren şirketlerin talep ettiği bedelleri araştıran (A), piyasa fiyatının 600 TL'ye ulaştığını görür. Aynen ifa talebinden vazgeçen (A), (M)'ye 1.000 metrekarelik iş için, toplam 400.000 TL ödeyecek iken, aynı işi piyasa fiyatı üzerinden yaptırması durumunda 600.000 TL ödeyecektir. Bu durumda, (A) her iki bedel arasındaki farkı, yani 200.000 TL'yi soyut yöntem çerçevesinde olumlu zararının tazmini amacıyla (M)'den talep edebilir.

Örnek 3: (A), matbaacılık işiyle uğraşan (K) ile akdettiği bir sözleşme çerçevesinde, işyerindeki çalışanlarına yeni yılda dağıtmak üzere 200 adet ajanda siparişi verir. Sözleşme uyarınca her bir ajandanın bir karton kutuda teslim edilmesi kararlaştırılır. Sözleşme uyarınca (A), (K)'ye 1.000 TL basım ücretine ilave olarak 50 TL karton paket ücreti ödemeyi taahhüt eder. İfa günü geldiğinde (K) ajandaları karton kutularda değil, plastik poşetlerde teslim eder. Borcun eksik ifa edildiğini düşünen (A), yaptığı piyasa araştırmasında, karton kutuların ancak 100 TL birim fiyatı üzerinden imal edilebileceğini öğrenir. Aynen ifadan feragat eden (A), fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazmin edilmesi ister ve (M)'ye yalnızca ajanda bedeli olan 200.000 TL ödeme yapar. (A), 200 ajandanın eksik teslim edilen karton ambalajları için sözleşme uyarınca 50 TL ödeyecek iken, piyasa fiyatının 100 TL'ye çıkması nedeniyle zarara uğramıştır. Bu durumda, (A), soyut yöntem çerçevesinde, meydana gelen 50 TL tutarındaki birim fiyat artışı nedeniyle 10.000 TL tutarındaki olumlu zararının tazmin edilmesini (M)'den talep edebilir.

5. Alacaklının Seçim Hakkı

a. Mübadele ve Fark Teorisi Açısından

Olumlu zararın mübadele teorisine göre mi hesap edileceği, yoksa fark teorisine mi üstünlük tanınması gerektiği İsviçre-Türk öğretisinde önceden beri tartışmalıdır. Öte yandan, hangi teoriye üstünlük tanınacağı sorusunun cevabı, kanımızca götürü şekilde ve teorik biçimde verilemez. Bu soruya cevap verme yetkisi, münhasıran alacaklıya aittir. Nitekim, bugün öğretilde savunulan ve bizim de isabetli bulduğumuz hâkim görüşe göre¹⁷⁹⁷, alacaklı, mübadele ve fark teorisi arasında serbestçe seçim yapma hakkına sahiptir. Bu açıdan her iki hesap yöntemi, kural olarak birbiriyle tam yarışma içindedir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mübadele ve fark teorisi arasında seçim yapma hakkı, aynen ifadan feragat edip etmeme ile olumlu ve olumsuz zarar arasında tercihte bulunma haklarının ardından, **üçüncü seçim hakkı** ("drittes

¹⁷⁹⁷ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 33 vd.; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 49; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 188 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 207; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2781; Berger, AT, N 1577; Schwenger/Fountoulakis, N 64.26, 66.28; Bucher, AT, s. 380 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 673-675; Engel, Obligations, s. 733; Guhl, Rücktritt, s. 144-145; Vionnet, Vente, N 334; Serozan, Borçlar Genel, § 16 N 12; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 4; İsvFM, 21.6.2015, 4A_101/2015. Alman Hukuku'nda savunulan hâkim görüş çerçevesinde alacaklı mübadele ve fark teorisi arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 280 N E 48; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 20. Kısmi temerrütte de alacaklı söz konusu seçim hakkına sahiptir. Bkz. Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39.

Wahlrecht”) olarak karşımıza çıkar¹⁷⁹⁸. Söz konusu seçim hakkı, öğretide olumlu ve olumsuz zarar arasında yapılan büyük tercihin ardından gerçekleştirildiği için “*küçük seçim hakkı*” olarak da anılır¹⁷⁹⁹.

Alacaklının üçüncü seçim hakkı, bazı durumlarda önemini yitirir; bazı durumlarda ise tamamen ortadan kalkar. İlk olarak, alacaklının karşı ediminin para dışında bir maddi edim veya işgörme edimi olması durumunda mübadele ve fark teorilerinin uygulanması farklı sonuçlar doğurur¹⁸⁰⁰. Öte yandan, alacaklının karşı edim borcunun para borcu olması durumunda, mübadele ve fark teorileri arasındaki ayrım önemini yitirir; başka bir deyişle, mübadele teorisinin uygulanması genellikle göz ardı edilir¹⁸⁰¹. Zira, mübadele teorisi yoluyla hesaplanan tazminat alacağı, alacaklının karşı edim borcuyla takas edilebilir¹⁸⁰². Nitekim, mübadele teorisi uyarınca, birbirinden bağımsız olan iki talep, aynı türden, karşılıklı ve muaccel iki alacak hakkı olma özelliği gösterir. Kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, kendi borcunu mübadele teorisi uyarınca tamamen, fark teorisi uyarınca ise sözleşmenin ifa edilmiş bölümü nispetinde kısmen ifa etmek zorunda iken, ifa edilmemiş kısım bakımından da olumlu zararının giderilmesini hedef tutan bir tazminat alacağına sahiptir. O hâlde, alacaklının karşı ediminin para borcu olması durumunda, hangi yol tercih edilirse edilsin, kural olarak¹⁸⁰³, netice itibarıyla fark teorisine varılmış olur¹⁸⁰⁴.

İkinci olarak, bazı durumlarda, mübadele teorisinin uygulanması mümkün olmaz. Böyle hâllerde, alacaklının bir seçimlik hakkı mevcut değildir. Nitekim, borçlunun ifaya veya ifaya hazırlık fiillerine katılması gereken hâllerde, borçlunun ifa

¹⁷⁹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 141, *özellikle*, dn. 292, N 147; Guhl, Rücktritt, s. 144-145; Glasl, Rückabwicklung, s. 16; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2781.

¹⁷⁹⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 147.

¹⁸⁰⁰ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2780; Schwenger/Fountoulakis, N 64.26. Aynı yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32.

¹⁸⁰¹ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411, dn. 2; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32.

¹⁸⁰² MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Tercier/Pichonnaz, N 1413; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395: “(...) Dolayısıyla, tarafların akdettiği eser sözleşmesi, davacının sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazandığı yerine getirilmiş bir kısım ve davalının ifa etmeme nedeniyle tazminat talep ettiği yerine getirilmemiş bir kısım olarak ikiye ayrılır. Her iki kısım da hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temerrüt yalnızca sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmını etkilerken, yerine getirilmiş olan kısım ondan hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, davacının ifa edilen kısmi edim için bedel talebi ile davalının ifa edilmeyen kısım ile ilgili olarak davacının temerrüdünden kaynaklanan tazminat talebi birbiriyle takas edilebilir niteliktedir (...)”.

¹⁸⁰³ İstisnaen, bir takas yasağının bulunması durumunda, para borçlarında mübadele ve fark teorisi ayrımı önem kazanır. Zira, mübadele teorisi çerçevesinde takas yasağı nedeniyle takas yapılamazken, fark teorisi çerçevesinde mahsup yapılması mümkündür. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 189; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2780, dn. 159.

¹⁸⁰⁴ BK-Giger, Art. 191 OR N 18; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 32; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 189; Schwenger/Fountoulakis, N 64.24; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2780; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411, dn. 2; Tercier/Bieri/Carron, N 587.

fiillerine katılmaması nedeniyle alacaklı karşı edim borcunu ifa edemiyorsa, mübadele teorisinin uygulanması fiilen mümkün değildir¹⁸⁰⁵. Yayıncıya eserin teslim edilmemesi nedeniyle eserin basılmasının mümkün olmaması bu duruma örnektir. Borçlunun karşı edimin ifasını engellediği bu tür durumlarda, fark teorisinin uygulanması bir zorunluluk hâlini alır.

Üçüncü olarak, yukarıda detaylı bir şekilde ele aldığımız üzere¹⁸⁰⁶, bazı hâllerde fark teorisinin uygulanması mümkün olmaz. Nitekim, kısmi temerrüt rejiminde fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazmin edilebilmesi için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve alacaklının karşı edimini hiç veya kısmi ifa oranında fazla ölçüde ifa etmemiş olması şarttır. Bu koşullardan birinin sağlanamaması durumunda, fark teorisi alacaklı açısından bir seçim olmaktan çıkar.

b. Somut ve Soyut Yöntem Açısından

Olumlu zararının fark teorisine göre hesaplanmasını isteyen alacaklı, kural olarak, zararının somut yöntemle mi yoksa soyut yöntemle mi hesaplanacağı konusunda seçme hakkına sahiptir¹⁸⁰⁷. Bu meyanda, alacaklı, ikame bir işlem akdederek somut yöntem uyarınca olumlu zararını talep edebileceği gibi, ikame işlem akdetme yoluna gitmeden zararını daha basit ve yalın bir biçimde soyut olarak da talep edebilir. Kural olarak, her iki hesap yöntemi birbiriyle tam yarışma hâlinde olup, aralarında bir aslilik - talilik ilişkisi mevcut değildir.

Alacaklının kısmen somut yöneme kısmen soyut yöneme başvurusu mümkündür¹⁸⁰⁸. Edimin sadece bir kısmı için ikame edim temin etmiş olan alacaklı, ikame edim temin ettiği kısım bakımından somut yöneme, bakiye kısım bakımından ise soyut yöneme başvurabilir. Kısmi temerrütte alacaklı, bakiye borcun bir kısmını ikame işlemle temin etmişse, borcu ikiye bölerek, ikame işlem tesis edilen kısım bakımından somut yöntemi, kalan kısım bakımından ise soyut yöntemi tatbik edebilir.

¹⁸⁰⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 165; Lemp, s. 91-92; Schenker, Schuldnerverzug, N 677.

¹⁸⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.3/III/B/4/c, “Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması İçin Aranılan Şartlar” isimli başlık.

¹⁸⁰⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 13; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 179; BK-Giger, Art. 215 OR N 42; Schenker, Schuldnerverzug, N 688; Gilliéron, N 478; Honegger, s. 61-62; Lemp, s. 194; Ramoni, N 178; Göschke, s. 86.

¹⁸⁰⁸ Barth, s. 147; Tandoğan, Cilt I/1, s. 147; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1316; Nomer/Engin, TBK m. 213 N 29.

Öğretide ikame işlem akdetmiş olan alacaklının yine de zararını soyut yöntemle talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Söz konusu tartışma, borçlunun, alacaklının ikame işlem çerçevesinde uğradığı somut zararın, soyut yönteme nazaran daha az olduğunu ispat etmesinin mümkün olup olmadığı sorusu etrafında toplanır:¹⁸⁰⁹

- a) Öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁸¹⁰, alacaklı, ikame işlem çerçevesinde ikame edim temin etmiş olsa bile, olumlu zararının soyut yöntemle hesap edilmesini isteyebilir. Bu görüşe göre alacaklı, ikame işlem çerçevesinde daha uygun bir edim elde etmiş olsa dahi, kendisine daha yüksek bir zarar bahşeden soyut yönteme başvurabilir. Bu durumda, borçlu, alacaklının somut zararının soyut zararına nazaran daha düşük olduğunu ispat edemez.
- b) Bizim de savunduğumuz hâkim görüşe göre¹⁸¹¹, alacaklı, her ne kadar iki yöntem arasında seçim yapma imkânına sahipse de, bir kere ikame işlem akdeden alacaklı, artık zararının soyut yöntemle hesaplanmasını talep edemez. Başka bir deyişle, borçlu, ikame işlem çerçevesinde alacaklının uğradığı somut zararın, soyut yönteme nazaran daha düşük olduğunu ispat edebilir. Esasen bu sonuç, zararın giderilmesini hedef tutan tazminat hukukunun temel ilkeleriyle uyumludur. Zira, zararın giderilmesi, gerçekte hiç elde etmediği veya elde edemeyeceği bir zenginleştirmeyi zarar görene sağlama amacı gütmeyiz. Keza, alacaklının somut bir işlem akdedip, sanki bu işlem hiç yokmuş gibi zararını soyut bir şekilde talep etmesi, dürüstlük kuralına aykırı bir çelişkili davranış olarak nitelendirilir.
- c) Alacaklının ispat vasıtalarından yoksun olması durumunda, daha esnek davranmak gerekir. Şayet alacaklı, soyut yöntem uyarınca zararını ispat edecek vasıtalara sahip değilse, zararının somut olarak hesap edilmesini talep

¹⁸⁰⁹ Söz konusu tartışma isabetsiz bir biçimde, bazı yazarlar tarafından, ikame bir işlem akdedilseydi alacaklının daha az zarara uğrayacağı yönünde bir savunmanın borçlu tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmasıyla birlikte ele alınmaktadır. *Örneğin* bkz. **Achtari**, N 933 vd.; **Ramoni**, N 132. Oysa, bu ihtimalde, somut bir ikame işlem akdedilmeksizin, yalnızca farazi bir biçimde akdedilme ihtimali üzerinden zararın indirilip indirilemeyeceği tartışılmaktadır. Somut bir ikame işlemin varsayımsal olarak ele alınması hâli ile, somut bir ikame işlemin fiilen akdedilmiş olması ihtimali kanımızca birlikte değerlendirilemez. İkame işlemin varsayımsal olarak ele alındığı diğer tartışma hakkında bkz. yukarıda, **B.3/III/B/4/a**, “*Genel Olarak Fark Teorisi*” isimli başlık.

¹⁸¹⁰ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 191 OR N 15; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 215 CO N 16; **ZK-Schönle**, Art. 191 OR N 26; **Honegger**, s. 62; **Achtari**, N 940, 1066.

¹⁸¹¹ **BK-Giger**, Art. 191 OR N 51; **BSK-Koller**, Art. 191 OR N 24; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 179; **Engel**, Contrats, s. 27; **Bardo**, s. 61; **Ramoni**, N 132, 178; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 663; **Glättli**, Schadenersatz, s. 182; **Lemp**, s. 185-186; **Engel**, Contrats, s. 26 vd.; **Meyer-Wild**, s. 344; **Guhl/Koller**, § 41 N 138; **Knoepfel**, s. 73; **Gilliéron**, N 498; **Nomer/Engin**, TBK m. 213 N 27, 31; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1316; **İsvFM**, ATF 49 II 77 = JdT 1923 I 546.

edebilir¹⁸¹². Benzer şekilde, alacaklı, ikame işlem akdettiğini ispat edebilecek durumda değilse, zararının soyut yöntemle hesap edilmesini isteyebilir¹⁸¹³.

6. Olumlu Zararın Tazminine İlişkin Diğer Unsurlar

Alacaklının olumlu zararının tazmin edilebilmesi için, borçlunun borca aykırı davranışı ile alacaklının olumlu zararı arasında **uygun nedensellik bağı** bulunmalıdır¹⁸¹⁴. Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmininin talep edilmesi durumunda, alacaklının tazminat alacağının doğması için aranan diğer bir koşul, borçlunun **kusurlu** olmasıdır. Esasen TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) hükmünde açıkça ifade edilmese de TBK m. 125 f. II uyarınca talep edilen olumlu zararın tazmini, TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) hükmünde öngörülen kusur ilkesine bağlıdır. Öte yandan, TBK m. 112 hükmünde öngörülen (*sözde*) karine uyarınca, borçlunun kusurlu olduğu kabul edilir ve kusursuzluğun ispatı (*exculpation / Exkulpation*) borçluya bırakılır. Başka bir deyişle, borçlunun da her zaman kusursuzluğunu ispat etme imkânı mevcuttur¹⁸¹⁵.

Bir tazminat alacağı söz konusu olduğunda, genellikle **nakden tazmin** yolu tercih edilse de, kural olarak aynen tazmin yolu da tercih edilebilir. Hâkim, TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 51 f. I (İsvBK m. 43 f. I) uyarınca tazminatın türünü belirler. Alacaklının, ifa edilmeyen kısmın aynen ifasından vazgeçerek, onun yerine tazminat talep etmesi durumunda, zararın aynen tazminine hükmedilmesi mümkün değildir¹⁸¹⁶. Aksi bir sonuç, alacaklının aynen ifadan feragat beyanını hükümden düşürerek, aynen tazmin yoluyla ifa edilmemiş kısmın aynen ifasına hükmedilmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, hâkim, alacaklının aynen ifadan feragat beyanıyla bağlıdır¹⁸¹⁷. Öte yandan, aynen tazmin yerine, nakden tazmin

¹⁸¹² CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 191 CO N 13; Tercier/Bieri/Carron, N 594; İsvFM, ATF 105 II 87 = JdT 1980 I 17.

¹⁸¹³ Tandoğan, Cilt I/1, s. 147.

¹⁸¹⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 160; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1310, 1312; Tercier/Pichonnaz, N 1310, 1312.

¹⁸¹⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 24; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 168; BK-Becker, Art. 107 OR N 40; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 16; BK-Giger, Art. 191 OR N 8, Art. 215 N 9 vd.; von Tuhr/Escher, § 73, s. 154; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.26; Huguenin, OR, N 959; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2768; Bucher, AT, s. 346, 379; Kramer/Probst, N 495; Wiegand, recht 1983, s. 128; Comment, s. 135; Secrétan, s. 40; Keppler, s. 43 vd.; Schmid, s. 32 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 630; Ramoni, N 73; Vionnet, Vente, N 335; Keller/Schöbi, s. 276; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1342 vd.

¹⁸¹⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 143; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 176; Lemp, s. 208; Schenker, Schuldnerverzug, N 667; AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 1746, N 26. Aynen tazmin konusunda bkz. Rusch/Michlig, s. 667 vd.

¹⁸¹⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 165; Lemp, s. 208; Schenker, Schuldnerverzug, N 667. Aynen ifadan feragat neticesinde edimin ifası artık talep edilemediği için aynen tazmin yolunun da

yoluyla, ifa edilmeyen kısmın değerinin tazmin edilmesi veya alacaklının edim konusunu borca uygun hâle getirmek için yaptığı masrafların giderilmesi mümkündür¹⁸¹⁸. Keza, öğretide, hâkimin, taraflar arasındaki sözleşmeye yakın başka bir borç ilişkisi çerçevesinde, benzer bir edimin ifasına hükmetme imkânının hariç tutulamayacağı ifade edilmektedir¹⁸¹⁹.

C. Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini

1. Kısmi Temerrütte Genel Olarak Sözleşmeden Kısmen Dönme İmkânı

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkı ve olumsuz zararın tazmini, ikinci seçimlik hak olarak karşımıza çıkar. TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca “*alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek (...) sözleşmeden dönebilir*”. O hâlde, alacaklı, borcun ifasından vazgeçerek, sözleşmeden dönebilir ve olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir.

Kısmi temerrüt konusunda karşılaşılan en önemli sorun, sözleşmeden dönme hakkının etkilerinin, yalnızca borçlunun ifasında geciktiği kısım bakımından mı yoksa ifanın daha önce gerçekleşen kısmı da dâhil olmak üzere sözleşmenin tamamı açısından mı hüküm doğuracağıdır¹⁸²⁰. Bu nedenle **sözleşmeden kısmen dönme** ile (“*kısmi dönme / résolution partielle / Teilrücktritt*”) sözleşmenin tamamından dönme bakımından bir ayırım yapılması gerekir¹⁸²¹.

Tüm kısmi ifa engellerinde temel kural, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde ifade edilen “*utile per inutile non vitiatur*” kuralıdır¹⁸²². Kısmi temerrüt özelinde ise temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁸²³. Nitekim,

kapalı olduğu görüşünde bkz. **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 1746, N 26.

¹⁸¹⁸ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 143; **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 1746, N 26.

¹⁸¹⁹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 176; **KanM (Zürich)**, ZR 1959, N 4, s. 12 vd. Satın alınmak istenen binaların bir müddet kiralanması örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 176; **KanM (Zürich)**, ZR 1959, N 4, s. 12 vd.

¹⁸²⁰ **Glatthard**, s. 55.

¹⁸²¹ “*Bölümsel dönme*” kavramı için bkz. **Serozan**, Dönme, s. 385.

¹⁸²² **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11. Ayrıca bkz. **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 26; **Meyer**, s. 9; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, III § 7, N 26h.

¹⁸²³ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **Soergel-Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **Alcalay**, N 34; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **Ehrat**, N 252; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 971-972; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 955-956; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61; **Yargıtay 15. HD**, E. 1984/711, K. 1984/1967, T. 4.6.1984 (Kazancı): “(...) Kısmi temerrüt halinde de, alacaklı kural olarak, kalan borç kısmı için de, BK. m. 106-108'deki

sözleşmeden kısmen dönme hakkı, sözleşmeden dönmenin etkilerinin yalnızca edimin ifa edilmeyen kısmı bakımından sonuç doğurması; yani, sözleşmeden dönmeye bağlanan ifa yükümlülüğünün sona ermesi, karşılıklı edimlerin iadesi, olumsuz zararın tazmini ve diğer bütün hukuki sonuçların, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının sözleşmeden döndüğü kısım özelinde gerçekleşmesi anlamına gelir¹⁸²⁴. Kısmi dönmenin doğrudan etkilediği kısım dışında, diğer tüm açılardan, sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükler var olmaya devam eder¹⁸²⁵.

Kısmi temerrüt hâlinde sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak ancak borcun ifa edilmeyen bakiye kısmı açısından ve bu kısmın karşılık geldiği karşı edim nazara alınarak kullanılabilir¹⁸²⁶. Başka bir deyişle, kısmi temerrüt hâlinde sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı açısından genel kural, sözleşmeden tamamen değil kısmen dönmektir. Kısmi temerrüt rejiminde sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen alacaklı, kural olarak, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından ve o kısma karşılık gelen karşı edimi nazara alarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hakkı, bölünebilir bir edimin bir kısmının ifa edilmesi hâlinde ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğuracak iken; birden fazla edimin söz konusu olması hâlinde, yani birden fazla asli edim yükümlülüğünden yalnızca bir kısmının ifası hâlinde ya da asli ve yan edim yükümlülüğünden bir bölümünün ifa edilmesi durumunda ifa edilmeyen edim yükümlülüğü bakımından etkilerini meydana getirir¹⁸²⁷.

İsviçre-Türk Hukuku'nun aksine, kısmi temerrüt rejimi ve sözleşmeden kısmen dönme hakkı Alman Hukuku'nda doğrudan kanuni bir temele sahiptir¹⁸²⁸. 1 Ocak 2002

hükümler çerçevesinde hareket edecek ve iki taraflı sözleşmelerde BK. m. 103'deki seçimlik haklardan yararlanacaktır (...)".

¹⁸²⁴ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411. Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 35.

¹⁸²⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 35; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁸²⁶ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Emmerich, § 19 N 18; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Gümüş, Borçlar Genel, s. 955-956; Öz, Dönme, s. 42-43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

¹⁸²⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; Tandoğan, Nullité, s. 293; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Esser/Schmidt, § 6 III.

¹⁸²⁸ MüKoBGB-Ernst, BGB § 281 N 140. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206 vd.; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Medicus/Lorenz, § 37 N 19 vd.; Esser/Schmidt, § 28 III/4/d; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 410 vd.; Emmerich, § 19 N 18. Sözleşmeden kısmen dönme ihtimali açıkça düzenlenmiş olsa da, sözleşmeden kısmen dönmenin sonuçlarının düzenlenmediği yönünde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu¹⁸²⁹ yürürlüğe girmeden önce, Alman Medeni Kanunu'nun kabul edildiği ilk metinde kısmi temerrüt, genel olarak, BGB § 326 Abs. I c. 3 hükmüyle düzenlenmiştir. BGB § 326 Abs. I c. 3 uyarınca “*Sürenin bitiminde ifa kısmen gerçekleşmemişse, BGB § 325 Abs. I hükmünün 2. cümlesi uygulanır*”¹⁸³⁰. BGB § 326 Abs. I c. 3 hükmünün atıf yaptığı BGB § 325 Abs. I c. 2 hükmü borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığını düzenlemektedir¹⁸³¹. BGB § 325 Abs. I c. 2 uyarınca “*Kısmi imkânsızlık durumunda, sözleşmenin kısmi olarak ifası alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamıyorsa, alacaklı, BGB § 280 Abs. II uyarınca yükümlülüğün tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat talep etme veya sözleşmenin tamamından dönme hakkına sahiptir*”¹⁸³². O hâlde, alacaklı, kural olarak sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanabilecek iken, kısmen ifa edilmiş kısım kendisine herhangi bir menfaat sağlamıyorsa, sözleşmenin tamamından dönebilecektir.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu ile Alman borca aykırılık rejimi yeniden kaleme alınmış; kısmi temerrüt rejimi ise, aynen ifa yerine tazminat yaptırımı özelinde BGB § 281 Abs. I hükmünün ikinci cümlesinde, kısmi dönme yaptırımı özelinde ise BGB § 323 Abs. V hükmünün ilk cümlesinde düzenlenmiştir. Hâlen yürürlükte olan BGB § 281 Abs. I c. 2 uyarınca, “*Borçlu kısmi ifada bulunmuşsa, alacaklı ancak kısmi ifada hiçbir menfaati yoksa edimin tamamı yerine tazminat talep edebilir*”¹⁸³³. BGB § 323 Abs. V c. 1 uyarınca ise, “*Borçlu kısmi ifada bulunmuşsa, alacaklı ancak kısmi ifada hiçbir menfaati yoksa sözleşmenin tamamından dönebilir*”¹⁸³⁴. Esasen söz konusu hükümlerde kısmi temerrüt ve kısmi

¹⁸²⁹ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve pek çok yenilik getiren Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) için bkz. **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001**, Bundesgesetzblatt, Jahrg. 2001, Teil I, Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2001, s. 3138-3218 (www.bgb.de). Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan önceki düzenleme için bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 410 vd.

¹⁸³⁰ **BGB § 326 (aF)**: “(1) (...) Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung”. Detaylı bilgi için bkz. **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224.

¹⁸³¹ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 410 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 386.

¹⁸³² **BGB § 325 (aF)**: “(1) (...) Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten (...)”. Bkz. **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 325 (aF) N 112 vd.; **Tandoğan**, Nullité, s. 292.

¹⁸³³ **BGB § 281**: “(1) (...) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (...)”. Detaylı bilgi için bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 281 N 140 vd.; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 153 vd.; **Erman-Westermann**, BGB § 281 N 29 vd.; **Grüneberg-Grüneberg**, BGB § 281 N 36 vd.

¹⁸³⁴ **BGB § 323**: “(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen

dönmenin sonuçları açıkça düzenlenmese de, söz konusu kısmi yaptırımların mümkün olduğu açıkça ifade edilmiş olmaktadır¹⁸³⁵.

Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan önceki ve sonraki her iki düzenlemede de, Alman kanun koyucusu, kısmi temerrüt hâlinde kural olarak sözleşmeden kısmen dönme ve olumlu zararın kısmen giderilmesi ilkesini benimsemiş; ancak, alacaklının kısmi ifada herhangi bir menfaatinin kalmaması durumunda, sözleşmenin tamamından dönebileceğini veya edimin bütünü bakımından olumlu zararın giderilmesini talep edebileceğini belirtmiştir. Alman Hukuku'nda kısmi temerrüt ve kısmi dönme rejimini pozitif bir temele kavuşturan söz konusu hükümler, İsviçre-Türk Hukuku'nda kabul gören genel yaklaşımla uyumludur. Bu nedenle, Alman kısmi temerrüt rejimi ve bu rejim çerçevesinde düzenlenen kısmi dönme yaptırımı, İsviçre-Türk hukuk sistemi açısından bir başvuru kaynağı olma özelliği gösterir.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre¹⁸³⁶, BGB § 323 Abs. V hükmünde, Alman kanun koyucusu, kısmi temerrüt hâlinde kısmi dönme ilkesi lehine görüş bildirmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre borçlu olunan edimin kısmen ifa edilmemesi hâlinde, kural olarak, sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı, sözleşmeden tamamen değil, kısmen dönebilir. Alman kanun koyucusu, borçlunun borcunu kısmen ifa etmesi durumunda, her zaman sözleşmenin tamamen tasfiye edilmesine engel olmayı ve sözleşmenin içeriğini ifa edilmiş veya ifa edilebilecek olan kısımla sınırlı tutmayı amaçlamıştır¹⁸³⁷. Aksi bir çözüm ancak özel durumlarda mümkün sayılmalı ve sözleşmeden kısmen dönme ancak istisnai hâllerde yerini sözleşmenin tamamından dönmeye bırakmalıdır¹⁸³⁸. O hâlde, sözleşmeden kısmen dönme imkânıyla hedeflenen temel sonuç, sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükleri, yalnızca ifa edilen kısımla sınırlı tutmaktır¹⁸³⁹.

Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (...)". Detaylı bilgi için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 206 vd.; Erman-Westermann, BGB § 281 N 29 vd.; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 36 vd.; Emmerich, § 19 N 18; Medicus/Lorenz, § 37 N 19 vd.

¹⁸³⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412.

¹⁸³⁶ AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁸³⁷ Aynı yönde bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412. Alman Federal Mahkemesi, hükmün ratio legis'ini açıklarken doğrudan 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu Tasarısı'nın gerekçesine atıfta bulunmaktadır. Bkz. AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁸³⁸ BGB § 323 Abs. V hükmünde yer verildiği üzere, alacaklının kısmi ifada hiçbir menfaatinin kalmaması örnek olarak gösterilebilir. Bkz. AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Bu ve bunun gibi diğer hâller için bkz. aşağıda, B.4/II, "Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller" isimli başlık.

¹⁸³⁹ AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Aynı yönde bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412, 420.

2. Kısmi Dönmenin Şartları

Alacaklının sözleşmeden kısmen dönebilmesi için, öncelikle borçlunun kısmi temerrüde düşmesi gerekir¹⁸⁴⁰. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi için, en başta ifası istenen borcun bölünebilir olması aranır¹⁸⁴¹. Buna karşılık, kısmi temerrüt şartlarının gerçekleşmiş olması, sözleşmeden kısmen dönmek isteyen alacaklı açısından yeterli değildir. Kurumun arz ettiği özellik, başkaca ek şartların gerçekleşmesini gerekli kılar.

Kısmi temerrüdün yanı sıra, sözleşmeden kısmen dönebilmek için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve sözleşmeden kısmen dönmenin taraflarca makul karşılanması şarttır. Geçerli bir şekilde sözleşmeden kısmen dönmek için aranan bu şartlar, esasen, sözleşmeden dönme hakkının kısmen gerçekleşmesini mümkün kılan ve kısmi dönme bakımından fiilen aranan koşullardır. Aşağıda sözleşmeden kısmen dönmek için alacaklının uygulaması gereken bu koşullar sırayla mercek altına alınmaktadır.

Aşağıda yer verilen koşulların dışında, sözleşmeden dönme hakkının kanun gereği başka ek şartların gerçekleşmesine bağlandığı veya kanun uyarınca sözleşmeden dönme hakkının hariç tutulduğu hâllerde, alacaklının sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanması mümkün değildir. Örneğin, TTK m. 18 f. III uyarınca, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Tacirler açısından TTK m. 18 f. III hükmünde öngörülen ispat şeklinin¹⁸⁴², sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması açısından da uygulanması gerekir.

Kısmi temerrütte kural, borçlunun sözleşmeden dönme hakkının kısmen tatbik edilmesi; yani, sözleşmeden kısmen dönmedir. Alacaklının kural olarak sözleşmeden tamamen dönme hakkı yoktur. Bu nedenle, sözleşmeden kısmen dönme hakkının

¹⁸⁴⁰ Glatthard, s. 55.

¹⁸⁴¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Bölünebilirlik konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/II/B/1, “Bölünebilirlik Şartı” isimli başlık.

¹⁸⁴² Poroy/Yasaman, s. 193; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1512; Yargıtay İBK, E. 2019/1, K. 2019/8, T. 25.12.2019 (RG T. 14.7.2020, S. 31185); Yargıtay 13. HD, E. 2015/17604, K. 2015/29258, T. 8.10.2015 (Kazancı). Aynı yönde bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gereççeleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) m. 18. Geçerlilik şekli olduğu görüşünde bkz. Nomer, Borçlar Genel, N 200; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 164.

bulunduğunu iddia eden alacaklının, ek süre içinde borcun tamamının ifa edilmediğini ispat etmesi yeterlidir¹⁸⁴³.

a. Karşı Edimin Bölünebilir Olması

Alacağın bölünebilir olması, kısmi temerrüt kurumunun tamamı bakımından bir özel şart teşkil eder¹⁸⁴⁴. Borcun kısmen ifa edilmesi için, borcun bölünebilir olması şarttır. Kısmi dönmenin fiilen hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, yani alacaklının karşı ediminin kısmi ifa oranında indirilebilmesi için, borçlunun ediminin bölünebilir olması yetmez; ayrıca, alacaklının kendi borcunun, yani **karşı edimin bölünebilir olması** şarttır¹⁸⁴⁵. Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olduğundan bahsedebilmek için, edimin hem **objektif**, yani fiilen ve teknik olarak, hem de **sübjektif**, yani hukuken ve taraf iradeleri uyarınca bölünebilir olması gerekir¹⁸⁴⁶.

Sözleşmeden kısmen dönme imkânıyla hedeflenen temel sonuç, sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükleri, yalnızca ifa edilen kısım ile sınırlı tutmaktır¹⁸⁴⁷. Böylece, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönerek sözleşmeyi iki parçaya ayırır; sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olan parçasını ayakta tutarken, sözleşmenin ifa edilmemiş olan kısmını sona erdirir ve karşılıklı edimlerin kısmi temerrüt oranında indirilmesini sağlar. Edim ve karşı edimin her birinin bölünebilir olmaması durumunda sözleşmenin iki kısma ayrılması mümkün olmaz¹⁸⁴⁸. Alacaklı, kendi bölünemez nitelikteki edimini, borçlunun bölünebilir nitelikte olan edimiyle sınırlandıramadığı için, ya karşı edimini tamamen yerine getirir ya da karşı edimini ifa etmekten tamamen kaçınır¹⁸⁴⁹. O hâlde, edim yükümlülüğünün bölünebilir olmaması durumunda esasen

¹⁸⁴³ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N F 18. Ek süre konusunda bkz. yukarıda, **B.3/III/A/2**, “*Ek Süre (Mehil) Tayini*” isimli başlık.

¹⁸⁴⁴ Bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1**, “*Bölünebilirlik Şartı*” isimli başlık.

¹⁸⁴⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211, Art. 109 OR N 34; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207-208; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 137, D 27, BGB § 326 N F 19; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 104; Glatthard, s. 55 vd.; Lemp, s. 62; Esser/Schmidt, § 28 III/4/d; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420; Medicus/Lorenz, § 37 N 21; Tandoğan, Nullité, s. 291; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Öz, Dönme, s. 43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.: “(...) BGB § 323 Abs. V hükmü, yalnızca borçlunun değiminin değil, aynı zamanda alacaklının karşı ediminin bölünebilir olduğunu varsayar. Alacaklının karşı edimi bölünebilir değilse, kısmi ifada menfaati sona ermesine bile, sözleşmenin tamamından dönebilir (...)”.

¹⁸⁴⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207-208; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 137; Soergel-Gsell, BGB § 323 N 173 vd.; AlmFM, BGH, NJW 1990, s. 3010 vd. Bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1**, “*Bölünebilirlik Şartı*” isimli başlık.

¹⁸⁴⁷ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁸⁴⁸ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

¹⁸⁴⁹ AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

kısmi temerrüt rejimi meydana gelmezken; karşı edim yükümlülüğünün bölünebilir olmaması durumunda, kısmi temerrüt rejimi, yerini, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne bırakır¹⁸⁵⁰.

Her ne kadar öğretide neredeyse oybirliğiyle kısmi dönme için edim ve karşı edimin her ikisinin de bölünebilir olması gerektiği ifade edilse de, öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁸⁵¹, kısmi dönme için, alacaklının kendi ediminin bölünebilir olması şartı aranmaz. Bu görüşe göre, alacaklı, kendi edimi bölünebilir olmadığı için, borcunu kısmi ifa oranında yerine getiremiyorsa, daha önce gerçekleşmiş olan kısmi ifanın bedelini bir miktar para ile ödeyerek, sözleşmeden kısmen dönebilir. Burada belirtmek isteriz ki, alacaklının kendi ediminin bölünemez nitelikte olması durumunda, bizim de isabetli bulduğumuz hâkim fıkre göre, alacaklı, kısmi dönme hakkını kullanamaz; borcun tamamı bakımından sözleşmeden dönme hakkını edinir¹⁸⁵². Zira, kendi bölünemeyen edimini tümüyle ifa etmekten kurtulan alacaklının, borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifaya ivaz ödemek suretiyle sahip olmasını gerektirecek bir gerekçe mevcut değildir¹⁸⁵³. Söz konusu görüş, kısmi dönme açısından olduğu gibi, fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde de savunulduğu için, detaylı bilgi için ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸⁵⁴.

b. Karşı Edimin Bir Kısımının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi

Alacaklının sözleşmeden kısmen dönebilmesi için öğretide aranan diğer bir şart, kendi karşı ediminin bölünebilir olmasının yanı sıra, karşı edimin bir bölümünün, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü kısma tahsis edilebiliyor olmasıdır¹⁸⁵⁵. Bu yaklaşıma göre, sözleşmeden kısmen dönmek için, karşı edimin bölünebilir olması

¹⁸⁵⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Medicus/Lorenz, § 37 N 19-21; Glatthard, s. 55-56; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Öz, Dönme, s. 43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Bkz. aşağıda, B.4/II/B/1, “Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması” isimli başlık.

¹⁸⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972; Ergül, s. 368.

¹⁸⁵² von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Öz, Dönme, s. 43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Bkz. aşağıda, B.4/II/B/1, “Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması” isimli başlık.

¹⁸⁵³ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 759; Öz, Dönme, s. 43, dn. 102.

¹⁸⁵⁴ Bkz. yukarıda, B.3/III/B/4/c/i, “Karşı Edimin Bölünebilir Olması” isimli başlık.

¹⁸⁵⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 34; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 36; Tandoğan, Nullité, s. 291; Schenker, Schuldnerverzug, N 769; Glatthard, s. 56; Schmid, s. 42-43; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 958.

yetmez; bunun yanı sıra, karşı edimin hangi kısmının, edimin ifa edilmeyen kısmına karşılık geldiği belirlenmelidir.

Esasen, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi koşulu, sözleşmeden kısmen dönme hakkının sorunsuz bir biçimde sonuçlarını doğurması gerekliliği açısından kısmi dönme rejiminin temel mantığına uygundur. Aşağıda detaylı bir biçimde incelendiği üzere, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, her iki tarafın borçlarının karşılıklı bir biçimde indirime tabi tutulması şeklinde hukuki sonuç doğurur¹⁸⁵⁶. Karşı edim borcunun, ifa edilmeyen edim borcu oranında indirime tabi tutulabilmesi için, borçlunun temerrüde düştüğü kısmın, karşı edimin hangi kısmına karşılık geldiğinin tespit edilebiliyor olması gerekir.

Karşı edim yükümlülüğünün para borcu olması durumunda, temerrüde düşülen edim borcunun, karşı edim borcuna tahsis edilmesi herhangi bir zorluk arz etmez. Zira, para borcunun karşı edim borcu olarak, edim borcunun ifa edildiği nispette azaltılması her zaman mümkündür. Buna karşılık, karşı edimin para borcu olması dışında, bazı hâllerde, edimin bakiye kısmının karşı edime tahsis edilememesi sorunuyla karşılaşılabilir.

Konuyu iki temel örnek çerçevesinde açıklamak gerekirse, ilk olarak, üç vazonun her birinin 1.000 TL'den satıldığı bir satış sözleşmesi çerçevesinde, alıcının satıcıya yalnızca 1.500 TL ödemesi durumunda, satıcı, kabul ettiği kısmi ifayı kendi karşı edim borcuna kolaylıkla tahsis edemez. İkinci olarak, her biri 200.000 TL değerinde olan iki arsanın, her biri 150.000 TL değerinde olan üç otomobil karşılığında devrini konu edinen bir mal değişim sözleşmesi kapsamında, taşınmazların mülkiyetini devretmekle yükümlü olan borçlunun yalnızca bir taşınmazın mülkiyetini devretmesi durumunda, ifadan kaçındığı diğer taşınmazın, karşı edimin hangi kısmına tekabül ettiğini hesaplamak kolay değildir.

Her iki örnekte de karşı edimin, kısmen ifa edilmiş olan edime tahsis edilmesi mevcut veriler ışığında gerçekleştirilemez. Zira, her iki örnekte kısmi ifa oranı tespit edilse bile, fark teorisi açısından olduğu gibi, karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılması fiilen mümkün değildir. Biz, edim ve karşı edim bölünebilir olsa da, karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının ve alacaklının kendi karşı edim

¹⁸⁵⁶ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38: “réduction des obligations réciproques du contrat”; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426, 1429. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.3/III/C/3, “Kısmi Dönmenin Hukuki Niteliği” isimli başlık.

borcunu kısmi ifa ölçüsünde fiilen ifa etmesinin mümkün olmaması durumunu **tahsis sorunu** (*problème d'attribution / Zuweisungsproblem*) olarak adlandırıyoruz. Tahsis sorunu meydana geldiği zaman, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın, alacaklının karşı ediminde hangi bölüme tekabül ettiği tespit edilemiyorsa, alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesi ilk bakışta fiilen mümkün olmaz.

Alacaklının, kendi karşı edimini, ifa edilmeyen edim borcuna tahsis edemediği bu tür hâllerde, sözleşmeden kısmen dönmenin hukuken mümkün olup olmadığı; mümkün ise, kısmi dönmenin ne şekilde sonuç doğuracağı sorusunun cevaplanması gerekir. Öğretide, karşı edimin bir kısmının edimin ifa edilmeyen kısmına tahsis edilememesi durumunda önerilen çözüm yolu, sözleşmeden dönmek isteyen alacaklının, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönmesi gerektiğidir¹⁸⁵⁷. Zira, böyle bir durumda, esasen karşı edim borcunun, edim borcuna nazaran bölünebilir olmadığı sonucuna varılmakta ve alacaklıya, sözleşmeden tamamen dönme imkânı tanınmaktadır¹⁸⁵⁸.

Kanımızca, öğretide bu görüşün, ilk bakışta pratik açıdan isabetli olduğu düşünülebilirse de, karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının mümkün olmadığı bütün hâllerde, alacaklıya kısmi dönme yerine tamamen dönme imkânının tanınması, kısmi dönme hakkı bakımından hukuki imkânlar yeter düzeyde kullanılmaksızın, fazla kolay ve zahmetsiz bir yolun tercih edilmesi anlamına gelir. Kanaatimizce, alacaklıyı kısmi dönme imkânından yoksun bırakarak, kendisine sözleşmeden tamamen dönme imkânının tanınması, yalnızca **son çare** (*ultima ratio*) olarak başvurulabilecek bir yoldur. Zira, kısmi dönme hâlinde borç ilişkisi, yalnızca ifa edilmeyen kısım nispetinde sona erdirildiği ve sözleşmeden dönme yaptırımı gerekli olduğu ölçüde sonuç doğurduğu için, sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmeyi imkân olduğu ölçüde ayakta tutmaya ve geçerli kılmaya yönelik bir temel prensip olan **işlem menfaati** (*favor negotii*) ile **sözleşme menfaati** (*favor contractus*) ilkelerine dayanır¹⁸⁵⁹. Hukuken kısmi dönmeyi mümkün kılacak imkânlar bulunduğu sürece, alacaklıyı, kısmen de olsa aynen ifa menfaatinden mahrum bırakmak için geçerli bir teorik gerekçe bulmak güçtür. Bu nedenle, alacaklıyı sözleşmeden kısmen dönme

¹⁸⁵⁷ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Tandoğan, Nullité, s. 291.

¹⁸⁵⁸ Karşı edimin bölünebilir olmaması, alacaklıya kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvuru imkânı sağlar. Bkz. aşağıda, **B.4/II/B/1**, “Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması” isimli başlık.

¹⁸⁵⁹ Genel olarak kısmi ifa engellerinin “işlem menfaati (*favor negotii*)” ilkesine dayandığı görüşünde bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11.

imkânından yoksun bırakmadan önce, gerçekten sözleşmeyi kısmen sona erdirip kısmen ayakta tutmanın mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Zira, karşı edimin kısmi ifaya tahsis edilmesi, esasen kısmi dönmeyi sebep bakımından değil, sonuç bakımından ilgilendiren bir koşuldur.

Şayet sözleşmeden kısmen dönme neticesinde karşı edimin bir kısmının kısmi ifa oranında yerine getirilemediği bir tahsis sorunu meydana gelirse, kısmi dönme neticesinde meydana gelen kısmi tasfiye ilişkisi bir açmaza girer. Sözleşmeden kısmen dönme neticesinde meydana gelen kısmi tasfiye ilişkisinin yeniden işler kılınması, söz konusu tahsis sorununun çözüme kavuşturulmasına bağlıdır. Kanaatimizce, karşı edimin bir kısmının edimin ifa edilmeyen kısmına denk düşmemesi durumunda meydana gelen tahsis sorunu, edimler arasında **denkleştirme** (*Ausgleichung*) yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur¹⁸⁶⁰. Denkleştirme yoluyla tahsis sorununun aşılabilmesi amacıyla, birlikte mülkiyetin tasfiyesi rejiminden, yani TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümlerinden yararlanmak gerekir¹⁸⁶¹. Söz konusu denkleştirme, daha önce ifa edilmiş olan edim borcunun ifa edilmiş kısmının artırılması veya edimin ifa edilmiş olan bir bölümünün iade edilmesi ya da edim veya karşı edim borcuna ivaz olarak bir miktar para eklenmesi suretiyle yapılabilir.

Denkleştirme yoluyla tahsis sorunu çözüme kavuşturulamazsa, yani, kısmi edimin bir miktar daha yerine getirilmesi veya ifa edilmiş bir bölümünün iade edilmesi ya da edim ve karşı edimin ivaz eklenerek nakden takyit edilmesi suretiyle bir sonuca ulaşılamazsa, karşı edim borcunun bölünebilir olmadığı ve karşı edimin bir kısmının edimin ifa edilmeyen kısmına tahsis edilemediği sonucuna ulaşılır. Kanaatimizce, ancak böyle bir durumda sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı, sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün olmaması sebebiyle sözleşmeden tamamen dönebilir. Zira, ancak bu ihtimalde, sözleşmeden kısmen dönme için bütün hukuki imkânlar seferber edilmiş, bütün yollar denenmiş ve son çare olarak sözleşmenin tamamen tasfiye edilmesi yoluna başvurulmuş olur.

O hâlde, karşı edimin bir bölümünün borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilememesi durumunda, alacaklıya sözleşmeden tamamen dönme imkânı tanınarak, alacaklının kısmi dönme imkânı elinden alınamaz. Bu durumda, denkleştirme yoluyla

¹⁸⁶⁰ Kısmen ifa edilmiş edim ve karşı edim arasında meydana gelen tahsis sorunu ve söz konusu sorunun çözümü konusunda detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c**, “*Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması*” isimli başlık.

¹⁸⁶¹ Birlikte mülkiyetin kıyasen kısmi tasfiye ilişkisine uygulanması konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c/iv**, “*Tahsis Sorununun Çözümde Kıyasen Yararlanılacak Hükümler*” isimli başlık.

tahsis sorununun çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı incelenmelidir. Son derece istisnai hâllerde denkleştirme imkânıyla tahsis sorunu çözülemezse, sözleşmeden tamamen dönme hakkına, **son çare** olarak başvurulmalıdır.

c. Kısmi Dönmenin Dürüstlük Kuralı Uyarınca Makul Karşılanması

Kısmi dönme hâlinde, her iki taraf da kısmi ifayla yetinmek zorunda kaldığı için, öğretide, edim ve karşı edimin bölünebilir olmasının yanı sıra, kısmi dönmenin mümkün sayılabilmesi için, kısmi ifanın taraflarca makul sayılması veya sözleşmeden kısmen dönmenin taraflarca makul bir biçimde beklenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁶². Öğretide Almanca “*Zumutbarkeit*”¹⁸⁶³ koşulu olarak ifade edilen bu şart çerçevesinde, kısmi dönme her iki taraf açısından da makul olarak karşılanmalı, kısmi ifa hem alacaklı hem de borçlu açısından kabul edilebilir olmalı ve taraflardan biri için objektif olarak beklenmedik bir sonuç meydana getirmemelidir.

Kısmi dönmenin taraflarca makul karşılanması veya kısmi ifanın taraflar açısından kabul edilebilir olması koşulu, ilk bakışta mantıklı görünse de, öğretide bu koşuldaki ne anlaşılması gerektiği sorusu, yeknesak bir biçimde cevaplandırılmamaktadır. Örneğin, bir görüşe göre¹⁸⁶⁴, edimin, alacaklı açısından bölünemez bir bütün oluşturması durumunda veya amaçsal ve işlevsel bir bütünlük arz etmesi hâlinde, kısmi dönmenin yalnızca ifa edilmiş kısım bakımından sonuç doğurması, alacaklı bakımından makul şekilde beklenemez (“*unzumutbar*”). Oysa, edimin bölünemez bir bütün oluşturması, bölünebilirlik şartının sağlanmadığını ve kısmi temerrüt rejiminin uygulanmayacağını gösterir.

Bizim bakış açımıza göre, kısmi dönmenin makul karşılanması şartından anlaşılması gereken husus, sözleşmeden kısmen dönmenin TMK m. 2 f. I (İsvMK m. 2 f. I) uyarınca dürüstlük kuralına uygun bulunmasıdır¹⁸⁶⁵. Böylece, alacaklı ve borçlu açısından, makul ve dürüst bir sözleşme tarafı olarak, sözleşmenin indirgenmiş içeriğiyle bağlı kalmaya devam etmesini beklemenin bir adaletsizlik yaratıp yaratmadığı incelenir¹⁸⁶⁶. Kısmi dönme hâlinde, dürüstlük kuralı uyarınca, taraflar arasındaki menfaat dengesinin orantısız bir biçimde bozulmadığı söylenebiliyorsa,

¹⁸⁶² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Keller/Schöbi, s. 278; Glatthard, s. 56; Koller, AT, N 57.23; Schenker, Schuldnerverzug, N 770, 773; Serozan, Dönme, s. 386.

¹⁸⁶³ “*Zumutbarkeit*” kavramı için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Glatthard, s. 55; Koller, AT, N 57.23; Keller/Schöbi, s. 278; Serozan, Dönme, s. 386.

¹⁸⁶⁴ Serozan, Dönme, s. 386.

¹⁸⁶⁵ Aynı yönde bkz. Tandoğan, Nullité, s. 292.

¹⁸⁶⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214.

kısmi dönmenin taraflar açısından makul karşılığında söylenebilir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde kısmi dönmenin makul bir biçimde karşılanıp karşılanmadığı tespit edilirken, tarafların sözleşmeyle güttüğü ifa menfaati, karşı tarafça bilindiği ve bilinebildiği ölçüde, objektifleştirilmiş biçimde ele alınmalıdır. Kısmi dönmenin taraflarca makul karşılanması şartı, somut olay adaletinin sağlanmasına hizmet eder. Bu nedenle, her somut olay özelinde değerlendirme yaparak sonuca ulaşmak gerekir.

Kısmi dönmenin taraflarca makul karşılanması koşulu, hem alacaklı hem de borçlu açısından aranır¹⁸⁶⁷. Alacaklı açısından bakıldığında, dürüstlük kuralı ışığında, kısmi ifayla yetinmesinin makul bir biçimde kendisinden beklenip beklenmediği tespit edilmelidir. Şayet, alacaklıdan kısmi ifayla yetinmesi makul bir biçimde beklenemiyorsa veya kısmi ifa alacaklıya bir menfaat sağlamıyorsa, sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönmek mümkün olmalıdır¹⁸⁶⁸. Borçlu açısından bakıldığında ise, borçlunun sözleşmeden kısmen dönme neticesinde menfaatlerinin orantısız bir biçimde ihlal edilip edilmediği araştırılmalıdır. Sözleşmeden kısmen dönme, borçlu açısından orantısız bir zarar tehlikesi yaratıyorsa, sözleşmeden kısmen dönme yerine, sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeden dönme hakkı kullanılmalıdır¹⁸⁶⁹. Nitekim, borçlu temerrüdüne kısmen başvurulmasının borçluyu önemli bir zarara sokacak olması durumunda, borçlu da temerrüdün sonuçlarına kısmen değil, tamamen başvurulmasını talep edebilir¹⁸⁷⁰.

Tartışılması gereken diğer bir önemli nokta, tamamına nazaran **borcun yalnızca önemsiz bir kısmının ifa edilmiş olması** durumunda, alacaklının sözleşmeden kısmen dönme imkânının engellenip engellenmeyeceğidir¹⁸⁷¹. Özellikle, İsviçre ve Alman öğretisinde önemli bir grup yazar tarafından savunulduğu üzere¹⁸⁷², borcun

¹⁸⁶⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Glatthard, s. 56; Schenker, Schuldnerverzug, N 770, 773; Koller, AT, N 57.23.

¹⁸⁶⁸ Bkz. yukarıda, B.4/II/C/1, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlık.

¹⁸⁶⁹ Benzer yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Koller, AT, N 57.23; Schenker, Schuldnerverzug, N 770. Bkz. aşağıda, B.4/II/C/4, “Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması” ve aşağıda, B.4/III/D, “Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükmünün Uygulanmasını Talep Etmesi” isimli başlıklar.

¹⁸⁷⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 41; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Tandoğan, Nullité, s. 292; Koller, AT, N 57.23; Lemp, s. 62; Schenker, Schuldnerverzug, N 770.

¹⁸⁷¹ Konu hakkında bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 158; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 34; Medicus/Lorenz, § 37 N 21; Canaris, Unteilbarkeit, s. 17, 36 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 292; Glatthard, s. 56.

¹⁸⁷² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 34; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Canaris, Unteilbarkeit, s. 17, 36 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 292; Glatthard, s. 56.

Gauch, çok yazarlı eserinde, borcun önemsiz bir kısmı ifa edilmemişse, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını belirtmiş; ancak, sözleşmeden dönme hakkının kısmen mi yoksa tamamen

yalnızca önemsiz bir bölümünün ifa edilmemiş olması durumunda, dürüstlük kuralı uyarınca, kısmen dahi olsa, alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesi makul bir biçimde karşılanmaz. Benzer şekilde, kısmi temerrüdün, borçlunun ifa ettiği edimle eşdeğer sayılamayacak bir yan edim yükümlülüğü bakımından gerçekleşmesi durumunda, alacaklının kısmi dönme hakkının bulunmadığı savunulmaktadır¹⁸⁷³. Kısmi temerrüdün yan edim yükümlülüğüyle sınırlı olduğu hâllere, borçlunun önemsiz bir eklentiyi teslim etmemesi veya bir yan münhasırlık yükümlülüğünü ihlal etmesi örnek olarak gösterilmektedir¹⁸⁷⁴. Bu görüş çerçevesinde savunulan benzer bir yaklaşıma göre ise, alacaklının kısmi dönme hakkının ortadan kaldırılması için, ifa edilmeyen kısmın önemsiz olmasının yanı sıra, alacaklının daha önce ifa edilmiş olan kısımdan yararlanabilecek olması şartı da aranır¹⁸⁷⁵. Başka bir deyişle, ifa edilmeyen kısmın önemsiz olması yetmez; ayrıca, alacaklının kısmi ifadan yararlanabiliyor olması gerekir.

Bizim de savunduğumuz aksi görüşe göre¹⁸⁷⁶, tek başına edimin yalnızca önemsiz veya anlamsız bir kısmının ifa edilmemiş olması durumunda, sözleşmeden kısmen dönme hakkı ortadan kaldırılamaz. Zira, borcun ifa edilmeyen kısmı ne kadar önemsiz olursa olsun, sözleşmeden kısmen dönme, karşı edim alacağına yalnızca o nispette önemsiz bir azalmaya neden olur. Böylece, kısmi ifa engeli neticesinde bozulan edim ve karşı edim dengesi yeniden sağlanır. Ayrıca, kanun koyucu, TBK m. 230 f. II (İsvBK m. 209 f. III) hükmünde¹⁸⁷⁷, asıl eşyayla birlikte satılan yan (*fer'i*) eşyalar bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini açıkça öngörmüştür. TBK m. 230 f. II hükmünden kıyasen yararlanılması neticesinde, asıl

mi kullanılamayacağına açıklık getirmemiştir. Kanımızca, yazar, borcun önemsiz bir kısmı ifa edilmemişse, alacaklının sözleşmeden “tamamen” dönemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2813.

¹⁸⁷³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 34.

¹⁸⁷⁴ Münhasırlık yükümlülüğü, bir çeşit rakiple çalışmama veya rekabet etmeme borcudur. Kanımızca bir yapmama borcu olan münhasırlık teminatının yerine getirilmemesi, kısmi temerrüde değil, kısmi ifa imkânsızlığına yol açar. Bu nedenle verilen örnek isabetli sayılmaz. Örnek için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 34. Öte yandan, yan yükümlülüklerinin sinallagma ilişkisi içinde yer almaması nedeniyle sözleşmeden dönmeye cevaz verilmemesi ayrı bir tartışma konusudur. Sinallagma ilişkisi içinde yer almayan yan yükümlülüklerin sözleşmeden dönme imkânı vermeyeceği yönünde bkz. BK-Becker, Art. 107 OR N 13; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2803. Yan edim yükümlülükleri konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.2/II/C/3**, “*Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa*” isimli başlık.

¹⁸⁷⁵ **Glatthard**, s. 56.

¹⁸⁷⁶ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 158; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 21; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215.

¹⁸⁷⁷ TBK m. 230 f. II hükmü açısından detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/d**, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” ile yukarıda, **B.1/II/C/2/d**, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

borca nazaran önemsiz görünen bir kısmın veya bir yan eşyanın ifa edilmemiş olması durumunda da sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilceği sonucuna ulaşılır.

Alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesine mâni olmak isteyen borçlunun, borcunun yalnızca önemsiz bir kısmını ifa etmediğini ileri sürerek, kendi kusurlu davranışına dayanması, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı sayılır ve hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Zira, asıl makul görülmeyen sonuç, alacaklının edimin bir kısmını elde etmesine karşılık, kendi karşı edimini bütünüyle ifa etmesi olmalıdır¹⁸⁷⁸. Örneğin, işgörme borcu altına giren bir kişi, borçlandığı edimin önemsiz bir kısmını ifa etmemişse, ücret alacağının buna mukabil önemsiz bir kısmının indirilmesine katlanmak zorundadır¹⁸⁷⁹. Özetle, borcun yalnızca önemsiz bir bölümünün ifa edilmemiş olması durumunda sözleşmeden (*kısmi*) dönme hakkını hariç tutan bu görüş, sözleşmenin tamamından dönme bakımından uygulanabilir olsa da¹⁸⁸⁰, sözleşmeden kısmen dönme açısından isabetli bir koşul teşkil etmez.

d. Tarafların Kusurunun Kısmi Dönmeye Etkisi

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, borçlunun kusurlu olmasına bağlı değildir¹⁸⁸¹. Başka bir deyişle, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmasa bile, alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Kısmi temerrütte sözleşmeden kısmen dönmek için borçlunun kusurlu olması aranmaz¹⁸⁸². Nitekim, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklının borcundan kurtulması yönündeki düşünce, ahlaken borçlunun borca aykırı davranarak kınanmış olmasını gerektirmez¹⁸⁸³. Aynı şekilde, borçlunun borcunu ifa etmediği oranda alacaklının da

¹⁸⁷⁸ **Medicus/Lorenz**, § 37 N 21.

¹⁸⁷⁹ *Örneğin* bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215. İşgörme sözleşmelerinde kısmen dönme yetkisi ve bunun koşulları hakkında bkz. **Tillmanns**, s. 397 vd. Ayrıca bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215, dn. 393; **AlmFM**, BGH, NJW 1990, s. 2549 vd.

¹⁸⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/III/C/2**, “*Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi ve Borçlunun Temerrütte Olduğu Kısmın Önemsiz Olması*” isimli başlık.

¹⁸⁸¹ **BSK-Wiegand**, Art. 97 OR N 58; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 4; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 32; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 155, dn. 93; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2794; **Ramoni**, N 80; **Huguenin**, OR, N 960; **Guggenheim**, Contrats II, s. 219; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 697; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.30; **Koller**, AT, N 55.18; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1533. İsviçre-Türk Hukuku’nun aksine, Alman Hukuku’nda BGB § 286 Abs. 4 uyarınca, borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şarttır. Alman Hukuku’nda “*Kein Verzug ohne Verschulden*” yani “*Kusur olmadan temerrüt olmaz*” ilkesi kabul edilmiştir. Bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 286 N 129 vd.; **Erman-Hager**, BGB § 286 N 56 vd.; **Emmerich**, § 16 N 61 vd. Öte yandan, Alman Hukuku’nda borçlunun temerrüde düşmesi için kusur gerekirse de, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, borçlunun kusurlu olması aranmaz. Bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB Vor. § 323 N 3.

¹⁸⁸² **Bucher**, AT, s. 382.

¹⁸⁸³ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 32; **Müller-Chen**, s. 220 vd.

kendi karşı edim borcundan kurtulması, borçlunun kusurlu olmasının değil, aralarındaki sinallagma ilişkisinin gereğidir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine meydana gelen iade talepleri de tarafların kusurundan bağımsızdır. Kısmi dönme hâlinde, sözleşmenin kısmi tasfiyesi amacıyla ödenmesi gereken denkleştirme bedeli de alacaklı ve borçlunun kusuruna bağlı değildir¹⁸⁸⁴. Zira, gerek iade talebi, gerek denkleştirme bedeli, borca aykırılığın değil; sözleşmenin tamamen veya kısmen tasfiye edilmesinin sonucudur. Aynen iade borcunun aynen ifasının imkânsız hâle gelmesi durumunda, aynen iade borcunun yerine geçen nakden iade borcu da, kusurdan bağımsızdır¹⁸⁸⁵.

Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borçlarının aksine, TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. II) uyarınca sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle talep edilen olumsuz zararın tazmini, borçlunun kusuruna bağlıdır. Borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda, alacaklının olumsuz sözleşme menfaatini tazmin etme borcu ortadan kalkar¹⁸⁸⁶. Olumsuz zarar, sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı alacaklının içinde bulunacağı durumu tesis etmeyi amaçladığı için, borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda, olumsuz zarar tazmin edilemeyeceğinden, alacaklı, sözleşmeyi hiç akdetmemiş olsaydı içinde bulunacağı farazi konuma değil, sözleşme kapsamında karşılıklı borçlar hiç ifa edilmemiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmiş olur¹⁸⁸⁷.

Son olarak, Alman Hukuku'nun da etkisiyle, borçlunun temerrüde düşmesinde borçluyla birlikte alacaklının da kusurunun bulunması durumunda, alacaklının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmadığı ve bu hakkını kaybedeceği savunulmaktadır¹⁸⁸⁸. Örneğin, alacaklının yanlış talimatlar vererek borçlunun temerrüde düşmesine sebebiyet vermesi böyledir. Söz konusu görüş uyarınca, **alacaklının birlikte (müterafik) kusuru**, sözleşmeden kısmen veya tamamen dönme hakkının kullanılmasına mâni olur. Nitekim, BGB § 323 Abs. VI uyarınca, alacaklı

¹⁸⁸⁴ Kısmi tasfiye amacıyla gerçekleştirilen denkleştirme konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/c/iv**, “*Sorunun Toplu Kıyas Yoluyla Çözümü ve Edimler Arasında Denkleştirme Yapılması*” isimli başlık.

¹⁸⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/III/A/3/c**, “*Tam Tazmin Görüşü*” isimli başlık.

¹⁸⁸⁶ BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 8; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 33, 62. Örneğin bkz. İsvFM, 14.12.2000, 4C.159/2000: “(...) İsvBK m. 109 f. II uyarınca, sözleşmeden dönen herkes, borçlu kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zarar için tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bu nedenle borçlu, edimin ifasında temerrüde düşmekten sorumlu olmadığını kanıtlamalıdır. Borçlunun kusurlu olduğu, karine olarak varsayılır (...)”. Olumsuz zarar konusunda bkz. aşağıda, **B.3/III/C/5**, “*Olumsuz Zararın Tazmini*” isimli başlık.

¹⁸⁸⁷ Leser, Rücktritt, s. 145 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 699; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 62.

¹⁸⁸⁸ BK-Becker, Art. 109 OR N 15; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 36; Ehrat, N 334.

kendisine sözleşmeden dönme hakkı veren durumdan tek başına veya borçluyla birlikte sorumluya, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

Kanımızca, İsviçre-Türk Hukuku'nda alacaklının borçluyla birlikte kusurlu olması hâlinin sözleşmeden dönme hakkının sona erdiren bir sebep olarak ele alınması ve sözleşmeden dönme hakkının alacaklının kusursuz olmasına bağlanması isabetli değildir. Kanımızca, böyle hâllerde, **dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı** (TMK m. 2; İsvMK m. 2) işler kılınmalıdır. Nitekim, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını, dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı şekilde ileri sürmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkı hukuken herhangi bir sonuç doğurmaz¹⁸⁸⁹.

3. Kısmi Dönmenin Hukuki Niteliği

Sözleşmeden kısmen dönme hakkı, kısmi temerrüt rejimi içerisinde öne çıkan başat hukuki çarelerden biri olsa da, kanunda açıkça öngörülmemiş bir hukuki kurum olduğu için, ne şekilde hüküm ve sonuç doğuracağı konusunda belli tereddütler mevcuttur. Sözleşmeden kısmen dönmenin hukuki sonuçlarının tespit edilebilmesi için, öncelikle, kısmi dönmenin hukuken nitelendirilmesi gerekir. Söz konusu hukuki nitelendirmeye bağlı olarak, sözleşmeden kısmen dönmenin hukuki sonuçları tespit edilebilir. Klasik borçlar hukuku teorisinde, sözleşmeden dönme hakkının tanımı yeknesak biçimde verilemez. Zira, sözleşmeden dönme hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide ve uygulamada görüş birliği yoktur:

- i. *İlk olarak*, öğretide önceden beri savunulan **klasik dönme teorisi** uyarınca¹⁸⁹⁰, dönme hakkı, nitelik itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte, sözleşme kurulduğu andan itibaren, geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkar. Daha önceden ifa edilmiş edimlerin ifa sebebi

¹⁸⁸⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 36; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2796-2797; Schenker, Schuldnerverzug, N 740.

¹⁸⁹⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 109 OR N 2; Stanislas, s. 27-28; von Büren, AT, s. 380; Schönle, SJ 1977, s. 483; Guggenheim, Contrats I, s. 80; Honegger, s. 29; Comment, s. 141-142; Decurtins, s. 49; Schubiger, s. 63-64; Furrer, s. 67; Anex, s. 115, 134; Voser, s. 84-85; Tandoğan, Mes'uliyet s. 504; Tandoğan, Cilt I/1, s. 190; Feyzioğlu, s. 263-264; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1699; Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 89-90; Helvacı, s. 174; Hatemi/Gökayla, § 26 N 88; Yargıtay HGK, E. 2011/19-498, K. 2011/572, T. 28.9.2011 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2011/19-597, K. 2012/80, T. 15.2.2012 (Kazancı): "(...) Satım sözleşmesinden dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, bir irade açıklaması olarak, satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Dönme üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının doğal bir sonucu olarak, tarafların edimlerinin karşılıklı olarak aynı anda ifası gerekir. Dolayısıyla davacı/alıcı, elindeki aracı davalı/satıcıya fiilen teslim ve tescil şartıyla, satım bedelini alabilecektir (...)"

(*causa solvendi*) sona erdiği için, söz konusu edimler tarafların malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder.

- ii. *İkinci olarak, istihkak görüşü* şeklinde de ifade edilen aynı etkili dönme görüşü uyarınca¹⁸⁹¹, klasik görüş, sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde yeniden yorumlanır. Bu görüşe göre, bozucu yenilik doğuran bir hak olan dönme hakkının kullanılmasının ardından, sebebe bağlı (*illi*) olan tasarruf işlemleri de, sebebin ortadan kalkmasıyla birlikte hükümsüz hâle gelir.
- iii. *Üçüncü olarak*, öğretide hemen hemen terk edilmiş olan **kanuni borç ilişkisi teorisi görüşü**¹⁸⁹² uyarınca, sözleşmenin geçmişe etkili bir şekilde sona ermesiyle birlikte taraflar arasında bir kanuni borç ilişkisi meydana gelir ve bu borç ilişkisi uyarınca ifa edilmiş edimlerin iade edilmesi gerekir.
- iv. *Son olarak*, İsviçre Federal Mahkemesi¹⁸⁹³ ile güncel İsviçre öğretisi tarafından oybirliğiyle kabul edilen ve taraftarları Türk Hukuku'nda da giderek artan, bizim de isabetli bulduğumuz **dönüşüm teorisi** veya tasfiye ilişkisi görüşü uyarınca¹⁸⁹⁴, sözleşmeden dönme hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.

¹⁸⁹¹ BK-Giger, Art. 208 OR N 8-9; Rossel, Édition IV, s. 281; Engel, Contrats, s. 42; Cavin, s. 98; Keller/Siehr, s. 88; Keller/Lörtscher, s. 72; Öz, Dönme, s. 39-40; Öz, MHAD 1985, s. 131-172 s. 141; Buz, Dönme, s. 140; Yargıtay 23. HD, E. 2015/9708, K. 2018/3902, T. 3.7.2018 (Kazancı). İsviçre Federal Mahkemesi'nin dönüşüm teorisini benimsediği 1988 tarihli kararından önceki içtihadında bu yönde bkz. İsvFM, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260: "(...) Satış sözleşmesinde mülkiyetin nakli sebebe bağlı bir işlemdir. Sözleşmeden dönme yarar ve hasarıyla birlikte satılanın mülkiyetinin genellikle satıcı olan eski malike dönmesi sonucunu doğurur (...)". Karar için bkz. Piotet, DC 1984, s. 10 vd.

¹⁸⁹² BK-Becker, Art. 109 OR N 4; Schmid, s. 38-39; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 967-968.

¹⁸⁹³ İsvFM, ATF 137 III 243 = JdT 2014 II 443; ATF 133 III 356 = JdT 2008 I 91; ATF 132 III 242 = JdT 2006 I 49 = SJ 2006 I 317; ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 126 III 119 = JdT 2000 I 630; ATF 130 III 504; ATF 133 III 356 = JdT 2008 I 91; ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; ATF 123 III 226; ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260. İsviçre Federal Mahkemesi'nin dönüşüm teorisini benimsediği 1988 tarihli ilke kararı için bkz. İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523: "(...) Öğretide savunulan en güncel görüşlerle birlikte, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi iptal etmediği (geçersiz hâle getirmediği) kabul edilmelidir. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin konusunu değiştirerek, onu tasfiye ilişkisi (rapport de liquidation / Liquidationsverhältnis) hâline getirir. Bu durumda her iki tarafın İsvBK m. 109 hükmüne dayanan talepleri sözleşmesel niteliktedir. Zamanaşımı açısından ise genel hükümler uygulama alanı bulur. Tazminat talepleri gibi iade talebi de kaynağını dolaylı olarak borçlunun sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmemesinde bulur. Bu açıdan, her iki alacağı zamanaşımı bakımından farklı değerlendirmek için herhangi bir sebep bulunmamaktadır (...)".

¹⁸⁹⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 46 vd.; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 6; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 208 CO N 2; Gauch, Entreprise, N 1538-1539; Piotet, DC 1984, s. 12; Tercier/Pichonnaz, N 1416-1418; Tercier/Bieri/Carron, N 775; Bucher, BT, s. 98; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 3288; von Büren, BT, s. 39; Berger, AT, N 1440; Koller, BT, § 4 N 189-190; BSK-Honsell, Art. 208 OR N 3; Honsell, BT, s. 119-120; Huguenin, OR, N 960; Guhl/Koller, § 42 N 42; Koller, BR 2006, s. 4 vd.; Hartmann, N 17; Lüchinger, N 255; Müller-Chen/Girsberger/Droese, s. 70; Weber-Cafilisch, s. 83; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 9; Vionnet, Vente, N 334; Serozan, Borçlar Özel, N 767; Serozan, Dönme, s. 73-74; Eren, Borçlar Özel, N 408; Eren, Borçlar Genel, N 3502; Serozan, Borçlar Genel, § 17 N 18; Yavuz, s. 169; Aral/Ayrancı, s. 144; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1417; Erdem, Zamanaşımı, s. 90, 91; Atamer, Taşınır Satımı, s. 208; Kahveci, s. 184; Akçura Karaman, GSÜHFD 2018, s. 303; Kara, Zamanaşımı, s. 159-160. Dönüşüm teorisine eleştirel bir bakış için bkz. Buz, SJZ 2015, s. 565.

Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin içeriği, ileriye etkili olarak (*ex nunc*) bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Sözleşmeden dönme bildirimi, bir vakıa olarak mevcudiyet gösteren sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemez; sözleşmenin kuruluşu anındaki *status quo ante*'nin yeniden sağlanması amacıyla sözleşme ilişkisini yalnızca bir tasfiye ilişkisine dönüştürerek, taraflar arasında karşılıklı iade borçlarının doğmasını sağlar.

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, aynı sözleşmeden (*tamamen*) dönme hakkı gibi, bir **yenilik doğuran hak** olarak nitelendirilebilir. Sözleşmeden kısmen dönme hakkı öyle bir haktır ki, borçlunun hakimiyet alanına varmakla hukuki sonuçlarını doğurur; hâkim kararına ihtiyaç duyulmaksızın, yöneltmesi gerekli tek taraflı irade beyanı şekilde kullanılır; kullanılmakla tükenir ve kural olarak kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Söz konusu yenilik doğuran işleme muhatap olan borçlu, irade beyanının hakimiyet sahasına varmakla meydana getirdiği etkiyi, tek taraflı olarak bertaraf edemez.

Her ne kadar sözleşmeden kısmen dönme hakkı, sözleşmeden tamamen dönme hakkı gibi, bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilse de, sözleşmeden kısmen dönme hakkının hüküm ve sonuçlarının, sözleşmenin tamamından dönmeyle aynı olması beklenemez. Esasen, her iki hak için “*sözleşmeden dönme*” kavramının kullanılması, bir yanılsama meydana getirir. Zira, sözleşmeden kısmen dönme, terim anlamıyla sözleşmeden dönme kavramının içine yedirilemeyecek bir hukuki durum yaratır. Şöyle ki:

Kısmi temerrüt hâlinde temel ilke, borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir¹⁸⁹⁵. Sözleşmeden kısmen dönme ise, **sözleşmenin iki kısma ayrılması** anlamına gelir¹⁸⁹⁶. Bunlar sözleşmenin ifa edilmiş kısmı ile henüz ifa edilmemiş olan kısmıdır. Kural olarak, sözleşmeden dönme hakkı, ancak borcun ifa edilmemiş bakiye kısmı açısından ve bu kısma karşılık gelen karşı edim nazara alınarak kullanılabilir¹⁸⁹⁷. Sözleşmeden kısmen dönme

¹⁸⁹⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

¹⁸⁹⁶ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Schenker, Schuldnerverzug, N 767, 769; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

¹⁸⁹⁷ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 211, 213; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Emmerich, § 19 N 18; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412;

neticesinde, edimin ifa edilmemiş olan (*mütemerrit*) kısmı sona erer; buna mukabil, karşı edim borcu, borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifa oranında yerine getirilir ve bu oranı aştığı ölçüde karşı edim borcu da kısmen son bulur. Buna karşılık, sözleşmenin ifa edilmiş olan kısmı ve bu kısma karşılık gelen karşı edim borcu varlığı korur. Sözleşmenin ifa edilmemiş olan bölümü son bulduğu için, kısmi temerrüt rejiminin diğer sonuçlarına nazaran, kısmi dönme hâlinde sözleşmenin iki kısma ayrılması, daha belirgin ve kesin bir şekilde gerçekleşir.

Sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş bölümünü etkilemezken, sözleşmenin ifa edilmemiş bölümü bakımından bir **kısmi tasfiye ilişkisi** (*rapport de liquidation partielle / Teilliquidationsverhältnis*) meydana getir. Böylece, sözleşmeden kısmen dönme neticesinde, sözleşmenin içeriği yalnızca ifa edilmiş kısma indirgenir ve karşılıklı borçlar, sanki kısmi ifa oranında var olmuş gibi azaltılarak varlıklarını devam ettirir. Bu nedenle, öğretide, sözleşmeden kısmen dönme bakımından sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) terimi yerine, **sözleşmenin feshi** veya **kısmen sona ermesi** (*beschränkte Vertragsauflösung*) kavramının daha uygun düştüğü ifade edilmektedir¹⁸⁹⁸.

Sözleşmeden (*tamamen*) dönme, sözleşmenin kuruluşu anındaki *status quo ante*'nin yeniden sağlanması amacıyla, sözleşme ilişkisini yalnızca ve tamamen bir tasfiye ilişkisine (*rapport de liquidation / Liquidationsverhältnis*) dönüştürerek, ifa edilmiş olan bütün edimlerin iade edilmesini ve sözleşmenin tamamen çözülmesini gerektirir. Geçmişe etkili olsun veya olmasın, sözleşmeden dönme hakkı, edim ve karşı edim ilişkisinin tamamen çözülmesi¹⁸⁹⁹ akabinde, sözleşmenin kurulduğu sıfır noktasına geri dönmeyi amaçlar. Zira, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, işlem menfaati (*favor negotii*) son bulduğu için tasfiyenin kaçınılmaz hâle geldiği kabul edilir. Oysa, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, kısmi de olsa sözleşmenin ve sinallagma ilişkisinin devam ettirilebilmesi için, işlem menfaati (*favor*

Schenker, Schuldnerverzug, N 769; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 971-972; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; **Öz**, Dönme, s. 42-43; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

¹⁸⁹⁸ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **Glatthard**, s. 56.

¹⁸⁹⁹ Sözleşmeden dönme üzerine edim ve karşı edim ilişkisi tamamen çözülsün de, sözleşme ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüşmesi nedeniyle, sinallagma ilişkisi, karşılıklı iade borçları açısından tasfiye ilişkisinin sonuna değin devam eder. Bu nedenle, karşılıklı iade borçları aynı anda ifa edilir. Bkz. **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 12; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 710-711; **Hartmann**, N 761 vd.

negotii) ile sözleşme menfaati (*favor contractus*) ilkeleri temelinde bulunmuş bir çözümdür.

Sözleşmeden kısmen dönme neticesinde, alacaklının bölünebilir nitelikte olan karşı edim borcu, borçlunun kısmen ifa ettiği edim borcu seviyesine indirilir. Aslında kısmi dönme yoluyla yapılan işlem, sözleşme kurulurken edim ve karşı edim arasında tesis edilen sinallagma ilişkisini (*Austauschverhältnis*) tamamen ortadan kaldırmadan, muhtevası kısmi ifa nispetine indirgenmiş ve ifa edilmeyen kısım bakımından daraltılmış bir **kısmi sinallagma ilişkisi** (*Teilaustauschverhältnis*) hâline dönüştürmektir¹⁹⁰⁰. Böylece, sinallagma ilişkisi kısmi ifa neticesinde meydana gelen fiili duruma uyarlanarak ayakta tutulmuş olur¹⁹⁰¹.

Görüldüğü üzere, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması, **karşılıklı borçların indirim tabi tutulması** (*réduction des obligations réciproques du contrat*) şeklinde hukuki sonuç doğurur¹⁹⁰². Sözleşmeden kısmen dönme hakkı, edim ve karşı edim yükümlülüklerinin kısmi temerrüt oranında azaltılması şeklinde sonuç doğurduğu için, bu hak, kısmi temerrüt rejiminin sınırları içinde ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından söz konusu olan bir **indirim hakkı** (*Minderungsrecht / droit de la réduction*) olarak nitelendirilmelidir¹⁹⁰³. Tersten doğrulamak gerekirse, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, bir çeşit indirim hakkı olduğu ve her iki edimin kısmi ifa oranında azaltılması sonucunu doğurduğu için, edim ve karşı edimin her ikisinin de bölünebilir nitelikte olması aranır. O hâlde, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan sözleşmeden kısmen dönme hakkı, indirim hakkına karşılık gelir ve onunla aynı hukuki sonuçları doğurur.

¹⁹⁰⁰ Kısmi sinallagma veya kısmi karşılıklılık (*Teilaustausch*) kavramını zikreden eserler için bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

¹⁹⁰¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59.

¹⁹⁰² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38: “*réduction des obligations réciproques du contrat*”; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215: “*anteilige Herabsetzung der geschuldeten Gegenleistung*”; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27, BGB § 325 N 46; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232: “*bei entsprechender Minderung der Gegenleistung*”; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429: “*réduction des prestation / réduction des obligations réciproques*”; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426, 1429: “*karşılıklı borçların indirilmesi / edimlerin indirilmesi*”.

¹⁹⁰³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215, BGB § 325 N 33; Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury, BGB § 346 N 64; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27, BGB § 325 N 46; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426, 1429; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429.

Nitekim, Alman kanun koyucusu, “*ifa yükümlülüğünün ortadan kalkması hâlinde karşı edim yükümlülüğünün sona ermesi ve sözleşmeden dönme*” başlığını taşıyan BGB § 326 Abs. I hükmünde¹⁹⁰⁴, borçlunun aynen ifada bulunmasının gerekmediği hâllerde (BGB § 275 Abs. I), alacaklının da karşı edim borcunun düşeceğini belirtmiş; kısmi ifa hâlinde ise, satış sözleşmesinde bedel indirimi hakkını düzenleyen BGB § 441 Abs. III hükmünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde tatbik edileceğini öngörmüştür. Böylece, Alman Medeni Kanunu’nda kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde alacaklının sahip olduğu kısmi dönme hakkının, indirim hakkına karşılık geldiği teyit edilmiş olmaktadır¹⁹⁰⁵. BGB § 326 Abs. I hükmünde, açıkça kısmi ifa hâlinde bedel indirimi hakkını düzenleyen BGB § 441 Abs. III hükmünün uygulama alanı bulacağını belirtilmesi, sözleşmeden kısmen dönme hakkının indirim hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği anlamına gelir ve sözleşmeden kısmen dönmenin, hukuken karşılıklı borçların indirilmesi şeklinde sonuç doğuracağını gösterir. Kanaatimizce, Alman Hukuku’nda varılan çözüm, İsviçre-Türk Hukuku açısından da isabetlidir¹⁹⁰⁶. İsviçre-Türk Hukuku’nda da, kısmi temerrüt hâlinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için söz konusu olan sözleşmeden kısmen dönme hakkının indirim hakkı olarak nitelendirilmesi ve indirim hakkına ilişkin ilkelerden, sözleşmenin kısmen tasfiyesi esnasında istifade edilmesi yerinde olur.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkının indirim hakkı olarak nitelendirilmesi İsviçre-Türk hukuk sistemine de yabancı değildir. İsviçre-Türk Hukuku’nda iki noktada sözleşmeden kısmi dönme hakkı, indirim hakkı şeklinde nitelendirilir veya her iki imkân birbiriyle eş tutulur:

- a) *İlk olarak*, kanun koyucu, TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünde, birden çok mal satışında, aralarından yalnızca bazılarının ayıplı olması ihtimalinde, sözleşmeden dönmenin kapsamını düzenler¹⁹⁰⁷. TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca,

¹⁹⁰⁴ **BGB § 326, Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht:** “(1) (...) *bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung* (...)”. Esasen BGB § 326 hükmü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, edim yükümlülüklerinden birinin BGB § 275 uyarınca ortadan kalkması hâlinde, yani ifa imkânsızlığı durumunda karşı edim yükümlülüğünün akıbetini düzenlemektedir. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 326 N 1 vd.; Soergel-Gsell, BGB § 326 N 2 vd.; Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N A 1 vd.

¹⁹⁰⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59-60; Soergel-Gsell, BGB § 326 N 21; de Raemy, s. 90-91.

¹⁹⁰⁶ İsviçre-Türk Hukuku’nda bu yönde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426.

¹⁹⁰⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 1; BK-Giger, Art. 209 OR N 4; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” ile yukarıda, B.1/II/C/2/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

satış sözleşmesinin konusunun çokluğu durumunda, kural olarak, sözleşmeden tamamen değil, kısmen dönme hakkının kullanılacağı kabul edilmiştir¹⁹⁰⁸. Öğretide ifade edildiği üzere, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla aynı hukuki sonucu meydana getirir¹⁹⁰⁹. Bu sebeple, öğretideki hâkim fikre göre, TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca, satış bedelinin hangi oranda indirileceği tespit edilirken, bedel indirimi hakkının kullanılmasında yararlanılan nispi yöntemden yararlanılması gerekir¹⁹¹⁰.

- b) *İkinci olarak*, CISG m. 51 f. I hükmünde, alıcıya tanınan hakların yalnızca sözleşmeye aykırı kısım bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. CISG m. 51 hükmü, satılan malların bir kısmının teslim edilmesi (*kısmi ifa*) veya bir kısmının sözleşmeye uygun olması (*bir kısmının ayıplı olması*) durumunda, kural olarak, sözleşmeye aykırılığı, yalnızca teslim edilmeyen veya sözleşmeye aykırı olan kısım ile sınırlamayı amaçlar¹⁹¹¹. Alıcı, şartların sağlanması hâlinde, sözleşmeden dönme hakkını, kısmi ifa söz konusuysa eksik kısım için, sözleşmeye uygun olmayan ifa mevcutsa ayıplı kısım bakımından kullanır. Sözleşmeyi kısmen sona erdirmeye veya sözleşmeden kısmen dönme hakkının hukuki sonucu, satış bedelinin, eksik veya ayıplı ifa oranında, yani, teslim edilmemiş olan kısım nispetinde indirim tabi tutulmasıdır¹⁹¹². Bu sebeple, sözleşmeden kısmen dönme konusunda, bedel indirimi hakkını düzenleyen CISG m. 50 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁹¹³.

Sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması, pek çok özel borç ilişkisi açısından açıkça indirim hakkına karşılık gelir. Bir satış sözleşmesi çerçevesinde, şayet satılanın bir bölümü eksik ifa edilmişse, sözleşmeden kısmen dönme, hukuken bedel

¹⁹⁰⁸ BK-Giger, Art. 209 OR N 9; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 3; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1; Furrer, s. 69; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003: “(...) İsviçre Hukuku, somut olaydaki sözleşme konusu açısından olduğu gibi, satılanın çokluğu hâlinde tekil ya da kısmi dönmeyi (Einzel- oder Teilwandelung) kural olarak belirlemiştir. Sözleşmeden dönme yalnızca kabul edilmeyen ve bedeli ödenmeyen ayıplı kısım için mümkündür (...)”.

¹⁹⁰⁹ BK-Giger, Art. 209 OR N 13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1.

¹⁹¹⁰ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5; BK-Giger, Art. 209 OR N 13; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 1; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 1.

¹⁹¹¹ Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 1 vd.; MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 1; Bianca/Bonell-Will, Art. 51 CISG N 2.1.; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 1; Honsell-Schnyder/Straub, Art. 51 CISG N 5; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Bach, Art. 51 CISG N 1; Salger, Art. 51 CISG N 1; Piltz, N 5-271. CISG m. 51 hükmü konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/D/2, “CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri” isimli başlık.

¹⁹¹² Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 6-7; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 5; Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 1; Achilles, Art. 51 CISG N 3.

¹⁹¹³ Neumayer/Ming, art. 51 CISG N 1.

indirimi hakkına tekabül eder¹⁹¹⁴. En basit örnekle anlatmak gerekirse, 1.000 kilogram kara buğdayın 10.000 USD bedel karşılığında satın alınmasını konu edinen bir satış sözleşmesinde, kara buğdayın yalnızca 800 kilogramı teslim edilmişse, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanan alacaklı, daha önce teslim edilen 800 kilogram tahılı ifa olarak kabul eder ve buna karşılık olarak bedel borcunun 8.000 USD tutarındaki kısmını öder. Böylece, satış bedeli, borçlunun temerrüde düştüğü 200 kilogramlık kara buğday ölçüsünde, yani 2.000 USD indirilmiş olur.

Birden fazla şeyin kiralanmasını konu edinen bir kira sözleşmesinde, kiraya veren, sözleşmenin konusunu oluşturan şeylerden bazılarının kullanım hakkını kiracıya devretmemişse, kiracı, kira bedelinin buna uygun düşen bir kısmını indirerek, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanabilir¹⁹¹⁵. Örneğin, birbirine denk beş lüks otomobilin günlük 25.000 TL bedel karşılığında kiralanmasını konu edinen bir sözleşme ilişkisinde, kiraya veren iki otomobili teslim etmemişse, kiracı, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanarak kira bedelini ifa edilmeyen kısım oranında indirebilir ve günlük 15.000 TL kira bedeli ödeyebilir.

Bir eser sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi çerçevesinde, işgörme borcu altına giren kişinin, işgörme borcunun bir kısmını ifa etmemiş olması ihtimalinde, işveren veya iş sahibi, ifa edilmeyen kısma karşılık gelen ücret veya bedel alacağını indirim tabi tutarak, sözleşmeden kısmen dönebilir¹⁹¹⁶. Örneğin, bir hafriyat kaldırma işinin, 500.000 TL bedel karşılığında tevdi edildiği ve iki hafriyat kamyonunun on gün boyunca çalışmasının öngörüldüğü bir sözleşme ilişkisinde, sadece bir hafriyat

¹⁹¹⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N1429; Tercier/Pichonnaz, N 1429.

¹⁹¹⁵ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215.

¹⁹¹⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 111. İşgörme sözleşmelerinde sözleşmeden kısmen dönme yetkisi ve bunun koşulları hakkında bkz. Tillmanns, s. 397 vd. Ayrıca bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215, dn. 393; AlmFM, BGH, NJW 1990, s. 2549 vd. İşgörme sözleşmelerinde, borcun ifa edilmeyen bölümünün, kısmi ifa imkânsızlığı mı yoksa kısmi temerrüt mü meydana getirdiğine dikkat edilmelidir. Öte yandan, sonuç her iki durumda da aynıdır. Alacaklı, ifa edilmeyen kısım için kısmi bir tazminat talep edebileceği gibi, sözleşmeden kısmi dönme hakkını da kullanabilir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 111. İsviçre-Türk Hukuku'nda, Alman Hukuku'na benzer şekilde, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı açısından, nasıl ki, borçlunun sorumlu olduğu tam imkânsızlık hâlinde alacaklıya, sözleşmeden dönme hakkı tanınıyorsa, bu imkânsızlık hâlinin kısmen gerçekleşmesi hâlinde de alacaklının bu imkândan mahrum bırakılmaması gerektiği ve alacaklının sözleşmeden kısmen dönme mümkünse, ifası imkânsızlaşan kısım bakımından sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği savunulmaktadır. Bkz. Glatthard, s. 157. Borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde alacaklının haiz olduğu sözleşmeden kısmen dönme hakkı ile, kısmi temerrütte alacaklının sözleşmeden kısmen dönmesi arasında hukuken büyük bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Glatthard, s. 157. Ayrıca bkz. CR-Thévenoz, art. 97 CO N 67. Kısmi ifa imkânsızlığı konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/I/B/2, "Kısmi Temerrüt ve Kısmi İfa İmkânsızlığı" ile yukarıda, B.1/II/C, "Kısmi Temerrüt Dışındaki Kısmi İfa Engelleri" isimli başlıklar.

kamyonunun on gün boyunca görevlendirilmesi durumunda, sözleşmeden kısmen dönen işsahibi, 250.000 TL tutarındaki bedel borcunu ödemekten kaçınabilir.

Görüldüğü üzere, İsviçre-Türk Hukuku'nda yalnızca ayıptan sorumluluk rejimi çerçevesinde bedel indirimi hakkının düzenlenmiş olması, indirim hakkının diğer sözleşmeler açısından mümkün olmayacağı anlamına gelmez¹⁹¹⁷. Nitekim, Fransız Hukuku'nda FrMK m. 1217 hükmünde **bedel indirimi** (*réduction du prix*), genel bir borca aykırılık yaptırımı olarak düzenlenmiştir. FrMK m. 1223 hükmünde detaylı bir biçimde ele alınan indirim hakkı, yalnızca nitelik eksikliği hâlinde değil, aynı zamanda borçlu temerrüdü çerçevesinde, nicelik eksikliği durumunda başvurulacak bir hukuki çare olma özelliği gösterir¹⁹¹⁸. Başka bir deyişle, indirim hakkı Fransız Hukuku'nda kısmi temerrüt bakımından uygulanır. O hâlde, bizim hukuk sistemimizde ayıptan sorumluluk çerçevesinde düzenlenen indirim hakkının, genel itibariyle sözleşmeden kısmen dönme hakkıyla uygunluk gösterdiği söylenebilir¹⁹¹⁹.

Son olarak, sözleşmeden kısmen dönme hakkının ne tür bir yenilik doğuran hak olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bedel indirimi hakkı ile indirim hakkı olarak nitelendirilen sözleşmeden kısmen dönme hakkı **değiştirici yenilik doğuran hak** olarak nitelendirilmelidir. Kısmi dönme beyanının karşı tarafın hakimiyet sahasına varmasıyla birlikte sözleşmenin içeriği, **ileriye etkili olarak** (*ex nunc*) bir **kısmi tasfiye** ilişkisine dönüşür. Sözleşmeden kısmen dönme beyanı neticesinde, sözleşme ilişkisi, kısmen ifa edilmiş ve ifa edilmemiş bölüm olmak üzere iki kısma ayrılır¹⁹²⁰. Kısmi tasfiye ilişkisi uyarınca, daha önce kısmen ifa edilmiş olan edim ve ona tekabül eden karşı edim tasfiye ilişkisinin dışında kalırken, kısmen ifa edilmemiş olan edim ve ona denk düşen karşı edim, tasfiye ilişkisinin kapsamını oluşturur. Nasıl ki

¹⁹¹⁷ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215.

¹⁹¹⁸ Bu yönde bkz. **Terré/Simler/Lequette/Chénéde**, N 787; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N 545; **Malinvaud/Mekki/Seube**, N 565. **FrMK m. 1223** uyarınca “(1) Edimin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, alacaklı, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra, şayet karşı edimin tamamını veya bir bölümünü ifa etmemişse, bedeli orantılı bir biçimde indirme kararını borçluya en kısa sürede bildirebilir. (2) Taraflar arasında anlaşma yoksa, bedeli ödeyen alacaklı, hâkimden bedel indirimine karar vermesini isteyebilir”. **FrMK m. 1217** uyarınca “(1) Kendisine karşı yükümlülüğün yerine getirilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği taraf, ifayı reddederek kendi borcunun ifasını askıya alabilir, borcun aynen ifasını talep edebilir, **bedel indirimi** elde edebilir, sözleşmeden dönebilir, borca aykırılığın sonuçlarının onarılmasını talep edebilir. (2) Birbiriyle bağdaşan talepler, her zaman birlikte ileri sürülebilir; söz konusu taleplere tazminat her zaman eklenebilir”. Fransız Hukuku'nda kabul edilen indirim hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. **Terré/Simler/Lequette/Chénéde**, N 785 vd.; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N 545-546; **Malinvaud/Mekki/Seube**, N 564 vd. 2016 tarihli Fransa Sözleşmeler Hukuku Reformu konusunda bkz. **Develioğlu**, Değişiklikler, s. 601 vd.

¹⁹¹⁹ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426, 1429; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426, 1429.

¹⁹²⁰ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 767, 769; **AlmFM**, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

sözleşmeden dönmede tasfiye amacının dışında kalan ifa edilmemiş borçlar dönme beyanıyla birlikte sona eriyorsa, sözleşmeden kısmen dönmede, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısım ve o kısma denk düşen karşı edim, kısmi dönme beyanıyla sona erer. Kural olarak borçlu ve istisnaen alacaklı, kısmi tasfiye ilişkisi kapsamına giren ve fazladan ifa edilmiş olan edimi iade etmek zorunda kalır. Geçerli bir biçimde kullanılan ve değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olan indirim hakkı, sözleşmede kararlaştırılan edimin, doğrudan ve geri dönülmez bir biçimde, uygun bir miktarda azaltılması ve böylece, edim ve karşı edim arasındaki eşdeğerlik ilişkisinin (“Äquivalenzverhältnis”) yeniden tesis edilmesi sonucunu doğurur¹⁹²¹.

4. Kısmi Dönmenin Sonuçları ve Kısmi Tasfiye İlişkisi

a. Genel Olarak Sözleşme İlişkisinin Kısmi Tasfiyesi

Kanun koyucu, TBK m. 125 f. II hükmünde, alacaklının, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebileceğini veya sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir. TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109) uyarınca ise “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

Genel borçlu temerrüdü rejiminde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmenin kuruluşu anındaki *status quo ante*’yi yeniden sağlamayı; yani, sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı taraflar hangi durumda bulunacak idilerse o farazi durumu tesis etmeyi amaçlar¹⁹²². İlk olarak, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, tarafların karşılıklı olarak asli edim yükümlülükleri sona erer¹⁹²³. Dönme beyanı

¹⁹²¹ AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 2863: “(...) Yukarıda açıklanan bağlayıcı etki, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak seçilen, hakkın yenilik doğuran niteliğinin zorunlu bir sonucudur (...) Bu durum, geçerli bir beyanla önceki hukuki ilişkiyi yeniden şekillendiren sözleşmeden dönme ve indirim hakkı için de geçerlidir. Geçerli bir biçimde kullanılan sözleşmeden dönme hakkının doğrudan bir tasfiye ilişkisine yol açtığı gibi, geçerli bir şekilde kullanılan indirim hakkı da, sözleşmeyle kararlaştırılan bedelinin doğrudan ve aynı zamanda geri döndürülemez bir biçimde uygun miktarda azaltılması (§ 441 III BGB) ve böylece edim ile karşı edim arasındaki eşdeğerlik (denklik) ilişkisinin yeniden kurulması sonucunu doğurur (...)”. Aynı yönde bkz. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N 545: “Rééquilibrage”.

¹⁹²² BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 59; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 5; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

¹⁹²³ von Tuhr/Escher, § 73, s. 155; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 58; BK-Becker, Art. 109 OR N 6; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 16; Bucher, AT, s.

üzerine, taraflar, kendi edim yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınma hakkı elde eder¹⁹²⁴. İkinci olarak, sözleşmeden dönme üzerine, sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine (*rapport de liquidation / Liquidations-, Abwicklungsverhältnis*) dönüşür¹⁹²⁵. Taraflar, daha önce ifa ettikleri edimlerin iade edilmesine yönelik, kaynağını sözleşmeden alan bir hak elde eder¹⁹²⁶. Üçüncü olarak, iade talebinin yanı sıra, alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı olumsuz zararın tazminine yönelik bir alacak hakkı kazanır¹⁹²⁷.

Kısmi temerrüt rejiminde, sözleşmeden kısmen dönme hakkı, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmı açısından ve bu kısmın karşılık geldiği karşı edim bakımından uygulandığı için, sözleşmeden dönme hakkına nazaran bazı farklılıklar içerir. Bu nedenle, öğretide, sözleşmeden kısmen dönmenin terim bakımından **sözleşmenin kısmen sona ermesi veya çözülmesi** (*beschränkte Vertragsauflösung*) kavramına daha uygun düştüğü de ifade edilmektedir¹⁹²⁸. Aslında kısmi dönme yoluyla yapılan işlem, sözleşme kurulurken edim ve karşı edim arasında kurulan sinallagma ilişkisini tamamen ortadan kaldırmadan, muhtevası kısmi ifa nispetinde indirgenmiş ve daraltılmış bir **kısmi sinallagma ilişkisi** hâline dönüştürmektir¹⁹²⁹. Sinallagma ilişkisinin yeniden tesis edilebilmesi amacıyla, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması, sinallagma ilişkisinin uyarlanarak, edim ve karşı edimin kısmi ifa oranında indirime tabi tutulması şeklinde sonuç doğurur¹⁹³⁰.

376, dn. 185; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2805; **Ramoni**, N 79; **Suter**, Vertragsrücktritt, s. 79, 90; **Buz**, Dönme, s. 152 vd.

¹⁹²⁴ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 58; **Keller/Schöbi**, s. 277-278; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 155, dn. 97; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2805; **Suter**, Vertragsrücktritt, s. 79, 90.

¹⁹²⁵ **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 5; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 60, 63 vd.; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 6; **Tercier/Pichonnaz**, N 1416-1418; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2804 vd.; **Berger**, AT, N 1440; **Koller**, BT, § 4 N 189-190; **Huguenin**, OR, N 960; **Guhl/Koller**, § 42 N 42; **Hartmann**, N 17; **Eren**, Borçlar Genel, N 3502; **Serozan**, Borçlar Genel, § 17 N 18; **Serozan**, Dönme, s. 73-74; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1417; **İsvFM**, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

¹⁹²⁶ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 60; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 5; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 6; **Huguenin**, OR, N 962; **Ramoni**, N 78; **İsvFM**, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

¹⁹²⁷ **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 8; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 14; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 61; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 109 OR N 7; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 156; **Engel**, Obligations, s. 734; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2808; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Ramoni**, N 81; **Guhl/Koller**, § 32 N 31; **Hartmann**, N 738; **Huguenin**, OR, N 963; **İsvFM**, ATF 90 II 285; **İsvFM**, 19.1.2006, 4C.286/2005; 12.8.2010, 4A_251/2010; 30.4.2014, 4A_232/2014.

¹⁹²⁸ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **Glatthard**, s. 56.

¹⁹²⁹ Kısmi sinallagma veya kısmi karşılıklılık ("*Teilaustausch*") kavramı için bkz. **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 110; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 209; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

¹⁹³⁰ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207, 215; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N D 27, BGB § 325 N 46; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426, 1429; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Ennecerus/Lehmann**, § 53, s. 232; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426, 1429;

Sözleşmeden kısmen dönme hakkının kendine özgü özellikleri nazara alınarak, kısmi dönmenin hukuki sonuçları tespit edilirken şu şekilde bir sıralama izlenebilir: İlk olarak, sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarının yalnızca ifa edilmeyen kısma hasredilebilmesi amacıyla sözleşmenin iki kısma ayrılması; böylece, bir kısmi ifa oranı belirlenerek, kısmi edime karşılık gelen karşı edim borcunun tespit edilmesi gerekir. İkinci olarak, sözleşmenin ifa edilmiş kısmının ifa edilmemiş olan kısmından ayrılmasının bazı zorluklar arz ettiği, örneğin daha önce ifa edilmiş olan kısmi edimin orantısız olarak karşı edimin bir bölümüne denk düşmediği hâllerde, edim ve karşı edimin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş kısımlarının hangi oranda ve ne şekilde birbirinden ayrılması gerektiği belirlenmelidir. Üçüncü olarak, asli ve yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükler bakımından, sözleşmeden kısmen dönmenin, sözleşmenin sona eren kısmı bakımından borçtan kurtarıcı etkisi açıklanmalıdır. Son olarak, sözleşmeden kısmen dönme üzerine, kural olarak alacaklı ve istisnaen borçlunun, kısmi ifa oranını aştıkları ölçüde ifa etmiş oldukları edimleri *-kısmen-* iade etmeleri sorunu ele alınmalıdır.

b. Sözleşmenin İki Kısma Ayrılması: Kısmi İfa Oranının ve Kısmi Karşı Edimin Tespit Edilmesi

i. Genel Olarak Kısmi İfa Oranının Belirlenmesi

Sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda, sözleşme genel itibarıyla iki kısma ayrılır¹⁹³¹. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş olan veya ifa edilmesi gereken bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklı tarafından sözleşmeden dönme hakkını tatbik edildiği kısımdır. Kısmi temerrütte borçlu temerrüdünün sonuçları, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşeceği için, sözleşmeden kısmen dönme hakkı da, yalnızca borcun ifa edilmeyen bakiye kısmı açısından ve bu kısma tekabül eden karşı edim nazara alınarak kullanılabilir¹⁹³². O hâlde, sözleşmeden kısmen dönme hakkının

¹⁹³¹ Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Schenker, Schuldnerverzug, N 767; AlmFM, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395: “(...) Bu nedenle, temerrüt yalnızca sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmını etkilerken, yerine getirilmiş olan kısım müstakildir ve hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. (...)”.

¹⁹³² von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Schenker, Schuldnerverzug, N 769; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Öz, Dönme, s. 42-43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

sonuçlarının tespit edilebilmesi için, ifa edilmiş kısım ile ifa edilmemiş kısmın birbirinden ayrılması gerekir.

Sözleşmeden dönme neticesinde, borçlu edim borcunu hangi oranda ifa etmişse, alacaklı da karşı edim borcunu o oranda ifa etmek zorundadır¹⁹³³. Kısmi dönme neticesinde, borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından borcu sona ererken; alacaklı da buna denk düşen karşı edim bakımından, karşı edim borcunu ifa etmekten kurtulur.¹⁹³⁴ Böylece, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması, karşılıklı borçların indirime tabi tutulması şeklinde hukuki sonuç doğurmuş olur¹⁹³⁵.

Karşı edimin ne miktarda veya ne şekilde indirileceği, ilk bakışta doğrudan tespit edilemez. Alacaklının karşı edim borcunun, kısmen ifa edilmiş olan edim nispetinde indirime tabi tutulması için, bir indirim oranına ihtiyaç duyulur. Kanımızca, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, alacaklının karşı edim borcunu ne ölçüde ifa edeceğini gösteren ve kural olarak borçlunun borcunu ifa ettiği orana denk olan indirim oranı **kısmi ifa oranı** olarak adlandırılır¹⁹³⁶. Böylece, alacaklı karşı edim borcunu kısmi ifa oranında yerine getirir¹⁹³⁷.

Daha teknik bir biçimde açıklamak gerekirse, kısmi dönme hâlinde, edimin ifa edilmiş kısmıyla ifa edilmemiş kısmı arasındaki **değer ilişkisi** (*Wertverhältnis*) tespit edilir¹⁹³⁸. Söz konusu değer ilişkisi uyarınca, borçlu edim borcunu hangi oranda ifa etmişse, alacaklı da karşı edim borcunu o oranda ifa eder¹⁹³⁹. Sözleşmeden kısmen dönme neticesinde karşı edim borcu, borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifanın değerinin, borcun tamamının değerine oranı nispetinde; yani, bizim kısmi ifa oranı olarak adlandırdığımız ölçüde azaltılır ve indirime tabi tutulur¹⁹⁴⁰. Böylece,

¹⁹³³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971.

¹⁹³⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Schenker, Schuldnerverzug, N 769.

¹⁹³⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426, 1429.

¹⁹³⁶ Kısmi ifa oranı, fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmini talep edildiği zaman, alacaklının karşı ediminin hangi oranda sona ereceğini göstermesi bakımından da önemlidir. Bkz. yukarıda, B.3/III/B/4/b, “Kısmi Temerrütte Fark Teorisinin Uygulanması” isimli başlık.

¹⁹³⁷ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971.

¹⁹³⁸ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 60.

¹⁹³⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 60; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412.

¹⁹⁴⁰ Huber’e göre, karşı edim borcu, borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifanın değerinin, verilen ek süre sonunda borcun henüz ifa edilmemiş olan kısmın değerine oranlanması şeklinde belirlenir. Bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412. Kanımızca, matematiksel açıdan doğru orantı kurabilmek amacıyla, kısmi ifa oranının tespitinde borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifanın değerinin, borcun tamamının değerine olan oranının esas alınması, daha pratik bir sonuç doğurur.

sözleşmede kararlaştırılan edimlerin birbirine uygun miktarda azaltılması, kısmi temerrüt nedeniyle bozulan sözleşme dengesini, yani edim ve karşı edim arasındaki nispi eşdeğerlik ilişkisini (“Äquivalenzverhältnis”) ve kısmi sinallagma bağı (“Teilaustausch”) yeniden tesis eder¹⁹⁴¹.

ii. Kısmi İfa Oranının Tespitinde Nispi Metottan Yararlanılması

Kısmi ifa oranı, borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifanın değerinin, borcun tamamının değerine oranlanması, yani bölünmesi sonucunda bulunur¹⁹⁴². Esasen, söz konusu tanım çerçevesinde, kısmi ifa oranı ve alacaklının karşı edim borcunu hangi oranda ifa edeceği, bazı hâllerde son derece kolay bir biçimde belirlenirken, bazı karmaşık ilişkilerde veya tarafların borçlarının çeşitlilik arz ettiği hâllerde, daha detaylı bir hesaplama ihtiyacı duyulur:

- a. Basit işlerde, kısmi ifa oranı kolaylıkla hesap edilebilir. Örneğin, 1.000 kilogram arpayı 10.000 TL’den satın alan alıcı, kendisine yalnızca 400 kilogram arpa teslim edilmişse, 4.000 TL ödeme yapar. Bu örnekle kısmi ifa oranının 4/10 olduğu kolaylıkla tespit edilir. Keza, bir işçi, işveren nezdinde 50 saatlik bir çalışma karşılığında, 25.000 TL ücrete hak kazanacak idiyse, yalnızca 10 saat çalışmış olan işçi 5.000 TL ücrete hak kazanır. Nitekim, bu örnekte de kısmi ifa oranı 1/5 olarak belirlenir. Görüldüğü üzere, böyle hâllerde, kısmi ifa oranı, basit bir biçimde, borcun ifa edilmiş kısmının tamamına bölünmesi yoluyla hesap edildiği için, karşı edim borcunun hangi oranda ifa edileceği kolaylıkla bulunur.
- b. Karmaşık işlerde, kısmi ifa oranını hesaplamak sanıldığı kadar basit değildir:

Örnek 1: Örneğin, 2010, 2012, 2014 ve 2018 model dört otomobilin toplam 2.000.000 TL bedel karşılığında satılması durumunda, satıcı, yalnızca 2010 ve 2012 model otomobilleri teslim etmişse, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ne şekilde kullanacağı ve satış bedelini hangi miktarda ifa edeceği daha detaylı bir hesaplama gerektirir.

Örnek 2: Bir makinenin 40.000 USD bedelle satıldığı ve satıcının aynı zamanda satılanın montajını üstlendiği başka bir örnekte, satıcının satılanın montajını

¹⁹⁴¹ **AlmFM**, BGH, NJW 2018, s. 2863: “(...) Geçerli bir biçimde kullanılan sözleşmeden dönme hakkının doğrudan bir tasfiye ilişkisine yol açtığı gibi, geçerli bir şekilde kullanılan indirim hakkı da, sözleşmeyle kararlaştırılan bedelinin doğrudan ve aynı zamanda geri döndürülemez bir biçimde uygun miktarda azaltılması (§ 441 III BGB) ve böylece edim ile karşı edim arasındaki eşdeğerlik (denklik) ilişkisinin yeniden kurulması sonucunu doğurur (...)”.

¹⁹⁴² **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215.

gerçekleştirmemesi durumunda, alıcının kısmi dönme hakkını satış bedelinin hangi kısmı için kullanacağı ve satış bedelini ne oranda ödemekten imtina edeceği ilk bakışta belirsizdir.

Kısmi ifa oranının ortaya koyduğumuz ilke çerçevesinde, doğru orantı kurularak basit bir biçimde tespit edilemediği hâllerde, bedel indirimi hakkı için ortaya konulan temel ilkelerden yararlanmak gerekir. Nitekim, sözleşmeden kısmen dönme hakkının bir nevi indirim hakkı olarak nitelendirilmesinin pratik faydası burada görülür.

İsviçre-Türk öğretisinde ve yargı uygulamasında hâkim görüşe göre¹⁹⁴³, ayıptan sorumluluk rejiminde, alıcının, TBK m. 227 f. I b. 2 (İsvBK m. 205 f. I) uyarınca, bedel indirimi seçimlik hakkını kullanması durumunda, alacaklının satış bedelini hangi miktarda ödeyeceği ve satış bedelinin ayıp oranında ne ölçüde indirileceği “*nispi metot (Proportional-, relative Methode / méthode relative, proportionnelle)*” uyarınca tespit edilir¹⁹⁴⁴. Aynı yöntemden, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk rejiminde de

¹⁹⁴³ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 21; BK-Giger, Art. 205 OR N 17 vd.; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 8; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 12; Engel, Contrats, s. 45; Tercier/Bieri/Carron, N 799; Honsell, BT, s. 123; von Büren, BT, s. 40; Keller/Siehr, s. 92-93; Vionnet, Vente, N 381; Chappuis, N 678; Schenker, Minderungsmethode, s. 90-91; Eren, Borçlar Özel, N 443 vd.; İsvFM, ATF 116 II 305 = JdT 1991 I 173 = DC 1991 43/64; ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587: “(...) satış (İsvBK m. 205) ve eser (İsvBK m. 368) sözleşmelerinde nispi metoda göre gerçekleştirilen bedel indirimini tartışmaya açmak için bir sebep yoktur (...)”; ATF 89 II 239 = JdT 1964 I 41; ATF 88 II 410 = JdT 1963 I 471; ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; İsvFM, 23.1.2013, 4A_470/2012; Yargıtay HGK, E. 2021/13-539, K. 2022/1267, T. 11.10.2022 (Kazancı): (...) Ayıp nedeni ile bedelden indirim miktarının tesbitinde öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilen nispi metota göre satım tarihi itibarıyla malın ayıpsız ve ayıplı değeri arasındaki orantı sözleşme bedeline uygulanır (...); Yargıtay HGK, E. 2017/13-660, K. 2021/187, T. 2.3.2021 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2018/13-310, K. 2018/920, T. 18.4.2018 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2017/13-531, K. 2018/409, T. 28.2.2018 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/2142, K. 2024/592, T. 13.2.2024 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/647, K. 2024/515, T. 7.2.2024 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/2942, K. 2023/3331, T. 23.11.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/1566, K. 2023/3344, T. 23.11.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/4750, K. 2023/3003, T. 31.10.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/771, K. 2023/2721, T. 16.10.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/585, K. 2023/2577, T. 5.10.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/551, K. 2023/2491, T. 4.10.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/516, K. 2023/1820, T. 7.6.2023 (Kazancı); Yargıtay 3. HD, E. 2023/2931, K. 2024/858, T. 29.2.2024 (Kazancı): “(...) Ayıp ve kusurlu imalatlar nedeni ile satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, “mutlak metod”, “nisbi metod” ve “tazminat metodu” adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, gerek Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan “nispi metod” olarak adlandırılan hesaplama yöntemi benimsenmektedir (...)”; Yargıtay 15. HD, E. 2017/1053, K. 2019/451, T. 6.2.2019 (Kazancı); Yargıtay 13. HD, E. 2018/294, K. 2018/10793, T. 19.11.2018 (Kazancı).

¹⁹⁴⁴ İndirim tutarının hesaplanması amacıyla, nispi metot dışında “mutlak veya soyut metot (absolute oder abstrakte Methode)” ile “tazminat metodu veya aynı ya da sübjektif metot (reale Methode / méthode subjective)” adında iki yöntem daha mevcuttur. Mutlak yöntem uyarınca, indirim tutarı, satılanın değer kaybıyla orantılı bir biçimde hesap edilmez; doğrudan doğruya ayıpsız objektif bedel ile ayıplı objektif bedel arasındaki farktan oluşur. Satış bedelinden bu tutar çıkarılarak indirilmiş olan bedel tespit edilir. Tazminat metodu uyarınca ise, bedel indirimi hakkının kullanılması akabinde ödenecek olan tutar malın ayıplı objektif değeridir. Sözleşmede kararlaştırılan bedel ile malın ayıplı objektif değeri arasındaki fark indirim tutarını verir. Bkz. BK-Giger, Art. 205 OR N 18-19; Venturi, N 1001 vd., 1025 vd.; von Büren, BT, s. 41; Eren, Borçlar Özel, N 440 vd. Nispi metoda yönelik eleştiriler için bkz. Tercier/Bieri/Carron, N 802; Venturi, N 1097 vd. Mutlak metodun uygulanması

(TBK m. 475 f. I b. 2 (İsvBK m. 368 f. II) yararlanılır¹⁹⁴⁵. Kısmi temerrütte, alacaklının sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanması durumunda, kısmi ifa oranı, yani, alacaklının karşı edim borcunu ne ölçüde ifa edeceği, karşı edimin orantılı bir biçimde indirime tabi tutulması ilkesine dayanan **nispi metot** kullanılarak hesaplanmalıdır¹⁹⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki, bu sonuç, İsviçre-Türk Hukuku'na yabancı değildir. TBK m. 230 f. I c. 1 hükmünde, birden çok mal satışında, bunlardan yalnızca bazılarının ayıplı olması ihtimalinde, kural olarak alıcının, yalnızca sözleşmeden kısmen dönebileceği düzenlenmiştir¹⁹⁴⁷. TBK m. 230 f. I c. 1 çerçevesinde, sözleşmeden kısmen dönme hakkının, bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla aynı hukuki sonuçları meydana getireceği kabul edilmekte¹⁹⁴⁸ ve indirilmiş olan satış bedelinin tespitinde, nispi metottan faydalanılacağı isabetle savunulmaktadır¹⁹⁴⁹.

iii. Nispi Metodun Kısmi Dönme Bakımından Uygulanması

Nispi metot, satış ve eser sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk rejiminde, alıcının ve iş sahibinin, bedel indirimi seçimlik hakkını kullanması durumunda başvuru olan bir hesap yöntemidir. Bunun yanında, TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca da, nispi metottan yararlanılır. Nispi metodun, genel olarak, kısmi temerrüt rejimi içine adapte edilebilmesi ve kısmi dönme bakımından uygulanabilmesi için, bu hesap yönteminin her iki uygulama şeklinin de ortaya konması gerekir.

TBK m. 227 f. I b. 2 çerçevesinde kabul edilen nispi metot uyarınca, sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli, satılanın mevcut değerinin (*Ist-Wert*), olması gereken değerine (*Soll-Wert*) oranı ölçüsünde ifa edilir¹⁹⁵⁰. Nispi metot çerçevesinde, satılanın indirilmiş ayıplı değeri (*sübjektif ayıplı değer*), sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinin, satılanın objektif ayıplı değeri ile objektif ayıpsız değerine oranlanması

gerektiği yönünde bkz. **Venturi**, N 1097.

¹⁹⁴⁵ **Schenker**, Minderungsmethode, s. 89 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, N 2221; **İsvFM**, ATF 116 II 305 = JdT 1991 I 173 = DC 1991 43/64; ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587.

¹⁹⁴⁶ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 215, BGB § 325 N 33; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 325 N 46, BGB § 346 N B 60. Kısmi ifa imkânsızlığı hâlinde, edim ve karşı edimin nispi metot çerçevesinde indirime tabi tutulacağı yönünde bkz. **de Raemy**, s. 90-91.

¹⁹⁴⁷ **BK-Giger**, Art. 209 OR N 9; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 3; **BSK-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **KUKO-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **Furrer**, s. 69; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 91 II 356 = JdT 1966 I 258; **İsvFM**, 29.8.2003, 4C.152/2003. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/d**, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme” ile yukarıda, **B.1/II/C/2/d**, “Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme” isimli başlıklar.

¹⁹⁴⁸ **BK-Giger**, Art. 209 OR N 13; **BSK-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **KUKO-Honsell**, Art. 209 OR N 1.

¹⁹⁴⁹ **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 209 CO N 5; **BK-Giger**, Art. 209 OR N 13; **BSK-Honsell**, Art. 209 OR N 1; **KUKO-Honsell**, Art. 209 OR N 1.

¹⁹⁵⁰ **BSK-Honsell**, Art. 205 OR N 8; **KUKO-Honsell**, Art. 205 OR N 5; **Honsell**, BT, s. 124.

neticesinde bulunur¹⁹⁵¹. Sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli ile satılanın indirilmiş (sübjektif) ayıplı değeri arasındaki fark, indirim tutarını verir. Hâkim görüşe göre, indirilmiş satış bedelinin hesaplanmasında, hasarın geçiş anı esas alınır¹⁹⁵². Bu andan sonra, satılanın değerinde sonradan gerçekleşen değişiklikler, bedel indirimine dâhil edilmez¹⁹⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre¹⁹⁵⁴, bu içtihat, sözleşmede kararlaştırılan bedelin, satılanın objektif değerinden daha düşük veya daha yüksek olabileceği ve bedel indiriminden sonra tarafların karşılıklı edimleri arasında aynı oranın geçerli kalması gerektiği düşüncesine dayanır. Böylece, sözleşmenin kurulması anında tesis edilen nispi eşdeğerlik ilişkisi korunmuş olur¹⁹⁵⁵. İsviçre-Türk öğretisinde nispi metot şu şekilde formülleştirilir¹⁹⁵⁶:

¹⁹⁵¹ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 21; BK-Giger, Art. 205 OR N 20; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 8; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 12; MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 12; Venturi, N 1001 vd.; Schenker, Minderungsmethode, s. 90-91; Tercier/Bieri/Carron, N 799-800; Engel, Contrats, s. 45-46; Honsell, BT, s. 123; von Büren, BT, s. 40; Eren, Borçlar Özel, N 443; İsvFM, ATF 116 II 305 = JdT 1991 I 173 = DC 1991 43/64: “(...) İsvBK m. 368 f. II uyarınca indirim tutarı, bedelin eserde meydana gelen değer kaybı oranında azaltılmasına karşılık gelir (...)”; ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587; ATF 88 II 410 = JdT 1963 I 471; ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; Yargıtay HGK, E. 2021/13-539, K. 2022/1267, T. 11.10.2022 (Kazancı): “(...) Ayıp nedeni ile bedelden indirim miktarının tesbitinde öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilen nispi metota göre satım tarihi itibarıyla malın ayıpsız ve ayıplı değeri arasındaki orantı sözleşme bedeline uygulanır. Teknik bir hesaplama gerektiren bu hususun tespitinde bilirkişiler öncelikle davaya konu malın, tarafların kararlaştırdıkları satım bedeli gözetilmeksizin satım tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız sürüm değeri ile, ayıplı hâldeki sürüm değerini ayrı ayrı saptamalı, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oranı, bu defa taraflarca kararlaştırılan satım bedeline uygulamalı, böylece satış bedelinden indirilmesi gereken miktarı tesbit etmelidirler (...); Yargıtay 3. HD, E. 2023/2931, K. 2024/858, T. 29.2.2024 (Kazancı): “(...) Ayıp ve kusurlu imalatlar nedeni ile satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, “mutlak metod”, “nisbi metod” ve “tazminat metodu” adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, gerek Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan “nispi metod” olarak adlandırılan hesaplama yöntemi benimsenmektedir. Bu metoda göre; satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız ve ayıplı değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansımada miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile, ayıplı haldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır (...)”.

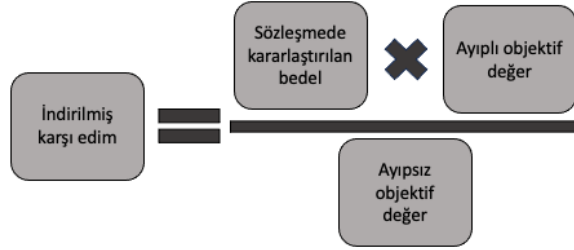
¹⁹⁵² BK-Giger, Art. 205 OR N 27; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 9; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 14; Tercier/Bieri/Carron, N 801; Engel, Contrats, s. 46; von Büren, BT, s. 40, dn. 171; Keller/Siehr, s. 92-93; Eren, Borçlar Özel, N 447; İsvFM, ATF 117 II 550 = JdT 1993 I 136 = DC 1993 46/103. Kural olarak sözleşmenin kurulduğu anın nazara alınması gerektiği, hasarın geçişi sonraki bir ana tekabül ediyorsa hasarın geçişi anının esas alınması gerektiği görüşünde bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 22.

¹⁹⁵³ Enflasyon sebebiyle meydana gelen artışlar, nispi metot çerçevesinde nazara alınmaz Bkz. BSK-Honsell, Art. 205 OR N 9; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 14.

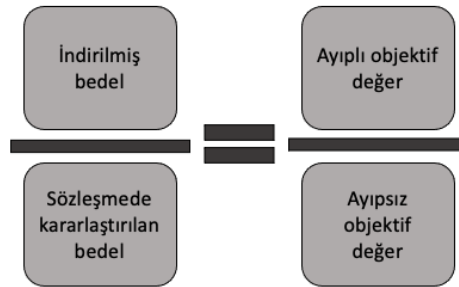
¹⁹⁵⁴ İsvFM, ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587: “(...) İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, hem satış (İsvBK m. 205) hem de eser sözleşmelerinde (İsvBK m. 368) bedel indirimi nispi yönetime göre yapılmalıdır. Yani, indirilmiş bedel ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki oran, satılanın ayıplı objektif değeri ile ayıpsız objektif değeri arasındaki orana tekabül etmelidir (...)”.

¹⁹⁵⁵ CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 12; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 50 CISG N 8; Venturi, N 1016; Keller/Siehr, s. 93.

¹⁹⁵⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 21; BK-Giger, Art. 205 OR N 20; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 8; Erman-Grunewald, BGB § 441 N 4; MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 12; Tercier/Bieri/Carron, N 799 vd.; Venturi, N 1007; Honsell, BT, s. 124; von Büren, BT, s. 40; Keller/Siehr, s. 92-93; Schenker, Minderungsmethode, s. 90-91; de Raemy, s. 90-91; Eren, Borçlar Özel, N 444-445.



veya



Nispi metot, İsviçre Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda yer almasa da, Alman Hukuku'nda BGB § 441 Abs. III hükmünde düzenlenmiştir. İsviçre-Türk Hukuku'nda kabul edildiği üzere, BGB § 441 Abs. III¹⁹⁵⁷ uyarınca, indirim hakkının kullanılması hâlinde, satış bedeli, satılanın sözleşmenin yapıldığı tarihteki ayıpsız değerinin, gerçek değerine oranı ölçüsünde indirilir. Gerekirse, indirim tahmin yoluyla, yani yaklaşık değer bulunarak gerçekleştirilir.

TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca nispi metot şu şekilde tatbik edilir: Sözleşmeden kısmen dönme sonucunda indirilmiş olan bedel, başka bir deyişle satılanın subjektif ayıplı değeri, sözleşmede kararlaştırılan bedelin, satılanın objektif ayıplı değerinin objektif ayıpsız değerine olan oranıyla çarpılması sonucunda tespit edilir¹⁹⁵⁸. İndirilmiş olan satış bedelinin belirlenebilmesi için, sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli, satılanın ayıplı kısmı olmaksızın arz edeceği objektif değer¹⁹⁵⁹, satılanın

¹⁹⁵⁷ **BGB § 441 Abs. III:** “(3) (De) Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln; (Tr) İndirim hakkının kullanılması hâlinde, satış bedeli, satılanın sözleşmenin kurulduğu tarihteki ayıpsız değerinin, gerçek değerine oranı ölçüsünde indirilir. Gerekirse, indirim tahmin yoluyla (yaklaşık değer bulunarak) belirlenir”. BGB § 441 hakkında detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 12 vd. Hükmün kıyasen kısmi dönme hâlinde uygulanacağı yönünde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46. Kıyasen kısmi ifa imkânsızlığı bakımından uygulanacağı yönünde bkz. de Raemy, s. 90-91.

¹⁹⁵⁸ **BK-Giger**, Art. 209 OR N 13; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 205 CO N 20-21.

¹⁹⁵⁹ Sözleşmeden kısmen dönme hakkı bakımından, satılanın ayıplı objektif değeri değil, satılanın ayıplı kısım olmaksızın arz edeceği objektif değer nazara alınması gerekir. Zira, alıcı, TBK m. 229 f. I uyarınca, ayıplı olan satılanı, satıcıya iade etmekle yükümlüdür. Bu durumda, her ne kadar satılan ayıplı olsa da belli bir değerinin olduğu kuşkusuzdur. Bu sebeple, hesaplama yapılırken, satılanın ayıplı

tamamının ayıpsız olması durumunda arz edeceği objektif değere olan oranıyla çarpılır¹⁹⁶⁰. Elde edilen sonuç, TBK m. 230 f. I c. 1 uyarınca alıcının ödemesi gereken (indirilmiş) satış bedelini verir.

TBK m. 230 çerçevesinde, sözleşmede tek bir karşı edim belirlenmesi durumunda, sözleşmeden kısmen dönülmesi sebebiyle meydana gelen indirilmiş satış bedeli tespit edilirken, öğretide, eski BGB § 471 hükmünden kıyasen yararlanılabileceği savunulmaktadır¹⁹⁶¹. İsvBK m. 209 (TBK m. 230) hükmünün mehzazını, eski BGB § 469 ve § 470 oluşturmakta olup¹⁹⁶², İsviçre kanun koyucusu, kısmi dönmenin sonuçlarını düzenleyen BGB § 471 hükmü ise kanuna almamıştır. Bu görüşe göre, kısmi dönmenin sonuçlarının tespit edilmesi açısından, eski BGB § 471 hükmünden yararlanılmaması için geçerli bir sebep yoktur. BGB § 471¹⁹⁶³ uyarınca, *“Birden fazla malın tek bir toplam bedel karşılığında satılması durumunda, sözleşmeden dönme hakkı yalnızca bazı mallar için kullanılırsa, toplam satış bedeli, satış sırasında, malların ayıpsız toplam değeri ile sözleşmeden dönmeden etkilenmeyen malların toplam değeri arasındaki oran nispetinde azaltılır”*.

Nispi metot, gerek TBK m. 227 f. I b. 2 ile TBK m. 475 f. I b. 2 uyarınca ayıptan sorumluluk rejimi, gerek, TBK m. 230 ile BGB § 441 ve eski BGB § 471 hükümleri nazara alınarak, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması durumunda, şu şekilde tatbik edilmelidir:

Alacaklı, karşı edimini kısmi ifa oranında ifa edeceği için¹⁹⁶⁴, alacaklının karşı edimi, kısmi ifa oranında azaltılmalıdır. Kısmi ifa oranı, borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifanın değerinin, borcun tamamının değerine oranlanması, yani bölünmesi sonucunda belirlenir¹⁹⁶⁵. O hâlde, alacaklının, sözleşmeden kısmen dönme

objektif değerinin nazara alınması isabetli değildir. Satılanın ayıpsız kısmının objektif değerinin nazara alınması gerektiği yönünde bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 13. Krş. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5.

¹⁹⁶⁰ BK-Giger, Art. 209 OR N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 5.

¹⁹⁶¹ Furrer, s. 69.

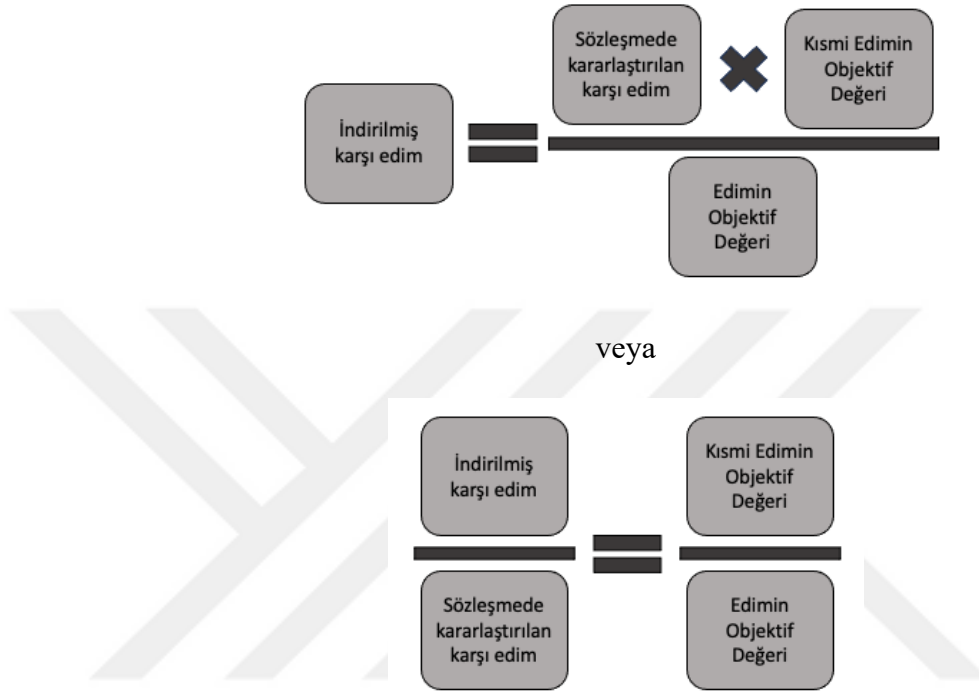
¹⁹⁶² BK-Giger, Art. 209 OR N 4; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003. BGB § 469, § 470, § 471, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) ile yürürlükten kalkmıştır. Değişiklik metni için bkz. **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001**, Bundesgesetzblatt, Jahrg. 2001, Teil I, Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2001, s. 3138-3218 (www.bgb.de).

¹⁹⁶³ **BGB § 471 (aF)**: “(1) Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.”

¹⁹⁶⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971.

¹⁹⁶⁵ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215.

sonucunda ifa edeceği indirilmiş karşı edim, sözleşmede kararlaştırılan karşı edimin değerinin, borçlu tarafından ifa edilen kısmi edimin değeri ile edimin tamamının değeri arasındaki oran nispetinde azaltılması yoluyla bulunur. Nispi metot uyarınca sözleşmeden kısmen dönme hâlinde karşı edimin hangi oranda indirileceği şu şekilde formülleştirilebilir¹⁹⁶⁶:



İndirim işlemi yapılırken belirleyici olan zaman dilimi, **sözleşmenin kurulduğu andır**¹⁹⁶⁷. Nitekim, nispi metodu düzenleyen BGB § 441 Abs. III hükmünde değerlendirme yapılırken sözleşmenin kurulduğu anın esas alınacağı ifade edilmiştir¹⁹⁶⁸. Her ne kadar, ayıptan sorumlulukta indirim tutarının hesaplanmasında hasarın geçişi anının esas alınması gerektiği savunuluyorsa da¹⁹⁶⁹, kısmi temerrütte yalnızca sözleşmenin kurulduğu anın esas alınması gerekir. Zira, kısmi temerrütte borç, kısmen ifa edildiği için, hasarın edimin tamamı bakımından geçişi söz konusu olmaz. Keza, kısmi dönme ile, sözleşmenin kurulduğu anda, edim ve karşı edim arasında kurulan eşdeğerlik ilişkisinin ve kısmi sinallagmanın yeniden tesis edilmesi amaçlanır¹⁹⁷⁰. Bu nedenle, kısmi ifa oranında indirilmesi açısından belirleyici olan zaman dilimi, sözleşmenin

¹⁹⁶⁶ Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 60.

¹⁹⁶⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 60. Ayıptan sorumlulukta aynı görüşte bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 22.

¹⁹⁶⁸ Bkz. MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 14.

¹⁹⁶⁹ BK-Giger, Art. 205 OR N 27; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 9; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 14; İsvFM, ATF 117 II 550 = JdT 1993 I 136 = DC 1993 46/103.

¹⁹⁷⁰ MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 12; Erman-Grunewald, BGB § 441 N 4.

kurulduğu andır. Öte yandan, sözleşmenin kurulma anına göre hesaplama yapılması, borçlunun menfaatlerini orantısız bir biçimde ihlal eder veya kendisi nezdinde önemli bir zarar tehlikesi meydana getirecek olursa, borçlunun sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönme hakkının kullanılmasını talep etmesi mümkündür¹⁹⁷¹. Paranın değer kaybetmesi sonucunda, borçlunun ediminin aşırı oranda değer kazanması ve karşı edimin büyük ölçüde kıymetini kaybetmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Nispi metot uyarınca, kısmi ifa oranı belirlenirken, para dışındaki edimlerin, paraya çevrilerek hesaplamaya dâhil edilmesi, yani **paraya çevirme işleminin yapılması** gerekir¹⁹⁷². Nitekim, Alman Hukuku'nda, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, karşı edim alacağı, para dışında, ancak parayla ölçülebilen bir maddi edimden oluşuyorsa, sözleşmeden kısmen dönmenin, eski BGB § 473 hükmüne uygun bir biçimde yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁷³. Eski BGB § 473 hükmü uyarınca¹⁹⁷⁴, satış bedeline ek olarak gayri misli şeylerden bir edim kararlaştırılmışsa, söz konusu edimler, satış anındaki değerine göre, para olarak değerlendirilir. Esasen nispi metot uyarınca indirilmiş bedel borcu belirlenirken satılanın veya eserin ayıplı ve ayıpsız objektif değerinin esas alınması bir paraya çevirme işlemidir. Fakat, satış ve eser sözleşmelerinde indirim tabi tutulan bedel borcu, bir para borcu olduğu için, alıcı ve iş sahibinin karşı edim borcu bakımından paraya çevirme işlemi yapılmaz. Buna karşılık, karşı edim borcunun para borcu dışında, parayla ölçülebilen bir edim olması durumunda, paraya çevrilerek hesaplamaya dâhil edilmesi; başka bir deyişle, hem edim hem de karşı edim borcu bakımından paraya çevirme işleminin yapılması şarttır.

Satış veya mal değişim (*trampa*) sözleşmesi gibi, maddi bir edimin devrini esas alan sözleşmeler bakımından edimin sözleşmenin kurulduğu andaki **objektif piyasa değeri** esas alınır. Buna karşılık, bir edimin kullanım hakkının devredildiği sözleşmeler bakımından edimin **kullanım değeri** belirleyicidir¹⁹⁷⁵. Bu tür sözleşmeler bakımından eşit uzunluktaki sürelerin, mutlaka eşit değerde olmadığına dikkat edilmelidir. Örneğin, sahil beldesindeki bir işyeri kirasında, kira bedelinin mevsime

¹⁹⁷¹ Bkz. aşağıda, **B.4/II/C/4**, “Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması” ve aşağıda, **B.4/III/D**, “Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi” isimli başlıklar.

¹⁹⁷² Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 61; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215.

¹⁹⁷³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215. Aynı yönce bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 61.

¹⁹⁷⁴ **BGB § 473 (aF)**: “(1) Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen”. BGB § 473 hükmünün, kısmi dönmenin sonuçlarını düzenleyen eski BGB § 471 ile bedel indirimi hakkının sonuçlarını düzenleyen BGB § 472 hükümlerinin uygulandığı hâllerde tatbik edileceği hükmün lafzında açıkça ifade edilmiştir.

¹⁹⁷⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 61.

göre değişiklik gösterebileceği nazara alınmalıdır. Bu nedenle, önemli olan sürenin uzunluğu değil, kısmi ifanın ekonomik karşılığıdır¹⁹⁷⁶.

Alacaklı, kendi karşı edimini, kısmi ifa oranında, yani, nispi metot neticesinde hesap edilen miktar ölçüsünde ifa etmekle yükümlüdür. Şayet alacaklının edimi, birden fazla misli eşyayı konu ediniyorsa veya alacaklının borcu birden fazla farklı çeşit nazara alınarak belirlenmişse, kural olarak, alacaklı her birini kısmi ifa oranında kısmen ifa etmek zorundadır. Sinallagma ilişkisinin kısmen devam ettirilmesi ve edimler arası eşdeğerlik bağının korunması, alacaklının ediminin, kısmi ifa oranında ölçülü bir biçimde indirilmesini gerekli kılar. Örneğin, satıcı alacaklının 1.000 TL karşılığında 500 kg saman ve 500 kg yonca teslim etmesi gerekiyorsa, alıcının 500 TL ödemesi üzerine, sözleşmeden kısmen dönen satıcı, 250 kg saman ve 250 kg yonca teslim etmelidir.

Bazı durumlarda, birden fazla edimin her birinin orantılı olarak bölünmesi mümkün olmaz. Böyle hâllerde, alacaklı, kural olarak, kısmi ifa oranına denk düştüğü sürece, uygun gördüğü edim veya edim konusunu borçluya teslim ederek borcunu ifa edebilir. Başka bir deyişle, alacaklı, karşı edim borcunun hangi kısmını ifa edeceğini seçme hakkına sahiptir. Örneğin, satıcı, 10.000 TL karşılığında birbiriyle aynı değerde iki farklı vazoyu teslim etme borcu altına girmiş, alıcı da satış bedelinin yarısını ödemişse, satıcı, uygun gördüğü bir vazoyu borçluya teslim ederek karşı edim borcunu ifa edebilir. Yine, bir galeriden, günlük kirası birbirine denk olan bir Renault Megane ve bir Fiat Egea aracın kiralanması durumunda, yalnızca bir aracın kira bedelinin ödenmesi ihtimalinde, kiraya veren, Renault veya Fiat marka arabadan istediğini seçerek kiracıya teslim edebilir. Kanımızca, bu sonuca seçimlik borçlarda seçme hakkını kural olarak borçluya veren TBK m. 87 (İsvBK m. 72) hükmünden yararlanılarak varılabilir. Kısmi ifayla birlikte sözleşme iki kısma ayrıldığı için, karşı edim borçlusu olan alacaklının, kısmen ifa edeceği edimi seçme imkânına sahip olması işin niteliğine uygun düşer.

Son olarak, sözleşmeden kısmen dönme bakımından, bedel indirimi açısından kabul edilen bazı ilkelerden yararlanmak mümkündür. Nispi metot uyarınca tespit edilen indirim tutarı, bir tazminat alacağı olmadığı için, TBK m. 51 (İsvBK m. 43) uyarınca, tazminatın belirlenmesi ilkeleri ışığında, indirim tutarının hâkim tarafından

¹⁹⁷⁶ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 61; Kisch, s. 171 vd.

azaltılması mümkün değildir¹⁹⁷⁷. Hâkim, tespit edilen indirim tutarına doğrudan hükmetmek zorundadır. Keza, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bedel indirimi bakımından ortaya koyduğu ve satılanın ayıpsız objektif değerinin satış bedeline eşit olduğu yönündeki fiili karineden de yararlanılabilir¹⁹⁷⁸. İndirim işlemi kolaylaştıran söz konusu fiili karine, genel olarak satış bedelinin, satılanın piyasa fiyatını yansıttığı yönündeki çıkarıma dayanır. O hâlde, kısmi dönme çerçevesinde karşı edimi bir miktar para borcunun oluşturması durumunda, örneğin satış, eser veya kira sözleşmelerinde, kararlaştırılan bedelin, o edimin piyasa değerine eşit olduğu kabul edilerek, indirim işlemi kolaylaştırılabilir. Öte yandan, tarafların söz konusu karinenin aksini ispat etmesi mümkündür.

iv. Excursus: Somut Olaya Yönelik Uygulama

Şüphesiz, yukarıda yer verilen ilkelerin somut olaya tatbik edilmesi, ortaya koyduğumuz kısmi dönme rejiminin pratik değeri açısından oldukça önemlidir. Nispi yöntemin sözleşmeden kısmen dönme açısından uygulanmasına geçmeden önce verdiğimiz örnekleri tekrar ele almak gerekirse¹⁹⁷⁹:

- **Örnek 1:** 2010, 2012, 2014 ve 2018 model dört otomobilin toplam 2.000.000 TL bedel karşılığında satılması durumunda, satıcı, yalnızca 2010 ve 2012 model otomobilleri teslim etmişse, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ne şekilde kullanacağı, detay bir hesaplama gerektirir. Söz konusu örnek hakkında daha detaylı bir bilgi verilecek olursa, 2010 model otomobilin 250.000 TL, 2012 model otomobilin 500.000 TL, 2014 model otomobilin 750.000 TL ve 2018 model otomobilin 1.000.000 TL piyasa fiyatının bulunduğu kabul edilsin. Şu hâlde, satıcı yalnızca 2010 ve 2012 model otomobilleri teslim etmişse ve alıcı da sözleşmeden kısmen dönmüşse, alıcı, sözleşme kararlaştırılan bedeli, 2010 ve 2012 model otomobillerin piyasa değerinin, otomobillerin tamamının piyasa değerine oranı ölçüsünde ifa etmelidir. Başka bir deyişle, indirilmiş satış bedeli, sözleşmede kararlaştırılan bedelin kısmi ifa oranı ölçüsünde azaltılması

¹⁹⁷⁷ BSK-Honsell, Art. 205 OR N 9; BK-Giger, Art. 205 OR N 29; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 26; İsvFM, ATF 85 II 192; İsvFM, 2.8.2010, 4A_291/2010. Eleştirel bir bakış açısı için bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 26.

¹⁹⁷⁸ İsvFM, ATF 111 II 162 = JdT 1985 I 587; İsvFM, 15.3.2004, 4C.461/2004. Aynı yönde bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 25; BSK-Honsell, Art. 205 OR N 9; KUKO-Honsell, Art. 205 OR N 5; CHK-Müller-Chen, Art. 205 OR N 13; Tercier/Bieri/Carron, N 804; Engel, Contrats, s. 46. Karinenin eleştirisi için bkz. CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 25.

¹⁹⁷⁹ Bkz. yukarıda, B.3/III/C/4/b/ii, “Kısmi İfa Oranının Tespitinde Nispi Metottan Yararlanılması” isimli başlık.

sonucunda tespit edilir. Somut olayda kısmi ifa oranı $750.000/2.500.000$, yani $3/10$ olarak bulunur. Alıcı, kısmi dönme neticesinde, satış bedelinin $2.000.000 \times 3/10$, yani 600.000 TL tutarındaki kısmını ifa etmek zorundadır.

- **Örnek 2:** Yukarıda verilen ikinci örnekte ise, bir makinenin 40.000 USD bedelle satıldığı ve satıcının aynı zamanda satılanın montajını üstlendiği bir sözleşme ilişkisinde, satıcının satılanın montajını gerçekleştirmemesi durumunda, alıcının kısmi dönme hakkını satış bedelinin hangi kısmı için kullanacağı ilk bakışta belirsizdir. Makinenin piyasa fiyatının 45.000 USD ve montajın yan edim değerinin ise 5.000 USD olduğu varsayılırsa, kısmi ifa oranı, $45.000/(45.000 + 5.000)$ yani $9/10$ olarak tespit edilir. Bu durumda, alıcı, satış bedelinin $9/10$ 'luk kısmını ifa etmekle yükümlüdür. O hâlde, alıcının sözleşmeden kısmen dönme neticesinde ifa edeceği indirilmiş satış bedeli $40.000 \times 9/10$, yani 36.000 USD olarak tespit edilir.

c. Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması

i. Tahsis Sorununun Meydana Gelmesi

Karşı edim borcunun, ifa edilmeyen edim borcu oranında indirim tabi tutulabilmesi için, edimlerin bölünebilir olması yetmez; ayrıca, borçlunun temerrüde düştüğü kısmın, karşı edimin hangi kısmına karşılık geldiğinin tespit edilebilmesi gerekir. Karşı edimin bir bölümünün, kısmen ifa edilmiş olan edime tahsis edilmesi, kısmi dönmenin sonuçları bakımından elzemdir: Böylece, (i) sözleşmeden kısmen dönme neticesinde, alacaklı, karşı edim borcunu kısmi ifa oranında ve kısmi ifaya tahsis edildiği ölçüde ifa eder. (ii) Edim borcunun ifa edilmeyen kısmı sona ererken, karşı edim borcunun ona karşılık gelen kısmı da son bulur. (iii) Alacaklı, kendi karşı edimini kısmi ifaya tahsis edilen bölümden fazla ifa etmişse, karşı edime tahsis edilen bölümden fazlasının iade edilmesini talep eder.

Karşı edim yükümlülüğünün para borcu niteliğinde olması durumunda, temerrüde düşülen edim borcunun, karşı edim borcuna tahsis edilmesi herhangi bir zorluk arz etmez. Buna karşılık, karşı edimin para borcu olması dışında, edimin kalan kısmının karşı edime tahsis edilememesi sorunuyla karşılaşılabilir. Yukarıda yer verdiğimiz¹⁹⁸⁰ iki örneği tekrar ele almak gerekirse:

¹⁹⁸⁰ Bkz. yukarıda, **B.3/III/C/2/b**, “Karşı Edimin Bir Kısmının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısmı

- **Örnek 1:** Üç vazonun her birinin 1.000 TL'den satıldığı bir satış sözleşmesi çerçevesinde, alıcının satıcıya yalnızca 1.500 TL ödemesi durumunda, satıcı, sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanmak ister.
- **Örnek 2:** Her biri 200.000 TL değerinde olan iki arsanın, her biri 150.000 TL değerinde olan üç otomobil karşılığında devrini konu edinen bir mal değişim sözleşmesi kapsamında, taşınmazların mülkiyetini devretmekle yükümlü olan borçlunun yalnızca bir taşınmazın mülkiyetini devretmesi durumunda, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönerek hiç değilse bir taşınmazın mülkiyetini elde tutmayı arzu eder.

Her iki örnekte de karşı edimin, kısmen ifa edilmiş olan edime tahsis edilmesi ve alacaklının karşı ediminin, doğası gereği kısmi ifa oranında indirim tabi tutulması mevcut veriler ışığında mümkün değildir¹⁹⁸¹. Daha önce belirttiğimiz üzere¹⁹⁸², karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının ve alacaklının kendi borcunu kısmi ifa ölçüsünde fiilen ifa etmesinin mümkün olmaması durumunu **tahsis sorunu** (*problème d'attribution / Zuweisungsproblem*)¹⁹⁸³ olarak adlandırıyoruz. Şayet sözleşmeden kısmen dönme neticesinde karşı edimin bir kısmının kısmi ifa oranında ifa edilemediği bir tahsis sorunu meydana gelirse, kısmi tasfiye ilişkisi açmaza girer. Kısmi tasfiye ilişkisinin yeniden işler kılınması ise, söz konusu tahsis sorununun çözüme kavuşturulmasına bağlıdır.

ii. Alman Öğretisinin Soruna Yaklaşımı

Tahsis sorunu, -herhangi bir terimle ifade edilmese de- Alman Hukuku'nda kısmi ifa imkânsızlığı bahsinde gündeme gelmiştir. Kısmi temerrütle hemen hemen aynı hukuki sonuçları doğuran borçlunun sorumlu olduğu kısmi imkânsızlık rejiminde, bazı durumlarda karşı edimin, doğası gereği kısmi ifa nispetinde indirim tabi

Tahsis Edilmesi" isimli başlık

¹⁹⁸¹ Kısmi imkânsızlık açısından aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62; Soergel-Gsell, BGB § 326 N 24.

¹⁹⁸² Karşı edimin bir kısmının kısmi ifaya tahsis edilmesi konusunda bkz. yukarıda, **B.3/III/C/2/b**, "*Karşı Edimin Bir Kısmının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi*" isimli başlık. Fark teorisi uyarınca olumlu zararın tazmini konusunda tahsis sorunu için bkz. yukarıda, **B.3/III/B/4/c/ii**, "*Karşı Edimin Bir Kısmının Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısma Tahsis Edilmesi*" isimli başlık.

¹⁹⁸³ Nitekim, miras hukukunda miras payları arasındaki farkın para ödenerek giderilmesi ve miras payları arasında denkleştirme yapılması kabul edilmekte, söz konusu işlem "*denkleştirici ödeme yoluyla tahsis (Zuweisung mit Ausgleichszahlung / attribution avec soulte)*" olarak adlandırılmaktadır. Başka bir deyişle, denkleştirme bir miktar paranın miras payına tahsis edilmesi yoluyla giderilmektedir. Bkz. BK-Wolf/Eggel, Art. 612 ZGB N 28; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99: "*Die Zuweisung mit Ausgleichszahlung*". "*Denkleştirme bedeli*" ödenebileceği yönündeki ifade için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 711.

tutulmasının mümkün olmadığı ve böyle hâllerde nispi metot uyarınca indirim hakkını düzenleyen BGB § 441 Abs. III hükmünün uygulanamayacağı Alman öğretisinde ifade edilmiştir. Bu durumda, alacaklının kendi karşı edimini ifa ederek borçludan ifası imkânsızlaşan kısım için bir miktar denkleştirme bedeli ödemesini talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Söz konusu tartışma, Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan sonra da devam etmiştir. Alman öğretisinde, çoğunlukla, borçlunun bir miktar para ödemek suretiyle taraflar arasında denkleştirme yapılması ve sözleşmenin muhtevasında bir değişikliğe gidilmesi mümkün görülmektedir¹⁹⁸⁴. Denkleştirme yapılarak sorunun çözülmesini savunan bu görüşün kaynağını, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin, kısmi imkânsızlık hâlinde karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda verdiği bir karar oluşturmaktadır¹⁹⁸⁵. Kararda, alacaklı, karşı edimini ifa etmek zorunda kalırken; borçlunun, denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü olduğuna hükmedilmiştir.

Öte yandan, bu görüşü paylaşan yazarların bazıları borçluya, bazıları ise alacaklıya bir **reddetme hakkı** ("*Ablehnungsrecht*") tanıyarak, iradeleri hilafına tarafların sözleşme değişikliğine zorlanamayacağını savunmaktadır. Söz konusu itiraz hakkı, dürüstlük kuralından doğan (BGB § 242) bir kısmi ifayı reddetme hakkına tekabül eder¹⁹⁸⁶. Borçluya reddetme hakkı tanıyan yazarlar, borçlunun iradesi dışında denkleştirmeye zorlanamayacağını belirtmekte iken¹⁹⁸⁷, alacaklıya reddetme hakkı tanıyan yazarlar, karşı edimin doğası gereği tam anlamıyla bölünebilir olmaması nedeniyle alacaklının ifa engeline kısmen değil tamamen başvurabileceği görüşündedir¹⁹⁸⁸. Borçluya reddetme hakkı tanıyanlar, alacaklının BGB § 350 hükmüne kıyasen, borçluya ret beyanı için uygun bir süre tanınması ve bu sürenin

¹⁹⁸⁴ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36; Soergel-Gsell, BGB § 326 N 24; van den Daele, s. 82-83.

¹⁹⁸⁵ **AlmİM**, 1.11.1924, Recht 1924 N 1111. Karar için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62; Soergel-Gsell, BGB § 326 N 24; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36; **Kisch**, s. 175 vd.

¹⁹⁸⁶ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36. *Emmerich*'e göre reddetme hakkı her iki tarafa da tanınmalıdır. Bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36.

¹⁹⁸⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36; van den Daele, s. 82-83. Bu görüşe göre, borçlunun denkleştirmeye karşı çıkarak yükümlülükten kaçınması için, kısmi ifada menfaatinin bulunmadığını veya denkleştirme bedeli ödemesinin kendisinden beklenmeyeceğini kanıtlaması gerekmez. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında borçlunun denkleştirme bedeli ödemeye zorlanabileceği görüşünde bkz. Soergel-Gsell, BGB § 326 N 24.

¹⁹⁸⁸ Soergel-Gsell, BGB § 326 N 24; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 323 (aF) N 36. Alacaklının yalnızca kısmi ifada herhangi bir menfaati kalmadığını ispat ederek reddetme hakkını kullanabileceği görüşünde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62.

sonuçsuz kalması durumunda ret hakkının sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁸⁹.

iii. Tahsis Sorununun Çözümde Kıyasen Yararlanılacak Hükümler

Kanaatimizce, karşı edimin bir kısmının edimin ifa edilmeyen kısmına denk düşmemesi durumunda meydana gelen tahsis sorunu, edimler arasında **denkleştirme** (*Ausgleichung*) yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur. Borçlu veya alacaklı rıza gösterebilir veya göstermez, taraflardan birine **denkleştirme borcu** (*Ausgleichspflicht*) yüklenmesi, bu çerçevede, denkleştirme ödemesi (*Ausgleichszahlung*) yapılmak suretiyle tahsis sorununun aşılması mümkündür.

Denkleştirme yoluyla tahsis sorununun aşılabilmesi amacıyla, birlikte mülkiyetin tasfiyesi hükümlerinden yararlanmak gerekir. Nasıl ki, birlikte mülkiyetin tasfiyesi amacıyla, bir mal veya bir malvarlığı, belli paylara ayrılarak, söz konusu payların birbirine denk düşmemesi durumunda, bir denkleştirme yapılıyorsa; borç ilişkisinin kısmen tasfiyesinde de, kısmi edim ve kısmi karşı edim paylarının, kısmi ifa oranı çerçevesinde birbirine denk düşmemesi durumunda, denkleştirme yapılmalıdır.

Borç ilişkisinin tasfiyesinde, kısmi ifa oranı nazara alınarak, kısmen ifa edilmiş olan edim ve bu edime karşılık gelen karşı edim payları oluşturulmalı ve oransal olarak kısmi edimin kısmi karşı edime tahsis edilebilmesi amacıyla denkleştirme yapılmalıdır. Söz konusu denkleştirme, daha önce ifa edilmiş olan edim borcunun ifa edilmiş kısmının artırılması veya edimin ifa edilmiş olan bir bölümünün iade edilmesi ya da edim veya karşı edim borcuna ivaz olarak bir miktar para eklenmesi suretiyle yapılabilir.

Tahsis sorununun aşılmasında birlikte mülkiyet hükümlerinden yararlanılması, esasen açık kanun boşluğunun **toplu (hukuki) kıyas** veya **ilke kıyası** yoluyla doldurulması anlamına gelir. Toplu kıyas, benzer hukuki sonuçlara götüren ve aynı istikamette yer alan farklı kanun hükümlerinden yararlanılarak, tümevarım yöntemiyle, farklı vakıalar için uygulanabilir olan genel ve ortak bir ilkeye varma çabasıdır¹⁹⁹⁰. Esasen, böyle bir durumda, kanunda yer alan benzer düzenlemelerden yola çıkılarak, kanun koyucunun amacı tespit edilmekte ve kanun boşluğu, kanunun

¹⁹⁸⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 62.

¹⁹⁹⁰ BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 383; Nomer/Akbulut, N 177; Kramer/Arnet, s. 233-234.

ruhundan yararlanılarak doldurulmaktadır. Kanaatimizce, kanunun ruhunu tespit etmek amacıyla toplu kıyas yoluyla tahsis sorununun aşılmasında yararlanabileceğimiz kanunda iki temel birlikte mülkiyet düzenlemesi mevcuttur:

Eşya hukukunda, TMK m. 699 (İsvMK m. 651) hükmünde, kanun koyucu, paylı malın aynen bölüşülerek paylaşılmasında, bölünen parçaların birbirine denk düşmemesi ihtimalinde denkleştirme yapılabilceğini öngörmüştür. Paylı mülkiyetin sona ermesi kaçınılmaz bir tasfiye (*Liquidation*) aşamasını gerekli kılar¹⁹⁹¹. Paylı mülkiyetin sona ermesi, yani tasfiye edilmesi, TMK m. 699 f. I uyarınca, malın aynen bölüşülmesi (*aynen paylaşma*) veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi (*nakden paylaşma*) biçiminde gerçekleştirilir¹⁹⁹². Öte yandan, paylı mülkiyetin tasfiyesinde, aynen paylaşma kuralıdır¹⁹⁹³. Aynen paylaşma amacıyla, TMK m. 699 f. II uyarınca, paydaşlar paylaşma biçiminde uyuşma sağlayamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir. Böylece, paylı mülkiyetin tasfiyesinde, bölünen parçalar arasında **denkleştirme** (*Ausgleichung*), para eklenerek (*“par soultes / in Geld”*) yapılabilir¹⁹⁹⁴. Denkleştirmenin para eklenerek yapılması, aynen paylaşmanın tamamlayıcı bir unsuru olduğu gibi, bu paylaşma şekline önemli bir esneklik sağlar¹⁹⁹⁵. Paylı mülkiyetin tasfiyesinde geniş bir takdir yetkisine sahip olan hâkim, en adil ve hakkaniyetli çözüm yolunu benimsemeli; ilgililerin istek ve ihtiyaçlarını gözетerek, somut olayın koşulları çerçevesinde karar

¹⁹⁹¹ CR-Perruchoud, Intro. art. 650-651a CC N 13 vd.; BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 650 ZGB N 6.

¹⁹⁹² BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 12; BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 16 vd.; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 29; Nomer/Ergüne, N 766; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 1321; Sirmen, s. 300. Aynen paylaşma, paylı malın değerinde önemli bir azalma olmaksızın bölünebilir olmasını gerekli kılar. Bkz. BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 20; BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 8, 13; Steinauer, N 1667.

¹⁹⁹³ BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 24; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 1322; Sirmen, s. 299; Yargıtay 6. HD, E. 2010/2817, K. 2010/7423, T. 17.6.2010 (Kazancı). İsviçre Hukuku’nda savunulan hâkim görüşe göre, aynen paylaşmanın nakden paylaşmaya bir önceliği veya üstünlüğü yoktur. Bkz. BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 13; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 30; ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 650-651 ZGB N 10; Steinauer, N 1665; İsvFM, SJ 1993 530; ATF 100 II 187 = Pra 1975, s. 26.

¹⁹⁹⁴ Para eklenerek denkleştirme konusunda bkz. BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 22; CR- ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 650-651 ZGB N 7, 11; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 10, 32; BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 18; Steinauer, N 1667; Nomer/Ergüne, N 770; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 1327; Sirmen, s. 299; Yargıtay 6. HD, E. 2010/2817, K. 2010/7423, T. 17.6.2010 (Kazancı): “(...) Aynen bölünerek paylaştırmanın mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para (ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanır (...)”.

¹⁹⁹⁵ BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 18. Rızai paylaşmada da para ile denkleştirme yapılabilir. Bkz. Steinauer, N 1663.

vermelidir¹⁹⁹⁶. Paydaşların menfaatlerini sıkı sıkıya tartarak karar veren hâkim, tarafların şahsi ve ekonomik durumlarını da nazara almalıdır¹⁹⁹⁷.

Miras hukukunda, TMK m. 650 (İsvMK m. 611) hükmünde, kanun koyucu, mirasın paylaşılması amacıyla mirasçılar tarafından veya mirasçılar aralarında anlaşamazlarsa hâkim tarafından, tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturulacağını öngörmüş; TMK m. 642 f. II hükmünde ise, mirasçılara verilen taşınmazların değerleri arasındaki farkın, para ödenmesi yoluyla giderilerek, miras payları arasında **denkleştirme** sağlanacağını belirtmiştir. Nitekim, Yargıtay, satış yoluyla paylaşma kararı verilmeden önce, ivaz eklenerek aynen paylaşmanın mümkün olup olmadığının araştırılması, eğer mümkünse depo kararı verilerek aynen paylaşmada ısrar edilmesi gerektiğine hükmetmektedir¹⁹⁹⁸. Esasen mehz İsviçre Hukuku'nda, İsvMK m. 651 f. III (TMK m. 699 f. II) hükmü açısından olduğu gibi, miras payları arasındaki farkın, para ödenerek denkleştirileceği yönünde açık bir hüküm mevcut değildir¹⁹⁹⁹. Açık bir düzenleme olmasa da, İsvMK m. 651 f. III hükmünün kıyasen uygulanması neticesince²⁰⁰⁰, İsviçre öğretisinde ve uygulamasında, miras paylarının eşit olmaması durumunda, mirasçıların malvarlığından para ödenmesi yoluyla denkleştirme ("*Ausgleichszahlungen*") yapılacağı kabul edilmiştir²⁰⁰¹. Nitekim, mirasçının rızası bulunmasa bile, hâkim, denkleştirici bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir²⁰⁰². Amaç, aynen paylaşmayı teşvik etmek

¹⁹⁹⁶ CR-Perruchoud, art. 651 CC N 26; BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 13; İsvFM, SJ 1993 530; ATF 100 II 187 187 = Pra 1975, s. 26.

¹⁹⁹⁷ BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 23; BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 13; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 26; İsvFM, ATF 100 II 187.

¹⁹⁹⁸ Yargıtay 14. HD, E. 2018/3062, K. 2019/1211, T. 13.2.2019 (Kazancı): "(...) Çekilecek kura sonucunda kendisine daha kıymetli taşınmazlar isabet eden tarafa ivaz bedeli farkını hükümden önce depo etmesi için kesin süre verilmeli, depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı, her iki tarafın da ivaz bedelini kesin süre içerisinde depo etmemesi durumunda ise şimdiki gibi satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir (...)"; Yargıtay 14. HD, E. 2014/16828, K. 2016/1689, T. 11.2.2016 (Kazancı); Yargıtay 14. HD, E. 2014/13185, K. 2015/7202, T. 29.6.2015 (Kazancı).

¹⁹⁹⁹ CR-Spahr, art. 612 CC N 10; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 11; Guinand/Stettler/Leuba, N 558, dn. 1016; Piotet, Droit successoral, s. 797.

²⁰⁰⁰ PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 11; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; Piotet, Droit successoral, s. 797; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99.

²⁰⁰¹ PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 11; CR-Spahr, art. 612 CC N 10, art. 611 CC N 21; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; BK-Wolf/Eggel, Art. 612 ZGB N 28; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3; Guinand/Stettler/Leuba, N 558; Piotet, Droit successoral, s. 797; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 711; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99; İsvFM, ATF 143 III 425 = JdT 2018 II 155. Türk Hukuku'nda TMK m. 642 f. II hükmüne rağmen aksi görüşte bkz. Gönen, Miras, s. 117.

²⁰⁰² CR-Spahr, art. 612 CC N 10; Guinand/Stettler/Leuba, N 558, dn. 1016. Mirasçıların rızasının aranması gerektiği yönünde bkz. BK-Wolf/Eggel, Art. 612 ZGB N 29; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 711.

ve kolaylaştırmaktır²⁰⁰³. Her ne kadar, hâkim, mirasçayı denkleştirme amacıyla bir miktar paraya mahkûm edebilirse de, kendine özgülenen malvarlığı değeri ile miras payının değeri arasındaki farkın, fazla önemli ve aşırı olmaması gerekir²⁰⁰⁴. Başka bir deyişle, denkleştirme tutarı ile miras payı makul bir ilişki içinde olmalıdır²⁰⁰⁵. Hâkim, para ile denkleştirme yapılacaksa, hakkaniyete uygun bir şekilde ve somut olayın koşulları çerçevesinde denkleştirmenin mümkün olup olmadığını ve eğer mümkünse tutarını belirlemek konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁰⁰⁶. Öte yandan, ilgili mirasçı, miras payının denkleştirilmesi amacıyla bir miktar para ödemeyi kabul ediyorsa ve söz konusu miktarı ödeyebilecek konumdaysa, özgülenen malvarlığı değeri ile miras payının değeri arasındaki fark fazla olsa bile, bir miktar para ödemeye mahkûm edilebilir²⁰⁰⁷. Örneğin, mirasbırakan üç kızına 120.000 USD değerinde bir miras bırakmışsa ve mirasbırakanın terekesinde 50.000 USD değerinde bir otomobil bulunuyorsa, hâkim, otomobilin mirasçılardan birine özgülenerek o mirasçının denkleştirme amacıyla 10.000 USD ödemesine karar verebilir²⁰⁰⁸.

Görüldüğü üzere, paylı mülkiyetin tasfiyesinde TMK m. 699 f. II ile miras ortaklığının tasfiyesinde TMK m. 642 f. II hükümleri, tasfiye paylarının oransal olarak birbirine denk düşmemesi durumunda, hâkime bir denkleştirme yapma imkânı tanır. Her iki hüküm de paylı malın veya malvarlığı değerinin bölünebilir olması durumunda uygulanma imkânına sahiptir. Hâkime denkleştirme yetkisi veren her iki hükmün de amacı, aynen paylaşmayı kolaylaştırmaktır. Kısmi dönmeyi mümkün kılmak bakımından ısrarcı olunmasının sebebi de, alacaklıyı mümkün olduğunda aynen ifa

²⁰⁰³ CR-Spahr, art. 612 CC N 10; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 11; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; Guinand/Stettler/Leuba, N 558, dn. 1016; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99.

²⁰⁰⁴ PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 12; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; CR-Spahr, art. 612 CC N 10; BK-Wolf/Eggel, Art. 612 ZGB N 28; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; Guinand/Stettler/Leuba, N 558, dn. 1016; Leuba, Partage successoral, s. 170-171; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99: “nicht erheblich” veya “von relativ geringem Ausmass”; İsvFM, ATF 143 III 425 = JdT 2018 II 155: “la différence ne soit pas considérable” İsviçre Federal Mahkemesi, %33 oranında bir farkın aşırı olduğuna hükmetmiştir. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, öğretide ileri sürülen %10'luk sınırının da fazla şematik olduğunu belirtmiştir. Bkz. İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99; İsvFM, ATF 143 III 425 = JdT 2018 II 155. Ayrıca bkz. CR-Spahr, art. 612 CC N 10; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 11; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; BK-Wolf/Eggel, Art. 612 ZGB N 28; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; Guinand/Stettler/Leuba, N 558, dn. 1016; Spahr, Liquidations, s. 124.

²⁰⁰⁵ BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 12; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99.

²⁰⁰⁶ PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 12; BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99; İsvFM, ATF 143 III 425 = JdT 2018 II 155. İlgili mirasçının ekonomik durumunun da nazara alınacağı yönünde bkz. CR-Spahr, art. 611 CC N 21.

²⁰⁰⁷ CR-Spahr, art. 612 CC N 10; Piotet, Droit successoral, s. 798; Spahr, Liquidations, s. 124, dn. 112; Leuba, Partage successoral, s. 170-171. Benzer yönde bkz. BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3.

²⁰⁰⁸ Örnekler için bkz. CR-Spahr, art. 612 CC N 9; BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3.

imkânından mahrum bırakmamaktır. Özetle, TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümlerinden kıyasen yararlanarak, sözleşmeden kısmen dönme durumunda denkleştirme yoluna gitmek ve bir kısmi tasfiye rejimi inşa etmek mümkündür.

iv. Sorunun Toplu Kıyas Yoluyla Çözümü ve Edimler Arasında Denkleştirme Yapılması

TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümlerinin kıyas yoluyla kısmi dönme rejimine uygulanması sonucunda varılan ilk ve en önemli sonuç, edim ve karşı edim arasında tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, edimler arasında denkleştirme yapılması gerektiğidir. Borç ilişkisinin tasfiyesinde, kısmi ifa oranı nazara alınarak, kısmen ifa edilmiş olan edim ve bu edime karşılık gelen karşı edim bakımından paylar oluşturulmalı ve her iki edim bölümü arasında denkleştirme yapılmalıdır.

Kısmen ifa edilmiş olan edim ve ona denk düşen karşı edim arasındaki denkleştirme, bir tarafa ivaz eklenmesi yani taraflardan birine bir miktar para borcu yüklenmesi şeklinde yapılabilir. Öte yandan, ivaz eklenmeden önce, denkleştirmenin, daha önce ifa edilmiş olan **edim borcunun ifa edilmiş kısmının artırılması** veya ifa edilmiş olan **kısmi edimin bir bölümünün iade edilmesi** yoluyla sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmelidir. Şayet kısmen ifa edilmiş olan edimin miktar bakımından ifa edilmiş bölümünün artırılması veya bir bölümünün iade edilmesi yoluyla denkleştirme sağlanıyorsa, edim veya karşı edim borcuna ivaz eklenmesi yoluna gidilmeksizin kısmi tasfiye sağlanmış olur. Şayet kısmen ifa edilmiş olan edimin artırılıp eksiltilmesi yoluyla bir sonuca ulaşılamıyorsa, edim veya karşı edime **bir miktar ivaz (para) eklenmesi** yoluna gidilmelidir.

Alacaklı ve borçlu, sözleşmenin kısmen tasfiyesi amacıyla, denkleştirme konusunda aralarında anlaşma yapma imkânına sahiptir. Denkleştirme konusunda anlaşmaya varılamaması ihtimalinde, TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümleri açısından olduğu gibi, taraflar, hâkim tarafından yapılacak olan denkleştirmeye katlanmak ve tahammül etmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle, hâkim, sözleşme ilişkisine müdahale ederek, taraflar arasında bozulan sinallagma ilişkisini ve eşdeğerlik bağını denkleştirme yoluyla yeniden tesis etme hak ve yetkisine sahiptir. Bu durumda, **hâkimin sözleşmeye müdahalesi** tarafları bağlar. Hâkimin sözleşme ilişkisine müdahale ederek denkleştirme yapma yetkisi, “*favor negotii (işlem menfaati)*” ile “*pacta sunt servanda (ahde vefa)*” ilkesine dayanır. Böylece hâkim,

kısmen de olsa sözleşmenin bütünüyle akamete uğramasına engel olur ve tıkanmış olan kısmi tasfiye ilişkisinin önünü açar.

TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümlerine kıyasen, kısmi tasfiye ilişkisinde hâkim, edim ve karşı edim arasında denkleştirme yaparken **geniş bir takdir yetkisine** sahiptir. Hâkim, söz konusu takdir yetkisini, somut olayın koşullarına ve hakkaniyete uygun bir biçimde kullanmalı²⁰⁰⁹; en adil ve hakkaniyetli çözüm yolunu benimsemeli; borçlu ve alacaklının edim ve karşı edim bakımından istek ve ihtiyaçları ile aynen ifa menfaatini nazara alarak, somut olayın koşulları çerçevesinde karar vermelidir²⁰¹⁰. Borçlu ve alacaklının ifa menfaatlerini sıkı sıkıya tartarak karar veren hâkim, somut olayın koşulları çerçevesinde gerekirse tarafların şahsi ve ekonomik durumlarını da nazara almalıdır²⁰¹¹. Aynen ifaya daha fazla ihtiyaç duyan taraf lehine, edimin artırılması yoluna gidilebileceği gibi; aynen ifa menfaati nispeten daha az olan taraf aleyhine, edimin ifa edilmiş olan bir bölümünü iade etme mecburiyeti de öngörülebilir. Keza, hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde, bir çözüm yoluna öncelik tanımak konusunda yeterince ikna olmazsa, kısmi tasfiyenin sorunsuz ve rahat bir biçimde gerçekleştirilmesi ihtiyacını nazara alarak, en pratik ve en az zahmetli yolu tercih edebilir. Zira, sözleşmeden dönmede tasfiye zor, kısmi tasfiye çok daha zordur.

Hâkimin taraflardan birinin borcunu denkleştirme amacıyla artırması veya onun borcuna ivaz eklemesi durumunda, denkleştirme tutarı, borçlunun veya alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu kısmi ediminin çok üzerinde olmamalı; başka bir deyişle, denkleştirme tutarı ile kısmi edim veya kısmi karşı edim **makul bir ilişki** içinde olmalıdır²⁰¹². Aleyhine denkleştirme borcu yüklenen tarafın söz konusu yükümlülüğe katlanması, dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenebilir bulunmalıdır. Öte yandan, taraflardan biri, denkleştirme amacıyla bir miktar para ödemeyi kabul ediyorsa ve söz konusu miktarı ödeyebilecek konumdaysa, denkleştirme tutarı fazla olsa bile, ivaz eklenmesi yoluyla denkleştirme sağlanabilir²⁰¹³. Örneğin, kısmi temerrüt nedeniyle

²⁰⁰⁹ Mirasçılarının miras paylarının bir miktar para ile denkleştirilmesi açısından bu yönde bkz. BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 12; CS-Peyrot, art. 611 CC N 6; BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99; İsvFM, ATF 143 III 425 = JdT 2018 II 155.

²⁰¹⁰ Paylı mülkiyetin tasfiyesinde aynı yönde bkz. BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 13; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 26; İsvFM, SJ 1993 530; ATF 100 II 187 187 = Pra 1975, s. 26.

²⁰¹¹ Paylı mülkiyetin tasfiyesinde aynı görüşte bkz. BSK-Brunner/Wichtermann, Art. 651 ZGB N 13; BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 23; CR-Perruchoud, art. 651 CC N 26; İsvFM, ATF 100 II 187.

²⁰¹² Miras payı ile denkleştirme tutarının makul bir ilişki içinde olması gerektiği yönünde bkz. BK-Wolf, Art. 611 ZGB N 18; PraxKomm-Weibel, Art. 612 ZGB N 12; İsvFM, 8.12.2003, 5C.214/2003 = Pra 2004, N 99.

²⁰¹³ Miras hukukunda mirasçılar bakımından aynı yönde bkz. CR-Spahr, art. 612 CC N 10; Piotet, Droit successoral, s. 798; Spahr, Liquidations, s. 124, dn. 112; Leuba, Partage successoral, s. 170-171.

borçluya karşı dava açan ve sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanan alacaklı, olumsuz zararının tazminini talep ederken, kendi karşı edimini bir miktar parayla denkleştirmeyi teklif ediyorsa, ödeme gücü bulunduğu müddetçe alacaklının talebi doğrultusunda hareket edilebilir. Aynı imkân borçlu için de söz konusudur. Hâkimin borçlu veya alacaklıdan birinin aleyhine denkleştirme tutarı öngörmesi ihtimalinde, ilgili taraf aleyhine kesin süre belirleyerek, **depo kararı** vermesi mümkündür²⁰¹⁴. Kesin süre içinde ilgili taraf depo kararının gereklerini yerine getirmezse, hâkim, denkleştirme tutarını diğer taraf aleyhine öngörebilir veya bu sefer, diğer taraf aleyhine depo kararı verebilir.

Kısmi tasfiye durumunda, alacaklının menfaatlerinin, borçlunun menfaatlerine üstün tutulması söz konusu olmaz. Borçlu, en az alacaklı kadar hukuki korumadan yararlanır. Borçlunun borca aykırı davranarak borcunu kısmen ifa etmiş olması, bu sonucu değiştirmez. Zira, sözleşmeden kısmen dönme neticesinde edim ve karşı edimin denkleştirilmesi, sinallagma ilişkisinin, yani edim - karşı edim dengesinin yeniden tesis edilmesini amaçlar. Bu açıdan, denkleştirme amacıyla ivaz eklenmesi, tarafların aynen ifa borcu açısından olduğu gibi, kaynağını borca aykırılıktan değil, sinallagma ilişkisinden alır.

Denkleştirme bedeli, bir tazminat alacağı olmadığı için, borçlunun kusurundan bağımsızdır²⁰¹⁵. Borçlu, beklenmeyen hâl veya mücbir sebep nedeniyle kısmen temerrüde düşmüş olsa bile, denkleştirme amacıyla ifa yükümlülüğü altında bulunabilir. Denkleştirme bedeli esasen **kısmi tasfiye ilişkisi nedeniyle doğan bir iade borcu** olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle, borca aykırılıkta kusuru ve sorumluluğu bulunmayan alacaklı da denkleştirme amacıyla ifa yükümlüsü kılınabilir. Önemli olan, edim ve karşı edim dengesinin kısmi ifa oranında yeniden sağlanmasıdır.

Borçlunun ediminin **yapma borcu** olması durumunda da denkleştirme yoluna gitmek mümkündür. Yapma borcu bakımından edimin ifa edilmiş kısmının artırılması; başka bir deyişle, borçlunun yapma borcunu bir miktar daha ifa etmesi istenebilir. Borçlunun yapma borcunu ifa etmemesi ihtimalinde ise, TBK m. 113 (İsvBK m. 98) uygulanır ve hâkimden nâma ifaya izin vermesi talep edilebilir. Öte yandan, yapma

Benzer yönde bkz. BSK-Minnig, Art. 612 ZGB N 3.

²⁰¹⁴ Miras hukukunda aynı yönde bkz. **Yargıtay 14. HD**, E. 2018/3062, K. 2019/1211, T. 13.2.2019 (Kazancı); **Yargıtay 14. HD**, E. 2014/16828, K. 2016/1689, T. 11.2.2016 (Kazancı); **Yargıtay 14. HD**, E. 2014/13185, K. 2015/7202, T. 29.6.2015 (Kazancı).

²⁰¹⁵ İndirim hakkının kullanılması durumunda meydana gelen indirim tutarı, bir tazminat alacağı değildir. Söz konusu indirim, eşdeğerlik ilişkisinin yeniden kurulmasına ve sinallagma ilişkisindeki aksaklıkların giderilmesine dayanır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 276.

borcu bakımından edimin ifa edilmiş kısmının iade edilmesi, edimin doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda, ifa edilmiş olan yapma borcunun nakden iade edilmesi gerekir. Esasen nakden iade, edim borcuna bir miktar ivaz eklenmesi anlamına geleceği için, doğrudan para eklenerek denkleştirme yoluna gidilmesi isabetli olur. Unutmamak gerekir ki, karşı edimin para borcu olması durumunda tahsis sorunu meydana gelmeyeceği için, yapma borcu bakımından denkleştirme ihtiyacı, karşı edimin para borcu dışında, başka bir verme borcu veya yapma borcu olması durumunda meydana gelir.

Hâkim, somut olayın koşulları çerçevesinde ve hakkaniyet ilkesi uyarınca, durumun gerektirdiği denkleştirme yöntemini seçmekte serbesttir. Öte yandan, somut olayın koşulları aksini gerektirmedikçe, kanaatimizce tahsis sorununun çözülmesi amacıyla başvuru denkleştirme işlemi, aşağıda yer verilen sıraya göre gerçekleştirilebilir:

- a) *İlk olarak*, denkleştirme, doğrudan ivaz eklenmesi kapsamında değil, kısmen ifa edilen edim kapsamında ele alınmalıdır. Böylece, edim borcunun ifa edilmiş olan kısmının artırılıp eksiltilmesi suretiyle, başka bir deyişle, kısmi ifa oranının artırılıp eksiltilmesi yoluyla, kısmi ifanın, karşı edim borcuna denk düşmesi sağlanır. Bu meyanda sırayla iki ihtimal çerçevesinde hareket edilebilir:

İlk ihtimalde, **edimin yeter bir miktar daha ifa edilmesi** talep edilerek, kısmi ifanın karşı edim borcuna fiilen tahsis edilebilecek bir şekilde artırılması sağlanır. Esasen, alacaklının TBK m. 84 f. II (İsvBK m. 69 f. II) uyarınca kısmi ifayı talep etme hakkını kullanması²⁰¹⁶; yani, borçlunun edimini bir miktar daha ifa etmesini talep etmesi mümkün olduğu için, bu çözüm tarzı, kısmi temerrüt rejimine muhteva olarak daha uygundur. Konu kapsamında verdiğimiz ilk örnek²⁰¹⁷ tekrar ele alınacak olursa, üç vazonun 1.000 TL birim fiyat üzerinden satılması durumunda, satış bedelinin 1.500 TL'lik kısmını ödemiş olan borçludan 500 TL daha ödemesi talep edilir ve alacaklı kalan 1.000 TL'lik satış

²⁰¹⁶ Alacaklı, TBK m. 84 f. II uyarınca borçludan borcun tamamını değil, bir kısmını ifa etmesini talep edebilir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 57, s. 16; BK-Weber, Art. 69 OR N 47-48; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 30; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 14-15; CR-Hohl, art. 69 CO N 1, 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 20; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 21; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 266 N 11; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Schwenger/Fountoulakis, N 7.27; Schenker, Schuldnerverzug, N 141; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 876; Esser/Schmidt, § 15 III; İsvFM, 30.3.2013, 4A_519/2012; 20.7.2012, 4A_194/2012; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 1958. Ayrıca bkz. yukarıda, B.2/II/D/2, “Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı” isimli başlık.

²⁰¹⁷ Örnek için bkz. yukarıda, B.3/III/C/4/c/i, “Tahsis Sorununun Meydana Gelmesi” isimli başlık.

bedeli bakımından sözleşmeden döner. Böylece, iki vazoyu karşı tarafa teslim etmekle yükümlü olan alacaklı, kendi karşı edim borcunun bir vazoya tekabül eden kısmından kurtulur.

İkinci ihtimalde, daha önce ifa edilen **kısmi edimin bir bölümünün borçluya iade edilmesi** yoluyla, alacaklının elinde kalan kısmın, karşı edim borcunun bir bölümüne karşılık gelip gelmediği araştırılır. Böylece, azalan kısmi ifanın karşı edim borcuna kısmen tahsis edilebilmesi sağlanır. İlk örnek ele alınacak olursa, alacaklı, 1.500 TL'lik kısmi edimin 500 TL'sini borçluya iade eder. Böylece, kısmi ifa oranını tahsis sorununu aşacak ölçüde indiren alacaklı, ifa edilen 1.000 TL'ye karşılık gelen vazoyu borçluya teslim eder ve kısmi dönme neticesinde kalan iki vazo açısından borçtan kurtulur.

Görüldüğü üzere, her iki ihtimalde, denkleştirme tutarı, edim borcunun bir kısmından oluşur. İlk ihtimalde borçlu aleyhine bir denkleştirme yükümlülüğü yüklenerek, borcunu bir miktar daha ifa etmesi istenir. İkinci ihtimalde ise, alacaklı aleyhine bir denkleştirme yükümlülüğü öngörülerek, ifa edilmiş olan edimin bir kısmını iade etmesi beklenir. Esasen edim borcunun bir para borcu olması durumunda, kısmi ifanın miktar bakımından artırılması veya iade edilmesi, ivaz eklenmesi şeklinde sonuç doğurur.

- b) *İkinci olarak*, edim borcunun ifa edilmiş olan kısmının artırılıp eksiltilmesi yoluyla bir sonuca ulaşılamazsa, bu sefer, sorun, **ivaz eklenmesi** yani taraflardan birine **bir miktar para borcu yüklenmesi** suretiyle çözülür. Eklenecek olan ivaz, yukarıda açıkladığımız “*nispi metot*” çerçevesinde belirlenir. Bu meyanda iki ihtimal çerçevesinde hareket edilebilir:

İlk ihtimalde, **alacaklı aleyhine** ivaz eklenerek denkleştirme yapılır. Aynen ifa esas olduğu için, alacaklı, öncelikle kendi karşı edim borcunu, kısmi ifa oranı nazara alınarak, ifa edebileceği en yüksek oranda, yani kısmi ifa oranına en yakın ölçüde ifa eder. Akabinde ise, alacaklının kısmen ifa ettiği karşı edim borcuna, eksik kaldığı ölçüde ivaz eklenerek sözleşmeden dönmesi sağlanır. Böylece, “*kısmi ifaya karşı kısmi ifa*” kuralı çerçevesinde, kısmi edime karşılık gelen kısmi karşı edim, bir taraftan ifa edilebileceği en yüksek oranda ifa edilir; diğer taraftan, karşı edim nakden, yani bir miktar para ile takyit edilmek suretiyle, sözleşmeden kısmen dönme mümkün hâle gelir. En başta verilen ikinci örnek²⁰¹⁸

²⁰¹⁸ Örnek için bkz. yukarıda, **B.3/III/C/4/c/i**, “*Tahsis Sorununun Meydana Gelmesi*” isimli başlık.

tekrar ele alınacak olursa, 200.000 TL değerindeki taşınmazlardan yalnızca birinin devredilmesi durumunda, sözleşmeden kısmen dönmek ve söz konusu taşınmazı elde tutmak isteyen alacaklı, 150.000 TL değerindeki otomobillerden birini borçluya devreder; ayrıca 50.000 TL daha ödeyerek sözleşmeden kısmen döner. Böylece, kalan iki otomobilin devrini içeren kendi karşı edim borcu kısmen sona ererken, borçlunun diğer taşınmazı devretme yükümlülüğü de ortadan kalkar.

İkinci ihtimalde, borçlu aleyhine ivaz eklenerek denkleştirme yapılır. Alacaklı, kendi karşı edim borcunu, kısmi ifa oranını en az aşacak şekilde ifa eder. Bu sefer borçlu edimini, karşı edim oranından az ifa ettiği için, borçlunun kısmi edimi, ivaz eklenerek karşı edime denk hâle getirilir. İkinci örnek ele alınacak olursa, alacaklının 150.000 TL değerindeki otomobillerden ikisini borçluya devretmesi istenir. Buna karşılık, borçlu, 200.000 TL değerindeki taşınmazlardan birini alacaklıya devreder; ayrıca denkleştirme bedeli olarak alacaklıya 100.000 TL öder. Bu son ihtimal, hem sözleşmeden dönen alacaklıya gereğinden fazla oranda ifa yükümlülüğü getirdiği hem de borçluya yüksek bir denkleştirme tutarı yüklediği için, hâkim tarafından son sırada ele alınır.

Görüldüğü üzere, TMK m. 642 f. II ile TMK m. 699 f. II hükümleri açısından olduğu gibi, kısmi dönmede de ivaz eklenerek denkleştirme işlemi yapılır. Eklenecek olan ivaz ise nispi metoda göre belirlenir. Buna göre, alacaklının ifa ettiği kısmi karşı edimin değerinin, kendi karşı ediminin tamamının değerine oranı ile borçlunun ifa ettiği kısmi edimin değerinin, kendi ediminin tamamının değerine oranı eşit olmalıdır. Eksik kalan edime eklenecek olan ivaz ise, denkleştirme tutarı olarak sinallagma ilişkisinde yerini alır.

- c) *Son olarak*, kısmi edimin artırılıp eksiltilmesi veya ivaz eklenmesi suretiyle bir sonuca ulaşılamazsa, karşı edim borcunun bölünebilir olmadığı ve karşı edimin bir kısmının edimin ifa edilmeyen kısmına tahsis edilemediği sonucuna ulaşılır²⁰¹⁹. Kanaatimizce, böyle bir durumda sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı, sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün olmaması sebebiyle sözleşmeden tamamen dönebilir. Zira, ancak bu ihtimalde, sözleşmeden kısmen

²⁰¹⁹ Tahsis sorununun meydana gelmesi durumunda, alacaklının yalnızca sözleşmeden tamamen dönme imkânına sahip olduğu görüşünde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Tandoğan**, Nullité, s. 291.

dönme için bütün hukuki imkânlar seferber edilmiş, bütün yollar denenmiş ve son çare olarak sözleşmenin tamamen tasfiye edilmesi yoluna başvurulmuş olur.

d. Kısmi Dönmenin Borçtan Kısmen Kurtarıcı Etkisi

i. Asli Edim Yükümlülüklerinin Kısmen Sona Ermesi

Geçerli bir biçimde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, tarafların karşılıklı olarak asli edim yükümlülükleri sona erer²⁰²⁰. Sözleşmeden dönme hakkının asli edim yükümlülüklerini sona erdirmesi, **borçtan kurtarıcı etki** (*Befreiungswirkung*) şeklinde tanımlanır. Sözleşmeden dönme hakkının borçtan kurtarıcı etkisi, TBK m. 125 f. III hükmünde, “*Sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar*” şeklinde ifade edilmiştir. İsvBK m. 109 f. I hükmünde ise borçtan kurtarıcı etki, “*sözleşmeden dönen alacaklı söz verdiği edimi reddedebilir*” şeklinde düzenlenmiştir²⁰²¹. Sözleşmeden dönme üzerine meydana gelen borçtan kurtarıcı etkiden, alacaklı kadar borçlu da faydalanır²⁰²². Her ikisi bakımından ifa edilmemiş olan edim yükümlülükleri sona erer.

Sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi uyarınca, henüz ifa edilmemiş olan edimlerin hukuk aleminden silinip gitmesi ve geriye yalnızca tazminat alacağının kalması herhangi bir güçlüğü yol açmaz²⁰²³. Öte yandan, alacaklının ve borçlunun tamamen veya kısmen kendi borcunu ifa etmesi durumunda, borçtan kurtarıcı etki yerine, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesine yol açıcı etki devreye girer²⁰²⁴. Sözleşmeden dönme üzerine, her iki hukuki etki, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirini tamamlar.

TBK m. 125 f. III hükmünün mehzazını oluşturan İsvBK m. 109 f. I hükmünde sözleşmeden dönen alacaklının, daha önce vadettiği edimin ifa talebini reddedebileceği ifade edilmiştir. İsvBK m. 109 f. I hükmünün lafzı nedeniyle, öğretide,

²⁰²⁰ von Tuhr/Escher, § 73, s. 155; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 58; BK-Becker, Art. 109 OR N 6; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 16; MüKoBGB-Gaier, BGB § 346 N 41; Bucher, AT, s. 376, dn. 185; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2805; Schenker, Schuldnerverzug, N 694; Ramoni, N 79; Suter, Vertragsrücktritt, s. 79, 90; Serozan, Dönme, s. 505 vd.; Buz, Dönme, s. 152 vd.; Tolu, s. 12. Borçtan kurtarıcı etki (*Befreiungswirkung*) kavramı için bkz. MüKoBGB-Gaier, BGB § 346 N 41; Serozan, Dönme, s. 505.

²⁰²¹ İsvBK m. 109 f. I hükmünün Almanca ve Fransızca versiyonları genel olarak birbiriyle örtüşür. Bkz. İsvBK m. 109 f. I: “(De) Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern; (Fr) Le créancier qui se départ du contrat peut refuser la prestation promise et répéter ce qu’il a déjà payé”.

²⁰²² von Tuhr/Escher, § 73, s. 155; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 4; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 58; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 16; Glasl, Rückabwicklung, s. 113; Voser, s. 77; Schenker, Schuldnerverzug, N 694; Wiegand, recht 1984, s. 13; Buz, Dönme, s. 153.

²⁰²³ Buz, Dönme, s. 153.

²⁰²⁴ Ehrat, N 478; Buz, Dönme, s. 153.

sözleşmeden dönme beyanı üzerine, tarafların, kendi edim yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaya yönelik bir sürekli def'i hakkı elde edeceği savunulmaktadır²⁰²⁵. Kanımızca, sözleşmeden dönme üzerine borçtan kurtarıcı etkinin meydana gelmesi için bir def'i hakkının kullanılması gerekmez. Zira, sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran karakteri sayesinde, karşılıklı borçlar kendiliğinden sona erer²⁰²⁶. Sözleşmeden dönme üzerine *ipso iure* meydana gelen borçtan kurtarıcı etki, bir sürekli def'i hakkına değil, borcun sona erdiği yönündeki bir itiraz savunmasına yol açar²⁰²⁷.

Kısmi dönme hâlinde, sözleşmeden dönmeye bağlanan borçtan kurtarıcı etki ve karşılıklı edimlerin iadesi gibi bütün hukuki sonuçlar, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının sözleşmeden döndüğü kısım özelinde gerçekleşir²⁰²⁸. Kısmi dönmenin doğrudan etkilediği kısım dışında, diğer tüm açılardan, sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükler var olmaya devam eder²⁰²⁹. O hâlde, sözleşmeden kısmen dönme üzerine, taraflar, asli edim yükümlülüklerinden kısmen kurtulur²⁰³⁰. Borçlunun ifasında geciktiği ve temerrüde düştüğü kısım bakımından asli edim yükümlülüğü sona erer; buna mukabil, alacaklı da buna denk düşen kısım bakımından karşı edim yükümlülüğünden kurtulur²⁰³¹. Böylece, her iki edim yükümlülüğü, ifa edilmemiş kısım nispetinde indirime tabi tutulur²⁰³². Bu nedenle, sözleşmeden dönme hakkının borçtan kurtarıcı etkisi, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, tam değil, kısmi bir etki şeklinde varlık gösterir.

²⁰²⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 58; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2805; von Tuhr/Escher, § 73, s. 155, dn. 97; Keller/Schöbi, s. 277-278; Suter, Vertragsrücktritt, s. 79, 90. Bu konuda bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 694. Tarafların kendi yükümlülüklerini ifadan kaçınma konusunda bir sürekli def'i hakkı elde edip etmediği, sözleşmeden dönmeyen hukuki niteliğini açıklayan teorilerden bağımsız bir şekilde ele alınmaktadır. Nitekim, aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlar da söz konusu def'i hakkına dikkat çekmektedir. Bkz. Keller/Schöbi, s. 277-278. Buna karşılık, bir def'i hakkının var olabilmesi için bir borç ilişkisinin var olması gerekir Bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 694, dn. 6.

²⁰²⁶ Glasl, Rückabwicklung, s. 167-168; Leser, Rücktritt, s. 224; Schenker, Schuldnerverzug, N 694; Voser, s. 84-85; Suter, Vertragsrücktritt, s. 57; Serozan, Dönme, s. 506; Buz, Dönme, s. 154-155.

²⁰²⁷ Buz, Dönme, s. 154-155. Aynı yönde bkz. Voser, s. 84-85; Schenker, Schuldnerverzug, N 694. Sürekli def'i hakkının re'sen nazara alınacağı yönünde benzer görüşte bkz. Serozan, Dönme, s. 506.

²⁰²⁸ Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

²⁰²⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 35; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²⁰³⁰ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

²⁰³¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Schenker, Schuldnerverzug, N 769. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59.

²⁰³² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27, BGB § 325 N 46; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tercier/Pichonnaz, N 1426, 1429; Ergül, s. 361. Kısmi ifa imkânsızlığı bakımından aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N B 59.

Kısmi dönmenin borçtan kısmen kurtarıcı etkisi, tarafların ifa yükümlülüğünü belirleyen kısmi ifa oranı çerçevesinde tespit edilir. Alacaklının hangi oranda ifa yükümlülüğünden kurtulacağı, borçlunun temerrüde düştüğü kısmın değerinin, borcun tamamının değerine oranı ölçüsünde tespit edilir²⁰³³. Yukarıda açıklandığı üzere, kısmi ifa oranının hesap edilmesinde, karşı edimin orantılı bir biçimde indirimine tabi tutulması ilkesine dayanan nispi metottan yararlanılır²⁰³⁴. Nispi metot yardımıyla tespit edilen kısmi ifa oranı dışında kalan borçlar, sözleşmeden kısmen dönme üzerine sona erer. O hâlde, **kısmi dönmenin borçtan kısmen kurtarıcı etkisi**, kısmi ifa oranının kapsamı dışında kalan borç bakiyesi için hüküm ve sonuç doğurur.

Örneğin, borçlu, bir satış sözleşmesinde satış bedelinin $\frac{1}{4}$ 'ünü ifa etmişse, kısmi dönme üzerine, satış bedelinin ve bölünebilir olması hâlinde satılanı teslim etme borcunun $\frac{3}{4}$ 'ü sona erer. Şayet borçlu, alacaklıya iki farklı asli edim borçlanmışsa, sözleşmeden kısmen dönme üzerine, borçlunun temerrüde düştüğü edim ve ona tekabül eden karşı edim ortadan kalkar.

Sözleşmeden dönme rejiminin aksine, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde borçtan kısmen kurtarıcı etki, alacaklı ve borçlu bakımından farklı şekilde gerçekleşir. Alacaklı açısından bakıldığında, karşı edim borcu, alacaklının ifa etmek zorunda olduğu kısım dışında sona erer. Borçlu açısından bakıldığında ise, borçlunun hâli hazırda ifa ettiği kısım dışında kalan edim borcu, derhal ortadan kalkar. O hâlde, kısmi temerrüt rejimiyle iki bölüme ayrılan sözleşmenin kısmen ifa edilmemiş bölümü, kısmi dönme beyanıyla birlikte son bulmuş olur.

Kısmi dönmenin doğrudan etkilediği kısım dışında, diğer tüm açılardan sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükler var olmaya devam eder²⁰³⁵. Sözleşmeden kısmen dönen alacaklı, ifa edilmiş kısım bakımından kendi borcunu kısmen ifa etmek zorundadır²⁰³⁶. Keza, tahsis sorunu çerçevesinde denkleştirme yapmak gerekiyorsa, denkleştirme bedeli, borçtan kurtarıcı etkinin dışımda kalır.

²⁰³³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411.

²⁰³⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215. Bkz. yukarıda, **B.3/III/C/4/b/iii**, “*Nispi Metodun Kısmi Dönme Bakımından Uygulanması*” isimli başlık.

²⁰³⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²⁰³⁶ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 215; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971.

ii. Yan Edim Yükümlülüklerinin Devam Etmesi

Genel olarak, sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi, asli edim yükümlülükleriyle sınırlı değildir. Sözleşmeden dönme üzerine sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü için, yan edim yükümlülükleri de sona erer²⁰³⁷. Genel olarak sözleşmeden dönme bakımından geçerli olan bu durum, kısmi dönme açısından aynı şekilde kabul edilemez. Zira, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, kısmi dönmenin doğrudan etkilediği kısım dışında, diğer tüm edim yükümlülükleri var olmaya devam eder²⁰³⁸. O hâlde, sözleşmeden kısmen dönme üzerine meydana gelen borçtan kısmen kurtarıcı etki, yan edim yükümlülüklerini doğrudan doğruya sona erdirmez.

Sözleşmeden kısmen dönme, karşılıklı edim yükümlülüklerinin kısmi ifa oranında indirim tabi tutulması şeklinde sonuç doğurduğu için bir çeşit indirim hakkı olarak nitelendirilir²⁰³⁹. İndirim hakkının kullanılması, karşı edim yükümlülüğünü indirim oranında azalttığı için, indirim hakkının kullanıldığı durumlarda, yan edim yükümlülükleri varlığını korur²⁰⁴⁰. O hâlde, sözleşmeden kısmen dönme hakkının niteliği nazara alınarak, kural olarak, yan edim yükümlülüklerinin kısmi dönme üzerine sona ermediği sonucuna varılır. Öte yandan, bazı durumlarda kısmi dönme üzerine yan edim yükümlülüğü de sona erebilir:

- a) Yan edim yükümlülüğü, münhasıran edim ve karşı edimin kısmi dönme üzerine sona eren bölümünü ilgilendiriyorsa, başka bir deyişle, yan edim yükümlülüğü kısmi dönme hâlinde tamamen yararsız kalmışsa, sözleşmeden kısmen dönme yan edim yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Örneğin, kısmi dönme üzerine sona eren borç bakımından ambalaj ve montaj yükümlülüğü söz konusu olmaz. Keza, ortadan kalkan edim borcu bakımından bir özel bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüşse, kısmi dönme üzerine söz konusu yükümlülük ortadan kalkar.
- b) Alacaklı, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmeden kısmen dönmüşse, kısmi dönme beyanı üzerine yan edim yükümlülüğü ortadan

²⁰³⁷ **Glasl**, Rückabwicklung, s. 112, 133; **Leser**, Rücktritt, s. 173; **Buz**, Dönme, s. 157. Yan edim yükümlülükleri konusunda bkz. yukarıda, **B.2/II/C/3**, “*Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa*” isimli başlık.

²⁰³⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²⁰³⁹ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 207, 215; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426, 1429; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426, 1429. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Enneccerus/Lehmann**, § 53, s. 232.

²⁰⁴⁰ MüKoBGB-Westermann, BGB § 441 (8. Aufl.) N 17.

kalkar. Nitekim, yukarıda yer verildiği üzere, asli edim yükümlülüğünün ifa edilip yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, kısmi temerrüt rejimini meydana getirir²⁰⁴¹. Satıcının makineyi teslim edip montajını gerçekleştirmemesi böyledir. Şayet bu durumda alacaklı sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanırsa, yan edim yükümlülüğü sona erer.

iii. Kısmi Dönme Hâlinde Yan Yükümlülükler

Sözleşmeden dönme, asli ve yan edim yükümlülüklerini etkilediği ölçüde, yan yükümlülükleri etkilemez. Kural olarak, sözleşmeden dönülmüş olmasına rağmen, sözleşme veya dürüstlük kuralı (TMK m. 2; İsvMK m. 2) uyarınca doğan yan yükümlülükler ile koruma ve davranış yükümlülükleri varlığını devam ettirir²⁰⁴². Genel olarak sözleşmeden dönme rejimi açısından geçerli olan bu sonuç, sözleşmeden kısmen dönme açısından da kabul edilmelidir. Sözleşmeden kısmen dönme, sinallagma ilişkisine dâhil olmayan yan yükümlülükler ile koruma ve davranış yükümlülüklerini etkilemez. Zira, sözleşmeden tamamen veya kısmen dönme, taraflar arasındaki sinallagma ilişkisinin çözülmesi anlamına gelir.

Yan yükümlülüklerin sözleşmeden dönmeye rağmen varlığını devam ettirmesi koşulsuz değildir. Söz konusu yükümlülükler, **amaç bakımından gerekli olduğu ölçüde**, sözleşmeden dönme beyanından etkilenmez²⁰⁴³. Yan yükümlülüğün amaç bakımından gerekli olup olmadığı, sözleşmede kararlaştırılan ifa amacı çerçevesinde değil, sözleşmeden dönme üzerine meydana gelen **tasfiye amacı** kapsamında belirlenir²⁰⁴⁴. Tasfiye amacı dışında kalan yan yükümlülükler, kısmi dönme üzerine son bulur. Örneğin satıcının kısmen temerrüde düştüğü edimi saklama yükümlülüğü varsa, bu yükümlülük, sözleşmeden kısmen dönme üzerine sona erer. Öte yandan, sözleşmeden dönme beyanından etkilenmeyen yan yükümlülükler, tasfiye ilişkisinden doğan bütün borçlar ifa edilene kadar varlığını sürdürür. Eş deyişle, borç ilişkisi

²⁰⁴¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Tandoğan, Nullité, s. 291-293. Bkz. yukarıda, B.2/II/C/3, “Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa” isimli başlık.

²⁰⁴² BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 6; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 13; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 62; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2807; Schwenger/Fountoulakis, N 66.33; Suter, Vertragsrücktritt, s. 129; Leser, Rücktritt, s. 164; Glasl, Rückabwicklung, s. 110; Glasl, ZSR 1991, s. 279; Buz, Dönme, s. 157.

²⁰⁴³ BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 6; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 13; Glasl, Rückabwicklung, s. 110; İsvFM, 11.1.2005, 4C.199/2004: “(...) Sözleşmeden dönülmesine rağmen, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi için gerekli olduğu ölçüde iyiniyetten kaynaklanan yan yükümlülükler varlığını sürdürür. İade konusu mala özen gösterme veya geçici olarak sigorta ettirme örnek olarak gösterilebilir (...)”.

²⁰⁴⁴ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 13; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 6; Glasl, Rückabwicklung, s. 110; İsvFM, 11.1.2005, 4C.199/2004.

tamamen tasfiye edildiğinde, koruma ve davranış yükümlülükleri de sona erer²⁰⁴⁵. Bu nedenle, sözleşme tarafları, tasfiye ilişkisi sona erene değin, borç ilişkisinin tasfiyesi amacıyla işbirliğine devam etmek ve dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır.

e. Fazladan İfa Edilen Edimlerin İadesi

Sözleşmeden dönme üzerine meydana gelen en önemli sonuç, önceden ifa edilmiş edimlerin iade edilmesidir. İfa edilmiş edimlerin iadesini düzenleyen TBK m. 125 f. III uyarınca “sözleşmeden dönme üzerine taraflar (...) daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler”²⁰⁴⁶. Nitekim, sözleşmeden dönme beyanı üzerine, bir **tasfiye ilişkisi** (*rapport de liquidation / Liquidations-, Abwicklungsverhältnis*) meydana gelir ve sözleşme bir tasfiye ilişkisine dönüşür²⁰⁴⁷. Söz konusu tasfiye ilişkisi çerçevesinde, taraflar, daha önce ifa ettikleri edimlerin iade edilmesine yönelik, kaynağını sözleşmeden alan, yani sözleşmesel karakterde bir hak elde eder²⁰⁴⁸. Böylece, borçtan kurtarıcı etkinin (*libératoire*) yanı sıra, **edimi geri sağlayıcı etki** (*recupératoire*) meydana gelir²⁰⁴⁹.

Sözleşmeden tamamen dönme bakımından olduğu gibi, sözleşmeden kısmen dönme durumunda, alacaklı, kısmen ifa etmesi gereken edimden daha fazlasını ifa etmişse, fazladan ifa ettiği kısmın iade edilmesini talep edebilir²⁰⁵⁰. Nitekim, sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş bölümünü etkilemezken, sözleşmenin ifa edilmemiş bölümü bakımından **kısmi tasfiye ilişkisi** (*rapport de liquidation partielle / Teilliquidationsverhältnis*) meydana getirir. Söz konusu kısmi

²⁰⁴⁵ **Leser**, Rücktritt, s. 230; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 110. Örneğin bkz. **İsvFM**, SJ 1985 300 = DC 1985 57: “(...) Sözleşmeyle güdülen amaca ulaşılan değin, bilgilendirme zorunludur (...)”.

²⁰⁴⁶ Konuya yalnızca alacaklı açısından yaklaşan **İsvBK** m. 109 f. I uyarınca “sözleşmeden dönen alacaklı, ifa edilmiş olan edimin iade edilmesini talep edebilir”. Bkz. **İsvBK m. 109 f. I**: “(De) Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern; (Fr) Le créancier qui se départ du contrat peut refuser la prestation promise et répéter ce qu’il a déjà payé”. Öte yandan, hükmün dar lafzına rağmen, alacaklının da iade talebinde bulunabileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 65; **Voser**, s. 85; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 131 vd.

²⁰⁴⁷ **MüKoBGB-Gaier**, BGB § 346 N 40; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 5; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 60, 63 vd.; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 6; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 17; **Tercier/Pichonnaz**, N 1416-1418; **Gauch/Schluép/Emmenegger**, N 2804 vd.; **Berger**, AT, N 1440; **Koller**, BT, § 4 N 189-190; **Huguenin**, OR, N 960; **Guhl/Koller**, § 42 N 42; **Hartmann**, N 17; **Lüchinger**, N 255; **Venturi-Zen-Ruffinen**, s. 9; **Eren**, Borçlar Genel, N 3502; **Serozan**, Borçlar Genel, § 17 N 18; **Serozan**, Dönme, s. 73-74, 511; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1417; **İsvFM**, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; ATF 132 III 226 = JdT 2007 I 445 = SJ 2006 I 321.

²⁰⁴⁸ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 60; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 5; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 6; **KUKO-Thier**, Art. 109 OR N 3; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 18; **Huguenin**, OR, N 962; **Tercier/Pichonnaz**, N 1417; **Ramoni**, N 78; **İsvFM**, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

²⁰⁴⁹ **Serozan**, Dönme, s. 510.

²⁰⁵⁰ **Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury**, BGB § 346 N 64; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; **Ergül**, s. 370.

tasfiye ilişkisinin anlamı, tarafların sözleşmenin ifa edilmiş kısmına yönelik bir iade talebinin doğmayacağıdır. Zira, borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği kısım ve bu bölüme karşılık gelen karşı edim, sözleşmeden dönme beyanından etkilenmez. O hâlde, sözleşmeden dönme rejiminden farklı olarak, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, taraflar, kısmi ifa oranını aşan bölüm bakımından iade talebinde bulunabilir.

Sözleşmeden kısmen dönme durumunda meydana gelen iade yükümlülüklerinin, genel borçlu temerrüdüne nazaran bir taraftan daha dar, diğer taraftan ise daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir:

- a) Kısmi tasfiye ilişkisinden doğan iade yükümlülükleri, nispeten daha dar kapsamlıdır. Zira, sözleşmeden kısmen dönme üzerine, kural olarak, yalnızca alacaklı, kendi karşı edimini, kısmi ifa oranından daha fazla bir oranda, tamamen veya kısmen ifa etmesi durumunda, ifa ettiği karşı edimin aşkın kısmının iade edilmesini talep edebilir²⁰⁵¹. Yalnızca alacaklının iade talebinde bulunabilmesi, kısmi dönmenin niteliğinden kaynaklanan pratik bir sonuçtur. Zira, sözleşmeden kısmen dönme, borçlunun kısmi ifada bulunduğu bölümü etkilemez. Bu nedenle, kısmi dönme hâlinde, kural olarak alacaklı, iade alacağına hak kazanır²⁰⁵².
- b) Kısmi tasfiye ilişkisinden doğan iade yükümlülükleri istisnaen daha geniş kapsamlıdır. Sözleşmeden kısmen dönmeye iade yükümlülüklerinin kapsamını genişleten hâl, karşı edimin bir kısmının kısmi ifaya tahsis edilememesi durumunda yapılması gereken denkleştirme işlemidir²⁰⁵³. Zira, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde ifa edilmesi gereken karşılıklı denkleştirme bedelleri, iade yükümlülükleri kapsamına girer ve bir çeşit iade borcu olarak nitelendirilir.

Görüldüğü üzere, sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda kural olarak yalnızca alacaklı iade alacağına hak kazanabilecek iken, borçluya denkleştirme bedeli yüklenmesi durumunda, istisnaen borçlu da iade alacaklısı olabilir. Borçlunun iade alacaklısı olabilmesi için, denkleştirme yapılması şarttır. Aksi hâlde, sözleşmeden kısmen dönme, borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği bölümü etkilemez ve borçlu açısından bir iade alacağına sebebiyet vermez.

²⁰⁵¹ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; Staudinger-**Kaiser/Sittmann-Haury**, BGB § 346 N 64. Bedel indirimi hakkı açısından aynı yönde bkz. CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 205 CO N 15; **Gauch**, *Entreprise*, N 1617; **Venturi**, N 1243 vd.; **İsvFM**, ATF 117 II 554 = JdT 1993 I 139 = DC 1993 47; ATF 116 II 315 = JdT 1991 I 182 = DC 1991 43.

²⁰⁵² Staudinger-**Kaiser/Sittmann-Haury**, BGB § 346 N 64.

²⁰⁵³ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/C/4/c**, “*Karşı Edimin Kısmi Edime Tahsisi Sorunu: Kısmi Edim ve Kısmi Karşı Edim Paylarının Oluşturulması*” isimli başlık.

Fazladan ifa edilen karşı edimin iadesi, ayıptan sorumlulukta bedel indirimi hakkıyla benzerlik gösterir²⁰⁵⁴. Nitekim, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması hâlinde, alacaklı, satış bedelini önceden ifa etmişse, fazladan ödenen kısmın iade edilmesini talep edebilir²⁰⁵⁵. Alacaklının, iade alacağı elde etmesi için, en azından bedel indirimi yoluyla indirilmiş olan satış bedelinden daha fazla ifada bulunmuş olması gerekir²⁰⁵⁶. Kısmi dönmede, alacaklı, karşı edim bakımından kısmi ifa oranını aştığı ölçüde, iade alacağına hak kazanır.

Kısmi temerrütte meydana gelen iade alacağının hukuki niteliğini belirlerken hem sözleşmeden dönme rejiminden hem de bedel indirimi seçimlik hakkından yararlanmak gerekir. Sözleşmeden dönme rejiminde, dönüşüm teorisi uyarınca, önceden ifa edilmiş edimlerin iade edilmesi talebi, sebepsiz zenginleşmeye değil, tasfiye ilişkisine dönüşen sözleşmeye dayanır²⁰⁵⁷. Keza, bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda meydana gelen iade borcu da sebepsiz zenginleşmeden değil, doğrudan doğruya bedel indirimi hakkının kullanılmış olmasından kaynaklanır²⁰⁵⁸. Bu açıdan, sözleşmeden dönme ile indirim hakkı açısından bir benzerlik söz konusudur²⁰⁵⁹. Söz konusu benzerlik Alman Hukuku'nda daha da belirgindir. Zira, BGB § 441 Abs. IV hükmünde²⁰⁶⁰, alıcının indirilmiş satış bedelinden daha fazla ödeme yapması durumunda, satıcının söz konusu bedeli iade etmesi gerektiği açıkça düzenlenmiş ve iade borcu bakımından sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen BGB § 346 Abs. I ve 347 Abs. I hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁰⁵⁴ Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury, BGB § 346 N 64.

²⁰⁵⁵ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 15; Gauch, Entreprise, N 1617; Venturi, N 1243 vd.; İsvFM, ATF 117 II 554 = JdT 1993 I 139 = DC 1993 47; ATF 116 II 315 = JdT 1991 I 182 = DC 1991 43.

²⁰⁵⁶ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 15; Gauch, Entreprise, N 1617; Venturi, N 1250-1251 İsvFM, ATF 117 II 554 = JdT 1993 I 139 = DC 1993 47; ATF 116 II 315 = JdT 1991 I 182 = DC 1991 43.

²⁰⁵⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 60; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 6; KUKO-Thier, Art. 109 OR N 3; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; Huguenin, OR, N 962; Ramoni, N 78; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523: “(...) Sözleşmeden dönme sözleşmenin konusunu değiştirir ve sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine dönüştürür. İsvBK m. 109 uyarınca ileri sürülen iki talep de sözleşmeseldir ve bu sebeple İsvBK m. 127’de öngörülen genel kurala tabidir. Tazminat talebi gibi, edimlerin iadesi davası da dolaylı olarak borçlunun sözleşmesel borçlarını ifa etmemesinden ve alacaklının sözleşmeden dönmesini tetiklemesinden kaynaklanır (...)”. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 11.

²⁰⁵⁸ MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 22; Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury, BGB § 346 N 64; Erman-Grunewald, BGB § 441 N 13; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 205 CO N 15; Gauch, Entreprise, N 1618; Venturi, N 1243 vd.

²⁰⁵⁹ Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury, BGB § 346 N 64.

²⁰⁶⁰ BGB § 441 Abs. IV: “Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten. 2§ 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung”. Alman Hukuku’nda iade edilmesi gereken indirim tutarının açıkça sebepsiz zenginleşmeye dayanmadığı, kanuni bir temele oturulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Maultzsch, BGB § 441 N 22; Erman-Grunewald, BGB § 441 N 13.

BGB § 346 Abs. I uyarınca meydana gelen iade talebi, sözleşmesel karakterdedir²⁰⁶¹. O hâlde, sözleşmeden kısmen dönülmesi durumunda meydana gelen iade alacağı da **sözleşmesel** niteliktedir ve doğrudan doğruya taraflar arasındaki sözleşmeye dayanır.

Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borçları, sözleşmesel nitelikte olduğu için, genel olarak sözleşme için uygulanan hükümler, iade borçları bakımından da uygulanır. Örneğin, tarafların iade alacağını kabulde temerrüde düşmesi durumunda, alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler tatbik edilir²⁰⁶². Keza, sözleşmeden dönme üzerine meydana gelen iade borçlarının, TBK m. 97 (İsvBK m. 82) hükmüne kıyasen, **karşılıklı olarak aynı anda** (*trait pour trait / Zug um Zug*) ifa edilmesi gerekir²⁰⁶³. Kısmi dönme üzerine her iki taraf bakımından iade borcu doğmuşsa, TBK m. 97 uyarınca, taraflar, borçlarını karşılıklı olarak aynı anda ifa etmelidir. Bu durumda, her iki taraf da kural olarak ödemezlik def'inden yararlanabilir. Öte yandan TBK m. 97 hükmünün uygulanabilmesi için, her iki taraf bakımından salt iade borcunun doğması yeterli değildir; aynı zamanda, karşılıklı iade borçlarının birbiriyle ölçülü ve oranlı olması ya da birbiriyle **uygun bir eşdeğerlik içinde bulunması** ("*angemessene Äquivalenz*") gerekir²⁰⁶⁴. Bu sonuç, alacaklının, kısmi ifa hâlinde, karşı edim borcunu, ancak ifa edilmemiş olan edim oranında ifa etmekten kaçınabileceği yönündeki görüş ile de uyumludur²⁰⁶⁵. Örneğin, karşı edimin tamamını ifa etmiş olan alacaklı, %50 olan kısmi ifa oranını nazara alınarak, ifa ettiği karşı edimin yarısının iadesini talep ediyorsa, borçlu kendisine yüklenen %5 oranındaki denkleştirme bedelini ileri sürerek, iade borcunun ifasından kaçınamaz²⁰⁶⁶.

²⁰⁶¹ MüKoBGB-Gaier, BGB § 346 N 31; Staudinger-Kaiser/Sittmann-Haury, BGB § 346 N 70.

²⁰⁶² Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33.

²⁰⁶³ MüKoBGB-Gaier, BGB § 346 N 40; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5, 7; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33; Gauch, *Entreprise*, s. 1539, 2281; Hartmann, N 17, 761 vd.; Schenker, *Schuldnerverzug*, N 710; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 189; Bucher, AT, s. 378; Stanislas, s. 27; Biedermann, s. 101; Honegger, s. 78; Leser, *Saldotheorie*, s. 55; Kara, *Zamanaşımı*, s. 160; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523. Kıyas yapılmasının sebebi, TBK m. 97 hükmünün, tasfiye ilişkisinin değil, sözleşmenin ifası bakımından uygulanmasıdır. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 64, dn. 104; Simmen, s. 116; Hartmann, N 762.

²⁰⁶⁴ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63-64; Schenker, *Schuldnerverzug*, N 711; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 189; Leser, *Rücktritt*, s. 214 vd. İsvBK m. 82 (TBK m. 97) hükmünün, tarafların iade borçları arasındaki eşdeğerlik ilişkisine bakılmaksızın uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Hartmann, N 768.

²⁰⁶⁵ von Büren, AT, s. 465; Simmen, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 931; İsvFM, ATF 44 II 72. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/I/D/2/b, "*Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i*" isimli başlıklar.

²⁰⁶⁶ Farklı örnekler için bkz. CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 18; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 63-64; Schenker, *Schuldnerverzug*, N 711; Glasl, *Rückabwicklung*, s. 189; Leser, *Rücktritt*, s. 214 vd.

TBK m. 125 f. III uyarınca iade borcunun konusu, **ifa edilmiş olan edimdir** (*das Geleistete / ce qu'il a déjà payé*). Söz konusu iade yükümlülüğü, borçlar hukuku temelli, kaynağını sözleşmeden alan bir borçtur; aynı etkiye sahip bir istihkak talebi değildir. Bu nedenle, haksız zilyetlik hükümleri (TBK m. 993-995; İsvBK m. 938-940) iade borçları açısından uygulanmaz²⁰⁶⁷. Maddi edimlerin TBK m. 125 f. III uyarınca **aynen iade** edilmesi (*in natura / en nature*) gerekir²⁰⁶⁸. Daha önce ifa edilmiş olan işgörme edimlerinin (*prestations de service / Dienstleistungen*) iade edilmesi, borçlu olunan edimin doğası uyarınca mümkün değildir²⁰⁶⁹. Sıklıkla bu tür edimler, sürekli edimli borç ilişkilerinden doğar ve kural olarak, sürekli edimli borç ilişkilerinde iade sorunu meydana gelmez. Zira, ifasına başlanmış olan sürekli edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme yerine, ileriye etkili (*ex nunc*) biçimde gerçekleşen sözleşmenin feshinden söz edilir (TBK m. 126)²⁰⁷⁰. Şayet, aynen iadesi mümkün olmayan edimler, sürekli bir borç ilişkisi çerçevesinde yer almıyorsa ve iade edilmesi gerekiyorsa, bu durumda iade aynen değil nakden, yani edimin değeri nazara alınarak (*en valeur / Wertersatz*) yapılır²⁰⁷¹. Konusu kaçınma veya katlanma olan ve olumsuz bir davranış içeren yapmama borçlarının aynen iade edilmesi de mümkün olmadığı için, bu edimler nakden, yani edimin değeri nazara alınarak iade edilir²⁰⁷².

²⁰⁶⁷ BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 66; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 19.

²⁰⁶⁸ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 66; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 19; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Schenker, Schuldnerverzug, N 712, 721; Gauch, recht 1989, s. 124; Hartmann, N 212; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1418; Demirsatan, Sona Erme, s. 190; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; ATF 132 III 226 = JdT 2007 I 445 = SJ 2006 I 321.

²⁰⁶⁹ BK-Becker, Art. 109 OR N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Schenker, Schuldnerverzug, N 714; Tolu, s. 14. İşgörme, emek harcanarak yapılan ve ekonomik değer taşıyan her türlü çalışmayı ifade eder. Bkz. Tolu Yılmaz, s. 296.

²⁰⁷⁰ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10, 19-20; Tercier/Pichonnaz, N 1421; Schenker, Schuldnerverzug, N 813 vd.; Hartmann, N 221; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 10; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1421; Gauch, recht 1989, s. 124.

²⁰⁷¹ BK-Becker, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Bucher, AT, s. 377; Guhl/Koller, § 28 N 2; Ramoni, N 79; Hartmann, N 220; Glasl, Rückabwicklung, s. 135 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 716 vd.; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; ATF 57 II 315 = JdT 1932 I 149; ATFATF 25 II 396 = JdT 1900 I 178. İade borcunun kusurdan bağımsız olduğu ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı görüşünde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 71-72; BK-Becker, Art. 109 OR N 14; Gauch, Dauerverträge, s. 210; Bucher, AT, s. 377; Schenker, Schuldnerverzug, N 717-718; Hartmann, N 302 vd.

²⁰⁷² BK-Becker, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 19; Bucher, AT, s. 377; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Guhl/Koller, § 28 N 2; Ramoni, N 79; Hartmann, N 220; Glasl, Rückabwicklung, s. 135 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 712.

İade borcunun kapsamının belirlenmesinde, ayıptan sorumlulukta sözleşmeden dönme hakkının kapsamını düzenleyen TBK m. 229 (İsvBK m. 208 f. I) hükmünden kıyasen yararlanılır²⁰⁷³. TBK m. 229 f. I hükmüne kıyasen, edimden elde edilen yararlar ile para borçlarında anapara faizi iade borcunun kapsamına dâhildir²⁰⁷⁴. İade borçlusu tarafından elde edilmemiş olan yararlar ve faizler, TBK m. 125 f. III uyarınca tazminat alacağının konusunu oluşturur²⁰⁷⁵. Sözleşmeden dönme üzerine, bağlanma parası (*pey akçesi*) veya cayma parası (*pişmanlık akçesi*) gibi avanslar ve ön ödemeler de iade edilir²⁰⁷⁶. Keza, edimi kullanarak yarar elde eden iade borçlusunun, kira benzeri bir kullanım bedeli ödemesi gerekir²⁰⁷⁷. Buna karşılık, iade borçlusunun, iade konusuna yaptığı zorunlu ve yararlı masrafların iade edilmesini talep etmesi mümkündür²⁰⁷⁸.

Sözleşmeden dönme hâlinde karşımıza çıkan en önemli sorun, aynen iade borcunun imkânsız hâle gelmesidir. Aynen iadesi imkânsız hâle gelmiş olan maddi edimlerin iade edilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır²⁰⁷⁹. Aşağıda detaylı bir biçimde ele alınmakla beraber²⁰⁸⁰ burada kısaca belirtmek gerekirse, iade borcu, alacaklının sözleşmeden dönme beyanından sonra kısmen veya tamamen imkânsız hâle gelmişse, sonraki ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) ile TBK m. 136 (İsvBK m. 119) hükümleri uygulanır²⁰⁸¹. Zira, sözleşmeden dönme

²⁰⁷³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 67; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; BK-Becker, Art. 109 OR N 5; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 12; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 3; Schenker, Schuldnerverzug, N 713; Suter, Vertragsrücktritt, s. 67-68; Biedermann, s. 117; Comment, s. 142-143; Ehrat, N 550; Serozan, Dönme, s. 596; Buz, Dönme, s. 224-225.

²⁰⁷⁴ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 12; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 67; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; BK-Becker, Art. 109 OR N 5; Biedermann, s. 117; Schenker, Schuldnerverzug, N 713; Suter, Vertragsrücktritt, s. 67-68; Comment, s. 143.

²⁰⁷⁵ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; BK-Becker, Art. 109 OR N 5; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 67; Suter, Vertragsrücktritt, s. 67-68; Ehrat, N 550; Biedermann, s. 117; Schenker, Schuldnerverzug, N 713; Comment, s. 143.

²⁰⁷⁶ von Tuhr/Escher, § 88, s. 288, dn. 8; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; Bucher, AT, s. 517; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 67. Bağlanma parası (*pey akçesi*) veya cayma parası (*pişmanlık akçesi*) konusunda bkz. Erdem, Pey Akçesi, s. 663 vd.

²⁰⁷⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 68; Ehrat, N 549-550.

²⁰⁷⁸ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 68; Bucher, AT, s. 377; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 653, 713; Hartmann, N 722; Glasl, Rückabwicklung, s. 162; Merz, Zahlungsverzug, s. 130. Öğretide masraf ve yararlar konusunda, TBK m. 80 (İsvBK m. 65) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 20; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 68; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 653, 713; Hartmann, N 722; Bucher, AT, s. 377; Merz, Zahlungsverzug, s. 130. TMK m. 995 (İsvMK m. 940) hükmünün kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Ehrat, N 551.

²⁰⁷⁹ Söz konusu tartışma hakkında bkz. CR-Thévenoz, art. 109 CO N 7 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 73 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 721 vd.; Bucher, AT, s. 377, dn 188; Hartmann, N 217 vd.; Ramoni, N 79.

²⁰⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/III/A, “Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi” isimli başlık.

²⁰⁸¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 74-75; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 8; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 7; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 22; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 109 OR N 4;

beyanının borçlunun hakimiyet alanında girmesinden sonra, iade borcu, sıradan bir alacak hakkı hâlini alır. İade borcu, sözleşmeden dönme beyanından önce kısmen veya tamamen imkânsız hâle gelmişse; İsviçre-Türk öğretisinde savunulan ve bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, iade alacaklısına, iade borçlusunun kusurundan ya da beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten bağımsız bir şekilde **tam tazmin** (*voller Ersatz*) imkânı tanınmalıdır²⁰⁸². Karşılıklı olarak borç altına giren taraflar, eşit bir biçimde, sözleşmeden dönmeyle birlikte, almış oldukları edimleri aynen, bu mümkün olmadığında ise kusurdan bağımsız bir şekilde nakden iade etme borcu altına girer.

5. Olumsuz Zararın Tazmini

a. Genel Olarak

TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. II) uyarınca, borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. TBK m. 125 f. III hükmünün mehzazını oluşturan İsvBK m. 109 f. II uyarınca, alacaklı, **sözleşmenin hükümsüz hâle gelmesinden doğan zararların** (“*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens / dommage résultant de la caducité du contrat*”) tazmin edilmesini talep edebilir²⁰⁸³.

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı alacaklı hangi farazi konumda bulanacak idiyse o durumu sağlamayı amaçlar²⁰⁸⁴. TBK m. 125 f. III

Schenker, Schuldnerverzug, N 723-725; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2807; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Ramoni, N 79; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1418; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Leser, Rücktritt, s. 176 vd.; Glatthard, s. 54.

²⁰⁸² BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 80; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 7; KUKO-Thier, Art. 109 OR N 3; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 23; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 109 OR N 5; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2807; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Gauch, recht 1989, s. 124; Schenker, Schuldnerverzug, N 735 vd.; Gauch, Dauerverträge, s. 207 vd.; Göschke, s. 89; Glatthard, s. 54; Schmidlin, s. 345; Leser, Rücktritt, s. 194 vd.; Hartmann, N 490; Suter, Vertragsrücktritt, s. 88 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 59 vd.; Biedermann, s. 104 vd.; Wiegand, recht 1989, s. 103, 111; Wiegand, Festschrift Gauch, s. 711 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1418. Aynı yönde bkz. İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523: “(...) Sözleşmeden dönme, sadece sözleşmenin konusunu değiştirir, sözleşme bir tasfiye ilişkisi olarak var olmaya devam eder. Bu sözleşme, daha önce ifa edilmiş edimlerin aynen veya bunların değerinin (nakden) iadesi borcunu doğurur. Dolayısıyla ne sebepsiz zenginleşmeden ne de aynı haktan doğan bir iade talebi söz konusudur. Bu durumda, yalnızca bir sözleşmesel borç mevcuttur (...).”

²⁰⁸³ İsvBK m. 109 f. II: “(De) Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle; (Fr) Il peut en outre demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, si le débiteur ne prouve qu’aucune faute ne lui est imputable”. Olumsuz zarar konusunda detaylı bilgi için bkz. Lüchinger, N 213 vd.; Anex, s. 103 vd.; Keller, negative Interesse, s. 5 vd.; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 36 vd.

²⁰⁸⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 82; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 8; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 109 OR N 7; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 26; Tercier/Pichonnaz, N 1419; Gilliéron, N 353; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1419; İsvFM, ATF

uyarınca, yalnızca karşılıklı iade yükümlülüklerinin yerine getirilerek sözleşme ilişkisinin tasfiye edilmesi, alacaklıyı, sözleşme hiç ifa edilmemiş olsaydı hangi konumda bulunacak idiyse o farazi konuma getirir²⁰⁸⁵. Oysa, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanırken muradı, sözleşmenin ifası safhasına değil, kuruluş aşamasına geri dönerek, sözleşmeyi hiç akdetmemiş sayılmaktır. İşte, TBK m. 125 f. III uyarınca alacaklıya tanınan tazminat hakkı, söz konusu menfaat kaybını gidererek, alacaklıyı, sözleşmenin kurulmamış olduğu varsayımına geri götürür²⁰⁸⁶.

İsviçre-Türk öğretisine ve uygulamasına göre, TBK m. 125 f. III uyarınca, alacaklının sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zarar, **güven zararı** (*Vertrauensschaden*) veya **olumsuz (menfi) zarar** (*negative Vertragsinteresse / intérêt négatif / reliance interest*) olarak nitelendirilir²⁰⁸⁷. Tersten ifade etmek gerekirse, İsviçre-Türk Hukuku'nda sözleşmeden dönme üzerine talep edilen zarar, alacaklının olumsuz sözleşme menfaatiyle veya güven zararıyla sınırlıdır²⁰⁸⁸. Öte yandan, İsviçre-Türk öğretisinde sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın tazmini imkânının tanınması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur²⁰⁸⁹.

123 III 16 = JdT 1999 I 99; ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

²⁰⁸⁵ **Leser**, Rücktritt, s. 145 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 699, 742; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 62; **Wiemken**, s. 70.

²⁰⁸⁶ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 62, 82; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 8; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 26; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.34; **Rengier**, s. 50.

²⁰⁸⁷ **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 8; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 14; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 61, 82; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 109 OR N 7; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 25-26; **KUKO-Thier**, Art. 109 OR N 3; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 9; **von Tuhr/Peter**, § 12, s. 86-87; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 156; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 742; **Tercier/Pichonnaz**, N 1419, 1422; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2808; **Engel**, Obligations, s. 734; **Ramoni**, N 81; **Koller**, AT, N 46.20; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Guhl/Koller**, § 32 N 31; **Bucher**, AT, s. 379, dn. 200-201; **Hartmann**, N 738; **Gilliéron**, N 353 vd.; **Atamer/Eggen**, 750; **Huguenin**, OR, N 963; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1270, 1705; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1419, 1422; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 254 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 201.1; **İsvFM**, ATF 90 II 285, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; **İsvFM**, 19.1.2006, 4C.286/2005; 12.8.2010, 4A_251/2010; 30.4.2014, 4A_232/2014.

²⁰⁸⁸ Alman Hukuku'nda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu'yla birlikte, BGB § 325 hükmünde, sözleşmeden dönme üzerine, karşılıklı sözleşmelerde alacaklının tazminat talep etme hakkının ortadan kalkmadığı belirtilmiş; tazminatın kapsamı, alacaklının olumsuz zararıyla veya güven menfaatiyle sınırlandırılmamıştır. Başka bir deyişle, Alman Hukuku'nda alacaklı sözleşmeden dönme hâlinde olumlu sözleşme menfaatinin tazmin edilmesini talep edebilir. Bu durumda, BGB § 280-281 hükümleri uygulama alanı bulur. Bkz. **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 325 N 3; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 325 N 3; **Atamer/Eggen**, 753. Ayrıca bkz. **Koller**, AT, N 46.21. Alman Hukuku'nun yanı sıra, Fransız, Avusturya ve İngiliz Hukuku'nda sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın talep edilebileceği yönünde bkz. **Atamer/Eggen**, 753 vd.

²⁰⁸⁹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 7; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 15: “(Fr) la solution du législateur suisse est isolée, malheureuse et obsolète; (Tr) İsviçre kanun koyucusunun çözümü, münferit, talihsiz ve modası geçmiş bir çözümdür”; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.34; **Boßhardt**, s. 81-82; **Lemp**, s. 53 vd.; **Göschke**, s. 14 vd.; **Jermann**, N 83 vd.; **Glättli**, Schadenersatz, s. 173 vd.; **Glättli**, SJZ 1997, s. 239 vd.; **Secrétan**, s. 35 vd.; **Atamer/Eggen**, 755 vd.; **Yung**, SJ 1940, s. 440; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 267; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 969-970. Kanımızca bu görüş hukuk sistemimizle bağdaştırılamaz. Öte yandan, olumlu zararın tazmininde fark teorisinin benimsenmesi, aynı hukuki sonucu yaratır. Aynı görüşte bkz. **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 30.

Olumsuz zarar, esasen **güven zararı** kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılır ve sözleşmenin hüküm ifade edeceğine veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına güvenden dolayı malvarlığından meydana gelen rıza dışı azalmadır²⁰⁹⁰. Fark teorisine (*Differenzlehre / Differenzhypothese*) sadık kalınarak, olumsuz zarar, sözleşmenin geçerliliğine güvenen kimsenin malvarlığının borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesi nedeniyle aldığı fiili (*mevcut*) durum ile borç ilişkisi hüküm ifade etseydi malvarlığının alacağı farazi (*fiktif / varsayımsal*) durum arasındaki farktır²⁰⁹¹. Sözleşmeden dönme durumuna uyarlanacak olursa, olumsuz zarar, sözleşmeden dönme neticesinde alacaklının malvarlığının aldığı fiili durum ile taraflar sözleşme ilişkisine hiç girmeseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki fark şeklinde tespit edilir²⁰⁹². Böylece geçmişe dönük, yani **retrospektif** bir değerlendirmeye, alacaklının uğradığı zarar hesaplanır.

b. Kısmi Dönme Hâlinde Olumsuz Zararın Tanımı ve Niteliği

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, alacaklı, TBK m. 125 f. III hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, olumsuz zararının giderilmesini isteme hakkına sahiptir²⁰⁹³. Öte yandan, kısmi dönme hâlinde olumsuz zarar, BK m. 125 f. III hükmünde açıkça ifade edildiği şekliyle, alacaklının malvarlığının aldığı fiili durum ile taraflar sözleşme ilişkisine hiç girmeseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi

Konu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 259 vd.

²⁰⁹⁰ **von Tuhr/Peter**, § 12, s. 86-87; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 97 OR N 261; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 26, 30; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2899; **Keller**, negative Interesse, s. 6; **Lüchinger**, N 320; **Gilliéron**, N 355; **Scherrer**, s. 53; **Rabel**, s. 291; **Koller**, AT, N 46.20; **Rengier**, s. 50; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1268-1269; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 855; **Nomer**, Borçlar Genel, N 201.1; **Hatemi/Gökyayla**, § 26 N 94; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 39-40. *Anex*'in tabiriyle "Güven, işte olumsuz zararın anahtar kelimesi!". Bkz. **Anex**, s. 103: "Confiance, voilà le mot clé de l'intérêt négatif".

²⁰⁹¹ **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 14; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 26, 29; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 8; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 82; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Keller**, negative Interesse, s. 5 vd.; **Lüchinger**, N 253 vd.; **Bucher**, AT, s. 342; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2899; **Wiegand**, recht 1984, s. 15; **Rengier**, s. 50; **Gauch**, Dauerverträge, s. 223; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 742 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1268, 1705; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 855; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 427; **Eren**, Borçlar Genel, N 3308; **Hatemi/Gökyayla**, § 26 N 94; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 40-41; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = JdT 2007 I 445 = SJ 2006 I 321; **İsvFM**, 12.8.2010, 4A_251/2010: "(...) İsvBK m. 109 f. II uyarınca, temerrüde düşen taraftan talep edilecek olan tazminat, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan zararın giderilmesini hedef tutar. İçtihadı göre, olumsuz zarar olarak adlandırılan bu zarar, alacaklıyı, hükümsüz hâle gelen sözleşmeyi hiç akdetmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı durumla aynı konuma getirecek şekilde hesaplanır (...)".

²⁰⁹² **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 14; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 26, 29; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 8; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 82; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Keller**, negative Interesse, s. 5 vd.; **Lüchinger**, N 253 vd.; **Bucher**, AT, s. 342; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2899; **Wiegand**, recht 1984, s. 15; **Gauch**, Dauerverträge, s. 223; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1268; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 427; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 855; **Eren**, Borçlar Genel, N 3308; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 40-41; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = JdT 2007 I 445 = SJ 2006 I 321.

²⁰⁹³ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 325 N 30; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 257.

durum arasındaki fark uyarınca tespit edilmez²⁰⁹⁴. Zira, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, sözleşme iki kısma ayrıldığı için, sözleşme ilişkisi bütünüyle tasfiye ilişkisine dönüşmez. Başka bir deyişle, kısmi ifa hâlinde ifa edilen kısım bakımından nispeten objektif bir düzen kurulmuştur ve bu düzen kesindir; kural olarak sonradan ortadan kaldırılmaz²⁰⁹⁵. Borçlunun daha önce ifa ettiği kısmi edim ve alacaklının kısmi ifa oranında yerine getirdiği karşı edim, kısmi dönme beyanından etkilenmediği için, alacaklının, sözleşmenin ifa edilmiş kısmını yok sayarak, sözleşme bütünüyle hiç kurulmamış gibi olumsuz zararını talep etmesi mümkün değildir²⁰⁹⁶.

Borcun ifa edilmemiş kısmı yerine talep edilen olumlu zararın tazmini gibi, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde alacaklı, Alman Hukuku'nda ifade edildiği şekliyle, yalnızca **küçük tazminat** ("*kleiner Schadensersatz*") alacağına hak kazanır²⁰⁹⁷. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde de, **fark kuramı** uyarınca bir hesaplama yapmak gerekir²⁰⁹⁸. Öte yandan, sözleşmeden tamamen dönmenin aksine, kısmi dönme hâlinde, klasik olumsuz zarar formülünden başka bir tanımlama ortaya konmalıdır. Zararın hesaplanmasında mevcut durumun tespiti açısından bir zorlukla karşılaşılmazsa da, farazi durumun hangi an bakımından ele alınacağı önem taşır.

Kısmi dönme hâlinde nazara alınması gereken mevcut (*olan*) durum, alacaklının malvarlığının kısmi dönme neticesinde aldığı fiili durumdur. Kısmi dönme hâlinde nazara alınması gereken farazi (*olması gereken*) durum ise, kısmen ifa edilmiş olan edim ve karşı edim ölçüsünde bir sözleşme akdedilseydi alacaklının malvarlığının alacağı varsayımsal hâldir²⁰⁹⁹. Nitekim, sözleşmeden (*tamamen*) dönme hâlinde, sözleşmenin kurulduğu andaki *status quo ante*'nin yeniden sağlanması hedeflenirken; sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, borç ilişkisi, ifa edilmemiş bölüm bakımından kısmen tasfiye edilerek, değiş tokuş ilişkisinin kısmen devam ettirilmesi sağlanır. Bu

²⁰⁹⁴ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769.

²⁰⁹⁵ İfasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili (*ex nunc*) feshi bakımından aynı yönde bkz. **Gauch**, Dauerverträge, s. 223. Söz konusu objektif düzenin ortadan kalkması, istisnaen özel bir sebebe dayanarak, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi durumunda mümkün olur. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II**, "*Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller*" isimli başlık.

²⁰⁹⁶ Zararın tazmininde yalnızca borçlunun temerrüde düştüğü kısmın nazara alınacağı yönünde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46.

²⁰⁹⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46; MüKoBGB-Ernst, BGB § 325 N 30, 33; **AlmFM**, BGH NJW 2018, s. 2863 vd. Nitekim, indirim hakkının kullanılması durumunda da alacaklının tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 325 N 30. Bkz. yukarıda, **B.3/III/B/2**, "*Kısmi Temerrütte Olumlu Zarar Kavramı ve Olumlu Zararın Unsurları*" isimli başlık.

²⁰⁹⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 325 N 46.

²⁰⁹⁹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213. Sürekli edimli borç ilişkilerinin ileriye etkili (*ex nunc*) feshi bakımından aynı yönde bkz. **Gauch**, Dauerverträge, s. 223.

nedenle, kısmi dönme durumunda, sözleşmenin hiç kurulmadığı varsayımına geri dönülmez.

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde olumsuz zarar, alacaklının malvarlığının kısmi dönme neticesinde aldığı mevcut durum ile sözleşme kısmi ifa oranında akdedilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki farktır²¹⁰⁰. Dolayısıyla, kısmi dönme hâlinde, bir zarar kaleminin olumsuz zarar kapsamına girip girmediği belirlenirken, taraflar kısmi ifa oranında daraltılmış bir içerikle sözleşmeyi akdetselerdi, alacaklının söz konusu zarara uğrayıp uğramayacağı sorusu sorulmalı ve cevaba göre hareket edilmelidir.

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde alacaklı, tamamen hüküm doğurmasını umut ettiği sözleşmenin kısmen hüküm doğurması sebebiyle uğradığı zararı talep eder. TBK m. 27 f. II hükmünde olduğu gibi²¹⁰¹, kısmi dönme hâlinde de, sözleşmenin kısmen geçersiz hâle gelmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi gerekir. Kısmi dönme hâlinde olumsuz zarar, “*tamamen hüküm doğurduğuna güvenilen sözleşmenin kısmen hüküm doğurması sebebiyle alacaklının uğradığı zarar*” şeklinde tanımlanabilir.

Sözleşme ifa edilen kısmi edim ölçüsünde akdedilmiş olsaydı, alacaklının uğramayacak olduğu zararlar, olumlu zarar değil; yine de **olumsuz zarar** olarak nitelendirilir²¹⁰². Zira, kısmi dönme hâlinde, alacaklının uğradığı zarar tazmin edilirken, ifa menfaati tamamen kapsam dışında bırakılarak, alacaklının sözleşmenin kısmen hükümsüz hâle gelmesi nedeniyle uğradığı zarar tazmin edilir. Aynı şekilde, kısmi dönme hâlinde, borç gereği ifa edilseydi alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum veya alacaklının sözleşmeyle göttüğü ifa menfaati görmezden gelinir.

c. Kısmi Dönme Hâlinde Olumsuz Zararın Kapsamı

Kısmi dönme hâlinde, alacaklının uğradığı olumsuz zarar, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması biçiminde gerçekleşen **fiili zarar** (*damnum*

²¹⁰⁰ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769: “(...) von Anfang an nur einen Vertrag im Umfang der erbrachten Leistungen abgeschlossen hätte (...)”; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956.

²¹⁰¹ Kısmi hükümsüzlük hâlinde de culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel prensipler çerçevesinde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar. Bkz. **Başpınar**, s. 178-179; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 247. Daha açık ifade etmek gerekirse, sözleşmenin sakat olan kısmının geçerli olacağı, başka bir deyişle, sözleşmenin tamamen hüküm ifade edeceği yönünde bir güven uyandırılmışsa, bu güvenin ihlal edilmesi sebebiyle olumsuz zararın tazmini borcu meydana gelir. **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 247.

²¹⁰² Aynı yönde bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956.

emergens) şeklinde olabileceği gibi, malvarlığının aktifinin artma veya pasifinin azalma ihtimalini kaybetmesi biçiminde gerçekleşen **yoksun kalınan kâr** (*lucrum cessans*) şeklinde de meydana gelebilir²¹⁰³.

i. Fiili Zararlar (*damnum emergens*)

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, yoksun kalınan kâr şeklinde gerçekleşen zararların aksine, fiili zararların tazmini sorun yaratır. Zira, bazı fiili zarar kalemleri, klasik anlamda olumsuz zarar olarak kabul görse de, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde tazmin edilmez. Kısmi dönme hâlinde tazmin edilecek olumsuz zarar kalemleri, tamamen hüküm doğurduğuna güvenilen sözleşmenin kısmen hüküm doğurması sebebiyle alacaklının uğradığı zarar veya sözleşme kısmi ifa oranında akdedilseydi alacaklının uğramayacağı zarar kapsamına girmelidir. Örneğin, taraflar arasında sözleşmenin tamamen akdedilmesi durumunda alacaklının yapmayacağı bir harcama, eğer sözleşme kısmen akdedilseydi yine de yapılacak idiyse, söz konusu masraf, kısmi dönme hâlinde olumsuz zarar kapsamında yer almaz. Olumsuz zarar kapsamında meydana gelen fiili zararlar çeşitli şekillerde gerçekleşebilirse de, kanımızca zarar kalemlerinin dört temel grup etrafında incelenmesi mümkündür:

Sözleşme kurma masrafları: Olumsuz zarar kapsamında tazmini talep edilen ilk zarar kalemi, sözleşmeden dönme üzerine yararsız kalan sözleşme kurma masraflarıdır²¹⁰⁴. Sözleşme kurma masraflarının kapsamına, sözleşme görüşmeleri için yapılan masraflar²¹⁰⁵, telefon ve seyahat masrafları, noter harçları, vergiler (örneğin damga vergisi), sözleşmenin kurulması amacıyla komisyoncu, simsar veya hukuk danışmanına ödenen ücretler, sözleşme kurulmadan önce alınan ekspertiz ve uzman raporları girer²¹⁰⁶.

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, kural olarak, sözleşme kurma masrafları talep edilemez. Zira, sözleşme kurma masrafları, kural olarak, sözleşmenin kısmen de olsa hüküm doğurması hâlinde, yine de alacaklı tarafından yapılacak olan harcamalardır. Tarafların kısmi ifa oranında bir sözleşme akdetmeleri ihtimalinde de,

²¹⁰³ Genel olarak bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 86; Lüchinger, N 265 vd.; Gilliéron, N 389-391; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1286; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 288 vd.

²¹⁰⁴ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 87; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; von Tuhr/Peter, § 12, s. 86-87; Lüchinger, N 271-272; Keller/Schöbi, s. 279; Simonius, s. 248; Cuendet, s. 66; Schenker, Schuldnerverzug, N 746; Anex, s. 155 vd.; Stanislas, s. 47; Gonzenbach, s. 218; Gilliéron, N 401; Nomer, Borçlar Genel, N 201.2; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 289; İsvFM, 12.8.2010, 4A_251/2010.

²¹⁰⁵ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 14; Gilliéron, N 402; İsvFM, 12.8.2010, 4A_251/2010.

²¹⁰⁶ Lüchinger, N 271-272; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 289.

alacaklının söz konusu masrafları yine de yapacağı söylenebilir. Alacaklı, kısmi dönme hâlinde sözleşme kurma masraflarının tazmin edilmesini talep ediyorsa, zararı ayrıca ispat etmelidir. Örneğin, alacaklı, kısmi ifa kapsamında bir sözleşme akdetselerdi, daha az nispi noter harcı veya damga vergisi ödeyeceğini ispat ederek, ödediği harç ve verginin bir kısmının olumsuz zarar kapsamına girdiğini ispat edebilir. Keza, alacaklı daha dar kapsamlı bir sözleşme akdetseydi, uzman raporu almayacağını ispat edebiliyorsa, bu masrafını olumsuz zarar olarak talep edebilir. Öte yandan, alacaklı, kısmi dönme hâlinde, sözleşmeyi hiç akdetmeyeceğini iddia ederek, olumsuz zararın tazminini talep edemez. Zira, böyle bir durumda, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönme hakkını kullanması gerekir²¹⁰⁷.

İfa aşamasına ilişkin yapılan masraflar: Sözleşmenin ifası vesilesiyle veya ifa hazırlıkları çerçevesinde yapılan masraf ve harcamalar, olumsuz zarar kapsamına girer²¹⁰⁸. Alacaklının kendi karşı edimini ifa etmek için yaptığı masraflar (örneğin tapu harçları), ifaya hazırlık hareketleri için ödenen ücretler, borçlunun ediminin kabulü için alacaklı tarafından yapılan harcamalar, taşıma ve gönderme masrafları, depolama masrafları, sigorta harcamaları, ifa amacıyla kredi alınmışsa kredi faizleri ve komisyon ödemeleri olumsuz zarar kapsamında değerlendirilir²¹⁰⁹. Keza, alacaklının daha önce ifa ettiği karşı edimin değeri, iade edilinceye kadar düşmüşse²¹¹⁰ veya alacaklının elde edeceği bir fayda borçlu tarafından ihmal edilmişse²¹¹¹, söz konusu kayıplar, olumsuz zarar kapsamına girer. Borcun ifası için dava veya takip yoluna başvurulmuşsa, dava ve takip masrafları da bu kapsamda yer alır²¹¹².

²¹⁰⁷ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/II/C/2**, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlık.

²¹⁰⁸ BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 9; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 88; CR-**Thévenoz**, art. 109 CO N 14; CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 30; **von Tuhr/Peter**, § 12, s. 86-87; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 156; **Lüchinger**, N 280 vd.; **Rabel**, s. 292; **Stanislas**, s. 47; **Wiegand**, recht 1984, s. 15; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 747; **Gonzenbach**, s. 218; **Gilliéron**, N 403; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 291-292; **Nomer**, Borçlar Genel, N 201.3; **İsvFM**, 12.8.2010, 4A_251/2010.

²¹⁰⁹ BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 88; **Rabel**, s. 292; **Lüchinger**, N 280 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 747; **Gilliéron**, N 403; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 291-292.

²¹¹⁰ BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 88; **Nomer**, Borçlar Genel, N 201.7.

²¹¹¹ CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 20, 30; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 67, 91; BK-**Becker**, Art. 109 OR N 5; **Suter**, Vertragsrücktritt, s. 67-68; **Ehrtat**, N 550; **Biedermann**, s. 117; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 713, 751; **Comment**, s. 143; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 294.

²¹¹² Kısmi dönme açısından farklı şekilde değerlendirildiği için, usûlî masrafları, sözleşmenin ifası amacıyla yapılanlar ile sözleşmeden dönme ve sözleşmenin tasfiyesi açısından yapılanlar olmak üzere iki bölüme ayırmayı uygun gördük. Usûlî masraflardan sözleşmenin ifası amacıyla yapılanlar kısmen ifa edilmeyen bölüm için yapılmış olmak kaydıyla tazmin edilirken, sözleşmeden dönme ve sözleşmenin tasfiyesi için yapılan masraflar her durumda borçludan talep edilebilir. Usûlî masraflar konusunda bkz. **Lüchinger**, N 285 vd.; **Scherrer**, s. 61-62; **Anex**, s. 158 vd.; **Rabel**, s. 248.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 748; **Keller**, negative Interesse, s. 263 vd.; **Simonius**, s. 248.

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, ifa aşamasına ilişkin masraflar, eğer sözleşmeden kısmen dönülen bölüm bakımından yapılmışsa, olumsuz zarar çerçevesinde talep edilebilir. Başka bir deyişle, kısmi dönme hâlinde söz konusu masrafların talep edilebilmesi için, ilgili masrafın ifa edilmeyen borç bakiyesi veya ona denk düşen karşı edim bakımından yapılması şarttır. Sözleşmenin kısmen ifa edilen bölümü kısmi dönmeden etkilenmediği için, kısmen ifa edilmiş olan edim ve karşı edim bakımından yapılan masraflar, bu kapsama girmez.

Örneğin, alacaklı, kısmi dönme neticesinde, fazladan ifa ettiği ve iadesini talep edeceği karşı edim bakımından yaptığı taşıma ve gönderme masrafları ile ifaya hazırlık harcamalarını talep edebilir. Buna karşılık, kısmi dönme neticesinde ifa etmek zorunda olduğu veya iadesini talep edemediği bölüm bakımından yapılan harcamaların tazmin edilmesini isteyemez. Öte yandan, alacaklı, istisnaen, ifa aşamasına ilişkin ilgili masrafın, edim veya karşı edimin tamamını ilgilendirse dahi, sözleşmenin kısmen hükümsüz kalması hâlinde yapılmayacağını ispat edebilir. Örneğin, alacaklı, satış bedelinin yarısını ifa edeceğini bilmesi hâlinde hiç kredi çekmeyeceğini veya satılanın ifa edilmesi gereken bölümünün nakliyesini, ayrı bir taşıma şirketiyle anlaşmaksızın kendi kaynaklarıyla gerçekleştirebileceğini ispat ederek, zarar kaleminin kısmen değil tamamen olumsuz zarar kapsamına girdiğini ortaya koyabilir.

Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin tasfiyesi amacıyla yapılan masraflar:

Olumsuz zarar çerçevesinde sözleşmeden dönme maksadıyla yapılan harcamaların veya sözleşmenin tasfiye edilmesi amacıyla gerçekleştirilen masrafların tazmin edilmesi gerekir²¹¹³. Bu kapsamda, borçluyu temerrüde düşürme, ek süre tayin etme veya sözleşmeden dönme amacıyla yapılan ihtar ve ihbarlar için ödenen masraflar, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi amacıyla alacaklının kendi karşı edimini iade almak veya borçlunun edimini iade etmek için yaptığı harcamalar, makul (*elverişli ve gerekli*) bulunmak²¹¹⁴ ve usûl hukuku çerçevesinde tazmin edilmemiş olmak kaydıyla²¹¹⁵ dava veya takip çerçevesinde yapılan usûlî masraflar ile avukatlık ve hukuki danışmanlık

²¹¹³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 89; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; Schenker, Schuldnerverzug, N 748-749.

²¹¹⁴ MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 23; BK-Becker, Art. 103 OR N 13; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Koller, AT, N 55.60; Emmerich, § 17 N 12-13; Gauch, recht 1994, s. 191-192; Schwenger/Fountoulakis, N 66.03; Schenker, Schuldnerverzug, N 294; İsvFM, ATF 117 II 101 = Pra 1991, s. 736; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003. Ayrıca bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181.

²¹¹⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181; BK-Weber/Emmenegger, Art. 103 OR N 23; CR-Thévenoz, art. 103 CO N 5; Emmerich, § 17 N 12-13; Koller, AT, N 55.60; Lüchinger, N 289; Schenker, Schuldnerverzug, N 294; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 296; İsvFM, ATF 117 II 394; İsvFM, 19.5.2003, 4C.11/2003. Yine de konu tartışmalıdır. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 286 N 181.

ücretleri, alacaklının zararını hesaplamak amacıyla yaptığı masraflar olumsuz zarar kapsamında sayılabilir²¹¹⁶.

Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin tasfiyesi amacıyla yapılan masraflar, kural olarak sözleşmeden kısmen dönme hâlinde aynen tazmin edilir. Zira, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönmenin veya sözleşmenin kısmen tasfiye edilmesinin yol açtığı mali yüke katlanmak zorunda değildir. Kısmi dönme hâlinde söz konusu masrafların ayrıca sözleşmenin kısmen hükümsüz kalması sebebiyle meydana gelip gelmediğinin araştırılması gerekmez.

Üçüncü kişilere karşı sorumluluk nedeniyle yapılan masraflar: Sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminat ve sözleşme cezası gibi masraflar, olumsuz zarar kapsamında yer alır²¹¹⁷. Öğretide “*sorumluluk menfaati* (*Haftungsinteresse*)” olarak anılan ve alacaklının üçüncü kişilere karşı, herhangi bir sebeple sorumlu olmasından kaynaklanan söz konusu zararlar, olumsuz zarar çerçevesinde tazmin edilir²¹¹⁸. Söz konusu sorumluluk menfaati, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki uyuşmazlık sebebiyle meydana gelen usûlî masrafları da kapsar²¹¹⁹.

Alacaklının üçüncü kişilere karşı sorumlu olması nedeniyle yaptığı masrafların, kural olarak bir ayrıma gidilmeksizin, sözleşmeden kısmen dönme hâlinde tazmin edilmesi gerekir. Başka bir deyişle, söz konusu masrafların ayrıca sözleşmenin kısmen hükümsüz kalması sebebiyle meydana gelip gelmediğinin araştırılması gerekmez. Nitekim, borçlunun borcunu tamamen değil kısmen ifa etmemesi, alacaklının yüklendiği borçları tamamen ifa edememesi sonucunu doğurabilir.

²¹¹⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 89, 91; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; Schenker, Schuldnerverzug, N 748-749; Lüchinger, N 285 vd.; Gonzenbach, s. 218 vd.; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 296. Usûlî masraflar konusunda bkz. Lüchinger, N 285 vd.; Scherrer, s. 61-62; Anex, s. 158 vd.; Rabel, s. 248.; Keller, negative Interesse, s. 263 vd.; Gilliéron, N 404; Simonius, s. 248; Gonzenbach, s. 219-220.

²¹¹⁷ BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 9; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 90; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; von Tuhr/Escher, § 73, s. 156; Bucher, AT, s. 342; Schenker, Schuldnerverzug, N 750; Lüchinger, N 290-291; Gilliéron, N 405; Keller/Schöbi, s. 279; Keller, negative Interesse, s. 262-263; Anex, s. 157; Scherrer, s. 60-61; Gonzenbach, s. 218-220; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 297-298; Nomer, Borçlar Genel, N 201.8; İsvFM, 12.8.2010, 4A_251/2010.

²¹¹⁸ “Sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*)” kavramı için bkz. Lüchinger, N 290-291; Gilliéron, N 405; Anex, s. 157-158; Gonzenbach, s. 218-220; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 297-298. Sorumluluk menfaatinin, bütünlük menfaati kapsamına dâhil olduğu görüşünde bkz. Lüchinger, N 291.

²¹¹⁹ Lüchinger, N 290; Anex, s. 158; Gonzenbach, s. 220; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 298. Kanımızca, bu durumda, zapttan sorumlulukta yargılama giderlerini düzenleyen TBK m. 217 f. I b. 3 hükmü kıyasen uygulanabilir.

Öğretide bazı yazarlar²¹²⁰, alacaklının ifa ettiği edimi ve ondan elde edilen faydaları, olumsuz zarar kapsamında değerlendirmekte; böylece, ifa edilmiş olan edimin ve elde edilen faydaların tazmin edilebileceğini kabul etmektedir. Diğer bazı yazarlar ise²¹²¹, ifa edilmiş olan edimin beklenmeyen hâl sebebiyle yok olması durumunda, olumsuz zarar kapsamında tazmin edileceğini savunmaktadır. Kanımızca, ifa edilen edim ve edimden elde edilen faydalar, olumsuz zarar kapsamına girmez²¹²²; tasfiye ilişkisi çerçevesinde iade alacağının konusunu oluşturur.

ii. Yoksun Kalınan Kâr (*lucrum cessans*)

Alacaklının hükümsüz hâle gelen sözleşme ilişkisi çerçevesinde hedeflediği kârın ve elde edeceği ifa menfaatinin olumsuz zarar çerçevesinde tazmin edilmesi mümkün değildir²¹²³. Olumsuz zarar kapsamında tazmin edilen yoksun kalınan kâr, taraflar arasında hüküm doğurduğuna inanılan sözleşme ilişkisi sebebiyle, alacaklının üçüncü bir kişiyle potansiyel bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması sebebiyle uğradığı zarardır²¹²⁴. Bu nedenle, olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kâr, **kaçırılan sözleşme yapma fırsatına karşılık gelir**²¹²⁵. Potansiyel sözleşme yapma fırsatının kaybedilmesi nedeniyle meydana gelen kâr kaybının giderilmesi neticesinde, alacaklı, geçerliliğine güvendiği sözleşme ilişkisine hiç girmeseydi içinde bulunacağı farazi

²¹²⁰ Rabel, s. 327 vd.; Lüchinger, N 266 vd.; Gonzenbach, s. 217; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 292 vd.

²¹²¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 156; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 9; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30.

²¹²² BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 92; Leser, Rücktritt, s. 199. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.3/III/C/4/e**, “Fazladan İfa Edilen Edimlerin İadesi” isimli başlık. Kanımızca, sözleşmeden dönme beyanından önce edim yok olmuşa, borçlu, kusurdan bağımsız şekilde iade konusu edimi tazmin etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, ifa edilmiş olan edimi tazminat alacağı kapsamına dâhil etmek için tatmin edici bir sebep bulmak güçtür. Öte yandan, beklenmeyen hâl nedeniyle iade konusu edimin yok olması durumunda bile söz konusu edimin değerinin tazmin edileceğinin öngörülmesi, bizi, savunduğumuz görüşle aynı hukuki sonuca götürür. Bkz. aşağıda, **B.4/III/A/3/c**, “Tam Tazmin Görüşü” isimli başlık. Öte yandan, alacaklıya tam tazmin imkânının tanınması, borçlunun kusursuz olması veya tazminatın belirlenmesi gibi sebeplerle, edimin değerinin hiç veya kısmen tazmin edilmemesi riskini ortadan kaldırır.

²¹²³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 95; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 31; Engel, Obligations, s. 735; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2811; Lüchinger, N 304; Gilliéron, N 410; Schenker, Schuldnerverzug, N 752; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 299-300.

²¹²⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 156; BK-Becker, Art. 109 OR N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 95; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 9; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 7; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 14; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2811; Engel, Obligations, s. 735; Keller/Schöbi, s. 278; Keller, negative Interesse, s. 266; Anex, s. 166 vd.; Scherrer, s. 63-64; Lüchinger, N 294; Gilliéron, N 410; Schenker, Schuldnerverzug, N 752 vd.; Schenker, Schadensberechnung, s. 40; Bucher, AT, s. 343; Gonzenbach, s. 221; Simonius, s. 248; Glättli, Schadenersatz, s. 183 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 856-857; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1288; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 301; İsvFM, 12.8.2010, 4A_251/2010; İsvFM, ATF 47 II 183; ATF 44 II 500.

²¹²⁵ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 30; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 95; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 9; Gilliéron, N 410. Yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilen diğer başka zarar kalemleri için bkz. Gonzenbach, s. 221; Lüchinger, N 292 vd.

duruma getirilmiş olur. Alacaklının, üçüncü kişiyle sözleşme yapma fırsatını ortaya koyması gerekir²¹²⁶.

Kaçırılan sözleşme yapma fırsatı nedeniyle uğranılan yoksun kalınan kâr miktarının hesaplanması, kendi içinde zorluk arz eder. Olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kâr, alacaklının, hükümsüz hâle gelen sözleşme yerine akdettiği sözleşmedeki bedel (*mevcut durum*) ile mevcut sözleşmeye güven nedeniyle kaçırdığı sözleşme teklifi (*farazi durum*) arasındaki farktır. Görüldüğü üzere, olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kârın hesaplanmasında, alacaklının, borçlu ile akdettiği ve dönme beyanı hükümsüz hâle gelen sözleşme ilişkisi nazara alınmaz. Öte yandan, olumsuz zarar çerçevesinde yoksun kalınan kâr hesap edilirken, hedeflenen kazançtan kâr elde etmek için yapılması gereken gider ve harcamalar çıkarılır ve elde edilen net kâr hesaplanır²¹²⁷. Yoksun kalınan kârı iki örnekle açıklamak gerekirse:

- **Örnek 1:** (A), (B) ile yaptığı satış sözleşmesi çerçevesinde (B)'den 10 ton demiri 100.000 TL'den satın almıştır. Söz konusu sözleşme ilişkisine güvenen (A), (C)'nin 10 ton demiri 120.000 TL'den satma teklifini reddetmiştir. Satılanın teslim edilmemesi üzerine sözleşmeden dönen (A), artan hurda fiyatları nedeniyle, üçüncü bir kişi olan (D)'den 10 ton demiri 150.000 TL'den satın almıştır. Bu örnekte, (D)'nin teklifi ile (C)'nin teklifi arasındaki fark, (A)'nın olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kalınan kârını oluşturur. Söz konusu yoksun kalınan kâr, bu örnekte 30.000 TL'dir.
- **Örnek 2:** Ticari işletmesini tasfiye eden (K), işletmesinde yer alan üç makineyi 30.000 USD bedel karşılığında (L)'ye satar. Söz konusu satış sözleşmesi nedeniyle (K), (M)'nin 36.000 USD'lik teklifini reddeder. Satış bedelinin ödenmemesi üzerine sözleşmeden dönen (K), makineleri (N)'ye ancak 27.000 USD bedel karşılığında satabilir. Bu örnekte, (K)'nin yoksun kalınan kârı, (M)'nin teklifi ile (N)'nin teklifi arasındaki fark, yani 9.000 USD'dir.

Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde olumsuz zarar kapsamında yer alan yoksun kalınan kâr, münhasıran sözleşmenin hükümsüz hâle gelen kısmı bakımından hesaplanır. Başka bir deyişle, kısmi dönme neticesinde alacaklının malvarlığının aldığı mevcut durum ile hükümsüz hâle gelen kısım bakımından kaçırılan veya reddedilen

²¹²⁶ Fischer/Luterbacher-**Giger**, Art. 109 OR N 6; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 95; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 754; **Engel**, Obligations, s. 735; **Keller**, negative Interesse, s. 266; **İsvFM**, 12.8.2010, 4A_251/2010; **İsvFM**, ATF 44 II 500.

²¹²⁷ **Lüchinger**, N 318; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 754; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 306-307.

sözleşme yapma teklifi kabul edilseydi, alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki fark yoksun kalınan kârı verir. Böylece, sözleşmenin geçerli olan kısmına hiç dokunulmaksızın, sözleşmeden dönülen kısım bakımından kaçırılan sözleşme yapma fırsatı değerlendirilir.

Alacaklının kaçırdığı sözleşme yapma fırsatı veya reddettiği teklif, borçluyla akdettiği sözleşmede yer alan edim ve karşı edimin tamamı bakımından yapılmış olsa dahi, bütün olarak değil, yalnızca borçlunun ifa etmediği kısım bakımından, yani **oransal olarak** nazara alınır. Zira, yoksun kalınan kârın tespit edilebilmesi için, alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmediği oranda bir sözleşme teklifinde bulunulmuş olması aranmaz. Başka bir deyişle, olumsuz zararın tespit edilebilmesi için, alacaklının reddettiği veya kaçırdığı teklif, borçlunun borcunu ifa etmediği kısım bakımından ele alınır. Yukarıda yer verilen iki örnek çerçevesinde konuyu açıklamak gerekirse şu sonuçlara ulaşılır:

- **Örnek 1:** (A), (B) ile yaptığı satış sözleşmesi çerçevesinde (B)'den 10 ton demiri 100.000 TL'den satın almıştır. Söz konusu sözleşme ilişkisine güvenen (A), (C)'nin 10 ton demiri 120.000 TL'den satma teklifini reddetmiştir. Satılanın yarısının teslim edilmemesi üzerine sözleşmeden kısmen dönen (A), artan hurda fiyatları nedeniyle, (D)'den 5 ton demiri 75.000 TL'den satın almıştır. Bu örnekte, (A), 10 ton demir ihtiyacının 5 tonunu (B)'den 50.000 TL karşılığında, kısmi dönme neticesinde kalan 5 tonunu (D)'den 75.000 TL karşılığında temin etmiştir. (A) şayet kısmi dönme neticesinde sonra eren edimi, yani 5 ton demiri, teklifini reddettiği (C)'den temin etse idi, 60.000 TL ödeyecek idi. Bu durumda, (A)'nın olumsuz zararı 75.000 TL ile 60.000 TL arasındaki fark, yani 15.000 TL'dir. Esasen, somut olayda borcun ifa edilmeyen kısmının borcun tamamına oranı $\frac{1}{2}$ 'dir. Görüldüğü üzere, yoksun kalınan kâr, sözleşmeden tamamen dönülmesi durumunda meydana gelen kâr kaybının kısmi ifa oranında azaltılması yoluyla da tespit edilebilir. Daha açık bir ifadeyle, sözleşmeden tamamen dönme durumunda olumsuz zarar 30.000 TL olacağı için, bu miktarın $\frac{1}{2}$ oranında azaltılması neticesinde, zarar 15.000 TL olarak hesaplanabilir.
- **Örnek 2:** Ticari işletmesini tasfiye eden (K), işletmesinde yer alan ve birbirine eş değer üç makineyi 30.000 USD bedel karşılığında ve üç taksitte (L)'ye satar. Söz konusu satış sözleşmesi nedeniyle (K), (M)'nin 36.000 USD'lik teklifini reddeder. Satış bedelinin son taksitinin ödenmemesi üzerine sözleşmeden

kısmen dönen (K), makinelerden sonuncusunu (N)'ye ancak 9.000 USD bedel karşılığında satar. Şayet (K), kısmi dönme hakkını kullandığı makineyi, teklifini reddettiği (M)'ye satsa idi, 12.000 USD karşı edim elde edecek idi. Söz konusu makineyi (N)'ye satarak ancak 9.000 USD bedel elde eden (K), kaçırdığı 12.000 USD ile 9.000 USD arasındaki 3.000 USD farkı, yoksun kalınan kâr kapsamında talep edebilir.

iii. Bütünlük Menfaati (*Integritätsinteresse*)

İfa menfaati ve güven menfaati dışında, olumlu ve olumsuz zarar ayrımının temsil ettiği alışveriş menfaati kapsamında tasnif edilemeyen ve mutlak biçimde korunması gereken üçüncü bir menfaat türünün nazara alınması gerekir. Bir kimsenin hukuki değerlerinin tamamını ifade eden **bütünlük menfaati** (*Erhaltungsinteresse* veya *Integritätsinteresse / intérêt à l'intégrité*)²¹²⁸, bir kimsenin hukuk düzeni çerçevesinde korunan kişilik değerleri ile malvarlığı değerleri gibi menfaatlerinin bir bütün olarak korunması anlamına gelir.

Borcunu ifa etmek isteyen borçlunun alacaklının malvarlığına zarar vermesi, örneğin yüklenicinin inşaat yaparken aynı parselde yer alan ve alacaklıya ait olan başka bir binada çatlaklara sebep olması böyledir. Keza, borçlunun aydınlatma borcunu ihlal ederek, tehlike arz eden bir ürün hakkında bilgilendirme yapmaması ve ürünün alacaklının beden bütünlüğünü ihlal etmesi örnek olarak gösterilebilir.

Bütünlük menfaatinin ihlal edildiği hâllerde olumlu ve olumsuz zarar ayrımı önemini yitirir ve bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan tazminat talebi, hem olumlu hem de olumsuz zararın tazmini talebi ile birlikte ileri sürülebilir²¹²⁹. Kısmi temerrüt hâlinde, kısmi ifanın alacaklının kişilik değerlerine veya malvarlığına zarar vermesi böyledir. Kısmi temerrüt rejiminde bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi durumunda, herhangi bir oranlama yapılmaksızın, ihlalin meydana getirdiği zararın tazmin edilmesi gerekir.

²¹²⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 296 vd.; BSK-Wiegand, Art. 97 OR N 38; CHK-Furrer/Wey, Art. 97 OR N 77; Schwenzer/Fountoulakis, N 14.32; Koller, AT, N 46.18; Bucher, AT, s. 342, dn. 54; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2904; Lühinger, N 344 vd.; Neuenschwander, s. 11 vd.; Rengier, s. 53 vd.; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 32 vd.; Kara, GSÜHFD 2018, s. 499; Kara, Zamanaşımı, s. 124-125; İsvFM, ATF 129 III 331. Bütünlük menfaati, koruma menfaati (*Schutzinteresse*) olarak da anılır. Bkz. Stoll, s. 298 vd.; Lühinger, N 345, dn. 436.

²¹²⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 OR N 285; Schwenzer/Fountoulakis, N 14.32.

d. Olumsuz Zararın Tazminine İlişkin Diğer Unsurlar

Tazminat talep edebilmek için, alacaklının olumsuz zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekir. Eğer alacaklı, zararın varlığını ispat etmekle beraber miktarını tam olarak ispat edemezse, TBK m. 114 f. II (İsvBK m. 99 f. III) atfıyla TBK m. 50 f. II (İsvBK m. 42 f. II) hükmündeki imkândan yararlanabilir ve hâkimden zararı hakkaniyete uygun şekilde belirlemesini talep edebilir²¹³⁰. Söz konusu imkân, özellikle, kaçırılan sözleşme yapma fırsatları bakımından önem taşır. Zira, kaçırılan sözleşme yapma fırsatları kapsamında yoksun kalınan kâr miktarı, genellikle kesin bir biçimde ispat edilemez²¹³¹ ve TBK m. 50 f. II hükmünden yararlanmak gerekir²¹³².

Olumlu zararın hesaplanmasında olduğu gibi, olumsuz zararın hesaplanmasında da somut veya soyut yöntemden yararlanmak mümkündür²¹³³. Olumsuz zararın **somut bir şekilde hesaplanması** (*konkrete Schadensberechnung*), yoksun kalınan kârın, alacaklının, sözleşmeden dönme akabinde yaptığı mevcut işlemle fiilen kaçırdığı sözleşme yapma fırsatı çerçevesinde hesap edilmesi anlamına gelir. Öte yandan, sözleşme konusuna ilişkin bir piyasa fiyatı veya cari fiyat mevcutsa, zararın **soyut bir şekilde hesaplanması** (*abstrakte Schadensberechnung*), yani, zararın piyasa fiyatına göre belirlenmesi mümkündür²¹³⁴. TBK m. 50 f. II hükmünün yanı sıra, zararın soyut bir şekilde belirlenmesi alacaklıya önemli bir kolaylık sağlar. Öte yandan, bu imkân, alacaklıyı, üçüncü kişiyle sözleşme yapma fırsatını ispat etme zaruretinden kurtarmaz²¹³⁵.

TBK m. 125 f. III uyarınca olumsuz zararın tazmin edilebilmesi için, borçlunun **kusurlu olması şarttır**²¹³⁶. Söz konusu kusur, hafif ihmali de içine alan bir sözleşmesel

²¹³⁰ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 32; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 94. Ayrıca bkz. BK-Brehm, Art. 42 OR N 46 vd.; Sidler, s. 335 vd.

²¹³¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 96; Schenker, Schuldnerverzug, N 754; İsvFM, ATF 104 II 198 = JdT 1979 I 80.

²¹³² von Tuhr/Peter, § 13, s. 100; BK-Becker, Art. 97 OR N 44; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 96; Keller, negative Interesse, s. 278 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 754.

²¹³³ Ott/Tenchio-Kuzmic, s. 183. Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 94; İsvFM, ATF 113 II 345.

²¹³⁴ BK-Becker, Art. 109 OR N 9; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 94.

²¹³⁵ Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 95; Schenker, Schuldnerverzug, N 754; Engel, Obligations, s. 735; Keller, negative Interesse, s. 266; İsvFM, 12.8.2010, 4A_251/2010; İsvFM, ATF 44 II 500. Aynı yönde bkz. İsvFM, ATF 89 II 214 = JdT 1964 I 54.

²¹³⁶ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 18; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 8; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 28; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 85; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1705, 1711.

Öğretide, *Schwenzer ve Fountoulakis*, sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın talep edilebileceğini belirtmekte, buna ilave olarak, olumsuz zararın İsvBK m. 195 f. II (TBK m. 217 f. I b. 4) ve İsvBK m. 208 f. III (TBK m. 229 f. I b. 3) hükmüne kıyasen **kusursuz sorumluluk** çerçevesinde, borçlu kusursuzluğunu ispat etse dahi tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. *Schwenzer/Fountoulakis*,

kusurdur²¹³⁷. TBK m. 112, 118 ve 122 f. I hükümleri açısından olduğu gibi, TBK m. 125 f. III uyarınca bir (*sözde*) karineye ver verilerek, borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmiş ve kusursuzluğun ispatı (*exculpation / Exkulpation*) borçluya bırakılmıştır²¹³⁸. Öte yandan, TBK m. 116 (İsvBK m. 101) uyarınca, borçlu, olumsuz zararın tazmini açısından da yardımcı kişilerin fiillerinden kusursuz dahi olsa sorumludur²¹³⁹. Borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmesi, teorik ve objektif olarak mümkün olsa da, fiilen oldukça zordur²¹⁴⁰.

Bağımsız bir şekilde alacaklının güven menfaatini gidermeyi amaçlayan olumsuz zarar, olumlu zarar miktarıyla sınırlı değildir²¹⁴¹. Başka bir deyişle, olumsuz zararın olumlu zararla sınırlı olduğu yönündeki isabetli olmayan düşünce, İsviçre-Türk Hukuku'nda reddedilmiştir. Nitekim, nadir de olsa, alacaklının sözleşmeye güven sebebiyle daha avantajlı bir sözleşme teklifini reddetmesi, olumsuz zararın olumlu zararı aşmasına yol açabilir²¹⁴². TBK m. 35 f. II (İsvBK m. 26 f. II) veya TBK m. 47 f. II (İsvBK m. 39 f. II) hükümleri, olumsuz zararın sınırlandırılması için bir gerekçe teşkil etmez.

Kısmi temerrütte, alacaklının karşı ediminin para borcu olması durumunda, olumsuz zararın tazmini talebi ile alacaklının kısmi ifaya karşılık gelen borcunun

N 66.34. Kanımızca zapttan ve ayıptan sorumlulukta kusursuz bir garanti rejimi ihdas eden ve doğrudan zararların kusursuz sorumluluk çerçevesinde tazminini öngören söz konusu hükümlerin, kanunun açık lafzına rağmen olumsuz zarar bakımından tatbik edilmesi mümkün değildir. Aynı görüşte bkz. BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 8; CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 30; **Hartmann**, N 736 vd.

²¹³⁷ BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 85.

²¹³⁸ BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 8, 12; CR-**Thévenoz**, art. 109 CO N 18; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 85; CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 28; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1705, 1711.

²¹³⁹ CR-**Thévenoz**, art. 109 CO N 18; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 85; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1705, dn. 707.

²¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. CR-**Thévenoz**, art. 109 CO N 18.

²¹⁴¹ CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 30; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 97; BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 9; KUKO-**Thier**, Art. 109 OR N 4; **von Tuhr/Peter**, § 12, s. 87; **Bucher**, AT, s. 379, dn. 200; **Keller/Schöbi**, s. 279-280; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2812, 2901; **Anex**, s. 91 vd.; **Lüchinger**, N 552 vd.; **Stanislas**, s. 53 vd. **Göschke**, s. 91; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 761; **Schenker**, Schadensberechnung, s. 41; **Gilliéron**, N 384 vd.; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 353 vd.; **Nomer**, Borçlar Genel, N 201.1, dn. 1900; Sorunun detaylı tahlili için bkz. **Anex**, s. 91 vd.; **Lüchinger**, N 552 vd.; **Gilliéron**, N 376 vd.; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 353 vd. Aksi görüşte bkz. BK-**Giger**, Art. 191 OR N 28; **Comment**, s. 153; **Keller**, negative Interesse, s. 254 vd. *Anex*'in güzel ifadesiyle, olumsuz zarar olumlu zararın fakir ana babası değildir. **Anex**, s. 94: "*l'intérêt négatif n'est pas le parent pauvre de l'intérêt positif*".

²¹⁴² **von Tuhr/Peter**, § 12, s. 87; BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 9; CHK-**Furrer/Wey**, Art. 109 OR N 30; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 98; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2901. Öğretide alacaklının mevcut sözleşmeden daha avantajlı bir sözleşme yapabilecek iken söz konusu fırsatı kaçırmamasının birlikte kusur olarak ele alınması ve tazminattan indirim yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. BK-**Giger**, Art. 191 OR N 28; **Keller**, negative Interesse, s. 249-250. Kanımızca sorun, somut olayın koşulları çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu görüşte bkz. BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 103. Ayrıca bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 764; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 355 vd., dn. 196.

birbiriyle takas edilmesi mümkündür²¹⁴³. Zira, kısmi dönme hâlinde alacaklı, kendi borcunun ifa edilmiş olan kısma karşılık gelen bölümünü ifa etmek zorunda iken, ifa edilmemiş kısım bakımından da olumsuz zararının giderilmesini hedef tutan bir tazminat alacağına sahiptir. Her iki talep de birbirinden bağımsız ve karşılıklı iki alacak hakkı olduğu için, takas yoluyla sona erdirilebilir²¹⁴⁴.



²¹⁴³ MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 106; MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 325 N 33; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 46; **AlmFM**, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395.

²¹⁴⁴ **AlmFM**, BGHZ 36, 316 = NJW 1962, s. 907-908 = MDR 1962, s. 395: “(...) *Dolayısıyla, tarafların akdettiği eser sözleşmesi, davacının sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazandığı yerine getirilmiş bir kısım ve davalının ifa etmeme nedeniyle tazminat talep ettiği yerine getirilmemiş bir kısım olarak ikiye ayrılır. Her iki kısım da hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temerrüt yalnızca sözleşmenin yerine getirilmemiş kısmını etkilerken, yerine getirilmiş olan kısım ondan hukuki açıdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, davacının ifa edilen kısmi edim için bedel talebi ile davalının ifa edilmeyen kısım ile ilgili olarak davacının temerrüdünden kaynaklanan tazminat talebi birbiriyle takas edilebilir niteliktedir (...)*”. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 106; MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 325 N 33; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 325 N 46.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ALACAKLININ BORCUN TAMAMI İÇİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE BAŞVURMASI

I. KISMİ TEMERRÜDÜN BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE DÖNÜŞMESİ

A. Genel Olarak

Borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle sahip olduğu hukuki imkânları kısmen kullanan alacaklının, söz konusu hukuki imkânları borcun tamamı bakımından ileri sürme yetkisine sahip olup olmadığı, çözüm bulunması gereken en kritik hukuki sorundur²¹⁴⁵. Bu sorun çerçevesinde, şayet bazı hâllerde alacaklının borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabileceği kabul edilecek olursa, bu imkânın hangi hâllere özgüleneceği ve hangi şartlar hâlinde alacaklıya ifa edilmiş olan kısım bakımından da seçimlik haklara başvurma yetkisinin tanınacağı detaylı bir şekilde incelenmeye muhtaçtır. Bu kapsamda, ilk olarak, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüde dönüşmesinin hukuki gerekçeleri incelenecek; akabinde, hangi özel hâllerde kısmi temerrüdün yerini borcun tamamı bakımından borçlu temerrüde bırakacağı ele alınacak; son olarak, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüde dönüşmesi için gerçekleşmesi gereken diğer koşullar değerlendirilecektir.

B. Kısmi Temerrüdün Bütüncül Temerrüde Dönüşme Gerekçeleri

Kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir²¹⁴⁶. TBK m. 125 f. II uyarınca, kısmi temerrütte aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde, kural, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmının ifasından feragat edilerek,

²¹⁴⁵ Bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 766.

²¹⁴⁶ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **Soergel-Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Tandoğan**, Nullité, s. 292; **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **Ehrat**, N 252; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 971-972; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

yalnızca ifasından vazgeçilen kısım bakımından olumlu zararın tazmininin talep edilmesidir²¹⁴⁷. Benzer şekilde, TBK m. 125 f. III uyarınca, kısmi temerrütte sözleşmeden dönme hakkının kullanılması hâlinde kural, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kısmen kullanması ve sözleşmeden dönmenin yalnızca borcun ifa edilmeyen kısmı bakımından hüküm ve sonuç doğurmasıdır²¹⁴⁸.

Görüldüğü üzere, kısmi temerrütte, genel kural, TBK m. 125 f. II açısından olumlu zararın ifa edilmeyen kısım bakımından talep edilmesidir. Keza, sözleşmeden dönmeyi düzenleyen TBK m. 125 f. III hükmü açısından, genel kural, sözleşmeden kısmen dönmedir²¹⁴⁹. Her ne kadar kısmi temerrütte kural, temerrüdün sonuçlarının ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesi olsa da, bazı hâllerde, ya genel kuralın uygulanması hakkaniyete uygun görülmemektedir ya da söz konusu genel kuralın uygulanması mümkün olmamaktadır:

- a) Genel kuralın uygulanmasının hakkaniyete aykırı olduğu hâllerde, taraflar arasındaki işlevsel (*fonksiyonel*) sinallagma ilişkisi, gerçekleşmiş olan kısmi ifanın, alacaklıya herhangi bir fayda sağlamaması veya kısmen de olsa ifa menfaatine hizmet etmemesi nedeniyle bozulmuş olur²¹⁵⁰. Kısmi ifanın alacaklıya fayda sağlamaması durumunda, alacaklı için borcun kısmen ifa edilmesi ile hiç ifa edilmemesi arasında fark kalmamış demektir. Böyle bir durumda kısmi temerrütte ısrar etmek, alacaklıyı genel borçlu temerrüdünden kısmen mahrum bırakmak ve borçluyu ödüllendirmek anlamına gelir.
- b) Genel kuralın uygulanmasının mümkün olmadığı hâllerde, esasen borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulması bir zorunluluk hâlini alır. Zira, alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması veya sözleşme uyarınca

²¹⁴⁷ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739. Bkz. yukarıda, **B.3/III/B**, “Bakiye Kısımın Aynen İfasından Vazgeçme ve Olumlu Zararın Tazmini” isimli başlık.

²¹⁴⁸ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BK-Weber**, Art. 69 OR N 53; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **Enneccerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 769; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739. Bkz. yukarıda, **B.3/III/C**, “Sözleşmeden Kısmen Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini” isimli başlık.

²¹⁴⁹ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 211; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N D 27; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Emmerich**, § 19 N 18; **Tercier/Pichonnaz**, N 1426; **Enneccerus/Lehmann**, § 53, s. 232; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 971-972; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1739; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; **Öz**, Dönme, s. 42-43; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61.

²¹⁵⁰ **Ehrat**, N 252.

kısmi yaptırımların yasaklanması gibi durumlarda, kısmi temerrüdün sonuçlarına ifa edilmeyen kısım özelinde başvurmak mümkün olmaz.

Bu tür istisnai hâllerde, alacaklı, kısmen ifa edilmiş edimi iade ederek, TBK m. 125 f. II hükmü uyarınca aynen ifadan tamamen vazgeçebilir ve borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir ya da TBK m. 125 f. III hükmü uyarınca, kısmi dönme yerine, sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabilir ve olumsuz zararının karşılanması isteyebilir²¹⁵¹. Sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, daha önce ifa olarak aldığı kısmi edimi iade etmek zorundadır²¹⁵². Zira, borcun bütünü bakımından temerrüde başvuran alacaklının, kısmi ifayı elde tutmak için, haklı bir gerekçesi kalmamıştır.

Bugün öğretilde kabul edilen genel yaklaşıma göre, alacaklı, aşağıda yer alan istisnai hâllerin varlığı durumunda, kısmi temerrüde düşen borçlunun sorumluluğuna kısmen değil tamamen başvurma hakkına sahiptir. Her ne kadar, hangi hâllerde kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı konusunda yeknesak bir kabul mevcut olmasa da, bazı özel durumlarda kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından temerrüde dönüşebileceği öğretide oybirliğiyle kabul edilmektedir²¹⁵³. Öte yandan, öğretilde bugün terk edilmiş olan eski bir görüşe göre²¹⁵⁴, borçlunun borcun yalnızca bir bölümü açısından temerrüde düştüğü kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurmak, örneğin sözleşmeden kısmen değil tamamen dönmek mümkün değildir. Bu görüşe göre, kısmi ifayı kendi kabul eden alacaklının, borçlu

²¹⁵¹ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Neuenschwander, s. 96; Schenker, Schuldnerverzug, N 771; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739.

²¹⁵² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Schenker, Schuldnerverzug, N 771; Schwenger/Fountoulakis, N 66.35; Tandoğan, Nullité, s. 292; Neuenschwander, s. 96; Lemp, s. 62. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/III/A, “Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi” isimli başlık.

²¹⁵³ Örneğin bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Schenker, Schuldnerverzug, N 771 vd.; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Biedermann, s. 71-72; Lemp, s. 61 vd.; Vosser, s. 80-81; Tandoğan, Nullité, s. 291 vd.; Alcalay, N 34; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Poroy/Yasaman, s. 195; Öz, Dönme, s. 42-43.

²¹⁵⁴ Rossel, Édition I, s. 163; Weissenbach, s. 18; Schindler, s. 37. Tartışma hakkında ayrıca bkz. Lemp, s. 61; Tandoğan, Nullité, s. 291-291. Rossel, Borçlar Hukuku kitabının dördüncü cildinde, kısmi ifa hâlinde borçlunun yalnızca ifa etmediği kısım bakımından temerrüde düşeceğini ve borçlu temerrüdünün de ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğuracağını belirtmiş; ancak, birden fazla mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen İsvBK m. 209 hükmünün, önemli zarar tehlikesi hâlinde taraflara sözleşmenin tamamından dönme imkânı veren ikinci fıkrasına atıfta bulunmuştur. Böylece yazar, eserin dördüncü basısında bugün benimsenen ortak görüşe yakın bir noktada konumlanmıştır. Bkz. Rossel, Édition IV, s. 161.

temerrüdüne borcun tamamı bakımından başvurabilmesi için gerekli olan kanuni temel noksandır.

Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmesini caiz görmeyen söz konusu görüş, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II), kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 (İsvBK m. 196) ile birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünden kıyasen yararlanılarak, uzun bir süredir İsviçre-Türk öğretisi tarafından isabetle reddedilmektedir²¹⁵⁵. Nitekim, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen başvurmanın alacaklının ve istisnaen borçlunun menfaatlerini ihlal ettiği veya kısmi temerrüdün ifa menfaatini tamamen ortadan kaldırdığı ya da kısmen borçlu temerrüdüne başvurmanın mümkün olmadığı hâllerde, kısmi temerrüt yaptırımında direnmek için geçerli bir sebep bulmak güçtür.

C. Kısmi ve Bütüncül Temerrüt Ayırımında İspat Yükü

Kısmi temerrüt hâlinde temel kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir²¹⁵⁶. O hâlde, kısmi temerrütte alacaklının, borcun tamamı bakımından ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmesi ya da sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının giderilmesini istemesi istisnai bir yoldur²¹⁵⁷.

Kısmi temerrütte kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının kısmen uygulanması olduğu için, temerrüdün sonuçlarının borcun tamamı bakımından uygulanması gerektiğini savunan alacaklının, bu iddiasını ispat etmesi ve kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi için aranan şartların gerçekleştiğini kanıtlaması gerekir²¹⁵⁸. Zira, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat

²¹⁵⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 38; Biedermann, s. 71-72; Voser, s. 80-81; Vetsch, s. 27-28; Lemp, s. 61-62; Alcalay, N 34; Tandoğan, Nullité, s. 291-291. Söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 38; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Tandoğan, Nullité, s. 291-292; Lemp, s. 61; Voser, s. 80-81; Biedermann, s. 71; Vetsch, s. 27-28; Russenberger, s. 76; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Poroy/Yasaman, s. 195; Erdem, CVİM, N 973, dn. 658; Öz, Dönme, s. 42; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²¹⁵⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrat, N 252; Tandoğan, Nullité, s. 292; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 971-972; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1426; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

²¹⁵⁷ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Schenker, Schuldnerverzug, N 771.

²¹⁵⁸ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 211; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 171, F 2; Grüneberg-Grüneberg, BGB § 281 N 39; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 12; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Kuntalp, s. 104. TBK m. 230 bakımından aynı yönde bkz. Furrer, s. 70. CISG m. 51 uyarınca

etmek zorunda olduğu gibi (TMK m. 6), ispat yükü de kural olarak iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir (HMK m. 190). O hâlde, kısmi temerrüt hâlinde alacaklı, sinallagma ilişkisini kısmen dahi olsa sürdürme imkânından yoksun olduğunu ispat etmelidir. Benzer şekilde, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi için başkaca özel koşullar aranıyorsa, alacaklı, kural olarak, söz konusu koşulun gerçekleştiğini ispat etmekle yükümlüdür²¹⁵⁹.

İstisnai olarak, borçlu, önemli bir zarara uğrayacak olduğu gerekçesiyle, kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep ediyorsa²¹⁶⁰, gerekli olan özel koşulların gerçekleştiğini kendisi ispat etmelidir. Zira, böyle bir durumda, önemli bir zarar tehlikesinden kaçınmak isteyen taraf borçlu olduğu için, söz konusu vakıayı ispat etmek de kendisine düşer.

Hâkim, kısmi temerrüt yerine, bütüncül temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiren bir hâlin varlığına hükmederken, titiz davranmak zorundadır²¹⁶¹. TMK m. 4 uyarınca, hâkim, kendisine tanınan geniş takdir yetkisinden faydalanarak, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını, somut olayın koşullarına göre tespit etmelidir.

II. KISMİ TEMERRÜDÜN BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE DÖNÜŞTÜĞÜ HÂLLER

Alacaklının kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini isteyebileceği veya sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabileceği hâller şu şekilde ifade edilmektedir²¹⁶²: (i) taraflar arasında akdedilen sözleşmede

sözleşmeden tamamen dönme hakkının kullanılması bakımından aynı yönde bkz. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-**Bach**, Art. 51 CISG N 44; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 21.

²¹⁵⁹ BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 12; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 211.

²¹⁶⁰ Borçlunun önemli bir zarara uğrayacak olması sebebiyle borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurulması konusunda bkz. aşağıda, **B.4/II/C/4**, “Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması” ve aşağıda, **B.4/III/D**, “Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi” isimli başlıklar

²¹⁶¹ **Kuntalp**, s. 104; **İsvFM**, ATF 57 II 508 = JdT 1932 406.

²¹⁶² Alacaklının borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurabildiği hâller için bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **Lemp**, s. 61 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 771 vd.; **Tercier/Pichonnaz**, N 1427; **Biedermann**, s. 71-72; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427; **Vetsch**, s. 27-28; **Russenberger**, s. 75-76; **Tandoğan**, Nullité, s. 291 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740; **Öz**, Dönme, s. 42-43.

kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı için borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğinin açıkça düzenlenmesi, (ii) alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması, (iii) alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği anda, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hakkını açıkça saklı tutması, (iv) borçlunun kalan kısmı derhâl ifa edeceği kanısıyla alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi (v) edimin ifa edilmiş kısmının, alacaklı açısından hiçbir faydasının bulunmaması, (vi) ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması, (vii) borçlunun temerrütte olan kısmi ediminin önemli olması, (viii) borçlu temerrüdüne kısmen başvurulmasının alacaklı veya borçluyu önemli bir zarara sokacak olması, (ix) borçlunun borcun belirli taksitlerinin ifasında temerrüde düşmesinin sözleşmenin tamamını tehlikeye sokması, (x) yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinin asıl edim bakımından ifa menfaatinin ortadan kaldırması.

Hangi hâllerin kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesine cevaz vereceği konusunda öğretide görüş birliği yoktur. İlk olarak, Alman Hukuku'nun etkisiyle edimin ifa edilmiş kısmının alacaklı açısından hiçbir faydasının bulunmaması hâli, pek çok yazar tarafından kabul görmektedir. Zira, BGB § 281 Abs. I c. 2 ile BGB § 323 Abs. V c. 1 hükümlerinde, alacaklının ancak kısmi ifada hiçbir menfaatinin kalmaması ihtimalinde, edimin tamamı yerine tazminat talep edebileceği veya sözleşmenin tamamından dönebileceği düzenlenmiştir. İkinci olarak, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün kıyasen kısmi temerrüt rejimi bakımından uygulanması neticesinde, ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması hâli, yine öğretide borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün uygulanacağı bir durum olarak kabul görmektedir. Alacaklının kısmi ifada herhangi bir menfaati kalmaması ile ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması hâllerinin yanı sıra, öğretide zikredilen ve alacaklıya borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurma imkânı tanınan hâller aşağıda detaylı bir biçimde mercek altına alınmıştır.

Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü hâller, dört ana başlık altında sınıflandırılabilir. İlk olarak, taraflar, sözleşme uyarınca kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. İkinci olarak, alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi mümkündür. Üçüncü olarak, kısmi ifadan kaynaklanan sebeplerle, yani kısmi ifanın yarar sağlamadığı durumlarda kısmi temerrüt rejiminden vazgeçilebilir. Son olarak, bazı özel durumlarda, örneğin, art arda teslimli

sözleşmelerde veya yan edim yükümlülüğü içeren borç ilişkilerinde kısmi temerrüt, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne yol açabilir.

A. Sözleşme Uyarınca Bütüncül Temerrüde Başvurulması

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından, borçlunun nitelikli temerrüdünün sonuçları, emredici değil, düzenleyici ve yedek hukuk kuralıdır²¹⁶³. Dolayısıyla, kısmi temerrüt hâlinde, borçlu sanki borcun tamamı bakımından temerrüde düşmüş gibi borçlu temerrüdü hükümlerinin tatbik edileceğinin sözleşmeyle düzenlenmesi mümkündür. Şayet kısmi temerrüt hâlinde, alacaklıya, sözleşmede kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvurma imkânı tanınmışsa, başkaca bir koşul aranmaksızın, alacaklı, borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden tamamen dönerek olumsuz zararının giderilmesini talep edebilir²¹⁶⁴.

Alacaklıya sözleşmeyle kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvurma hakkı tanınması durumunda, bu sonucu öngören sözleşme hükmünün, temel yorum ilkeleri ışığında yorumlanması gerekir. Şayet sözleşmede alacaklıya kısmi temerrüt rejiminin yanı sıra, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine başvuru imkânı tanınmışsa, alacaklının kısmi temerrüt ile bütüncül temerrüt arasında bir seçimlik hakkı olduğu kabul edilir. Örneğin, sözleşmede, alacaklının borcun bir kısmının ifa edilmemesi hâlinde sözleşmeden tamamen dönebileceği ifade edilmişse, alacaklı kısmi dönme ile sözleşmenin tamamından dönme arasında bir tercih yapabilir.

²¹⁶³ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 4; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 22; BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 OR N 32, Art. 107 OR N 38, Art. 109 OR 20; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 14; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 35; BK-Becker, Art. 107 OR N 2; Tercier/Pichonnaz, N 1424-1425; Ramoni, N 95; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1424-1425; İsvFM, 24. 9. 2002, 4C.133/2001; KanM (St. Gallen), 26.1.1994, GVP 1996, N 36, s. 89-90 = SJZ 1996, s. 153-154. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 112-113.

²¹⁶⁴ Keller/Schöbi, s. 278; Eren, Borçlar Genel, N 3525; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 "(...) Sözleşmedeki bir maddenin alacaklıya bir veya daha fazla taksitin geç ödenmesi durumunda sözleşmenin tamamı için İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvurma yetkisi verdiği durumlarda da (ihtar) gereksizdir (...)"; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: "(...) Davacının, direk ve girişleri konu edinen cephe inşaatında herhangi bir gecikme olmamasına rağmen, ifa edilmemiş diğer bölümlerle birlikte, edimlerin tamamının ifasından vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Bu özel durum, art arda teslimli sözleşmeler kapsamında, geç ödemeler söz konusu olduğunda ortaya çıkan durumla karşılaştırılabilir. Bu bağlamda, Federal Mahkeme, alacaklının yalnızca vadesi çoktan gelmiş edimler için İsvBK m. 107'ye başvurabileceğine karar vermiştir. Bu ilkeye sadece sözleşmenin gelecekteki ifasının tehlikede olduğu durumlarda veya alacaklının sözleşmedeki bir hüküm sayesinde henüz vadesi gelmemiş vadeler için de İsvBK m. 107-109'an doğan haklarını kullanma hakkına sahip olduğu durumlarda istisna getirilmiştir (ATF 119 II 135 c 3, JdT 1994 I 99). Öğreti haklı olarak bu ilkelerin yalnızca art arda teslimatlar veya diğer kısmi edimler söz konusu olduğunda geçerli olduğuna işaret etmektedir (...)" Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 22, 146. Kararın eleştirisi için bkz. Siegenthaler/Stöckli, s. 328.

Buna karşılık, kısmi temerrüt hâlinde, alacaklının bazı seçimlik hakları sözleşmeyle sınırlandırılmış olabilir. Alacaklıya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvuru imkânının tanınmış olması, bazı durumlarda, kısmi temerrüt rejiminin uygulanmayacağı anlamına gelebilir. Örneğin, sözleşmede, borcun bir kısmının ifa edilmemesi durumunda, alacaklının yalnızca sözleşmenin tamamından dönebileceğinin düzenlenmiş olması böyledir. Her durumda, somut olayın koşulları nazara alınarak, öncelikle TBK m. 19 (İsvBK m. 18) uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradeleri tespit edilmeli; bu mümkün olmazsa, TMK m. 2 f. I (İsvMK m. 2 f. I) uyarınca dürüstlük kuralı ve güven ilkesi uyarınca irade beyanlarını muhatabın ne şekilde anlayabileceği veya anlaması gerektiği belirlenmelidir.

B. Alacaklıdan Kaynaklanan Sebepler

Kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü alacaklıdan kaynaklanan sebepler, alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması, alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği anda borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hakkını açıkça saklı tutması ve borçlunun kalan kısmı derhâl ifa edeceği kanısıyla alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi şeklinde ifade edilebilir.

1. Alacaklının Kendi Karşı Ediminin Bölünemez Nitelikte Olması

Alacaklının kendi karşı ediminin bölünemez nitelikte olması durumunda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından kısmi temerrüdün sonuçlarına başvuramayan alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine başvurma imkânı edinir; yani, aynen ifadan tamamen vazgeçerek olumlu zararın tazminini talep edebilir veya sözleşmenin tamamından dönerek, olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir²¹⁶⁵.

Alacaklı ve borçlu arasındaki sinallagma ilişkisi, edim ve karşı edim arasında bir dengeyi gerekli kılar. Söz konusu denge ise, ancak karşılıklı kısmi ifa ve kısmen ifa

²¹⁶⁵ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; Staudinger-Schwarze, BGB § 326 N F 20; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; BK-Becker, Art. 107 OR N 46, Art. 109 OR N 35; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 104; Medicus/Lorenz, § 37 N 19; Emmerich, § 19 N 18; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd.; Glatthard, s. 57; Lemp, s. 62; Tandoğan, Nullité, s. 291; Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 958; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Öz, Dönme, s. 43; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.: “(...) BGB § 323 Abs. V hükmü, yalnızca borçlunun değiminin değil, aynı zamanda alacaklının karşı ediminin bölünebilir olduğunu varsayar. Alacaklının karşı edimi bölünebilir değilse, kısmi ifada menfaati sona ermese bile, sözleşmenin tamamından dönebilir (...)”.

etmeme hâlinde mümkün olur²¹⁶⁶. Edim ve karşı edim dengesi, karşı edimin bölünebilir olmaması nedeniyle sağlanamıyorsa, sözleşme ilişkisinin tamamen çözülmesi gerekir.

Edim ve karşı edimin her birinin bölünebilir olmaması durumunda sözleşmenin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş bölümlerinin kısmi temerrüt yoluyla ayrılması; başka bir deyişle, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin ifa edilen kısımla sınırlandırılması mümkün olmaz²¹⁶⁷. Alacaklı, kendi bölünemez nitelikteki edimini, borçlunun bölünebilir nitelikte olan edimiyle sınırlandıramadığı için, ya karşı edimini tamamen yerine getirir ya da karşı edimini ifa etmekten tamamen kaçınır²¹⁶⁸.

Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması, objektif olarak, yani fiilen ve teknik anlamda bölünebilir olmama hâliyle, sübjektif olarak yani hukuken bölünebilir olmama hâllerini kapsar. Karşı edimin objektif veya sübjektif olarak bölünebilir olmaması ihtimalinde, alacaklının borçlu temerrüdüne bütünüyle başvuru imkânı doğar²¹⁶⁹. Alacaklının karşı ediminin objektif ve sübjektif olarak bölünebilir olup olmadığı konusunda başvurulacak kriterler, kısmi ifa bahsinde yer verilen ve borçlunun edimin bölünebilir olması açısından yer verilen ölçütlerle aynıdır²¹⁷⁰.

Alacaklının kendi ediminin bölünemez nitelikte olması durumunda, alacaklının borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerine başvurabileceğini belirten yazarların çoğunluğu, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulabilmesi için, alacaklının kendi ediminin bölünebilir olmamasını yeterli görür²¹⁷¹. Bizim de isabetli bulduğumuz bu yaklaşıma göre, alacaklının, tamamen borçlu temerrüdüne başvurabilmesi için, başkaca ek şartlar aranmaz.

²¹⁶⁶ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420; **Öz**, Dönme, s. 43; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁶⁷ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 207; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁶⁸ **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁶⁹ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 208.

²¹⁷⁰ Edimin objektif ve sübjektif olarak bölünebilir olması konusunda bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1/a**, “Objektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Fiili ve Teknik Bölünebilirlik” ve yukarıda, **B.2/II/B/1/b**, “Sübjektif Açıdan Edimin Bölünebilir Olması: Hukuki Bölünebilirlik” isimli başlıklar.

²¹⁷¹ Alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması durumunda borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurulabileceği yönünde bkz. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 208; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 46; **Emmerich**, § 19 N 18; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd.; **Lemp**, s. 62; **Tandoğan**, Nullité, s. 291; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 958; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740; **Eren**, Borçlar Genel, N 3525; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956; **Öz**, Dönme, s. 43; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

Buna karşılık, öğretide, bazı yazarlar²¹⁷², İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına atıfta bulunarak²¹⁷³, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için, alacaklının ediminin bölünemez nitelikte olmasını yeterli görmemekte, ayrıca, alacaklının bölünemez olan kendi edimini ifa etmiş olması ve borçlunun borcun kalan kısmını ifa etmesinin ihtimal dışı görünmesi şartlarının gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Oysa, Yüksek Mahkeme, borçlunun borcunu ifa etmesinin ihtimal dışında görünmesi şartını, alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması hâli için zikretmemiştir²¹⁷⁴. Alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması durumunda, sözleşmenin tamamından dönebilmek ve edimin tamamı bakımından tazminat talep etmek için, alacaklıyı karşı edimini ifa etmek zorunda bırakmak, akabinde sözleşmeden dönerek alacaklıdan bu edimin iadesini talep etmesini beklemek, her iki taraf için külfetli ve gereksiz bir yoldur. Borçlunun borcun kalan kısmını ifa etmesinin ihtimal dışı görünmesi ise, taksitli veya art arda teslimli sözleşmeler gibi kısım kısım muaccel hâle gelen borç ilişkilerinde henüz vadesi gelmemiş taksitler bakımından aranan bir koşuldur²¹⁷⁵. Nitekim, Yüksek Mahkeme, söz konusu şartı, her taksitin ayrı bir vadesinin bulunduğu karşılıklı sözleşmeler bakımından aramıştır. Dolayısıyla, söz konusu şartın, alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olduğu bütün sözleşmeler için tatbik imkânı yoktur. O hâlde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak için, alacaklının kendi karşı ediminin bölünebilir olmaması yeterlidir.

Alacaklı, kural olarak kısmi temerrüt ile borcun tamamı bakımından (*bütüncül*) temerrüt arasında seçim yapma hakkına sahiptir²¹⁷⁶. Fakat, kısmi temerrüt hâlinde

²¹⁷² Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427.

²¹⁷³ Söz konusu karar için bkz. İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99. Bkz. Kara/Develioğlu, N 22.

²¹⁷⁴ İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99: "(...) Her taksitin ayrı bir vadesinin bulunduğu karşılıklı sözleşmelerde, alacaklı, kural olarak, yalnızca vadesi geçen taksitler için İsvBK m. 107 (borçlu temerrüdü) hükmüne başvurabilir. Diğer taksitler için, alacaklı vadeyi beklemek zorundadır. Buna karşın, borçlunun gelecekteki borcunu sonradan ifa etmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya tehlikeye düşmüşse, alacaklı sözleşmeden dönebilir. Bir taksitin ödemesinde temerrüde düşülmesi durumunda, şayet alacaklı sonraki taksitlerden de vazgeçmek istiyorsa, bu durumda, vadesi geçen taksitler için bir süre belirlemesi yeterli değildir. Dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı, bir süre belirlerken, sonraki kısmi ödemelerin ifasından vazgeçtiğini bildirmesi gerekir. Temerrüde düşen borçlu, ne ile karşı karşıya kaldığını bilmelidir. Bu durumda, süre vermeye gerek olmayan hâlleri düzenleyen İsvBK m. 108 kısmi temerrüt hâline kıyasen uygulanır. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin gereksiz olduğu anlaşılıyorsa veya sözleşmenin bir hükmü, alacaklıya, bir veya birkaç taksitin gecikmesi durumunda, sözleşmenin tamamı için İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvuru imkânı tanıyorsa, alacaklının sonraki ödemelerden vazgeçme iradesini beyan etmesi gerekli değildir (...)" Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 22.

²¹⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, B.4/II/D/1, "Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması" ve aşağıda, B.4/IV/A, "Taksitte Temerrüt ("Ratenverzug") Rejimi" isimli başlıklar.

²¹⁷⁶ Bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/d, "Kısmi Temerrütte Ek Seçim Hakkı: Kısmi veya Bütüncül Temerrüt

karşı edim borcunun bölünebilir olmaması, alacaklının seçim hakkını büyük ölçüde daraltır. Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması hâlinin, alacaklının TBK m. 125 uyarınca sahip olduğu seçimlik hakları ne şekilde etkilediğine yakından bakılacak olursa, şu sonuçlara ulaşılır:

- a) Alacaklı, **sözleşmeden dönme** hakkını kullanmak istiyorsa veya borçlunun kusursuz olması nedeniyle sözleşmeden dönme kendisi için yegâne çözüm yolu olarak görünüyorsa, karşı edim borcunun bölünebilir olmaması durumunda, sözleşmeden dönme hakkını kısmen değil, tamamen kullanmak zorundadır. Zira, karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, kısmi dönme fiilen mümkün olmadığı için, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen alacaklının başvurabileceği yegâne imkân, sözleşmeden tamamen dönmektir²¹⁷⁷.
- b) Alacaklı aynen ifadan vazgeçip **olumlu zararının** tazmin edilmesini istiyorsa, bir seçimlik hakka daha sahiptir²¹⁷⁸. Olumlu zararının giderilmesini isteyen alacaklı, kabul edilen hâkim görüş çerçevesinde, kural olarak, bu zararın mübadele teorisi uyarınca mı yoksa fark teorisi uyarınca mı hesap edileceği konusunda bir tercihte bulunabilir:
 - i. Alacaklı, kısmi temerrütte **mübadele teorisi** uyarınca olumlu zararın tazminini talep ediyorsa, büyük bir zorlukla karşılaşmaz²¹⁷⁹. Mübadele teorisi uyarınca olumlu zarar, yalnızca borçlu tarafından ifa edilmeyen kısım nazara alınarak hesaplanır. Buna karşılık, alacaklı, kendi karşı edim borcunu aynen (*in natura*) ifa etmek zorundadır. Bu nedenle, alacaklının karşı edim alacağının bölünebilir olup olmaması önem taşımaz²¹⁸⁰. O hâlde, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararın giderilmesini isteyen alacaklı, borcun tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesini talep edemez.
 - ii. Alacaklı, kısmi temerrütte aynen ifadan vazgeçip **fark teorisi** uyarınca olumlu zararının tazminini talep etmek istiyorsa, borçlunun ediminin dışında,

Ayrımı” isimli başlık.

²¹⁷⁷ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁷⁸ Söz konusu seçimlik hak “*üçüncü*” seçimlik hak olarak anılır. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 141, *özellikle*, dn. 292, N 147; **Guhl**, Rücktritt, s. 144-145; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 16; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2781. Bkz. yukarıda, **B.3/III/B/5**, “*Alacaklının Seçim Hakkı*” isimli başlık.

²¹⁷⁹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd.; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/B/3**, “*Mübadele (Değişim) Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması*” isimli başlık.

²¹⁸⁰ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768. Aynı yönde bkz. **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd.

alacaklının kendi karşı ediminin bölünebilir olması şarttır²¹⁸¹. Zira, fark teorisi uyarınca olumlu zarar, borçlunun kısmen ifa etmediği edimin değeri ile kendi karşı ediminin ona denk düşen kısmının değeri arasındaki farka göre belirlenir. Fark teorisi uyarınca alacaklı, kısmi ifa oranında kendi karşı edim borcunu ifa etmek zorundadır. Bu nedenle, fark teorisinin uygulanabilmesi için, sözleşmeden kısmen dönme açısından olduğu gibi, alacaklının karşı ediminin de bölünebilir olması gerekir²¹⁸². Alacaklının karşı ediminin bölünebilir olmaması durumunda, fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazmini, ifa edilmeyen kısım bakımından değil, borcun tamamı bakımından talep edilir.

- c) Sonuç olarak, alacaklı, kendi karşı ediminin bölünebilir olmaması durumunda, yukarıda zikredilen üç imkân arasında, kural olarak²¹⁸³ serbestçe seçim yapabilir. Özetle, karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, alacaklı, kalan kısmın aynen ifası dışında, -kısmi temerrüt temelinde- mübadele teorisi uyarınca ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararın tazmini, -bütüncül temerrüt temelinde- fark teorisi uyarınca edim ve karşı edimin tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesi ya da -bütüncül temerrüt temelinde- sözleşmenin tamamından dönme seçimlik haklarına sahiptir²¹⁸⁴.

Alacaklının ediminin bölünemez nitelikte olması, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda sözleşme ilişkisinin hızlı bir biçimde tasfiye edilmesini sağlar ve alacaklı açısından önemli bir kolaylık yaratır. Zira, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi ihtimalinde, bölünemez nitelikteki kendi karşı edimini kurtarmak isteyen alacaklının, sözleşmeden tamamen dönmek için başka bir özel koşula başvurmasına, örneğin,

²¹⁸¹ BSK-**Wiegand**, Art. 107 OR N 21; MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/B/4**, “Fark Teorisi Uyarınca Olumlu Zararın Hesaplanması” isimli başlık.

²¹⁸² **Bucher**, AT, s. 341; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768. Bu yönde bkz. MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 104. Bkz. yukarıda, **B.3/III/B/4/c/i**, “Karşı Edimin Bölünebilir Olması” isimli başlık.

²¹⁸³ Kabul ettiğimiz ılımlı fark teorisi uyarınca, alacaklı, kendi karşı edimini kısmen veya tamamen ifa etmişse, edimin tamamı bakımından olumlu zararının fark teorisi uyarınca hesaplanmasını talep edemez. ılımlı ve katı fark teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/B/5**, “Alacaklının Seçim Hakkı” isimli başlık.

²¹⁸⁴ **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 420 vd., *özellikle*, 422. *Huber*, bu durumu, dört at karşılığında bir taşınmazın devrinin taahhüt edildiği bir mal değişim (*trampa*) sözleşmesi çerçevesinde açıklar. Yazara göre, borçlu iki atı devretmekte temerrüde düşerse, alacaklı, iki atı kendisinde tutup mübadele teorisi uyarınca devredilmeyen iki at için tazminat talep eder ve kendi karşı edim borcunu da tamamen ifa eder ya da fark teorisi uyarınca borcun tamamı bakımından tazminat talep eder. Bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

Karşı edimin bölünebilir olmaması ihtimalinde, fark teorisi uyarınca değil, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararın tazmin edileceği yönünde bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 768.

kısmi ifada menfaati olmadığını veya ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceğini ispat etmesine gerek kalmaz²¹⁸⁵.

Alacaklının menfaatinin karşı edimi kurtarmak yönünde olduğu durumlarda, karşı edimin objektif veya sübjektif olarak bölünemez nitelikte olduğunun ispat edilmesi, alacaklıya önemli bir kaçış imkânı sunar. Dolayısıyla, karşı edimin bölünemez olması durumunda, borçlu temerrüdüne tamamen başvurmak konusunda alacaklının özel bir çıkarı mevcuttur²¹⁸⁶. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi'ne göre, bir taşınmaz satış sözleşmesinde, satıcının satış bedelini kısmen ödemesi durumunda, alacaklının, oldukça zor bir yol olan kısmi ifada menfaati olmadığını veya ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceğini ispat etmek yerine, taşınmazın mülkiyetini devir borcunun bölünemez nitelikte olduğunu ortaya koyması yeterlidir²¹⁸⁷. Zira, taşınmaz mülkiyetini devir borcu bölünebilir bir edim olmadığı için, sözleşmeden kısmen dönme daha en baştan mümkün değildir.

2. Alacaklının Hakkını Kısmi İfa Anında Açıkça Saklı Tutması

Alacaklı, borçlu tarafından kendisine teklif edilen kısmi ifayı kabul ettiği anda, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkını açıkça saklı tutarsa, kalan kısmın ifa edilmemesi durumunda, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvuru imkânı edinir²¹⁸⁸. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak isteyen alacaklı, bu hakkını, kısmi ifa anında **ihtirazi kayıt** (*çekince / rezerv*) ileri sürerek saklı tutmalıdır. Söz konusu ihtirazi kayıt, alacaklıya, temerrüt anında aynen ifadan tamamen vazgeçerek borcun bütünü bakımından olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden kısmen değil tamamen dönerek olumsuz zararın giderilmesi imkânı verir.

Kısmi ifa anında çekince ileri süren ve bakiye borcun ifa edilmesi kaydıyla kısmi ifayı kabul eden alacaklı, borç bakiyesi ifa edilmezse, kısmi ifayı iade ederek, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma niyetini borçluya bildirmiştir. Böylece, taraflar kısmi ifayı bu koşulla gerçekleştirmiş sayılır²¹⁸⁹. Böylece, borçlu, daha sonra borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmak isteyen

²¹⁸⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 104; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁸⁶ Bu yönde bkz. AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²¹⁸⁷ AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 208; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 104; AlmFM, RGZ 50, s. 129 vd.

²¹⁸⁸ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Gümü, Borçlar Genel, s. 955-956. Aynı yönde bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 212.

²¹⁸⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 212.

alacaklıya karşı koyma imkânını yitirir; kısmi ifayı kabul eden alacaklı da ihtirazi kayıt ileri sürerek, kendisini kısmi temerrüt rejimiyle sınırlamış olmaz. Ayrıca, sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik hakların saklı tutulması hâlinde, farazi iradelerin araştırılmasına ihtiyaç duyulmaz²¹⁹⁰.

Alacaklının haklarını saklı tutmasından kasıt, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru imkânının kullanılabilceğinin, herhangi bir şekilde, açıkça, örtülü olarak veya iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla borçluya beyan edilmesidir. Bu açıdan, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak isteyen alacaklının, “*borç bakiyesinin ifa edilmesi koşuluyla*” kısmi ifayı kabul etmesi yeterlidir. Ayrıca, alacaklının, borç bakiyesi ifa edilmezse “*tam tazminat isteme hakkını saklı tutması*” veya “*sözleşmenin tamamından dönebileceğini beyan etmesi*” aynı işlevi yerine getirir.

Alacaklının “*tam tazminat isteme hakkını saklı tutması*” veya “*sözleşmenin tamamından dönebileceğini beyan etmesi*”, ona yalnızca aynen ifanın tamamından vazgeçerek olumlu zararın tamamının tazmini imkânı ya da sadece sözleşmenin tamamından dönme hakkı bahşetmez. Herhangi bir şekilde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru imkânının kullanılabilceğinin beyan edilmesi, alacaklıya kural olarak, borcun tamamı bakımından diğer bütün seçimlik hakları birlikte bahşeder. Görüldüğü üzere, alacaklının, kalan kısmın ifa edilmemesi ihtimalinde borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkını, açık bir beyanla saklı tutması gerekmez. O hâlde, alacaklının, kısmi ifa durumunda, temerrüt ihtimalini nazara alarak haklarını saklı tutması, kendi menfaatinedir.

3. Borçlunun Kalan Kısmı Derhâl İfa Edeceği Kanısıyla Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Etmesi

Öğretide alacaklının kısmi ifayı, borçlunun borcun kalan kısmını derhâl ifa edeceği kanısıyla kabul etmesi hâlinde, kısmi temerrütten vazgeçilerek, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulabileceği kabul edilmektedir²¹⁹¹. Kanımızca, kısmi ifayı, borç bakiyesinin derhâl ifa edileceği kanısıyla kabul eden alacaklıya, kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvurma imkânı tanınmalıdır. Bu görüş, iki temel argüman vasıtasıyla desteklenebilir:

²¹⁹⁰ **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956.

²¹⁹¹ **Tandoğan**, Nullité, s. 292; **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 958. Ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740, dn. 757.

- a) *İlk olarak*, bu ihtimalde, borcun kalan kısmının derhâl ifa edileceği zannıyla kısmi ifayı kabul eden alacaklının bu beklentisi boşa çıktığı zaman, kısmi ifayı kabul etme yönündeki iradesi de sakatlanmış olur. Nitekim, borcun kalan kısmının derhâl ifa edileceği hususu, kısmi ifanın kabul edilmesi açısından, bir saik teşkil eder. Bu saikin boşa çıkmış olması durumunda da, alacaklıya kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvuru hakkı tanımak gerekir.
- b) *İkinci olarak*, borçlunun borcun tamamını ifa edeceği yönünde bir intiba oluşturarak alacaklıya edimini kısmen sunması ve akabinde kalan kısmı ifa etmemesi, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) uyarınca dürüstlük kuralına aykırıdır. Nitekim, hiç kimse kendi hukuka veya ahlaka aykırı ya da kusurlu davranışına dayanarak hak iddia edemez (“*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”). Bir kimsenin, aldatıcı davranışlarda bulunarak kendi kusuruyla yarattığı duruma dayanmak suretiyle bir hak kullanması hâlinde, TMK m. 2 f. II uyarınca onun bu davranışı hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir²¹⁹². Borçlunun, borcun tamamının ifa edileceği kanısını yaratıp, daha sonra kalan kısmı ifa etmeyerek, alacaklıyı borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmadan alıkoyması dürüstlük kuralına aykırıdır.

Kısmi ifayı, borç bakiyesinin derhâl ifa edileceği kanısıyla kabul eden alacaklıya, tamamen borçlu temerrüdüne başvurma imkânı tanımak her ne kadar taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun olsa da, bu kabul, alacaklıya, borcun kalan kısmının derhâl ifa edileceği saikini her durumda ileri sürerek, keyfi bir biçimde bütüncül temerrüt hükümlerine başvuru imkânı vermemelidir. Kanımızca, alacaklının keyfi bir biçimde hareket etmesini engellemek amacıyla, irade sakatlıkları başlığı altında, saikte yanılmayı düzenleyen TBK m. 32 (İsvBK m. 24) ile aldatmayı düzenleyen TBK m. 36 (İsvBK m. 28) hükmünden kıyasen yararlanmak mümkündür. Aşağıda yer alan iki farklı olasılıkta da, borcun kalan kısmının derhâl ifa edileceği kanısıyla kısmi ifayı kabul eden alacaklı, borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerine başvurabilir:

²¹⁹² **Oğuzman/Barlas**, N 879; **Yargıtay 11. HD**, E. 2020/1866, K. 2020/3245, T. 26.6.2020 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2018/1328, K. 2019/6943, T. 7.11.2019 (Kazancı); **Yargıtay 11. HD**, E. 2016/6325, K. 2017/6651, T. 28.11.2017 (Kazancı): “(...) *Kanun, dürüstlük kuralına aykırı tutum ve davranışı himaye etmez. Öte yandan, hukukun genel ilkelerinden biri de “Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak başkalarından hak talep edemez” (Kimse kendi kanunsuzluğundan faydalanamaz/Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ilkesidir (...)*”. “*Nemo auditur*” olarak da ifade edilen söz konusu ilke ve bu ilkeye dayanan hukuk kuralları için bkz. **Deschenaux**, Traité, s. 175-178; **Serozan/Engin/Atamer**, Birinci Başlık, II § 9, N 11.

- a) TBK m. 36 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, borçlu, açıkça veya örtülü olarak, aktif veya pasif bir davranışla kısmi ifanın kabul edilmesi hâlinde borcun kalan kısmını derhâl ifa edeceğini alacaklıya beyan etmişse veya bu yönde bir güven yaratmışsa, başkaca bir koşul aranmaksızın, alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Zira, bu durum, alacaklının kasten hataya düşürülmesi, yani **aldatma** olarak tanımlanır. TBK m. 36 uyarınca, aldatmanın esaslı olması aranmaz²¹⁹³. Öte yandan, aldatanın kasten hareket etmesi (*dolus*) veya en azından, olası kastla karşı tarafı yanıltması (*dolus eventualis*) gerekir²¹⁹⁴. Bu nedenle, karşı tarafı kasten saikte yanılmaya düşürerek, kısmi ifanın kabul edilmesini sağlayan borçlu, alacaklının sözleşmenin tamamından dönmesine veya borcun tamamı bakımından tazminat talep etmesine katlanmak zorunda kalır.
- b) TBK m. 32 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde ise, alacaklının kısmi ifayı kabul ederken esaslı bir biçimde yanılmış olması aranmalıdır. Nitekim, TBK m. 32 uyarınca, **saikte yanılma** konusunda, yanılmanın sübjektif ve objektif olarak esaslı olması şartıyla birlikte, yanılanın yanıldığı hususun karşı tarafça bilinebilir olması şartı aranır²¹⁹⁵. Sübjektif esaslı olma şartı uyarınca, yanılma konusu saik, yanılan açısından “*onsuz olmaz şart (condictio sine qua non)*” teşkil etmeli, yanılan bu hususta yanıldığını bilmesi hâlinde sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarda akdetmeyecek olmalıdır²¹⁹⁶. Objektif esaslı olma şartı

²¹⁹³ Keller/Schmied-Syz, s. 39; Klausberger, s. 67; İsvFM, ATF 136 III 528 = JdT 2014 II 439 = SJ 2011 I 267: “(...) Bir tarafın yanılması esaslı olmasa bile, karşı taraf, İsvBK m. 28 f. I uyarınca, diğerini aldatma yoluyla sözleşme yapma konusunda yanıltmışsa, yanıltılan taraf sözleşmeyle bağlı olmaz. Aldatma, aktif bir davranışla yapılabileceği gibi, sessiz kalınarak ihmal yoluyla da yapılabilir. (...)” (Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 117).

²¹⁹⁴ von Tuhr/Peter, § 38, s. 320-321; Keller/Schmied-Syz, s. 23; Klausberger, s. 34-35; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 357; İsvFM, ATF 136 III 528 = JdT 2014 II 439 = SJ 2011 I 267: “(...) Aldatma sadece kasdî olabilir; ancak, olası kastın varlığı yeterlidir (...)”. İhtimali kast, özellikle kişinin sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber, bu sonucun gerçekleşme ihtimalini göze alarak hareket ettiği durumlarda söz konusu olur. Bkz. Deschenaux/Tercier, § 7 N 21; Oğuzman/Öz, Cilt II, N 158.

²¹⁹⁵ Keller/Schmied-Syz, s. 39 vd.; Klausberger, s. 54 vd.; Kolly, N 136 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 160 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 334 vd.; İsvFM, ATF 135 III 537; ATF 113 II 25 = JdT 1987 I 363; ATF 118 II 58 = JdT 1993 I 54; ATF 136 III 528 = JdT 2014 II 439 = SJ 2011 I 267: “(...) Esaslı bir yanılmadan bahsedebilmek için, (İsvBK m. 24 f. I b. 4) belirli bir vakia hususunda yanılan taraf açısından, yanıldığı husus, kendisi için sözleşmenin esaslı bir unsuru olmalıdır. Yani yanılma, sözleşmenin sübjektif esaslı unsuruyla ilgili olmalıdır (sübjektif esaslı olma şartı). Öte yandan, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralının, objektif olarak, bu hususun sözleşmenin esaslı bir unsuru olduğunu değerlendirmeye imkân vermesi gerekir (objektif esaslı olma şartı) (...)”; İsvFM, 4A_666/2011.

²¹⁹⁶ BK-Becker, Art. 23 OR N 8; Bucher, AT, s. 206; Kolly, N 136 vd.; Keller/Schmied-Syz, s. 40; Klausberger, s. 54-55; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 160; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 430; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 334; İsvFM, ATF 136 III 528 = JdT 2014 II 439 = SJ 2011 I 267; ATF 135 III 537; ATF 113 II 25 = JdT 1987 I 363; ATF 118 II 58 = JdT 1993 I 54.

uyarınca ise, iş hayatında geçerli olan dürüstlük kuralı ilkesi, işlemin geçersiz hâle gelmesini haklı göstermelidir²¹⁹⁷. TBK m. 32 hükmünün konumuz açısından kıyasen uygulanması neticesinde, borçlunun borcun kalan kısmının ifasını derhâl alacaklıya arz edeceği yönündeki saikin, kısmi ifanın kabulü konusunda sübjektif açıdan esaslı olduğu söylenebilir. Zira, alacaklı açısından kısmi ifanın kabul edilmesi, kalan kısmın derhâl ifa edilmesine bağlıdır. Keza, dürüstlük kuralı uyarınca, yani objektif açıdan da, alacaklının borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurması, çoğunlukla mazur görülebilir. Öte yandan, her somut olay özelinde, alacaklının kısmi ifayı kalan kısmın derhâl ifa edileceği saikiyle kabul ettiğinin borçlu açısından bilinebilir olması şarttır. Kanımızca, bilinebilir olma koşulunun gerçekleşmesi durumunda, alacaklının kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurması mümkündür. Böylece, alacaklının keyfî bir biçimde bütüncül temerrüt rejimine başvurması engellenirken, alacaklının menfaat kaybına uğraması riski de giderilmiş olur.

C. Kısmi İfadan Kaynaklanan Sebepler

1. Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması

Edimin ifa edilmiş kısmının, alacaklı için hiçbir faydasının bulunmaması durumunda veya bütün borç ifa edilmedikçe ifa edilmiş kısmın değer taşımaması hâlinde, alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir²¹⁹⁸. Alacaklı, bu yolla, hukuken menfaatinin, kısmi değil, tam ve eksiksiz

²¹⁹⁷ **Bucher**, AT, s. 206; **Kolly**, N 195 vd.; **Keller/Schmied-Syz**, s. 42; **Klausberger**, s. 56; **Jaton**, s. 104-105; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 160-161; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 336; **İsvFM**, ATF 136 III 528 = JdT 2014 II 439 = SJ 2011 I 267; ATF 135 III 537; ATF 113 II 25 = JdT 1987 I 363; ATF 118 II 58 = JdT 1993 I 54.

²¹⁹⁸ **BK-Weber**, Art. 69 OR N 53; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10: “*objektiv ohne Interesse ist*”; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 46; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 107 OR N 10; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 209; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 107; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N D 27; **Ennecerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158: “*für den Gläubiger wertlos*”; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2813; **Tercier/Pichonnaz**, N 1427; **Keller/Schöbi**, s. 278; **Neuenschwander**, s. 96; **Lemp**, s. 60-61: “*kein Interesse hat*”; **Bucher**, AT, s. 382: “*ohne nutzen*”; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 771: “*objektiv ohne Interesse*”; **Esser/Schmidt**, § 28 III/4/d; **Tandoğan**, Nullité, s. 292: “*sans intérêt pour lui*”; **Göschke**, s. 71; **Suter**, Vertragsrücktritt, s. 76; **Keller/Schöbi**, s. 278; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 19: “*Interesselfortfall*”; **Emmerich**, § 19 N 18; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 972; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740; **Serozan**, Dönme, s. 388; **Eren**, Borçlar Genel, N 3525; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 931-932; **Erdem**, CVIM, N 973, dn. 658; **AlmFM**, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

CISG m. 51 f. II uyarınca, alıcının sözleşmenin tamamından dönebilmesi için aranan ifa edilmeyen kısmın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi koşulu, ifa edilmiş olan kısmın, eksik veya ayıplı kısım olmaksızın, alıcıya herhangi bir yarar sağlamaması anlamına gelir. Bkz. **SHK-Brunner/Altenkirch**,

bir ifade olduğunu ortaya koymuş olur²¹⁹⁹. Kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamadığı anlaşılırsa, kısmi temerrüt rejiminde ısrar etmek için bir neden kalmaz.

Alman Hukuku'nda, alacaklı açısından kısmi ifanın herhangi bir fayda sağlamaması veya alacaklının kısmi ifade menfaatinin olmaması, kısmi temerrütte alacaklının, edimin tamamı bakımından tazminat talep edebileceği veya sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebileceği bir hâl olarak açıkça kanunda düzenlenmiştir²²⁰⁰. Tazminat hakkını düzenleyen BGB § 281 Abs. I c. 2 uyarınca, “*Borçlu kısmi ifade bulunmuşsa, alacaklı, kısmi ifade herhangi bir menfaatinin kalmaması durumunda, edimin tamamı yerine tazminat talep edebilir*”²²⁰¹. Sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen BGB § 323 Abs. V c. 1 uyarınca, “*Borçlu kısmi ifade bulunmuşsa, alacaklı, kısmi ifade herhangi bir menfaatinin kalmaması durumunda, sözleşmenin tamamından dönebilir*”²²⁰².

Öğretide bazı yazarlar²²⁰³, kısmi ifanın alacaklı açısından fayda sağlamaması hâli ile aşağıda ele aldığımız ifa edilmiş olan kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması durumunu bir arada ele almaktadır. Bu yaklaşıma göre, borcun ifa edilmiş kısmının fayda sağlamaması hâlinde, kısmi temerrütten vazgeçilmesi sonucuna, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün, kısmi temerrüde uygulanması neticesinde varılır²²⁰⁴. Eğer kısmi ifayı

Art. 51 CISG N 9; Staudinger-**Magnus**, Art. 51 CISG N 19; Bianca/Bonell-**Will**, Art. 51 CISG N 2.2.; **Neumayer/Ming**, art. 51 CISG N 2. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. yukarıda, **B.1/II/D/2**, “*CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri*” isimli başlık.

²¹⁹⁹ MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 972; **Erdem**, CVİM, N 973, dn. 658.

²²⁰⁰ Bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 209; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 323 N D 27; **Emmerich**, § 19 N 18. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu öncesi aynı yönde bkz. MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 107; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411 vd. BGB § 323 Abs. V hükmünde kısmi dönme yerine sözleşmenin tamamından dönmeye başvurulabilmek için düzenlenen yegâne hâl, “*alacaklının kısmi ifade menfaatinin bulunmaması*” olduğu için, ilgili koşulun bir miktar geniş yorumlandığı görülmektedir.

²²⁰¹ **BGB § 281**: “(1) (...) *Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat* (...)”. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 281 N 140 vd.; MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 281 N 140; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 281 N B 153 vd.; Erman-**Westermann**, BGB § 281 N 29 vd.; Grüneberg-**Grüneberg**, BGB § 281 N 36 vd.; **Emmerich**, § 19 N 18; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 19 vd.

²²⁰² **BGB § 323**: “(5) *Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat* (...)”. Detaylı bilgi için bkz. Staudinger-**Schwarze**, BGB § 323 N D 27; MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 206 vd.; Erman-**Westermann**, BGB § 281 N 29 vd.; Grüneberg-**Grüneberg**, BGB § 281 N 36 vd.; **Emmerich**, § 19 N 18; **Medicus/Lorenz**, § 37 N 19 vd.

²²⁰³ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 38; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; **Lemp**, s. 61; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 772; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 972; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740, dn. 757; **Öz**, Dönme, s. 42.

²²⁰⁴ **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1740, dn. 757; **Öz**, Dönme, s. 42. *Oser* ve *Schönenberger*, ayrıca, kısmen

kabul etmiş olan alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü kısım olmasaydı, sözleşmeyi akdetmeyecek idiyse, sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı için olumlu zararın tazminini isteyebilir. Zira, böyle bir durumda, ifa edilmiş olan kısmın, diğer kısım olmaksızın hiçbir fayda sağlamadığı sonucuna ulaşılır.

Kanımızca, kısmi hükümsüzlük rejimi, kısmi ifa engelleri açısından ilham verici bir düzenlemedir. Bu nedenle kısmi temerrüdün her aşamasında kısmi hükümsüzlük rejiminden yararlanmak mümkündür. Her ne kadar yukarıda yer verdiğimiz görüş kendi içinde tutarlı görünse de, kısmi ifanın alacaklı açısından fayda sağlamaması ile ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması, kısmi temerrüt rejimini dışlayan iki farklı özel durumdur. Zira, kısmi ifanın alacaklıya fayda sağlamaması, alacaklının somut menfaat durumunu ilgilendirirken, ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması, TBK m. 27 f. II açısından olduğu gibi, sözleşmenin kurulması anında tarafların farazi irade beyanlarını esas alır.²²⁰⁵ İkinci durumda hâkim, tarafların farazi irade beyanlarını araştırarak, sözleşme kurulurken borcun yalnızca bir kısmının ifa edileceği öngörülseydi, tarafların sözleşmeyi yine de akdedeceklerinin söylenip söylenemeyeceği sorusuna cevap arar. Oysa, kısmi ifanın alacaklıya menfaat sağlayıp sağlamadığı, alacaklının içinde bulunduğu somut durumdan kolaylıkla anlaşılabilir. Bu nedenle, her iki özel durumu, tek bir hâl gibi ele almak mümkün değildir.

Alacaklının kısmi ifada herhangi bir menfaatinin bulunmaması koşuluyla kast edilen husus, alacaklının henüz ifa edilmemiş bölüm açısından ifa menfaatini kaybetmiş olması değil, daha önce borçlu tarafından ifa edilmiş olan kısmi edimin kendisine herhangi bir yarar sağlamamasıdır²²⁰⁶. Dolayısıyla, kısmen ifa edilmiş olan edim, alacaklının ifa menfaatine hizmet etmiyorsa, artık kısmi temerrüt rejiminde ısrar etmek kendisi açısından gereksizdir.

ifa edilen edimin bir bütün teşkil etmesi (“*Gesamtleistung*”) gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ZK-**Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 38. Kanımızca, edimin tamamının bir bütün teşkil etmesi durumunda esasen edimin bölünebilir olmadığı ve borcun bir kısmının değil tamamının hiç ifa edilmediği sonucuna ulaşılmalıdır. Öte yandan, ifa edilmemiş kısım olmaksızın ifa edilmiş olan kısmın herhangi bir şekilde ifa menfaatine hizmet etmediği ve ifa edilmiş kısım ile ifa edilmemiş kısmın bir bütünün parçaları gibi birbirini tamamladığı ifade edilmek isteniyorsa, bu açıklamalarda isabet bulmak mümkündür.

²²⁰⁵ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 772; BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214.

²²⁰⁶ MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 209. Aynı yönde bkz. BK-**Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; BSK-**Wiegand**, Art. 109 OR N 10; Staudinger-**Schwarze**, BGB § 323 N D 27; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

Alacaklının daha önce gerçekleşen kısmi ifada menfaatinin bulunması hâlinde, kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerine başvurmak mümkün olmaz²²⁰⁷. Alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunup bulunmadığı belirlenirken, **objektif bir değerlendirme** yapılmalıdır²²⁰⁸ ve alacaklı tarafından sözleşmeyle gözetilen asıl ifa menfaati esas alınmalıdır²²⁰⁹. Sözleşmeyle güdülen asıl ifa menfaatinin yanı sıra, edimin kullanım amacının da gözetilmesi gerekir. Alacaklının kısmi ifadan sözleşmeye tamamen uzak bir menfaat elde etmesi ya da edimin kullanım amacından bağımsız bir şekilde edimden faydalanması, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmaya engel teşkil etmez²²¹⁰. Benzer şekilde, alacaklının kısmi ifadan herhangi bir şekilde ekonomik olarak yarar sağlaması veya kısmi edimi bir şekilde değerlendirebilecek durumda olması, alacaklının kısmi ifadan menfaat elde ettiğini göstermez.

Belirleyici olan husus, alacaklının, ifa edilen kısmi edim ile kendisi tarafından ifa edilecek olan karşı edimi değiş tokuş etmekte hâlen menfaatinin olup olmadığı; yani söz konusu değiş tokuş ilişkisini kısmen sürdürmenin (“*Teilaustausch*”) sözleşmeyle güdülen ifa menfaatinin gerçekleşmesini nispeten sağlayıp sağlamadığıdır²²¹¹. Başka bir deyişle, mevcut sözleşme ilişkisi uyarınca, alacaklının, objektif bir değerlendirmeyle kısmi ifayı, bu oranda azaltılmış bir edim karşılığında elde etmekte menfaatinin olup olmadığı; yani sinallagma ilişkisini kısmen sürdürmekte yararının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Sözleşmeyle hedeflenen amaca kısmi ifa yoluyla nispeten de olsa ulaşılabilmesi veya edimin eksik kısmının güçlükle temin edilebilmesi, alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunmadığını

²²⁰⁷ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; BK-Becker, Art. 107 OR N 46; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 10; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 107; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Keller/Schöbi, s. 278; Neuenschwander, s. 96; Lemp, s. 60-61; Emmerich, § 19 N 18; Medicus/Lorenz, § 37 N 19; Bucher, AT, s. 382; Schenker, Schuldnerverzug, N 771; Esser/Schmidt, § 28 III/4/d; Tandoğan, Nullité, s. 292; Suter, Vertragsrücktritt, s. 76; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 972; Erdem, CVİM, N 973, dn. 658; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; AlmFM, BGH, NJW 2010, s. 146 vd. = DNotZ 2010, s. 366 vd.

²²⁰⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10: “*objektiv ohne Interesse ist*”.

²²⁰⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209; Serozan, Dönme, s. 388. Benzer şekilde bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1725. Belirleyici olan unsur, daha en başta sözleşme kurulurken alacaklının sözleşmeyle hedeflediği asıl ifa menfaatidir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209.

²²¹⁰ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209.

²²¹¹ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411, 422; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209.

gösterir²²¹². Keza, ifa edilmiş kısmın alacaklı açısından anlamsız veya amaçsız kalması da kısmi ifanın yararsız kaldığı anlamına gelir²²¹³. Örneğin, bir salon takımında yer alan altı koltuk için aynı renk kumaştan sipariş verilmesi durumunda, yalnızca beş koltuğa yetecek kadar kumaş teslim edilmiş olması, alıcının, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmasını haklı gösterir²²¹⁴. Zira, böyle bir durumda, alıcının ifa menfaati, yalnızca bütün koltuklara yetecek kadar kumaş teslim edilmesi ihtimalinde gerçekleşir.

Kısmi ifanın alacaklı bakımından yararsız kaldığından bahsedebilmek için, kanımızca, bu durumun borçlu tarafından anlaşılabilir veya bilinebilir olması şarttır²²¹⁵. Bu sonuca, borcun ifasının alacaklı açısından yararsız kalması hâlinde ek süre şartını kaldıran TBK m. 124 f. I b. 2 hükmü çerçevesinde varılabilir²²¹⁶. Şayet, borçlu, güven ilkesi ışığında ve somut olayın koşulları çerçevesinde, kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir yarar sağlamadığını anlamıyor veya anlaması gerekmiyor ise, alacaklının kısmi temerrüt yaptırımıyla yetinmesi gerekir. Keza, alacaklı, kavuşmayı umduğu edim vasıtasıyla, özel bir amaç hedefliyorsa, dürüstlük kuralı uyarınca söz konusu amaçtan borçluyu haberdar kılmalıdır²²¹⁷.

Borcun ifa edilmiş kısmının alacaklıya fayda sağlamaması şartı incelenirken, fazla şekilci olmaktan kaçınılmalı ve dürüstlük kuralı yardımıyla nispeten daha esnek hareket edilmelidir²²¹⁸. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejiminin uygulanabilmesi için, alacaklının ifa menfaatinin, edimin kısım kısım ifa edilmesi nedeniyle, oransız bir şekilde zarar görüp görmediği tespit edilmelidir²²¹⁹. Alacaklının, borçlu olunan edimi bir bütün olarak elde etmekteki menfaati, kısmi ifa neticesinde, orantısız biçimde zarar görüyorsa; başka bir deyişle, kısmi ifa, alacaklıyı, edimin eksik kısmının tamamına olan oranından daha dezavantajlı bir konuma sokuyorsa, artık

²²¹² MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

²²¹³ Serozan, Dönme, s. 388.

²²¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972.

²²¹⁵ Art arda teslimli sözleşmeler bakımından bu görüşte bkz. Serozan, Dönme, s. 395.

²²¹⁶ TBK m. 124 f. I b. 2 uyarınca borcun ifasının alacaklı açısından yararsız kaldığının söylenebilmesi için, bu durumun borçlu tarafından bilinebilir olması şarttır. Bkz. BK-Becker, Art. 108 OR N 8; CR-Thévenoz, art. 108 CO N 8; KUKO-Thier, Art. 108 OR N 3; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2745; Bucher, AT, s. 370, dn. 163; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.20; Schenker, Schuldnerverzug, N 512; Monod, s. 127; Bär, s. 12; Guggenheim, Contrats II, s. 207; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1724-1725. Ayrıca bkz. yukarıda, B.3/III/A/2/c/ii, “Geç İfanın Yararsız Kalması” isimli başlık.

²²¹⁷ TBK m. 124 f. I b. 2 uyarınca bu yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 108 OR N 28; Schenker, Schuldnerverzug, N 516; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1725.

²²¹⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 757; Öz, Dönme, s. 42-43.

²²¹⁹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209. Benzer yönde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 38.

kısmi temerrüt rejimi alacaklıya uygun bir giderim imkânı sunmaz²²²⁰. Böyle bir durumda, borçlu temerrüdünün bütünüyle tatbik edilmesi gerekir. Örneğin, altı vazodan oluşan bir koleksiyondan yalnızca üç vazonun teslim edilmesi, alıcının ifa menfaatinin yarısından fazlasını ortadan kaldırır²²²¹.

Kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamadığından bahsedebilmek için, alacaklının menfaatinin ortadan kalkması ile edimin bölünerek kısmen ifa edilmesi arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir; başka bir deyişle, alacaklının menfaatinin, edimin bölünmesi neticesinde ortadan kalkması şarttır²²²². Alacaklının menfaat kaybı, borçlunun borcunu eksik ifa etmesi dışında, başka bir sebepten ileri geliyorsa, bu durumun kısmi temerrüt üzerinde herhangi bir etkisi yoktur²²²³. Örneğin, alacaklının üretim şeklini değiştirmesi sebebiyle ifanın kalan kısmı yararsız hâle gelmişse, alacaklı sözleşmenin tamamından dönemez.

Borçlunun ediminin para borcu olması durumunda, alacaklının kısmi ifada menfaatinin olmadığını söylemek güçtür²²²⁴. Borçlunun alacaklıya bir bilişim sistemi kurmayı vadetmesi durumunda, gerekli donanımı (*hardware*) kurup, alacaklının ihtiyaç duyduğu yazılım (*software*) sistemini kurmaması hâlinde, alacaklının kısmi ifada menfaatinin olmadığı sonucuna varılabilir²²²⁵. Keza, mal değişim sözleşmesinde, üst model bir otomobilin eski model otomobile ivaz eklenmek suretiyle trampa edilmesi durumunda, eski otomobilin mülkiyetinin devredilmesine rağmen, eklenen ivazın ödenmemesi, alacaklının kısmi ifada menfaatini ortadan kaldırır²²²⁶.

²²²⁰ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422.

²²²¹ Altı vazodan oluşan bir koleksiyonun mülkiyetinin devrini içeren bir edimin bölünebilir olmadığı pekâlâ söylenebilir. Öte yandan, edimin bölünebilir olmaması nedeniyle doğrudan doğruya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulması yerine, alacaklıya kısmi temerrüt ile tam temerrüt arasında seçim hakkı sunmak daha uygun bir çözümdür. Ayrıca, edim bölünebilir olmasa da, alacaklı, kendisine sunulan kısmi ifayı kabul ederek, bölünebilirlik tartışmasının önüne geçmiş olur. Bu durumda, kısmen de olsa ifanın gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışmak yerine, kısmi temerrüt ile bütüncül temerrüt arasında bir ayrım gütmek daha uygun bir yoldur. Öte yandan, alacaklının ifa fiiline katılmadığı ve kısmi ifayı reddetme imkânına sahip olmadığı hâllerde, edimin bölünebilir olmadığı gerekçesiyle kısmen de olsa ifa sonucunun bulunmadığını ileri sürmek daha mantıklıdır. Örneğin, iş sahibinin kendi arsasına yaptırdığı inşaatı yüklenicinin yarıda bırakması durumunda, bölünebilir bir edim olmadığı gerekçesiyle kısmen de olsa ifanın gerçekleşmediği kolaylıkla söylenebilir.

²²²² MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 211; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422-423; AlmFM, BGH, NJW 1990, s. 3010 vd., özellikle, s. 3011 = MDR 1990, s. 1103 vd.

²²²³ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 422-423.

²²²⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 932.

²²²⁵ AlmFM, BGH, NJW 1990, s. 3010 vd., özellikle, s. 3011 = MDR 1990, s. 1103 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 210; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110. Ayrıca bkz. AlmFM, BGH, NJW 1996, s. 1745 vd., özellikle, s. 1747; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²²⁶ OLG (Hamm), NJW 1975, s. 1520 vd.; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 210; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 110.

2. İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması

Eğer kısmi ifayı kabul etmiş olan alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü kısım olmasaydı, sözleşmeyi akdetmeyecek idiyse, başka bir deyişle, bakiye kısım ifa edilmeden sözleşmeyi yapmak alacaklı için anlamsız olacaksa; alacaklı, sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini isteyebilir²²²⁷. Eş deyişle, alacaklının, mevcut sözleşme ilişkisini, indirilmiş içeriğiyle akdetmeyecek olduğunun kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak mümkündür²²²⁸. Önemli olan, ifa edilmiş olan kısmi edimin alacaklıya herhangi bir menfaat sağlayıp sağlamadığı değil, borçlunun ifasında geciktiği kısım olmaksızın, alacaklının sözleşmeyi akdetmeyecek olmasıdır²²²⁹. Zira, alacaklının, kısmi bir içerikte akdetmediği ve dürüst bir sözleşen olarak da bu içerikle akdetmeyeceği sinallagmatik bir borç ilişkisiyle bağlı kalmasını beklemek, makul bir çözüm değildir.

İfa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması koşuluna, kısmi hükümsüzlük rejimini düzenleyen TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) hükmünün, kısmi temerrüde kıyasen uygulanması neticesinde ulaşılır²²³⁰. Nitekim, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II hükmü, bütün kısmi ifa engelleri açısından hukuki bir kaynaktır²²³¹. Böylece, alacaklı, borçlu ile sözleşme akdederken, hukuken menfaatinin kısmen ifada değil, tam bir ifada olduğunu ispat ederek, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesini sağlayabilir²²³².

TBK m. 27 f. II hükmünün yanı sıra borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 137 f. I²²³³ ile kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218

²²²⁷ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 38; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Lemp, s. 61 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 292; Alcalay, N 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 757; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Eren, Borçlar Genel, N 3525; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658; Öz, Dönme, s. 42.

²²²⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 35; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Schenker, Schuldnerverzug, N 771-772; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427.

²²²⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 35; Schenker, Schuldnerverzug, N 772.

²²³⁰ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tandoğan, Nullité, s. 292; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 757; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658; Öz, Dönme, s. 42.

²²³¹ Kısmi hükümsüzlük konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/B, “Kısmi Hükümsüzlük Rejimi” isimli başlık. Kısmi temerrütte kısmi hükümsüzlük kurumundan ne şekilde yararlanılacağı konusunda bkz. yukarıda, B.1/II/B/4, “Kısmi Temerrüt Açısından Değerlendirme” isimli başlık.

²²³² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972.

²²³³ Bkz. yukarıda, B.1/II/C/2/b, “Kısmi İfa İmkânsızlığında Bütüncül Yaptırımlar” isimli başlık. TBK

(İsvBK m. 196)²²³⁴ hükmünden de konumuz açısından kıyasen yararlanılabilir. TBK m. 137 hükmünde, kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi, taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa borcun tamamı sona ereceği düzenlenmiştir. TBK m. 218 f. II hükmünde ise, TBK m. 27 f. II'deki kısmi hükümsüzlük önermesi tekrar edilerek, alıcının satılndaki durumu bilseydi onu satın almayacağı anlaşılıyorsa, kısmi zaptın tam zapta dönüşmesine imkân sağlanmıştır. TBK m. 218 f. II hükmünün, kısmi hükümsüzlük kuralı gözetilerek, kısmi temerrüt rejimine kıyasen uygulanması sonucunda, ifa edilmeyen kısım olmaksızın alacaklının sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, kısmi temerrüt borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşür.

İfa edilmemiş olan kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği tespit edilirken, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II hükmünden kıyasen yararlanılır. TBK m. 27 f. II c. 2 uyarınca, geçersiz hâle gelen hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin bir kısmına tesir eden geçersizlik, sözleşmenin bütününe yayılır²²³⁵. Nasıl ki, TBK m. 27 f. II uyarınca, geçersiz hâle gelen hüküm olmaksızın sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği tespit edilirken, geçersizliği yalnızca sakatlığın tesir ettiği kısımla sınırlamanın tarafların farazi ifadeleri (*la volonté hypothétique des parties / hypothetische Parteiwille*) çerçevesinde uygun görülüp görülmediği tespit ediliyorsa²²³⁶; ifa edilmemiş olan kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği tespit edilirken de yine **tarafların farazi iradeleri** nazara alınır²²³⁷. TBK m. 27 f. II hükmünün kıyasen kısmi temerrüt rejimine uygulanması neticesinde, tarafların farazi iradelerinin, borçlu tarafından gerçekleştirilen kısmi ifayı haklı göstermesi; yani, tarafların borcun bir kısmının ifa edileceğini bilmesi ihtimalinde dahi, yine de sözleşmeyi akdedeceklerinin anlaşılabilir olması gerekir. Buna karşılık, tarafların kısmi ifa engelinden haberdar olmaları ihtimalinde, yani borcun kalan kısmının ifa edilmeyeceğini bilmeleri durumunda, açıkça sözleşmeyi akdetmeyecekleri söylenebiliyorsa, başka bir deyişle, alacaklının indirgenmiş hâliyle sözleşmeyle bağlı kalmayacağı sonucuna

m. 137 f. I hükmünden kıyasen yararlanılacağı yönünde bkz. **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956.

²²³⁴ Kısmi zapt konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/c**, “*Kısmi Zapta Kısmi Yaptırımlar*” ile yukarıda, **B.1/II/C/2/c**, “*Kısmi Zapta Bütüncül Yaptırımlar*” isimli başlıklar.

²²³⁵ **von Tuhr/Peter**, § 29, s. 227; **Engel**, Obligations, s. 295; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 327; **Bucher**, AT, s. 242-243; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 3; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 560.

²²³⁶ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 196 vd.; **Tandoğan**, Nullité, s. 71; **Engel**, Obligations, s. 296; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 564; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 550; **Başpınar**, s. 87 vd.; **İsvFM**, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

²²³⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 772.

varılabiliyorsa, sözleşmenin bir kısmına tesir eden temerrüt, sözleşmenin geneline yayılır ve alacaklı sözleşmenin bütünü bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinir²²³⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre, kısmi hükümsüzlük hâlinin mümkün olabilmesi için, sakatlığın gerçekleştiği noktanın, sözleşmenin tamamı bakımından değil, yalnızca ilgili unsuru açısından olmazsa olmaz şart ("*condictio sine qua non*") teşkil etmesi gerekir²²³⁹. Kısmi temerrüt rejimi açısından bakılacak olursa, borcun ifa edilmeyen kısmının, alacaklı açısından sözleşmenin tamamı bakımından olmazsa olmaz şart teşkil etmemesi gerektiği anlaşılr. Her ne kadar, ifa edilmemiş olan kısmın, alacaklı açısından olmazsa olmaz şart teşkil etmesi durumunda, borcun subjektif olarak bölünebilir nitelikte sayılmayacağı söylenebilirse de, kısmi ifanın, borcun kalan kısmının kısa süre içinde ifa edileceği beklentisiyle gerçekleşmesi veya alacaklının kısmi ifayı kabule mecbur olması mümkündür. Aynı şekilde, başta subjektif olarak bölünebilir olmayan edimin bir kısmının alacaklı tarafından ifa olarak kabul edilmesi, ifa anında edimin taraflarca bölünebilir nitelikte kabul edildiğini gösterir ve taraflar arasında bölünebilirlik tartışmasını anlamsız hâle getirir.

Tarafların farazi iradelerinin tespiti, tamamen varsayımsal (*fiktif*) bir değerlendirmeye dayanması bakımından zor ve bir o kadar da tartışmalı bir faaliyetir²²⁴⁰. Kanaatimizce üstün tutulması gereken yaklaşım olan "*iki aşamalı inceleme görüşü*" çerçevesinde²²⁴¹, ilk aşamada öncelikle subjektif yöntemle başvurulmalı; tarafların dış dünyaya yansımış ve anlaşılabilir hâle gelmiş olan irade beyanları çerçevesinde, gerçek ve ortak iradelerinin ne şekilde tezahür edebileceği araştırılmalı; tarafların farazi iradeleri, öncelikle bireysel ve subjektif menfaat dengeleri ışığında tespit edilmelidir. Böylece, farazi irade tespit edilirken, olabildiğince gerçek iradeye yaklaşılmış olur ve farazi irade kavramına yöneltilen en büyük eleştiri olan tarafların farazi iradelerinin gerçek iradelerini yansıtmayabileceği tehlikesi en aza indirilir²²⁴².

²²³⁸ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Schenker, Schuldnerverzug, N 772: "*den Vertrag im reduzierten Umfang eingegangen*"; Lemp, s. 61 vd.

²²³⁹ İsvFM, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

²²⁴⁰ Tarafların farazi iradelerinin ne şekilde tespit edileceği yönündeki tartışma için bkz. yukarıda, B.1/II/B/2, "*Kısmi Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması İçin Gereken Şartlar*" isimli başlık.

²²⁴¹ Bu görüşte bkz. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 366; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 4; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 550; İsvFM, ATF 131 III 467; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017. Kararın Fransızca özeti için bkz. Pichonnaz, Grands arrêts, N 260. Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 161.

²²⁴² Farazi irade, tarafların gerçek irade beyanlarına dayanmaz. Hayali ve farazi vakıalar üzerinden

Sübjektif yöntemle bir sonuca varılamadığı takdirde, ikinci aşama olan objektif veya normatif yönteme başvurulmalı; TMK m. 2 f. II (İsvMK m. 2 f. II) uyarınca dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında, somut olayın bütün özellikleri göz önünde tutularak, objektif bir değerlendirmeye dürüst ve makul sözleşenlerin mevcut şartlarda ne şekilde hareket edecekleri araştırılmalıdır. Farazi iradelerin araştırılmasında esas alınacak an ise, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü an değil, sözleşmenin kurulduğu andır²²⁴³. Tarafların farazi iradelerinin araştırılması neticesinde, ifa edilmemiş olan kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği konusunda bir tereddüt hasıl olursa, “*favor negotii*” ilkesi gereğince sözleşmenin yine de akdedileceği kabul edilerek, kısmi temerrüt yaptırımı tercih edilmeli ve kısmi ifanın geçerli bir biçimde varlığını devam ettirmesi amaçlanmalıdır²²⁴⁴.

İfa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması hâlinde, borçlu temerrüdüne tamamen başvurma hakkı, yalnızca alacaklıdadır. Borçlu, kısmi ifa hâlinde sözleşmenin akdedilmeyeceğini ileri sürerek, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep edemez. Zira, borçlunun hem borcunu kısmen ifa edip, hem de kendi borca aykırı davranışından hak çıkarması, hakkın kötüye kullanılması sayılır. Nitekim, kıyasen yararlandığımız kısmi hükümsüzlük rejimi, bir **koruma işlevi** ifa eder²²⁴⁵. TBK m. 27 f. II, aynı zamanda, hükümsüzlükten zarar gören tarafı koruma amcacı güder. Ancak, hükümsüzlükten zarar gören taraf, yani alacaklı, kısmi hükümsüzlük yaptırımı kendi aleyhine sonuç doğurduğu hâlde, içeriği değişmiş olan sözleşme ile bağlı kalmayı tercih ediyorsa, hâkim, bu durumda sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğuna karar veremez.

hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği bir faaliyetin ürünüdür. Bkz. **Gauch**, recht 1983, s. 96; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 13. Ayrıca bkz. **Sandrock**, s. 483; **Yung**, RJB 1960, s. 60; **Engel**, Obligations, s. 295.

²²⁴³ **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 367; **Tandoğan**, Nullité, s. 74, 89; **Josephthal**, s. 59; **Meyer**, s. 95; **Gauch**, recht 1983, s. 96; **Piotet**, ZSR 1957, s. 108; **Engel**, Obligations, s. 294; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 5; **Başpınar**, s. 101; **İsvFM**, ATF 143 III 558 = 4A_131/2017; **İsvFM**, 4A_133/2012.

²²⁴⁴ Kısmi hükümsüzlük açısından bu yönde bkz. **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 328; **BSK-Meise/Huguenin**, Art. 19/20 OR N 64; **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 226; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 564; **İsvFM**, ATF 138 III 29; ATF 143 III 558 = 4A_131/2017.

²²⁴⁵ **Hürlimann**, Teilnichtigkeit, N 12; **BK-Kramer**, Art. 19/20 OR N 368; **CR-Guillod/Steffen**, art. 19/20 CO N 103-104; **Tandoğan**, Nullité, s. 89-90; **Piotet**, ZSR 1957, s. 101-102; **Guhl/Koller**, § 7 N 43; **Gauch/Schluép/Schmid**, N 701; **Engel**, Obligations, s. 295; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 32.45. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 44 N 7; **İsvFM**, ATF 81 II 622; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 109 II 239 = JdT 1984 I 148 = Pra 1983, s. 768.

3. Borçlunun Temerrüde Düştüğü Kısmi Ediminin Önemli Olması

Borçlunun temerrütte olduğu kısım önemli ise, başka bir deyişle, borçlu borcunun esaslı bir kısmını ifa etmemişse, alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir²²⁴⁶. Borcun henüz ifa edilmemiş olan kısmının ifa edilmiş olan kısma nazaran kayda değer ölçüde önemli olması, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesine yol açar. Alacaklının borcun ifa edilmeyen kısmının önemli olması nedeniyle, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi için, henüz ifa edilmemiş kısım bakımından borçlunun temerrüde düşmesi gerekmez²²⁴⁷.

Borçlunun temerrüde düştüğü kısmın önemli olması veya borcun esaslı bir kısmının ifa edilmemesi durumunda, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi, CISG m. 51 f. II hükmünde yer alan çözümle benzerlik arz eder²²⁴⁸. Nitekim, CISG m. 51 f. I hükmünde, kural olarak, borcun bir kısmının hiç ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi durumunda tanınan hakların, yalnızca kısmen ifa edilmiş veya kısmen ayıplı olan satılan bakımından sonuç doğuracağı düzenlenmiş; CISG m. 51 f. II uyarınca, eksik ifa edilmiş olan kısmın, sözleşmenin tamamı bakımından sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi durumunda, alıcının sözleşmenin tamamından dönebileceği belirtilmiştir. Örneğin, bir ayakkabı satışında, en çok tercih edilen ayakkabı numaralarının teslim edilmemesi hâlinde, alıcı, sözleşmenin tamamından dönebilir²²⁴⁹.

Borçlunun temerrüde düştüğü kısmın önemli olması veya borcun esaslı bir kısmının ifa edilmemesi konusunda kıyasen yararlanılabilecek diğer bir kaynak, TBK m. 230 f. II (İsvBK m. 209 f. III) hükmüdür²²⁵⁰. TBK m. 230 f. II’de asli eşya bakımından kullanılan sözleşmeden dönme hakkının, yan (*fer’i*) eşya bakımından da

²²⁴⁶ **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427: “önemli değilse”; **Tercier/Pichonnaz**, N 1427: “*n’est pas d’une importance mineure*”; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: “(...) Kısmi temerrüt durumunda, davalının sözleşmeden (tamamen) dönme hakkı, ancak edimin önemsiz olmayan bir kısmını ilgilendiriyorsa mevcuttur (wenn es sich um einen nicht unwesentlichen Teil der Leistung handelte) (...)”.

²²⁴⁷ **Tercier/Pichonnaz**, N 1427; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²⁴⁸ CISG m. 51 konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/D/2**, “*CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri*” isimli başlık.

²²⁴⁹ **MüKoHGB-Benicke**, Art. 51 CISG N 11.

²²⁵⁰ TBK m. 230 hükmünün kısmi temerrütte kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **BK-Becker**, Art. 107 OR N 23, 46; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 14, 39; **Bucher**, AT, s. 382, dn. 218; **Lemp**, s. 61; **Serozan**, Borçlar Genel, § 15 N 11; **Öz**, Dönme, s. 42; **Yavuz**, s. 151; **Atamer**, CISG, s. 342, dn. 326; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/C/1/d**, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” ile yukarıda, **B.1/II/C/2/d**, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. TBK m. 230 f. II anlamında bir tasnif yapılırsa, asıl eşya olmadan satın alınmayacak olan şey yan (*fer'i*) eşya; yan eşya olmadan pekâlâ satın alınabilecek olan şey ise asıl eşya olarak nitelendirilir²²⁵¹. O hâlde, borçlunun temerrüde düştüğü edimin önemli olması durumunda, borçlu temerrüdünün edimin tamamı bakımından sonuç doğurması talep edilebilir.

Borçlunun temerrüde düştüğü kısmın önemli olup olmadığı tespit edilirken, edimin bütünü nazara alınmalıdır. Borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısım, borcun tamamı nazara alındığında, edimin esaslı bir kısmını teşkil ediyorsa, alacaklının sözleşmenin tamamından dönebilmesi veya borcun tamamından vazgeçerek, olumlu zararının tazminini talep edebilmesi gerekir. İfa edilmeyen kısmın, ifa edilmiş olan kısma nazaran esaslı veya önemli olması, her şeyden önce, ifa edilmeyen kısmın, borcun nicel olarak ağırlıklı çoğunluğunu teşkil etmesi hâlinde mümkündür. Edimi temsil kabiliyeti olan önemli bir bölümün ifa edilmemiş olması durumunda, borçlunun edimin önemli bir kısmını yerine getirmediği sonucuna ulaşılır²²⁵². Örneğin, borçlunun satış bedelinin yalnızca yüzde onunu ifa etmiş olması durumunda, alacaklının seçimlik haklarını, borcun tamamını nazara alarak kullanabilmesi gerekir.

Bazı durumlarda, ifa edilmeyen kısmın nitelik bakımından önemli olması, nicelik bakımından kayda değer bir kısım ifa edilmiş olsa dahi, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet verir²²⁵³. Örneğin, bin parça erkek ayakkabısı satışını içeren bir sözleşme ilişkisinde, 41 ilâ 43 numara ayakkabıların teslim edilmemesi hâlinde veya bir kadın konfeksiyon ürünlerinin satışında en çok tercih edilen kadın bedenlerinin eksik olması durumunda, alacaklıya seçimlik haklarını kısmen değil tamamen kullanma imkânı tanınmalıdır. Böyle bir durumda, ifa edilmeyen kısmın alacaklı açısından arz ettiği önem, nicelik şartının önüne geçer.

Bazı durumlarda, ifa edilmeyen kısmın doğrudan miktar ve niceliği değil, malvarlığı açısından ihtiva ettiği değer nazara alınarak, edimin önemli bir kısmının ifa

²²⁵¹ BK-Giger, Art. 209 OR N 6; ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art. 644-645 ZGB N 15; BK-Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N 109; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 187; Tandoğan, Nullité, s. 79.

²²⁵² CISG m. 51 f. II açısından aynı yönde bkz. MüKoHGB-Benicke, Art. 51 CISG N 12; MüKoBGB-Huber, Art. 51 CISG N 19; Schlechtriem/Schwenzer-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Müller-Chen, Art. 51 CISG N 11; Staudinger-Magnus, Art. 51 CISG N 18; Achilles, Art. 51 CISG N 5; SHK-Brunner/Altenkirch, Art. 51 CISG N 8; Atamer, CISG, s. 343.

²²⁵³ Benzer yönde bkz. Serozan, Dönme, s. 389.

edilmediği sonucuna ulaşılabilir. Özellikle, edimin maddi varlığının ön plana çıktığı sözleşmeler açısından, salt nicelik belirleyici değildir. Esasen böyle hâllerde, nicelik, rayiç değer ve piyasa fiyatı bakımından edimin malvarlığında ifa ettiği değer veya parasal karşılık anlamına gelir. Örneğin, bileklik, küpe, broş ve gerdanlıktan oluşan bir mücevher setinin satışında, gerdanlığın teslim edilmemesi, edimin önemli bir kısmının ifa edilmediği anlamına gelir. Zira, gerdanlığın tek başına rayiç değeri, edim konusunun kalan kısmından çok daha fazladır.

Borçlunun temerrütte olduğu kısmın önemli olması koşulu, diğer şartlara nazaran, özellikle kısmi ifanın alacaklı açısından herhangi bir fayda sağlamaması koşuluna kıyasla, önemli bir ihtiyacı karşılar. Zira, borçlunun temerrütte olduğu kısmın önemli olması, gerçekleşmiş olan kısmi ifanın alacaklıya herhangi bir fayda sağlamıyor veya alacaklının kısmi ifadan yararlanamıyor olmasını gerekli kılmaz. Alacaklı, gerçekleşen kısmi ifadan yararlanabiliyor olsa dahi, ifa edilmeyen kısım, edimin önemli bir bölümünü teşkil ediyorsa, sözleşmenin tamamından dönebilir veya olumlu zararının tamamen giderilmesini isteyebilir. Örneğin, borçlunun satış bedelinin yalnızca yüzde onunu ifa etmiş olması böyledir. Aksi hâlde, satış bedelinin yüzde onunu elde eden alacaklı, bir para ediminin kendisine yarar sağlamadığını iddia edemez²²⁵⁴. Borçlunun, edimin önemsiz bir kısmını ifa ederek, alacaklının borçlu temerrüdüne edimin bütünü bakımından başvurmasına engel olması, hukuken isabetli sayılmaz.

4. Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması

Alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen başvurmasının ve seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmemiş kısım bakımından kullanmasının onu önemli bir zarara sokacak olması durumunda, alacaklının borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebileceği veya sözleşmenin tamamından dönebileceği kabul edilmektedir²²⁵⁵. Başka bir deyişle, alacaklının borcun tamamı için borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi için, alacaklının **önemli bir zarara uğrama** (“*préjudice notable*”) tehlikesi altında bulunması gerekir.

Önemli bir zarara uğrayacak olma şartına, kısmi temerrüt açısından sık sık başvurduğumuz TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünün²²⁵⁶ kıyasen kısmi temerrüt

²²⁵⁴ Schenker, Schuldnerverzug, N 772.

²²⁵⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39: “*préjudice notable*”; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Tercier/Pichonnaz, N 1427: “*préjudice notable*”.

²²⁵⁶ TBK m. 230 (İsvBK m. 209) hükmünün kısmi temerrüt açısından kıyasen uygulanacağı yönünde

rejimine tatbik edilmesi neticesinde ulaşılır²²⁵⁷. TBK m. 230 hükmü, ayıptan sorumluluk hâlinde, birden fazla mal satışında, bunlardan bazılarının ayıplı çıkması durumunda, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ne şekilde kullanacağını düzenler. Kanun koyucu, TBK m. 230 f. I c. 1’de, satılanın bir kısmının ayıplı olması ihtimalinde, alıcının kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kısmen kullanması gerektiğini öngörmüş; istisna olarak, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünde, sözleşme konusunun ayıplı olan kısmının ayıpsız kısmından, taraflardan birine objektif olarak önemli bir zarar vermeksizin ayrılamaması ihtimalinde, alıcının sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönebileceğine (“*Gesamtwandelung*”) hükmetmiştir²²⁵⁸. Nitekim, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmü uyarınca, “*alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamı zorunludur*”. Böylece, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünde, **önemli bir zarar veya sakınca verme** (*préjudice notable / erheblichen Nachteil*) sözleşmenin tamamından dönmek için başat koşul olarak düzenlenmiştir.

TBK m. 230 f. I c. 2 uyarınca, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebilmek için, ayıplı parçanın diğerlerinden ayrılmasının objektif olarak taraflardan birine önemli bir zarar verebilecek mahiyette olması gerekir²²⁵⁹. Belirleyici olan unsur, bir arada satılan malların bir bütün teşkil etmesi ve sözleşmenin konusunu oluşturan malların parça parça değerinin, toplam değerinden daha düşük olması sebebiyle, sözleşme konusunun sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla dahi ayrılamayacak olmasıdır²²⁶⁰.

bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Tandoğan, Nullité, s. 291-292; Biedermann, s. 71-72; Voser, s. 80-81; Vetsch, s. 27-28; Russenberger, s. 75-76; Lemp, s. 61; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398. Satılanın bir kısmının ayıplı olması hâlini düzenleyen TBK m. 230 hükmü açısından detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” ile yukarıda, B.1/II/C/2/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

²²⁵⁷ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427. Benzer bir sonuca CISG m. 51 f. II uyarınca da ulaşılabilir. Nitekim, CISG m. 51 f. II uyarınca “*Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir*”. Sözleşmeye esaslı aykırılık kavramı için bkz. yukarıda, B.1/II/D/2, “*CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri*” isimli başlık

²²⁵⁸ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 10; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²⁵⁹ BK-Giger, Art. 209 OR N 10; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²⁶⁰ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 10; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

TBK m. 230 f. I c. 2 açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt rejiminde de, alacaklının, önemli bir zarara uğrayabilecek olması durumunda, seçimlik haklarını kısmen değil tamamen kullanabilmesi mümkündür. Öte yandan, alacaklının, borçlunun kısmen temerrüde düşmesinden sonra, fiilen ve somut bir biçimde zarara uğramış olması gerekmez. Borcun kısmen ifa edilmiş olması, alacaklı açısından önemli bir zarar tehlikesi veya ciddi bir sakınca meydana getiriyorsa ya da borçluyu büyük ölçüde dezavantajlı konuma sokuyorsa, alacaklı, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Önemli bir zarara uğrayacağını düşünmekte dürüstlük kuralı uyarınca objektif olarak haklı olan alacaklı, bu zarara fiilen uğraması gerekmeksizin, borçlu temerrüdünün kısmen değil tamamen tatbik edilmesini talep edebilir. Söz konusu zarar tehlikesi, borcun kalan kısmının aynen ifa edilmesinin ihtimal dışı görülmesi veya işgörme borcu altındaki borçlunun haklı bir sebep olmaksızın borcun kalan kısmını ifa etmeyeceğini bildirmesi gibi hâllerde meydana gelebilir²²⁶¹. Böyle durumlarda, aynen ifada menfaati olan alacaklının, kısmi temerrüt yerine, borç ilişkisinin bütününe tasfiye ederek, önemli bir zarar tehlikesinden kurtulması, her iki taraf lehine olur.

Alacaklının önemli bir zarar tehlikesine maruz kalacağının söylenebilmesi için, muhtemel bir zarar tehlikesi ile borcun kısmen ifa edilmesi ve borçlu temerrüdüne kısmen başvurulması arasında, **uygun nedensellik bağı**²²⁶² bulunmalıdır. Başka bir deyişle, borçlunun borcunu kısmen ifa etmesinin, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına göre, önemli bir zarar tehlikesi meydana getirmeye uygun ve elverişli olması gerekir. Nitekim, uygun nedensellik bağı, yaşam deneyimlerine göre bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlar olan mantıki nedensellik bağına ifa eder²²⁶³. Önemli olan husus, objektif olarak, borçlunun borcunu kısmen ifa etmesinin ve borçlu temerrüdüne kısmen başvurulmasının, önemli bir zararı meydana getirebileceğinin, olayların normal akışına göre kabul edilebilmesidir²²⁶⁴. O hâlde,

²²⁶¹ Benzer şekilde bkz. **Lemp**, s. 62.

²²⁶² Uygun nedensellik bağı konusunda bkz. **Honsell/Isenring/Kessler**, § 3 N 1 vd.; **Keller**, *Haftpflicht*, s. 79 vd.; **Roberto**, N 06.36 vd.; **Deschenaux/Tercier**, § 4 N 30 vd.; **Oftinger/Stark**, § 3 N 1 vd.; **Rey/Wildhaber**, N 629 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 573 vd.; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 76 vd.

²²⁶³ **Honsell/Isenring/Kessler**, § 3 N 1 vd.; **Keller**, *Haftpflicht*, s. 81; **Rey/Wildhaber**, N 633-635; **Deschenaux/Tercier**, § 4 N 31; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 573 vd.; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 76 vd.; **Nomer**, *Borçlar Genel*, N 112.

²²⁶⁴ Hayatın normal akışı kriteri için bkz. **Oftinger/Stark**, § 3 N 17; **Honsell/Isenring/Kessler**, § 3 N 6 vd.; **Rey/Wildhaber**, N 633; **Deschenaux/Tercier**, § 4 N 35; **Keller**, *Haftpflicht*, s. 80-81; **Roberto**, N 06.36-0637; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 573 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N 138; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 76 vd.; **Nomer**, *Borçlar Genel*, N 112; **Yargıtay HGK**, E. 2017/13-669, K. 2020/346, T. 4.6.2020 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2021/21-297, K. 2022/1760, T. 15.12.2022

alacaklı açısından, borcun kısmen ifa edilmesi ve borçlu temerrüdüne kısmen başvurulması ile meydana gelen zarar tehlikesi arasında, nedensellik bağı bulunmalıdır. Öyle ki, söz konusu uygun nedensellik bağının bir sonucu olarak, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurulması ihtimalinde, söz konusu zarar tehlikesinin, büyük oranda bertaraf edilmesi mümkün olmalıdır.

Aşağıda incelediğimiz üzere²²⁶⁵, alacaklının borçlu temerrüdünün sonuçlarına tamamen değil kısmen başvurulması, bazı istisnai durumlarda, borçlunun menfaatlerini aşırı bir biçimde olumsuz etkileyebilir. Özellikle alacaklının sözleşmeden tamamen dönmek yerine, sözleşmeden kısmen dönmesi, bazı istisnai hâllerde, borçlu nezdinde önemli bir zarar meydana getirebilir veya ciddi bir sakınca yaratabilir. Şayet, alacaklının borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarına kısmen başvurulması, sözleşmeden tamamen değil kısmen dönmesi veya zararının kısmen tazminini istemesi, borçlu nezdinde önemli bir zarar tehlikesi meydana getiriyorsa veya borçluyu ciddi bir biçimde dezavantajlı konuma sokuyorsa, alacaklı gibi, borçlu da talepte bulunarak, borçlu temerrüdüne kısmen değil, tamamen başvurulmasını talep edebilir²²⁶⁶.

Son olarak, öğretide, alacaklının seçimlik haklarını kısmen kullanmasının onu önemli bir zarara sokacak olması koşulunun, özellikle, TBK m. 27 f. II hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde gerçekleşeceği; yani, tarafların ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyecekleri söylenebiliyorsa, alacaklının önemli bir zarara uğraması şartının sağlanacağı savunulmaktadır²²⁶⁷. TBK m. 27 f. II uyarınca, tarafların sakatlık sebebini bilmeleri ihtimalinde sözleşmeyi akdedip

(Kazancı): “Bununla birlikte sorumluluğun asli şartı; zararlar söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu sebep sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denir. Burada sözü edilen illiyet bağı uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır. Uygun illiyet bağı, sorumluluğu, zarar veren bakımından **öngörülebilir riskler**le sınırlamaktadır. Başka bir deyişle, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübesi bakımından öngörülemez zararlar uygun illiyet bağı kapsamında sorumluluğu doğurmayacaktır. İliyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle kesilebilir. Aynı zamanda sorumluluktan kurtulma sebebi olan bu üç sebep, sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumlulukta da kabul edilmektedir”; **Yargıtay HGK**, E. 2019/21-403, K. 2022/168, T. 22.2.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2021/21-15 K. 2022/1276 T. 11.10.2022 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2021/21-15, K. 2022/1276, T. 11.10.2022 (Kazancı).

²²⁶⁵ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda, **B.4/III/D**, “Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi” isimli başlık.

²²⁶⁶ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 41; **Tandoğan**, Nullité, s. 292; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 770; **Lemp**, s. 62; **Vetsch**, s. 28; **Biedermann**, s. 73.

²²⁶⁷ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 39; **Tercier/Pichonnaz**, N 1427; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1427.

akdetmeyecekleri sorusuna, tarafların farazi iradeleri ışığında cevap aranır²²⁶⁸. Kanımızca, sözleşmenin kurulması anına göre tarafların farazi irade beyanlarına dayanan varsayımsal bir değerlendirme, önemli zarar tehlikesi şartı açısından belirleyici değildir. Zira, tarafların önemli bir zarar tehlikesine maruz kalmaları, her şeyden önce, farazi ve soyut değil, gerçek ve somut bir değerlendirmeyi zorunlu kılar. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilmek için, taraflardan birinin, objektif olarak kısmi temerrüt rejimi dâhilinde önemli bir zarar uğrayabilecek olması veya ciddi bir biçimde sakıncalı bir konuma sahip bulunması gerekir. Bu nedenle, önemli bir zarara uğrama şartı açısından, TBK m. 27 f. II hükmüne kıyasen, tarafların aralarındaki sözleşmeyi indirgenmiş içeriğiyle akdetmeyecek olmaları koşulu aranmaz.

D. Bazı Borç İlişkileri Bakımından Bütüncül Temerrüde Başvurulması

1. Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması

Bir borcun bütün olarak muaccel hâle gelmesi ve tamamının tek bir seferde ifasının gerekmesi mümkün olduğu gibi; borcun belli parçalara ayrılarak, kısım kısım muaccel hâle gelmesi ve taksit taksit ifa edilmesi de mümkündür. Tamamı belirli olan bir borcun taksit taksit ifa edilmesi, muacceliyet tarihinin kademelendirildiğini ve tek bir bütün hâlinde değil, münferit kısmi edimler yoluyla ifa edileceğini gösterir. Sözleşme uyarınca, borcun belirli taksitler hâlinde ifa edilmesinin borçlanılmış olması durumunda, borçlunun yalnızca belli taksitler bakımından temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklının seçimlik haklarını, yalnızca muaccel hâle gelen taksitler bakımından mı kullanacağı, yoksa borca aykırılığın sözleşmenin tamamına mı yayılacağı, önemli bir sorun teşkil eder.

Konuya geçmeden önce iki hususun açıklığa kavuşturulması elzemdir. İlk olarak, taksitle satış sözleşmesi ile ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine dair özel hükümler, ayrıca ele alındığı için, bu başlık altında inceleme konusu yapılmamıştır²²⁶⁹. İkinci olarak, borçlunun belirli taksitlerde temerrüde düşmesi (*Ratenverzug*) hâli, aşağıda genel olarak ele alınmakta ve art arda teslimli sözleşmeler gibi, borcun kısım

²²⁶⁸ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 196 vd.; Tandoğan, Nullité, s. 71; Engel, Obligations, s. 296; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 564; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 550; Başpınar, s. 87 vd.; İsvFM, ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517 = SJ 2004 I 285.

²²⁶⁹ Bkz. aşağıda, B.4/IV/B, “Taksitle Satış ve Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmelerinde Özel Temerrüt Rejimi” isimli başlık.

kısım muaccel hâle geldiği sözleşmelerde, seçimlik hakların ne şekilde kullanılacağı ilgili başlık altında değerlendirilmektedir²²⁷⁰. Öte yandan, bu tür sözleşmelerde, henüz muaccel olmamış taksitler bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması, kısmi temerrüt yerine sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulması anlamına geldiği için, söz konusu özel durum, bu başlık altında oldukça sınırlı bir biçimde ayrıca incelenmiştir.

Kısmi temerrüt hâlinde kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir²²⁷¹. Söz konusu genel kurala paralel şekilde, borçlunun belirli bir taksitte temerrüde düşmesi ihtimalinde, borçlu temerrüdü, ancak borçlunun ifasında geciktiği taksit(ler) bakımından hukuki sonuç doğurur; alacaklı da seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmeyen taksit bakımından kullanabilir²²⁷².

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı uyarınca ve İsviçre-Türk öğretisinde kabul edilen hâkim fikre göre, istisnaen, alacaklının seçimlik haklarını henüz muaccel hâle gelmemiş olan taksitler bakımından kullanması mümkündür. Borçlunun yalnızca bazı taksitler bakımından temerrüde düşmesi ihtimalinde, borcun ileride muaccel hâle gelecek olan kısmının ifa edilmesi ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya sözleşmenin akibeti tehlikeye düşmüşse, alacaklı, muaccel hâle gelmiş taksitlerle birlikte henüz muaccel olmamış taksitler bakımından da borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir²²⁷³.

²²⁷⁰ Bkz. aşağıda, B.4/IV/A, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlık.

²²⁷¹ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 38; **BSK-Schroeter**, Art. 69 OR N 21; **Soergel-Wiedermann**, BGB § 326 (aF) N 81; **Alcalay**, N 34; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; **Ennecerus/Lehmann**, § 51, s. 223-224; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 971-972; **Ehrat**, N 252; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1738-1739; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; **KanM (Zürich)**, ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a: “(...) Kısmi temerrüt hâlinde, ki bu durum kanunla düzenlenmemiştir, alacaklının seçimlik hakları temerrüde düşülen kısım ile sınırlı tutulmuştur (...)”.

²²⁷² **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 39; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 216; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 42a; **BK-Giger**, Art. 214 OR N 35; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 176 vd.; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 158; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 778; **Bucher**, AT, s. 382 vd.; **Lemp**, s. 62 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Keller/Siehr**, s. 148; **Sauter**, s. 92; **Vionnet**, Vente, N 334; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 IV N 4; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; **de Raemy**, s. 98; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²⁷³ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 39; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 47; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 219; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 42b; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 107 OR N 13; **BK-Giger**, Art. 214 OR N 35; **BSK-Wiegand**, Art. 109 OR N 10; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 177, BGB § 323 N B 154; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 159; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 IV N 6; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 782; **Bucher**, AT, s. 383; **Lemp**, s. 63; **de Raemy**, s. 95-96; **Keller/Schöbi**, s. 279; **Keller/Siehr**, s. 148; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.37; **Sauter**, s. 92; **Monod**, s. 88 vd.; **Dénéréaz Luisier**, s. 191 vd.; **Kuntalp**, s. 92 vd.; **İsvFM**, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 119 II 135 =

İsviçre Federal Mahkemesi'nce kabul edilen ve İsviçre-Türk öğretisince savunulan hâkim fikre²²⁷⁴ göre, alacaklının, sözleşmenin gelecekteki akıbetinin tehlikeye düşmesi durumunda, henüz vadesi gelmemiş edimler bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinebilmesi için, yalnızca muaccel hâle gelen taksitler bakımından TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) kapsamında, uygun bir ek süre tayin etmesi yeterli değildir; ayrıca, alacaklı, dürüstlük kuralı (TMK m. 2. f. I; İsvMK m. 2 f. I) uyarınca, ek süre tayin ederken muaccel olmamış taksitlerden vazgeçme yönündeki iradesini borçluya bildirmelidir.

Dikkat edilirse, sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşmesi durumunda alacaklının henüz vadesi gelmemiş olan müaccel taksitler bakımından seçimlik haklarını kullanması, ifa edilmiş olan edimlerin, borçlu temerrüdünden etkilendiği anlamına gelmez. Bu durumda, alacaklı, seçimlik haklarını, vadesi gelmiş ve ifa edilmemiş taksitlerle birlikte, henüz vadesi gelmemiş taksitler bakımından kullanır²²⁷⁵. Bu gibi durumlarda, sözleşmeden dönme, fesih şeklinde, ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğurur ve fesih hakkının kullanımıyla benzer sonuçlar doğurur²²⁷⁶.

Her ne kadar ifa edilmiş olan edimler borçlu temerrüdünden etkilenmiyor olsa da, istisnaen, borçlu temerrüdünün sözleşmenin tamamına yayılması mümkündür.

JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793: “(...) Her taksitin ayrı bir vadesinin bulunduğu karşılıklı sözleşmelerde, alacaklı, kural olarak, yalnızca vadesi geçen taksitler için İsvBK m. 107 (borçlu temerrüdü) hükmüne başvurabilir. Diğer taksitler için, alacaklı vadeyi beklemek zorundadır. Buna karşın, borçlunun gelecekteki borcunu sonradan ifa etmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya tehlikeye düşmüşse, alacaklı sözleşmeden dönebilir (...)”. Karar için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 22. Karar için ayrıca bkz. **Wiegand**, ZBJV 1995, s. 358.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde bu husus “o kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir” şeklinde ifade edilmiştir.

²²⁷⁴ **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 39; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 220; **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 42b; **Fischer/Lutembacher-Giger**, Art. 107 OR N 13; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 50; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N D 10; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 160; 154; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 159; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 413-414; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 783; **Keller/Siehr**, s. 148; **Bucher**, AT, s. 383; **Sauter**, s. 92; **von Büren**, AT, s. 381; **Vetsch**, s. 73; **Kuntalp**, s. 102 vd. Aksi görüşte bkz. **BK-Giger**, Art. 214 OR N 35; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99: “(...) Bir taksitin ödemesinde temerrüde düşülmesi durumunda, şayet alacaklı sonraki taksitlerden de vazgeçmek istiyorsa, bu durumda, vadesi geçen taksitler için bir süre belirlemesi yeterli değildir. Bu durumda, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı, bir süre belirlerken, sonraki kısmi ödemelerin ifasından vazgeçtiğini bildirmesi gerekir. Temerrüde düşen borçlu, ne ile karşı karşıya kaldığını bilmelidir. Bu durumda, süre vermeye gerek olmayan hâlleri düzenleyen İsvBK m. 108 kısmi temerrüt hâline kıyasen uygulanır. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin gereksiz olduğu anlaşıyorsa veya sözleşmenin bir hükmü, alacaklıya, bir veya birkaç taksitin gecikmesi durumunda, sözleşmenin tamamı için İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvuru imkânı tanıyor, alacaklının sonraki ödemelerden vazgeçme iradesini beyan etmesi gerekli değildir (...)”. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda, **B.4/IV/A**, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlık.

²²⁷⁵ **CR-Thévenoz**, art. 107 CO N 42b, 43; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 219; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 160; **Lemp**, s. 63; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 784; **Bucher**, AT, s. 383.

²²⁷⁶ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 160, dn. 128; **Serozan**, Dönme, s. 393; **Kuntalp**, s. 106.

Kısmi temerrüt açısından kabul edildiği üzere, alacaklının, gelecekte muaccel olacak taksitler olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği makul bir biçimde kabul ediliyorsa; alacaklı, ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanabilir²²⁷⁷. Aynı şekilde, ifa edilmemiş kısım olmaksızın, borcun ifa edilmiş olan taksitleri alacaklıya herhangi bir yarar sağlamıyorsa, yine alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir²²⁷⁸. Keza, yukarıda zikrettiğimiz, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü ve alacaklının borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanma imkânı edindiği diğer özel durumlarda da alacaklı, ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun bütün taksitler bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir.

Özetle, borcun taksit taksit ifa edildiği durumlarda, sözleşme üç kısma ayrılır²²⁷⁹: ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü kısım ve henüz vadesi gelmemiş kısım. Kural olarak, borçlu temerrüdü, borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından sonuç doğurur. Şayet sözleşmenin gelecekteki ifası tehlikeye düşmüşse, alacaklı borçlunun temerrüde düştüğü kısım ve henüz vadesi gelmemiş kısım bakımından seçimlik haklarını kullanabilir. Eğer yukarıda zikredilen özel hâllerden biri mevcutsa, alacaklı, borcun tamamı bakımından, yani ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü kısım ve henüz vadesi gelmemiş kısım açısından borçlu temerrüdüne başvurabilir.

2. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Edilmemesinin Asıl Edim Bakımından İfa Menfaatini Ortadan Kaldırması

Yan edim yükümlülüklerinin ayrıca ifa engellerinin konusunu teşkil etmesi; örneğin, yan edim yükümlülüklerinin ifasının imkânsız hâle gelmesi, kötü ifa edilmesi veya yan edim yükümlülüğü bakımından borçlunun temerrüde düşmesi mümkündür²²⁸⁰. Yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, asıl edim açısından

²²⁷⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 221; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; Schenker, Schuldnerverzug, N 784; Lemp, s. 63; Vionnet, Vente, N 334; Kuntalp, s. 106 vd.

²²⁷⁸ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 43; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 221; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; Lemp, s. 63; Sauter, s. 124, dn. 2; de Raemy, s. 101 vd.; Bucher, AT, s. 383, dn. 224; Serozan, Dönme, s. 395; Kuntalp, s. 106 vd. Benzer şekilde bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 160, dn. 128.

²²⁷⁹ Benzer şekilde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42.

²²⁸⁰ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; Esser/Schmidt, § 6 III; Bär, s. 5-6; Lemp, s. 24-26; Eren, Borçlar Genel, N 93; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Edis, s. 314; Aral, Kötü İfa, s. 43. Bkz. yukarıda, B.2/II/C/3, “Yan Edim Yükümlülüklerinin İfa Edilmemesi Suretiyle Kısmi İfa” isimli başlık.

imkânsızlık veya kötü ifa hâli yaratmadığı müddetçe, ifası mümkün ve muaccel bir yan edimin yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne sebebiyet verir. Öte yandan, asli edim yükümlülüğünün ifa edilmiş olmasına rağmen, yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi kısmi ifa teşkil eder. Keza, asli edim yükümlülüğünün ifa edilmesine karşılık, yalnızca yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemiş olması, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü anlamına gelir²²⁸¹.

Yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülüğüyle birlikte karşılıklı ilişki içinde yer aldığı için, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 123 vd. hükümleri, yan edim yükümlülükleri bakımından kıyasen uygulanır²²⁸². Şayet, borçlu yan edim yükümlülüğünü ifa etmezse, alacaklı, söz konusu yan alacağın aynen ifasını talep edebilir²²⁸³. Aynı zamanda, alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kendi karşı edimini kısmen veya tamamen ifa etmekten kaçınabilir²²⁸⁴. Keza, aynen ifadan vazgeçerek, ifa edilmeyen yan edim yükümlülüğü bakımından kısmen olumlu zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, karşı edimin ifa edilmeyen kısım oranında azaltılmasını talep edebilir²²⁸⁵.

Yukarıda zikrettiğimiz sonuçlara, TBK m. 230 f. II (İsvBK m. 209 f. III) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde ulaşmak da mümkündür²²⁸⁶. Zira, TBK m. 230 f. II uyarınca kanun koyucu, satılanın aslı için sözleşmeden dönmenin satılanın eklentilerini kapsayacağını; buna karşılık, satılanın eklentileri için sözleşmeden dönmenin, satılanın aslını kapsamayacağını ve sözleşmeden kısmen dönmenin söz konusu olacağını düzenlemiştir²²⁸⁷. TBK m. 230 f. II hükmünde zikredilen “*eklent*”

²²⁸¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 209; Esser/Schmidt, § 6 III; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Tandoğan, Nullité, s. 291-293; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658.

²²⁸² Bär, s. 5-6; Lemp, s. 24-26; Erdem, CVIM, N 973, dn. 658. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15-16, D 27; Esser/Schmidt, § 6 III.

²²⁸³ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 263; BK-Kramer, Einl. OR N 91; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2638; Esser/Schmidt, § 6 III; Neuenschwander, s. 5; Guhl/Koller, § 2 N 30-31; Deschenaux, Traité, s. 165, dn. 60; Lemp, s. 24; Eren, Borçlar Genel, N 93; Serozan, Dönme, s. 304; Aral, Kötü İfa, s. 36.

²²⁸⁴ Esser/Schmidt, § 6 III. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.2/II/C/3/b, “Kısmi İfanın Asli Edim Yükümlülüğü ile Yan Edim Yükümlülüğü Arasında Gerçekleşmesi” isimli başlık.

²²⁸⁵ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 15, D 27; Schenker, Schuldnerverzug, N 776; Esser/Schmidt, § 6 III; Tandoğan, Nullité, s. 293; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956.

²²⁸⁶ Serozan, Dönme, s. 391. TBK m. 230 hükmünün kısmi temerrüt açısından kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 14, 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 23, 46; Bucher, AT, s. 382, dn. 218; Lemp, s. 61; Serozan, Borçlar Genel, § 15 N 11; Öz, Dönme, s. 42; Yavuz, s. 151; Serozan, Dönme, s. 387; Atamer, CISG, s. 342, dn. 326; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²²⁸⁷ TBK m. 230 f. III konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/2/d/ii, “Satılanın Fer’ileri (Yan Eşya) Bakımından Sözleşmeden Dönme” isimli başlık.

kavramı ise, dar ve teknik anlamda bir eşya hukuku terimi olan eklenti (Zugehör) değil, asıl eşya olmaksızın satın alınmayacak olan yan ve ikincil şeyleri (Nebensache) kapsar²²⁸⁸. Böylece, TBK m. 230 f. II hükmünde, kanun koyucu, satılana nazaran ikincil konumda olan yan eşyalar bakımından, yalnızca sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün olduğunu belirterek, ifa engelinin kısmen uygulanması gerektiğini vurgulamış; sözleşmenin kalan kısmının ifa engelinden etkilenmeyeceğini ifade etmiştir.

Her ne kadar kıyasen yararlanılan TBK m. 230 f. II hükmünde açıkça ifade edilmese de, bazı istisnai hâllerde, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda, borçlu temerrüdünün sonuçlarının yalnızca yan edim borcu ile sınırlandırılması mümkün olmaz. Yan edim yükümlülükleri, asli edimin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesine ve edim menfaatine ulaşılmasına hizmet ettikleri için²²⁸⁹, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmesi, bazı durumlarda, borçluyu, sözleşmeyle hedeflenen asıl ifa menfaatinden kısmen veya tamamen yoksun bırakabilir. Böyle bir ihtimalde, alacaklının yalnızca kısmi temerrüt yaptırımıyla yetinmesi, hakkaniyete aykırı düşer.

Şayet, alacaklının yan edim yükümlülüğü olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği makul bir biçimde söylenebiliyorsa, alacaklı, sözleşmenin tamamından dönülebilir veya asli ve yan edimden vazgeçerek alacağın tamamı için olumlu zararının tazminini talep edebilir²²⁹⁰. Keza, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, kısmen veya tamamen, alacaklının asli edim yükümlülüğünden elde edeceği ifa menfaatini ortadan kaldırıyorsa ya da asli ediminden yararlanmayı alacaklı açısından imkânsız hâle getiriyorsa, alacaklı seçimlik haklarını borcun tamamı bakımından, yani asli ve yan edim yükümlülüğünün bütünü açısından kullanabilir²²⁹¹. Böylece, “*pire için yorgan yakmak*” haklı bir hâl alır²²⁹².

²²⁸⁸ BK-**Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N 109, Art. 644-645 ZGB N 6; BK-**Giger**, Art. 209 OR N 7; BK-**Becker**, Art. 209 OR N 3; BSK-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; KUKO-**Honsell**, Art. 209 OR N 3; **Furrer**, s. 70; **Tandoğan**, Nullité, s. 79; **Yavuz/Acar/Özen**, Cilt I, s. 187.

²²⁸⁹ BK-**Merz**, Art. 2 ZGB N 260-263; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2638; **Guhl/Koller**, § 2 N 25; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 42; **Tandoğan**, Obligations, s. 8; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, § 2 N 14; **Eren**, Borçlar Genel, N 91; **Serozan**, MHAD 1968, s. 118; **Aral**, s. Kötü İfa, s. 36; **İpek**, s. 56.

²²⁹⁰ **Tandoğan**, Nullité, s. 293; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 776; **Serozan**, Dönme, s. 391; **Gümüş**, Borçlar Genel, s. 956.

²²⁹¹ **Staudinger-Schwarze**, BGB § 323 N B 16; **Esser/Schmidt**, § 6 III.

²²⁹² **Serozan**, Dönme, s. 392.

Yan edim olmaksızın alacaklının sözleşmeyi akdetmeyecek olması veya yan edimin ifa edilmemesinin asli edimden yararlanmayı olumsuz etkilemesi, yukarıda yer verdiğimiz, ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması ile kısmi ifanın alacaklı için hiçbir fayda sağlamaması hâline karşılık gelir²²⁹³. Öte yandan, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda, alacaklının önemli bir zarara uğrayabilecek olması durumunda da borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak mümkün sayılmalıdır²²⁹⁴.

Yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının asli edimden yararlanma imkânını tamamen yitirmesi durumuna verilebilecek en güzel örnek, montaj yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Öğretide, montaj yükümlülüğü bulunan satış sözleşmelerinde, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesine rağmen, montaj yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, alıcının, genellikle sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabileceği kabul edilmektedir²²⁹⁵. Kanımızca, montajın satıcı dışında üçüncü bir kişi tarafından yapılması, alıcı açısından önemli bir sakınca ihtiva ediyorsa veya büyük ölçüde zorluk taşıyorsa, alıcı, montaj yükümlülüğünü ifa etmeyen satıcıya karşı, satılan da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. Örneğin, üretimde kullanılacak özel bir makine satan satıcı, yalnızca kendisi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olan montaj yükümlülüğünü ifa etmezse, alıcı, montaj yükümlülüğünün ifa edilmemesi üzerine ek süre tayin ederek, sözleşmenin tamamı bakımından dönme hakkını kullanabilir. Böylece, satılanı iade etmek zorunda kalan alıcı, satıcıdan daha önce ödediği satış bedelinin geri verilmesini talep eder. Keza, montajın malın orijinal servisi tarafından yapılması gerekli ise, alıcı, sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik haklara başvurabilir. Buna karşılık, basit bir şekilde monte edilebilecek bir kitaplık veya raf satan satıcının, montaj yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine, alıcının, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurması mümkün olmaz. Zira, bu hâlde, alıcı, satılanın montajını üçüncü bir kişi vasıtasıyla gerçekleştirerek, masrafları satıcıdan talep etme imkânına sahiptir.

²²⁹³ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.4/II/C/1**, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” ve yukarıda, **B.4/II/C/2**, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlıklar.

²²⁹⁴ Bkz. yukarıda, **B.4/II/C/4**, “Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması” isimli başlık.

²²⁹⁵ **Leuba**, Vente, s. 108.

Benzer bir durum, ambalaj yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda ortaya çıkabilir²²⁹⁶. Özellikle satılanın kullanılabilirliği, elverişliliği ve korunabilmesi açısından ya da malın yeniden satılabilmesi için ambalajın gerekli olduğu durumlarda veya markalı ürünlerin orijinal ambalajında satılmasının istendiği hâllerde, dürüstlük kuralı uyarınca (TMK m. 2 f. I) ambalaj satış sözleşmesinin konusuna dâhil olur²²⁹⁷. Nitekim, alıcının, belirli şekilde paketlenmemiş olan satılanı tekrar satma imkânından yoksun olması veya uygun şekilde ambalajlanmamış malın bozulma tehlikesi altında bulunması örnek gösterilebilir. Bu durumda, asli edimden yararlanma imkânını yitiren veya yan edim olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyecek olan alıcı, sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurarak, sözleşmeden tamamen dönebilir veya yoksun kaldığı olumlu zararın tamamen tazmin edilmesini isteyebilir.

Önemli riskler ihtiva eden bir ürünün satılması durumunda, satılanla beraber kullanma talimatı veya güvenlik bilgi formu gibi, satılanın ihtiva ettiği mutlak riskleri bildiren ve kullanım aşamasında uyulması gereken kuralları belirten kitapçıkların teslim edilmesi de yan edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Önemli riskler içeren satılanın, kullanma talimatı veya güvenlik bilgi formu olmaksızın satılması durumunda, alıcı, önemli bir zarar tehlikesine maruz kalabilir. Bu tür satışlarda, gerekli bilgi formunu temin etmeyen satıcıya karşı, alıcının, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurması mümkündür.

3. Veresiye Satışlarda Sözleşmeden Dönme Hakkının Saklı Tutulması

TBK m. 235 f. III (İsvBK m. 214 f. III) hükmünde **veresiye veya kredili satışlar** (*Kreditkauf / vente à crédit*) bakımından sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiş; satılanın zilyetliğinin satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmesi durumunda, alıcının satış bedelinde temerrüde düşmesi sebebiyle, satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın açıkça sözleşmede saklı tutulmasına bağlanmıştır. O hâlde, sözleşmeden dönme hakkı sözleşmede saklı tutulmamışsa, satıcı, TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109) uyarınca sözleşmeden dönme hakkını

²²⁹⁶ Dikkat edilmesi gereken husus, satılanın uygun şekilde paketlenmemesinin, borçlu temerrüdü yerine ayıptan sorumluluk rejiminin tatbikini gerektiren bir nitelik eksikliği teşkil etmemesidir. Detaylı bilgi için bkz. **Kara**, Zamanaşımı, s. 77.

²²⁹⁷ BSK-**Honsell**, Art. 197 OR N 10; BK-**Becker**, Art. 197 OR N 1; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, art. 197 CO N 8; BK-**Giger**, Art. 197 OR N 91; **Cavin**, s. 77-78; **Kara**, Zamanaşımı, s. 77.

kullanamaz²²⁹⁸. Öte yandan, alıcının, TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) uyarınca olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkündür²²⁹⁹.

Kanun koyucu, TBK m. 235 f. III hükmünde veresiye satışlar bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanımını oldukça zorlaştırmış²³⁰⁰; böylece, borçlu sıfatını haiz olan alıcının konumunu iyileştirmiştir²³⁰¹. TBK m. 235 f. III hükmü, temel olarak, alıcıya satılan üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkânı sunar ve alıcıyı bir şekilde kullandığı satılanı daha sonra iade etme tehdidinden kurtarmayı amaçlar²³⁰². Zira, satılanın kendisine devriyle birlikte malik hâline gelen alıcı, satılan üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Şayet, daha önce sözleşmeden dönme hakkı saklı tutulmamışsa, alıcı, satış bedelini zamanında ifa etmese dahi, satılanı daha sonra iade etmeyeceğine güvenerek serbestçe satılanı devredebilir veya kullanabilir. İşte, TBK m. 235 f. III hükmü, temelde mülkiyet hakkı yerine serbest piyasayı önceleyerek, malların ekonomik düzene dâhil olduktan sonra bu düzenden daha sonra çıkarılmasını engeller.

Öğretide, satıcının borcunu kısmen ifa etmesi, yani satılanın bir kısmını alıcıya teslim etmesi durumunda, TBK m. 235 f. III hükmünün uygulanmayacağı savunulmaktadır²³⁰³. Bu görüşe göre, satıcı, daha önce ifa ettiği kısmi edimi tekrar elde etmek niyetindeyse, kural olarak, ek süre tayin ederek, TBK m. 125 f. III uyarınca sözleşmeden (*tamamen*) dönme hakkını kullanabilir veya olumlu zararının tamamen giderilmesini isteyebilir. Öte yandan, satıcı, yalnızca satılanın önemsiz bir kısmını alıcıya devretmemişse, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Kanımızca, satıcının borcunu kısmen ifa etmesi durumunda bir ayırım yapmak gerekir:

²²⁹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 20; BSK-Koller, Art. 214 OR N 4; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 10; Engel, Contrats, s. 55; Schenker, Schuldnerverzug, N 427; Vionnet, Vente, N 334; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 247-248. Arttırma ile yapılan satışlarda TBK m. 278 f. II uyarınca satıcı, sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satışlarda, satıcının sözleşmeden dönme hakkının saklı tutulduğu kabul edilir. Bkz. BSK-Koller, Art. 214 OR N 22; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 13; Schenker, Schuldnerverzug, N 425; Engel, Contrats, s. 55; Yavuz/Acar/Özen, Cilt I, s. 247-248.

²²⁹⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 20; BK-Giger, Art. 214 OR N 15; BSK-Koller, Art. 214 OR N 4, 22; Keller/Siehr, s. 43; Honsell, BT, 76; Schenker, Schuldnerverzug, N 427. Katı fark teorisini savunan Koller'e göre katı fark teorisinin uygulanarak sözleşmenin tasfiye edilmesi ve olumlu zararın talep edilebilmesi için TBK m. 235 f. III uyarınca satıcının satılanı geri alma hakkını saklı tutması gerekir. Bkz. BSK-Koller, Art. 214 OR N 22.

²³⁰⁰ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 10; Schenker, Schuldnerverzug, N 427.

²³⁰¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 20; Schenker, Schuldnerverzug, N 427.

²³⁰² BSK-Koller, Art. 214 OR N 20; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 10; Schenker, Schuldnerverzug, N 425.

²³⁰³ BSK-Koller, Art. 214 OR N 25; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 214 CO N 14.

- a)** Şayet, satıcı kendi edimini kısmen ifa etmiş, buna karşılık alıcı karşı edimini yani satış bedelini hiç ifa etmemişse, TBK m. 235 f. III hükmünün uygulanması gerekir. Nitekim, böyle bir durumda alıcı borcunu hiç ifa etmediği için, kısmi temerrüt rejimi değil, genel borçlu temerrüdü rejimi uygulanır. Bir veresiye satış bulunduğu sürece, satıcı borcunu kısmen ifa etmiş olsa bile, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak için, bu hakkın saklı tutulması gerekir. Öğretide aksi görüşü savunan yazarlar, esasen borcunu tam bir şekilde ifa eden satıcıyı cezalandırmakta; buna karşılık, borcunu eksik ifa eden satıcıyı ödüllendirmektedir. Borcunu eksik ifa eden satıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan, buna karşılık borcunu tam ifa eden satıcıdan bu imkânı esirgeyen söz konusu görüş, kanımızca isabetli sayılmaz.
- b)** Şayet, satıcı kendi edimini kısmen ifa etmiş, buna karşılık alıcı da karşı edimini yani satış bedelini kısmen ifa etmemişse, TBK m. 235 f. III hükmü uygulanmaz. Öte yandan, böyle bir durumda kısmi temerrüt rejimi uygulanır ve alıcının satış bedelini kısmen ifa etmesi durumunda, satıcı, alıcının temerrüdüne tamamen değil, kısmen başvurabilir. Kanımızca, bu ihtimalde TBK m. 235 f. III hükmünün uygulanmamasının sebebi, alıcının borcunu kısmen ifa etmesi durumunda meydana gelecek olan kısmi temerrüt rejiminin, kural olarak yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından sonuç doğuracak olmasıdır. Zira, kısmi dönme hâlinde, daha önce ifa edilmiş olan satılanın iade edilmesi gerekmediği için, TBK m. 235 f. III hükmüyle engellenmek istenen sakınca meydana gelmez. Buna karşılık, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine dönüşmesini gerektiren bir sebebin bulunması ihtimalinde, başka bir deyişle, kısmi temerrütte sözleşmeden kısmen dönme yerine sözleşmeden tamamen dönmeye başvurulması durumunda, TBK m. 235 f. III hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira, sözleşmeden tamamen dönme hâlinde, ifa edilmiş olan kısmi edimin iade edilmesi gerekir. Bu sonuç ise, satılanın serbestçe tasarruf edilmesini temin eden TBK m. 235 f. III hükmünün amacına aykırıdır.

III. BÜTÜNCÜL TEMERRÜDE BAŞVURMAK İÇİN ARANAN TAMAMLAYICI ŞARTLAR

Alacaklı, yukarıda zikredilen özel koşullardan biri²³⁰⁴ gerçekleşmedikçe, kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkına sahip değildir. Öte yandan, söz konusu hâllerden birinin mevcut olması durumunda bile, istisnaen borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazmin edilmesi veya sözleşmenin tamamından dönülmesi mümkün olmayabilir. Başka bir deyişle, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi için, zorunlu şartlardan birinin mevcut olması gerekirse de, bazı istisnai hâllerde, yukarıda yer verilen zorunlu şartlara ek, başkaca tamamlayıcı şartların gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu tamamlayıcı şartlar, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüştüğü özel hâller dışında, her borç ilişkisi bakımından gerçekleşmesi beklenmeyen, ancak, bazı borç ilişkileri bakımından aranan koşullardır.

Kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi bakımından aranan **tamamlayıcı şartlar** çerçevesinde, seçimlik haklarını edimin tamamı bakımından kullanmak isteyen alacaklı, ilk olarak daha önce elde ettiği kısmi ifayı iade etmelidir. İkinci olarak, borçlu temerrüdünün genel şartlarının gerçekleşmesi ve alacaklının borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını geçerli bir biçimde kullanması şarttır. Üçüncü olarak, çoğunlukla alacaklı açısından ele alınan kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi meselesinde, borçlunun da menfaatlerinin gözetilmesi ve alacaklının haklarını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanması gerekir. Bu bakımdan, borçlunun temerrüde düştüğü kısmın önemsiz olması, borçlunun orantısız bir zarara uğrayacak olması ve alacaklının kısmi ifayı önemli bir zarar tehlikesine maruz bırakması hâllerinin incelenmesi önem arz eder. Son olarak, borçlunun borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep edip edemeyeceği sorusu ile alacaklının kısmi ifayı rızaen kabul etmesinin seçimlik haklar üzerinde etki doğurup doğurmayacağı sorusuna cevap aranmalıdır.

A. Alacaklının Kısmi İfayı İade Etmesi

1. Genel Olarak Kısmi İfanın İade Edilmesi Şartı

Kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesini sağlayan hukuki sebeplerden birinin mevcut olması hâlinde, sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik

²³⁰⁴ Bkz. yukarıda, **B.4/II**, “*Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller*” isimli başlık.

haklarını kullanmak isteyen alacaklı, daha önce ifa olarak aldığı **kısmi edimi iade etmek** zorundadır²³⁰⁵.

Nitekim, TBK m. 125 f. II uyarınca aynen ifadan vazgeçip borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı, ister mübadele ister fark teorisine başvursun, daha önce kabul etmiş olduğu kısmi ifayı elde tutamaz. Zira, alacaklının borçludan borcun tamamı için talep ettiği olumlu zararının tazmini talebi, borcun ifa olarak elde tutulan bölümünün ifa menfaatini de gidermeyi amaçlar. Alacaklının edimin ifa edilmiş olan kısmını iade etmemesi, borç gereği gibi ve tam bir biçimde ifa edilse idi elde edemeyecek olduğu bir menfaati, meydana gelen ifa engeli nedeniyle alıkoyması anlamına gelir.

TBK m. 125 f. III uyarınca, sözleşmenin tamamından dönülmesi ihtimalinde, borç ilişkisi bütünüyle tasfiye edileceği için, alacaklının kısmen elde tuttuğu edimin ifa sebebi ortadan kalmış olur. O hâlde, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde evrilmesi durumunda, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, öncelikle daha önce kabul ettiği veya kabul etmek zorunda kaldığı kısmi edimi iade etmelidir.

Her ne kadar alacaklı, elde ettiği kısmi edimi iade etmek zorunda olsa da, bazı hâllerde, alacaklının ifa olarak kabul ettiği veya kabul etmek zorunda kaldığı kısmi edimi iade etmesi kolay olmayabilir. Örneğin, alacaklının kısmi ifa kapsamında elde ettiği edimi, üçüncü bir kişiye devretmesi, tüketmesi, şeklini değiştirmesi, başka bir şeyle karıştırması ya da kısmi edimin yok olması veya kötüleşmesi mümkündür. Bu hâllerde, iade borcu, alacaklının kusuruyla veya alacaklının herhangi bir kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmiş olabilir.

Daha önce ifa edilen kısmi edimin iadesinin imkânsız hâle gelmesi durumunda, alacaklıyı, yukarıdaki zikredilen koşullardan biri gerçekleşmesine rağmen, seçimlik hakkını sözleşmenin tamamı bakımından kullanmaktan men etmek; başka bir deyişle, alacaklıdan kısmi temerrütle yetinmesini beklemek, hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle, daha önce edimin bir bölümünü kısmen ifa olarak kabul etmiş olan

²³⁰⁵ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36; BK-Becker, Art. 109 OR N 10; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 108; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Tercier/Pichonnaz, N 1428; Tandoğan, Nullité, s. 292; Schenker, Schuldnerverzug, N 739, 771; Schwenger/Fountoulakis, N 66.35; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 423; Lemp, s. 62; Neuenschwander, s. 96; Biedermann, s. 96; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1428; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956.

alacaklının, elde etmiş olduğu kısmi edimi iade edemeyecek durumda olmasına rağmen, seçimlik haklarını edimin tamamı bakımından kullanıp kullanamayacağı; kullanabilecek ise, ifası imkânsızlaşan kısmi edimi tazmin etmek zorunda olup olmadığı tartışma konusu olmuştur²³⁰⁶.

Söz konusu tartışmanın bir bakıma dar kapsamlı olduğu söylenebilir. Kısmi edimin iadesinin imkânsız hâle gelmesi tartışması, yalnızca **maddi edimler** (*Sachleistungen / prestations matérielles*) bakımından gündeme gelir²³⁰⁷. Zira, maddi edimlerin TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. I) uyarınca aynen iade edilmesi (*in natura / en nature*) gerekir²³⁰⁸. Söz konusu aynen iade borcunun imkânsız hâle gelmesi durumunda ise mevcut tartışma meydana gelir.

Daha önce ifa edilmiş olan **işgörme edimleri** (*Dienstleistungen / prestations de service*) bakımından ise, kural olarak herhangi bir tartışma meydana gelmez. Zira, işgörme edimleri bakımından iade, borçlu olunan edimin doğası gereğince mümkün değildir²³⁰⁹. Sıklıkla bu tür edimler, sürekli edimli borç ilişkilerinden doğar. TBK m. 126 uyarınca, ifasına başlanmış olan sürekli edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme, ileriye etkili (*ex nunc*) fesih şeklinde hukuki sonuç doğurur²³¹⁰. Bu nedenle, kural olarak, sürekli edimli borç ilişkilerinde, ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesi gerekmez. Şayet, aynen iadesi mümkün olmayan edimler, sürekli bir borç ilişkisi çerçevesinde yer almıyorsa ve iade edilmesi gerekiyorsa, bu durumda iade, aynen değil **nakden**, yani edimin değeri nazara alınarak (*Wertersatz / en valeur*) yapılır²³¹¹.

²³⁰⁶ Tartışma konusunda bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 2; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.35; Bucher, AT, s. 377, dn 188; Schenker, Schuldnerverzug, N 721 vd.; Hartmann, N 217 vd.; Ramoni, N 79.

²³⁰⁷ Bkz. CR-Thévenoz, art. 109 CO N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 73 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 721 vd.; Bucher, AT, s. 377; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Hartmann, N 212 vd.

²³⁰⁸ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 7; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 66; Gauch, recht 1989, s. 124; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Schenker, Schuldnerverzug, N 712, 721; Hartmann, N 212.

²³⁰⁹ BK-Becker, Art. 109 OR N 14; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Schenker, Schuldnerverzug, N 714; Tolu, s. 14.

²³¹⁰ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10, 19-20; Schenker, Schuldnerverzug, N 813 vd.; Gauch, recht 1989, s. 124; Hartmann, N 221; Tolu, s. 14.

²³¹¹ BK-Becker, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33; Bucher, AT, s. 377; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Guhl/Koller, § 28 N 2; Ramoni, N 79; Hartmann, N 220; Glasl, Rückabwicklung, s. 135 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 716 vd.; İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; ATF 57 II 315 = JdT 1932 I 149; ATF 25 II 396 = JdT 1900 I 178.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, nakden iade, sebepsiz zenginleşme konusunda öğreti ve içtihat uyarınca ortaya konan ilkeler ışığında yapılmalıdır. Bu görüşe göre, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması hâlinde uygulanan sebepsiz zenginleşme kuralları, aynen iadenin mümkün olmaması durumunda da uygulanmalıdır. Bu görüşte bkz. CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; Guhl/Koller, § 28 N

Konusu kaçınma veya katlanma olan ve olumsuz bir davranış içeren yapmama borçlarının da aynen iade edilmesi mümkün olmadığı için, bu edimler nakden, yani edimin değeri nazara alınarak iade edilir²³¹².

Genellikle sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması durumunda, aynen iadenin imkânsız hâle gelmiş olması ihtimalinde gündeme gelen söz konusu tartışma²³¹³, kısmi temerrütte hem sözleşmeden dönme hem de olumlu zararın tazmini seçimlik hakkı bakımından önem taşır. Daha önce ifa edilmiş olan edimin iadesinin imkânsız hâle gelmesi durumunda, tasfiyenin ne şekilde gerçekleşeceği ve iadenin nasıl yapılacağı sorusu, hâkim fikre göre, iki farklı ihtimal ışığında ele alınır:

2. İade Borcunun Sözleşmeden Dönme Beyanından Sonra İmkânsız Hâle Gelmesi

İade borcu, alacaklının sözleşmeden dönme beyanından sonra, kısmen veya tamamen imkânsız hâle gelmişse, **sonraki ifa imkânsızlığı** rejimini düzenleyen TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) ile TBK m. 136 (İsvBK m. 119) hükümleri uygulama alanı bulur²³¹⁴. Zira, sözleşmeden dönme beyanının borçlunun hakimiyet alanına girmesinden sonra, iade borcu, yerine getirilmesi gereken bir alacak hakkı olma özelliği gösterir. İade borcunu yerine getirmek zorunda olan iade borçlusu, her türlü kusurundan (TBK m. 114 f. I; İsvBK m. 99 f. I) ve borçlu temerrüdü sebebiyle beklenmedik hâlden sorumludur (TBK m. 119; İsvBK m. 103). Şayet borçlu, herhangi bir kusurunun bulunmadığını ve beklenmedik hâlden sorumlu olmadığını ispat edemezse, imkânsız hâle gelen iade borcunu nakden tazmin etmek zorunda kalır. Buna

2. Kanımızca isabetli olan aksi yöndeki görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümleri, aynen iade edilemeyen edimlerin tazmin edilmesinde uygulanmaz. Zira, önemli olan, zenginleşme tutarının değil edimin değerinin tazmin edilmesidir. Edimin değerinin tazmin edilmesi ise borçlunun kusuruna bağlı değildir. Herhangi bir şekilde iade edemeyeceği bir edimi kabul eden borçlu, temerrüde düşmesi durumunda, edimin değerini gidermek zorundadır. Zira, ifa edilmiş olan edimin değerini tazmin, bir nakden iade şekli olup, bir tazminat borcu değildir. Aynen iade borcu kusura bağlı olmadığı için, nakden iade borcu da kusurdan bağımsız ele alınmalıdır. Bu görüşte bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 71-72; BK-Becker, Art. 109 OR N 14; Gauch, Dauerverträge, s. 210; Bucher, AT, s. 377; Schenker, Schuldnerverzug, N 717-718; Hartmann, N 302 vd.

²³¹² BK-Becker, Art. 109 OR N 6; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 69; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 10; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 5; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.33; Bucher, AT, s. 377; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Guhl/Koller, § 28 N 2; Ramoni, N 79; Hartmann, N 220; Glasl, Rückabwicklung, s. 135 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 716 vd.

²³¹³ Söz konusu tartışma hakkında bkz. CR-Thévenoz, art. 109 CO N 7 vd.; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 73 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 721 vd.; Bucher, AT, s. 377, dn 188; Hartmann, N 217 vd.; Ramoni, N 79.

²³¹⁴ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 74-75; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 8; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 7; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 22; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 109 OR N 4; Schenker, Schuldnerverzug, N 723-725; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1418; Leser, Rücktritt, s. 176 vd.; Ramoni, N 79; Glatthard, s. 55.

karşılık, borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ispat ederse, TBK m. 136 f. I uyarınca, iade borcu sona erer; her iki tarafın karşılıklı iade borcu altında olması durumunda, TBK m. 136 f. II hükmüne kıyasen, karşılıklı iade borçları ortadan kalkar²³¹⁵. Belirtmek gerekir ki, öğretide, sözleşmeden dönme beyanından önce veya sonra şeklinde bir ayrıma gidilmeksizin, aynen iade borcunun, kısmen veya tamamen imkânsız hâle gelmesi durumunda, sonraki ifa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 112 ile TBK m. 136 hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır²³¹⁶.

TBK m. 136 f. II hükmü, ödemezlik def'i açısından olduğu gibi²³¹⁷, kısmi temerrüt hâlinde meydana gelen karşılıklı iade taleplerine ancak birbiriyle dengeli ve orantılı olduğu ölçüde tatbik edilir²³¹⁸. Örneğin, temerrüde düşen borçlu, edimin yalnızca %10'luk bir kısmını ifa etmişse ve sözleşmenin tamamından dönen alacaklı söz konusu kısmi ifayı iade edemiyorsa, borçlunun daha önce ifa edilmiş olan karşı edim borcunun tamamını iade etmekten kurtulduğu söylenemez. Bu durumda, TBK m. 136 f. II hükmü, yalnızca karşılıklı iade borçlarının birbiriyle dengede olduğu ölçüde ve edim - karşı edim oranı nispetinde uygulanır. Yukarıdaki örnekte, borçlu, yalnızca kendi ediminin %10'luk bir kısmını iade etmekten kurtulur.

3. İade Borcunun Sözleşmeden Dönme Beyanından Önce İmkânsız Hâle Gelmesi

Yukarıdaki açıklamalar, iade borcunun geçerli bir şekilde doğmuş olduğunu; ancak, sonradan edimin imkânsız hâle geldiğini varsayar. Oysa, sözleşmeden dönme beyanından önce, edimin çoktan üçüncü bir kişiye devredilmesi, tüketilmesi, şeklinin değiştirilmesi, başka bir şeyle karıştırılması ya da yok olması veya kötüleşmesi durumunda, aynen iade borcu, sözleşmeden dönme anında zaten imkânsız olduğu için, TBK m. 112 ile TBK m. 136 hükümleri uygulama alanı bulmaz²³¹⁹. Zira, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığını öğrenene kadar, karşı taraf, özenle kullanma yükümlülüğü altında olmaksızın, elde ettiği edimi serbestçe tasarruf edebilir ve söz konusu tasarruf şekli, onu kullanan kimseye kusur olarak izafe edilemez²³²⁰. Nitekim, TBK m. 112 ile TBK m. 136, ifa imkânsızlığı nedeniyle bir yükümlülüğün ihlal

²³¹⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 75; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 22; Schenker, Schuldnerverzug, N 725. Aksi görüşte bkz. Petitpierre, s. 535.

²³¹⁶ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 8 vd.

²³¹⁷ Bkz. yukarıda, B.2/I/D/2/b, "Excursus: Kısmi İfa Hâlinde Ödemezlik Def'i" isimli başlık.

²³¹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 36-37; Leser, Rücktritt, s. 214 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 725.

²³¹⁹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 76; Schenker, Schuldnerverzug, N 726.

²³²⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 76; Schenker, Schuldnerverzug, N 726.

edildiği varsayımı üzerine kurulur; böyle bir yükümlülüğün bulunmaması durumunda, söz konusu rejim varlık sebebinden yoksun kalır. Böyle bir durumda, iade talebinin hangi hukuki temele oturtulacağı ve değer temelli nakden iadenin hangi hukuki sebebe dayandırılacağı sorusu meydana gelir²³²¹.

a. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulanması Görüşü

Öğretide savunulan eski bir görüşe göre, sözleşmeden dönme beyanından önce, ifa edilmiş olan edimin imkânsız hâle gelmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır²³²². Bu fikir, esasen ilk olarak, sözleşmeden dönme neticesinde ifa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme (“*contictio ob causam finitam*”) hükümleri uyarınca iade edilmesi gerektiğini savunan klasik dönme görüşü çerçevesinde gündeme gelir. Öte yandan, dönüşüm teorisini savunan bazı yazarlar da, aynen iadenin imkânsız hâle gelmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin doğrudan olmasa bile, kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır²³²³.

Bu görüşe göre, iade borcunun kapsamı TBK m. 79 (İsvBK m. 64) uyarınca tespit edilir. TBK m. 79 f. I uyarınca, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin azaldığı veya ortadan kalktığı savunmasını ileri sürerek iade borcundan kurtulabilirken; kötüniyetli sebepsiz zenginleşen, TBK m. 79 f. II uyarınca, iyiniyetli olmaksızın elden çıkardığı kısmı iade etmekle yükümlüdür. Kısmi temerrüt hâlinde, alacaklı, TBK m. 79 f. I uyarınca, elde ettiği edimi iade etmek zorunda değilse, kısmi edimi iade borcu altında olmaksızın, sözleşmenin tamamından dönebilir²³²⁴.

Her ne kadar, kötüniyetli sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasını ileri süremiyor olsa da, kendisi için bu sorumluluk, kusurdan tamamen bağımsız değildir; başka bir deyişle, sebepsiz zenginleşen TBK m. 112 (İsvBK m. 97 f. I) uyarınca kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ederek iade yükümlülüğünden kurtulabilir²³²⁵. Bu durum, sebepsiz zenginleşme rejimi ile kusura dayanan genel sözleşmesel sorumluluk hükümleri arasında bir yeknesaklık kurar²³²⁶.

²³²¹ Söz konusu tartışma hakkı detaylı bilgi için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 76 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 726 vd.; Buz, Dönme, s. 185 vd.

²³²² von Tuhr/Escher, § 73, s. 156; von Tuhr/Peter, § 52, s. 492-493, 520, dn. 33a; BK-Becker, Art. 109 OR N 5 vd.; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 109 OR N 4; Engel, Obligations, s. 734; Vosser, s. 86; Comment, s. 143 vd.; Petitpierre, s. 534 vd.; Piotet, DC 1984, s. 12; İsvFM, ATF 25 II 396.

²³²³ Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 79.

²³²⁴ Schenker, Schuldnerverzug, N 731.

²³²⁵ CR-Chappuis, art. 64 CO N 47; Petitpierre, s. 534; Koller, gute Glaube, N 507, 513; Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 160.

²³²⁶ Öte yandan, kötüniyetli sebepsiz zenginleşen, TBK m. 117 f. II uyarınca daima mütemerrit sayıldığı için, TBK m. 119 (İsvBK m. 103) uyarınca beklenmedik hâlden sorumludur. Bu nedenle, sorumluluktan

Kanaatimizce, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin iade yükümlülüğüne doğrudan veya kıyasen uygulanması mümkün değildir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin doğrudan uygulanmamasının sebebi, iade borcunun sebepsiz zenginleşmeden değil, doğrudan doğruya sözleşmeden doğmuş olmasıdır²³²⁷. Kanımızca, taraflar arasında geçerli bir biçimde akdedilmiş olan sözleşme, dönme beyanıyla geçersiz hâle gelmez. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin iade borcuna kıyasen uygulanması ise hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurur. Zira, TBK m. 79 uyarınca, iade borçlusunun iyiniyetli olup olmamasına göre iadenin kapsamının belirlenmesi, her iki taraf bakımından farklı davranılmasını gerektirir²³²⁸. TBK m. 79 uyarınca, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin azaldığı veya ortadan kalktığı savunmasını ileri sürebilirken, kötünietli sebepsiz zenginleşen iyiniyetli olmaksızın elden çıkardığı zenginleşmeyi iade etmek zorundadır.

Bu çerçevede, borçlu, sözleşmeden dönme beyanından önce, en geç kendi edimini ifa etme konusunda şüphe duyması gereken bir zaman diliminde kötünietli olarak nitelendirilir²³²⁹. Hatta, borçlunun kendi edimini ifa etmediği sürece, kötünietli kabul edilerek, karşı edimi tamamen iade etmek zorunda olduğu da ileri sürülebilir²³³⁰. Buna karşılık, alacaklı, sözleşmeden dönme yönündeki kararını çok sonra vereceği için, borçluya nazaran daha uzun bir süre iyiniyetli addedilebilir. Hatta, borçlunun gerçekleştirdiği kısmi ifa, alacaklının borcun ifa edileceğine dair güvenini pekiştirir²³³¹. Böylece, alacaklı, çok daha uzun bir süre, elde ettiği edim üzerinde tasarruf imkânını korur ve karşılık almaksızın edimde tasarruf etmesine rağmen, iadeyle yükümlü tutulmaz. Oysa, tasfiye ilişkisi, taraflara eşit bir biçimde muamele edilerek, ayırım gözetilmeksizin karşılıklı borçların sona ermesini ve ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesini gerektirir.

Kanun koyucu, tarafların, TBK m. 79 uyarınca zenginleşme tutarını değil, TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. I) uyarınca “*ifa ettikleri edimleri (Geleistete / déjà payé)*” geri isteyebileceklerini ifade etmiştir. Buna göre, ifa edilen edimin değeri noksansız bir şekilde ifa edilmelidir²³³². Oysa, TBK m. 79 f. I uyarınca, iyiniyetli olan taraf, elden

kurtulabilmesi kolay değildir. Bkz. **Koller**, gute Glaube, N 513; **Öz**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 162. Beklenmedik hâlden sorumluluk konusunda bkz. yukarıda, **B.3/I/D**, “*Beklenmedik Hâlden Sorumluluk*” isimli başlık.

²³²⁷ Bkz. aşağıda, **B.3/III/C/4/e**, “*Fazladan İfa Edilen Edimlerin İadesi*” isimli başlık.

²³²⁸ Bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 730.

²³²⁹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 730.

²³³⁰ **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 9; **Bucher**, AT, s. 377, s. 695, dn. 164.

²³³¹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 730.

²³³² **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 79; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2807; **Bucher**,

çıkardığı zenginleşme tutarını iade etmekle yükümlü olmadığı için, öğretide sebepsiz zenginleşme görüşünü savunan yazarlar, beklenmedik hâl neticesinde iade edilemeyen edimin, TBK m. 125 f. III uyarınca tazminat alacağı kapsamına dâhil edilmesini önermişlerdir²³³³. İade borçlusunun kusursuzluğunu ispat etmesi, hem tazminat yükümlülüğünden hem de iade yükümlülüğünden kurtulması anlamına geleceği için, bu çözüm yolu da isabetli değildir²³³⁴. Ayrıca, sözleşmeden dönme hâlinde olumsuz zararın tazmini talebi ile ifa edilmiş olan edimlerin iadesi talebi, farklı hukuki temellere dayanan iki farklı alacak hakkıdır²³³⁵. Biri, alacaklının borca aykırılık sebebiyle meydana gelen zararını gidermeyi amaçlarken, diğeri sona eren borç ilişkisinin tasfiye edilmesini hedef tutar.

b. TBK m. 228 Hükümünün Uygulanması Görüşü

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre, aynen iade borcunun sözleşmeden dönme beyanından önce imkânsız hâle gelmesi durumunda, ayıptan sorumluluk rejimi çerçevesinde, satılanın yok olması veya zarara uğraması hâlini düzenleyen TBK m. 228 (İsvBK m. 207) hükmünden kıyasen yararlanılır²³³⁶. TBK m. 228 hükümünün iade borcunun imkânsız hâle gelmesi durumunda uygulanması, öğretide, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde, alacaklının kısmen ifa edilmiş olan edimi iade edemeyecek durumda olması hâlinde önerilen bir çözümdür²³³⁷. Bu çözümün sebepsiz zenginleşme rejiminin ihtiva ettiği sakıncaları barındırmaması, TBK m. 228 hükmünü daha cazip

AT, s. 377; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 731.

²³³³ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 156-157; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 109 OR N 7; **Anex**, s. 106 vd., 152; **Voser**, s. 85; **Comment**, s. 144, 148.

²³³⁴ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 79; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 731.

²³³⁵ Ayırımın katı bir şekilde yapılması gerektiği görüşünde bkz. **Schenker**, Schuldnerverzug, N 731; **Biedermann**, s. 105.

²³³⁶ Kısmi temerrüt hâlinde TBK m. 228 (İsvBK m. 207) hükmünün kıyasen uygulanması yönünde bkz. **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 2; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 10; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 107 OR N 56; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157, § 74, s. 170; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 739; **Tercier/Pichonnaz**, N 1428; **Ehrat**, N 338 vd.; **Hartmann**, N 493-494; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2796, 2802; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.35; **Biedermann**, s. 92 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1428. Ayrıca krş. **Bucher**, AT, s. 378; **Tandoğan**, Nullité, s. 292. İsvBK m. 207 (TBK m. 228) hükmünün mehzazını oluşturan elsvBK m. 254 açısından detaylı bir inceleme için bkz. **Biedermann**, s. 92 vd.

Tam tazmin görüşünü savunan pek çok yazar, borçlunun borcunu kısmen ifa edip, kalan kısım bakımından temerrüde düştüğü kısmi temerrüt rejimi bakımından TBK m. 228 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 107 OR N 56; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2796, 2802; **Hartmann**, N 493-494; **Biedermann**, s. 93, 120; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 739. Kanımızca, böyle bir farklılık için yeterli gerekçe bulmak güçtür. Kısmi ifa olsun veya olmasın, aynen iade borcunun imkânsız hâle gelmesi yeknesak biçimde ele alınmalıdır.

²³³⁷ **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157, § 74, s. 170; **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 2; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 10; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 107 OR N 56; **Ehrat**, N 338 vd.; **Biedermann**, s. 92 vd.; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.35; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 739.

kılar. Bu yüzden TBK m. 228 hükmünün iade borcunun imkânsızlaşması durumunda uygulanıp uygulanmayacağı konumuz açısından önem taşır.

Ayıptan sorumluluk rejiminde, satılanın yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması hâlinde, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanamayacağını düzenleyen TBK m. 228 f. I hükmüne göre, “*alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez*”. O hâlde, ilk olarak, alacaklı şayet kendi sorumluluğundan kaynaklanmayan sebeplerle kısmi ifayı iade edemeyecek durumda ise, sözleşmeden dönme hakkını sözleşmenin tamamı bakımından kullanabilir. Zira, bu görüşe göre, kısmi temerrüde düşen borçlu, kısmi edimin yok olması veya kötüleşmesi riskine, yani edim hasarına kendisi katlanır²³³⁸. Bu durumda, TBK m. 228 f. I hükmüne kıyasen, alacaklı, yalnızca elinde kalanı iade etmekle yükümlüdür. O hâlde, kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde, aynen iade borcu beklenmedik hâl veya mücbir sebep neticesinde imkânsız hâle gelirse, yani imkânsızlıktan iade borçlusu olan alacaklı sorumlu değilse, alacaklı, elinde kalanı iade ederek, şayet edim tamamen yok olmuşsa iade borcundan kurtularak, sözleşmeden tamamen dönebilir.

İkinci olarak, TBK m. 228 f. II hükmünde kanun koyucu, satılanın alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olması veya kötüleşmesi hâlinde, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını düzenlemiştir. TBK m. 228 f. II hükmüne göre, “*satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir*”. Hükmün mehzarını oluşturan İsvBK m. 207 f. III hükmünde ise, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kaybetmesi, açıkça satılanın alıcının “*kusuru (par la faute / durch Verschulden)*” yüzünden yok olması hâline hasredilmiş; alıcının satılanı devretmesi veya dönüştürmesi kusur olarak alıcıya izafe edilmiştir²³³⁹.

TBK m. 228 f. II hükmünün kıyasen uygulandığı kısmi temerrüt rejimi çerçevesinde, alacaklı, kendi kusurundan dolayı veya kendi sorumlu olduğu bir sebep

²³³⁸ CR-Thévenoz, art. 109 CO N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 77. Edim hasarı veya maddi edim hasarı kavramı için bkz. Kara, Hasar, s. 110-111.

²³³⁹ von Tuhr ve Escher, eserinin bir bölümünde İsvBK m. 207 f. III hükmünü kıyasen uygularken alacaklının kusuruyla kısmi ifayı iadede edememesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını belirtirken (Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 157); başka bir bölümünde, kusursuz dahi olsa, alacaklının kısmi ifayı iade edememesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını hakkaniyete aykırı bulmuştur (Bkz. von Tuhr/Escher, § 74, s. 170).

yüzünden, borcun ifa edilmiş olan kısmını iade edebilecek durumda değilse, sözleşmenin tamamından dönme hakkını kaybeder²³⁴⁰. Kendisine yüklenebilecek bir sebep yüzünden kısmi ifayı iade edemeyen alacaklı, yalnızca kısmi temerrüt rejimiyle yetinmek zorundadır²³⁴¹. Şayet karşı edim bölünebilir değilse, sözleşmeden kısmen dönme ve fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini talep etme imkânı mevcut olmayan alacaklı, kendi edimini bütünüyle ifa ederek, yalnızca mübadele teorisi uyarınca, ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir.

Aşağıda yer verdiğimiz tam tazmin görüşünü savunan pek çok yazar, kendi görüşleriyle çelişkili bir biçimde, kısmi temerrüt rejimi bakımından TBK m. 228 hükmünün kıyasen uygulanmasını savunmaktadır²³⁴². Oysa, TBK m. 228 hükmünün ne kısmi temerrütte ne de genel borçlu temerrüdünde kıyasen uygulanması mümkündür²³⁴³. TBK m. 228 hükmünde öngörülen menfaatler dengesi uyarınca, ayıplı ifada bulunan borçlu, satılanın hasara uğraması riskine katlanmalıdır; zira, satılan, ayıplı olması nedeniyle yok olma riski ihtiva eder²³⁴⁴. Buna karşılık, kısmi ifada bulunan borçlu ile karşı edim borcunu ifa eden alacaklı, ayıplı ifada bulunmadığı için, iade borçlusu olarak edim hasarına katlanmak zorunda değildir. Ayıplı ifa hâlinde alacaklı, ayıplı malı kullanmaması gerektiğini anlayabilecek durumdayken; kısmi ifa hâlinde alacaklı, borcun kalan kısmının ifasını umut etmeye devam eder. Keza, TBK m. 228 uyarınca, kısmi ifada bulunmuş olan borçlu, yalnızca kısmi edimin hasara uğraması riskine katlanacak iken, karşı edim borcunu tamamen ifa eden alacaklı karşı edimin hasara uğraması tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Böylece, hakkaniyete aykırı biçimde, temerrüde düşen borçlunun üstlendiği hasar riski, borcunu ifa etmiş olan alacaklıya nazaran daha hafiftir²³⁴⁵. Bu nedenle, TBK m. 228 hükmünün kıyasen uygulanması, sözleşmeye uygun hareket eden alacaklıya ek bir hasar riski yükler.

²³⁴⁰ BK-Becker, Art. 109 OR N 10-13; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 2; BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 36-37; von Tuhr/Escher, § 73, s. 157; Tandoğan, Nullité, s. 292; Biedermann, s. 92 vd.

²³⁴¹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39.

²³⁴² Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; CHK-Furrer/Wey, Art. 107 OR N 56; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2796, 2802; Hartmann, N 493-494; Biedermann, s. 93, 120. İsvBK m. 207 (TBK m. 228) hükmünün kıyasen uygulanmasına yaklaşan görüşleri için bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N 739.

²³⁴³ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1440; Öz, Dönme, s. 252. Detaylı bilgi için bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 77; Schenker, Schuldnerverzug, N 733. Aksi görüşte bkz. Hartmann, N 493-494. Konu hakkında önemli eserleri bulunan Weber ve Emmenegger ile Schenker'in niçin İsvBK m. 207 hükmünün kıyasen uygulanmasına karşı çıkıp kısmi ifa hâlinde bu uygulamayı mümkün gördüklerini ve bu çelişkiye neden yol açtıklarını anlamlandırmak kanımızca mümkün değildir. Krş. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; Schenker, Schuldnerverzug, N 739.

²³⁴⁴ Schenker, Schuldnerverzug, N 733; Hartmann, N 494. Menfaatler dengesinin uyduğu yönünde bkz. Hartmann, N 493-494.

²³⁴⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 77; Schenker, Schuldnerverzug, N 733.

TBK m. 228 hükmünün temerrüt rejiminde uygulanması, edimin ne zaman iade borçlusunun kusuruyla, ne zaman beklenmedik hâl veya mücbir sebep neticesinde yok olduğu gibi zor bir soruyu da gündeme getirir. Zira, edimi elde eden taraf, hukuken edimden istediği gibi istifade etme imkânı edinir ve edimden serbestçe tasarruf ettiği gerekçesiyle kusurlu olarak addedilemez veya kınanamaz²³⁴⁶. Kısmi edimi veya karşı edimi elde eden taraf, malik sıfatıyla edimden dilediği gibi yararlanma hakkına sahiptir. Şu hâlde, TBK m. 228 hükmünün kıyasen kısmi veya bütüncül temerrüt rejimine uygulanması mümkün değildir.

c. Tam Tazmin Görüşü

Bizim de isabetli ve ikna edici bulduğumuz, İsviçre-Türk öğretisinde savunulan hâkim görüşe göre, aynen iade borcunun kendine özgü niteliği nazara alınarak, iade alacaklısına, iade borçlusunun kusurundan ya da beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten bağımsız bir şekilde **tam tazmin** (*voller Ersatz*) imkânı tanınmalıdır²³⁴⁷. Zira, kanun koyucu, TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. I) hükmünde, kusurdan veya beklenmedik hâlden bağımsız olarak ve herhangi bir zenginleşmeden bahsetmeksizin, tarafların “*ifa ettikleri edimleri (das Geleistete / déjà payé)*” geri isteyebileceklerini ifade etmiştir²³⁴⁸. Karşılıklı olarak borç altına giren taraflar, eşit bir biçimde, sözleşmeden dönmeyle birlikte, almış oldukları edimleri aynen, bu mümkün olmadığında ise nakden iade etme borcu altına girer. Zira, tasfiye amacıyla karşılıklı iade yükümlülüklerinin doğmasının amacı, tarafları, sözleşme ifa edilmemiş olsaydı malvarlıklarının içinde bulunacağı farazi duruma getirmektir²³⁴⁹. Nasıl ki aynen iade borcu, kusurdan bağımsız bir şekilde yerine getiriliyorsa; nakden iade borcu da

²³⁴⁶ Bu yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 77; Schenker, Schuldnerverzug, N 734.

²³⁴⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 80; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 7; CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 23; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 109 OR N 5; KUKO-Thier, Art. 109 OR N 3; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Gauch, Dauerverträge, s. 207 vd.; Gauch, recht 1989, s. 124; Tercier/Pichonnaz, N 1418; Schenker, Schuldnerverzug, N 735 vd.; Glatthard, s. 54; Schmidlin, s. 345; Leser, Rücktritt, s. 194 vd.; Hartmann, N 490; Suter, Vertragsrücktritt, s. 88 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 59 vd.; Biedermann, s. 104 vd.; Wiegand, recht 1989, s. 103, 111; Wiegand, Festschrift Gauch, s. 711 vd.; Göschke, s. 89; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1418. Bu görüşün tarihsel bir değerlendirmesi için bkz. Schmidlin, s. 343 vd. Aynı yönde bkz. İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

²³⁴⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 79; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2807; Schenker, Schuldnerverzug, N 731; Bucher, AT, s. 377. Nitekim, kanun koyucu, TBK m. 136 f. II hükmünde ifa edilmiş olan edimin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri verilmesi gerektiğini belirtmiş, buna karşılık, TBK m. 125 f. III hükmünde ifa edilmiş olan edimin iade edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Hükmün Almanca mehzazını oluşturan İsvBK m. 109 f. I’de yer alan “*ifa edilmiş olanın geri verilmesi (das Geleistete zurückfordern)*” ifadesi durumu daha iyi bir biçimde izah eder. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 79; Schenker, Schuldnerverzug, N 736.

²³⁴⁹ Schenker, Schuldnerverzug, N 736.

kusurdan bağımsızdır. Zira, bir kimsenin, elde ettiği edim üzerinde rızaen tasarrufta bulunması, kendisinin kusurlu olduğunu göstermez.

Bu sonuç, İsviçre-Türk hukuk sisteminde temel bir hasar prensibi kabul edilen “*causum sentit dominus*” yani “*hasara malik katlanır*” ilkesiyle de uyumludur²³⁵⁰. Malik hâline gelen iade borçlusu, iade anına kadar, edim hasarına katlanmak zorundadır. O hâlde, ifa edilmiş olan edimin geri dönülmez bir biçimde üçüncü kişiye devredilmesi, tüketilmesi, şeklinin değiştirilmesi, başka bir şeyle karıştırılması ya da edimin yok olması veya kötüleşmesi ihtimalinde, iade borçlusu, iade alacaklısına, kusurdan bağımsız şekilde tam bir giderim imkânı sunmak ve edimi nakden tazmin etmek zorundadır. Başka bir deyişle, iade borçlusu, malik sıfatıyla edim hasarına katlanır. İade borçlusunun bu yükümlülüğü, edimin iade alacaklısının elinde olması ihtimalinde dahi, hasarın yine de meydana geleceği söylenebiliyorsa ortadan kalkar²³⁵¹. Başka bir deyişle, TBK m. 119 f. II hükmüne kıyasen, beklenmedik hâlin, yine de ifa konusu edime zarar vereceği söylenebiliyorsa, iade borçlusu iade yükümlülüğünden kurtulur. Aksi ispat edilmediği sürece, iade alacaklısının edimi olduğu gibi muhafaza edeceği varsayılır²³⁵².

Öğretide, isabetli bir biçimde, borçlunun kısmi temerrüdüne başvuran alacaklının, kısmi ifa kapsamında kabul ettiği edimi iade edememesi durumunda da, genel olarak, borcun tamamı için borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabileceği kabul edilmektedir²³⁵³. Kısmi ifa kapsamında kabul ettiği edimi iade edemeyen alacaklı, bu durumda, iade edemediği kısmın değerini tazmin ederek, sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı için olumlu zararının tazminini talep edebilir²³⁵⁴. Keza, kendi edimi bölünebilir olmadığı için kısmi temerrüt hükümlerine başvuramayan alacaklı, ifa edilmiş olan kısmi edimin değerini tazmin etmek suretiyle sözleşmeden dönebilir. Kanımızca isabetli olan bu yaklaşım çerçevesinde, alacaklı,

²³⁵⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 80; KUKO-Thier, Art. 109 OR N 3; Schenker, Schuldnerverzug, N 737; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2807; Schmidlin, s. 345; Leser, Rücktritt, s. 193. Hasara alacaklının katlanması gerektiği (“*periculum est creditoris*”) görüşünde bkz. Petitpierre, s. 534-535; CR-Thévenoz, art. 109 CO N 2.

²³⁵¹ Schenker, Schuldnerverzug, N 738; Schwenn, s. 150-152.

²³⁵² Schwenn, s. 151.

²³⁵³ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740.

²³⁵⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740. Kısmen ifa edilmiş kısmın değerinin tazmin edilerek, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulmasını savunan Oğuzman ve Öz, Yargıtay’ın eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesi açısından verdiği ve binanın belli bir oranda inşasının tamamlanması durumunda sözleşmeden dönmenin ileriye etkili fesih şeklinde sonuç doğuracağını belirttiği içtihadı birleştirme kararını gerekçe göstermektedir. Karar için bkz. Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325). Görüş için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1740, dn. 758.

daha önce ifa edilmiş olan edimi aynen iade edemezse, edimi nakden iade ederek, kısmi temerrüt yerine bütüncül temerrüt hükümlerine başvurabilir. Edimin değerinin tespitinde esas alınacak zaman dilimi ise, kısmi ifanın gerçekleştiği andır²³⁵⁵.

4. Alacaklının Satılan Üzerinde Tasarruf Etmesinin Borcun Tamamı Bakımından Borçlu Temerrüdüne Başvurmasına Etkisi

Öğretide²³⁵⁶, alacaklının, elde ettiği kısmi edimi, üçüncü bir kişiye devretmesi, tüketmesi, şeklinin değiştirmesi veya başka bir şeyle karıştırması durumunda, borçlu temerrüdüne borcun tamamı bakımından başvuramayacağı savunulmaktadır. Zira, bu görüşe göre, alacaklının, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurabilmesi için, kısmi ifadan yarar sağlayamıyor olması veya kısmi ifadan faydalanamaması şarttır. Alacaklının, elde ettiği kısmi edimi, üçüncü bir kişiye devretmesi, tüketmesi, başka bir şeyle karıştırması veya kısmi edimin şeklinin değiştirmesi durumunda, edimden yarar sağladığı açıktır. Hukuki dayanağını, daha önce incelediğimiz TBK m. 228 f. II (İsvBK m. 207 f. III) hükmünden alan²³⁵⁷ bu yaklaşıma göre, edimden yarar sağlayan alacaklı, kısmi temerrüt yaptırımıyla yetinmek zorundadır.

Kanımızca, bu görüş, iki temel argüman açısından eleştiriye muhtaçtır. *İlk olarak*, kısmi ifanın alacaklı açısından hiçbir fayda sağlamaması durumu²³⁵⁸, alacaklıya borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvurma imkânı sağlayan özel hâllerden yalnızca birini oluşturur. Bunun dışında alacaklı, öğretide kabul edilen ve yukarıda ayrıca zikrettiğimiz diğer gerekçelerle²³⁵⁹, kısmi ifadan yarar sağlasa bile, kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir. *İkinci olarak*, alacaklının kısmi edim üzerinde herhangi bir şekilde tasarrufta

²³⁵⁵ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2807; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 717; **Leser**, Rücktritt, s. 169.

²³⁵⁶ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 35; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 740; **Ehrat**, N 338 vd. TBK m. 228 (İsvBK m. 207) hükmünün, borçlu temerrüdü açısından iade borçlarına uygulanmasına karşı çıkılması; buna rağmen, TBK m. 228 f. II hükmünden yararlanarak, alacaklının kısmi ifa üzerinde tasarrufta bulunması ihtimalinde borçlu temerrüdüne tamamen başvurulamayacağının savunulması çelişki arz eder. Zira, bir taraftan, aynen iade borcunun imkânsız hâle gelmesi durumunda, yukarıda zikrettiğimiz tam tazmin görüşü çerçevesinde, edimin nakden iade edilmesi gerektiğini savunularak TBK m. 228 hükmünün kıyasen uygulanması fikrine pek çok yerinde gerekçe ile karşı çıkmakta; diğer taraftan, söz konusu hükümden kıyasen yararlanılarak, alacaklının kısmi edim üzerinde tasarruf etmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkı hariç tutulmaktadır. Bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 35, 76 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 735 vd. Ayrıca bkz. yukarıda, **B.4/III/A/3**, “İade Borcunun Sözleşmeden Dönme Beyanından Önce İmkânsız Hâle Gelmesi” isimli başlık.

²³⁵⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 35; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 740; **Ehrat**, N 340.

²³⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.4/II/C/1**, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlık.

²³⁵⁹ Borcun tamamı için borçlu temerrüdüne başvuru imkânı sağlayan diğer durumlar için bkz. yukarıda, **B.4/II**, “Kısmi Temerrüdün Borcun Tamamından Temerrüde Dönüştüğü Hâller” isimli başlık.

bulunması, onun kısmi ifadan yarar sağladığı veya kısmi ifada menfaatinin bulunduğu anlamına gelmez. Zira, alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunup bulunmadığı belirlenirken, alacaklı tarafından sözleşmeyle gözetilen asıl ifa menfaati esas alınır²³⁶⁰. Kısmi ifadan elde edilen menfaatin sözleşmeyle tamamen alakasız olması veya alacaklının kısmi ifadan sözleşmeye tamamen uzak bir menfaat elde etmesi, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmaya engel teşkil etmez²³⁶¹.

Sözleşmeyle güdülen ifa menfaatine doğrudan hizmet etmemesine rağmen, alacaklı tarafından, kısmi ifanın bir şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Keza, alacaklı, zararı artırmama yükümlülüğü kapsamında, elde ettiği kısmi ifa üzerinde bir şekilde tasarruf etmek isteyebilir. Örneğin, sac levhadan teneke kutu üretimi yapan bir işletmenin, farklı tipte teneke kutu üretmek için üretim hattı ile birlikte bol miktarda sac levhadan oluşan hammadde satın alması durumunda, yalnızca hammaddeyi teslim eden satıcı, kısmi ifada bulunmuş olur. Üretim hattı teslim edilmeden faaliyete geçemeyen alıcı, sac levhaların paslanması riskine karşı bu hammaddeyi üçüncü bir kişiye satarsa, sözleşmeyle güdülen ifa menfaatine ulaşmış olmaz. Özetle, alacaklının, elde ettiği kısmi edimi, üçüncü bir kişiye devretmesi, tüketmesi, başka bir şeyle karıştırması veya edimin şeklini değiştirmesi borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurmasına engel teşkil etmez ve alacaklının seçimlik haklarını sınırlandırmaz.

B. Borçlu Temerrüdünün Genel Şartlarının Gerçekleşmesi ve Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını Kullanması

1. Alacaklının Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakkını İleri Sürmesi

Alacaklının kısmi temerrüt yerine borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi için, yukarıda zikredilen özel koşullardan birinin gerçekleşmiş olmasının yanı sıra, gerek borçlu temerrüdünün genel şartlarının gerekse karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından seçimlik haklara başvuru koşullarının gerçekleşmesi şarttır²³⁶². Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak isteyen alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, uygun bir ek süre (*mehil / önel*) tayin ederek ek sürenin sonunda derhâl aynen ifadan tamamen

²³⁶⁰ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209. Belirleyici olan unsur, daha en başta sözleşme kurulurken alacaklının sözleşmeyle hedeflediği asıl ifa menfaatidir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209.

²³⁶¹ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209.

²³⁶² Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1741. Bkz. yukarıda, **B.2/II**, “*Borçlu Temerrüdünün Genel Şartları*” ile yukarıda, **B.3/III/A**, “*Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Seçimlik Haklara Başvurulması*” isimli başlıklar.

vazgeçmesi; akabinde, edimin tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesini isteme veya sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme haklarından birini ileri sürmesi gerekir²³⁶³.

Görüldüğü üzere, alacaklı, kısmi temerrüt hâlinde, yukarıda incelediğimiz özel koşulların varlığı durumunda, bir seçimlik hakka daha kavuşur. Bu seçimlik hakkın konusunu, alacaklının borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercihi oluşturur²³⁶⁴. Söz konusu seçimlik hak da diğer seçimlik haklar gibi bir **yenilik doğuran hak** niteliğindedir²³⁶⁵. Alacaklı, kendisine tanınan yenilik doğuran hakkı tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı için borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurmak isteyen alacaklı, söz konusu seçimlik hakkını bir irade beyanıyla kullanarak, borcun tamamının ifasından vazgeçtiğini borçluya bildirmelidir²³⁶⁶. Yenilik doğuran hakkını kullanmak isteyen alacaklının yenilik doğuran işlem yoluyla seçimlik hakkını kullanması yeterlidir; herhangi bir dava açması gerekmez. Alacaklıya tanınan yenilik doğuran hak, kural olarak, herhangi bir şarta bağlanamaz.

Söz konusu seçimlik hak, bir yenilik doğuran hak olduğu için, muhatap, yenilik doğuran işlemin içeriği konusunda bir tereddüt duymamalıdır. Başka bir ifadeyle, borçlu, kısmi temerrüt hâlinde, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen değil, tamamen başvurulduğunu, yenilik doğuran işlemin içeriğinden veya durum ve koşullardan anlayabilecek hâlde olmalıdır²³⁶⁷. Öte yandan, Alman Hukuku'nda, şüphe hâlinde, yani beyanın yeterli açıklıkta olmaması durumunda, tatmin edici bir gerekçe sunulmaksızın, borçlu temerrüdüne borcun tamamı bakımından başvurulduğu; örneğin, kısmi dönme yerine, sözleşmenin tamamından dönüldüğü sonucuna varmak

²³⁶³ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Öğretide savunulan hâkim görüşe göre, alacaklı, seçimlik haklarını, ek sürenin sonunda, aynen ifadan feragat beyanıyla birlikte ileri sürmelidir. Bkz. BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 32-34; von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2765; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.29; Comment, s. 72; Schenker, Schuldnerverzug, N 559 vd.; Lemp, s. 126; Guggenheim, Contrats II, s. 211; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321. Bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/c, “Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman” isimli başlık.

²³⁶⁴ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 412. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/d, “Kısmi Temerrütte Ek Seçim Hakkı: Kısmi veya Bütüncül Temerrüt Ayrımı” isimli başlık.

²³⁶⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Serozan, Dönme, s. 389.

²³⁶⁶ BK-Weber, Art. 69 OR N 53; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Bucher, AT, s. 382.

²³⁶⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/c, “Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman” ile yukarıda, B.3/III/A/3/d, “Kısmi Temerrütte Ek Seçim Hakkı: Kısmi veya Bütüncül Temerrüt Ayrımı” isimli başlıklar.

gerektiği ifade edilmektedir²³⁶⁸. Kanımızca, alacaklının beyanının yeterli açıklıkta olmaması durumunda genel kural işletilmeli ve **kısmi temerrüt** rejiminde ısrar edildiği varsayılarak, temerrüdün sonuçlarına kısmen başvurulmuş olduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, “*favor negotii (işlem menfaati)*” ilkesiyle ve “*pacta sunt servanda (ahde vefa)*” kuralıyla da uyumludur. Zira, kısmi temerrüt rejiminde ısrar edilerek, sözleşme ilişkisinin tamamen çözülmesi yerine, kısmen ayakta tutulması sağlanmaktadır.

2. Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman

Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak isteyen alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, uygun bir ek süre tayin ederek, ek sürenin sonunda derhâl aynen ifadan “*tamamen*” vazgeçmesi; akabinde, edimin tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesini isteme veya sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme haklarından birini ileri sürmesi şarttır²³⁶⁹. Alacaklının ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklarını kullanması iki anlama gelir:

İlk olarak, alacaklının, ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçme şeklindeki ilk seçimlik hakkını kullandıktan sonra, yine ek sürenin sonunda, aynen ifadan vazgeçme hakkıyla beraber, borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki seçimlik hakkını kullanması ve hangi hakkı kullandığını borçluya bildirmesi gerekir. Zira, olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini talebi, kısmi veya bütüncül temerrüt açısından farklılık gösterdiği için, alacaklının, aynen ifadan vazgeçme yönündeki birinci seçimini yaptıktan sonra, borçlu temerrüdünün ifa edilmeyen kısım mı sınırlı tutulacağı yoksa sözleşmenin tamamına mı yayılacağı sorusuna cevap vermesi şarttır. Dolayısıyla, kısmi ve bütüncül temerrüt arasındaki tercih, aynen ifa talebinden vazgeçme yönündeki birinci seçimlik hak ile olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönme arasındaki ikinci seçimlik hakkın arasına girer. Hatırlatmak gerekir ki, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru imkânı tanıyan bir hâlin varlığına rağmen, kural olarak, alacaklının kısmi temerrütte ısrar etmesi; yani, aynen ifadan kısmen vazgeçerek, ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararın giderilmesini talep etmesi

²³⁶⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

²³⁶⁹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27.

veya sözleşmeden kısmen dönerek olumsuz zararını istemesi mümkündür²³⁷⁰. Yeter ki, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen başvurmak hukuken mümkün olsun.

İkinci olarak, alacaklı, ek sürenin sonunda, borçlu temerrüdüne kısmen veya tamamen başvuracağı yönündeki seçimlik hakkıyla birlikte, olumlu zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarından hangisini kullandığını borçluya bildirmelidir²³⁷¹. Başka bir deyişle, ek sürenin sonunda borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuran alacaklı, yine ek sürenin sonunda, aynen ifadan tamamen vazgeçerek, olumlu zararının giderilmesini isteme veya sözleşmenin tamamından dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme haklarından birini tercih etmelidir.

Alacaklı, borçlu temerrüdüne kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercihini ve hangi hakkı kullandığı yönündeki seçimini, tek taraflı ve varması gerekli olan yenilik doğuran işlem şeklinde kullanır. Alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercih bir yenilik doğuran hak olduğu için, söz konusu seçimlik hak kullanıldıktan sonra, kural olarak geri alınamaz. Başka bir deyişle, kısmi temerrüt hâlinde sözleşmeden tamamen dönen alacaklının, daha sonra bu tercihini değiştirerek, sözleşmeden kısmen dönmesi mümkün değildir²³⁷². Keza, sözleşmeden kısmen dönen alacaklı da daha sonra tercihini değiştirerek sözleşmeden tamamen dönemez. Alacaklı, kısmi temerrüt hâlinde, kural olarak, gerçek bir değiştirme hakkına ("*ius variandi*") sahip değildir.

Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, alacaklının, sözleşmeden kısmen dönmesi hâlinde, tercihini değiştirerek, sözleşmeden tamamen dönme hakkını kullanabilmesi mümkündür²³⁷³. Bu görüşe göre, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönme

²³⁷⁰ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 172; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Enneccerus/Lehmann, § 53, s. 232-233; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 412. Aynı yönde bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Serozan, Dönme, s. 389.

²³⁷¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Öğretide savunulan hâkim görüşe göre, alacaklı, seçimlik haklarını, ek sürenin sonunda, aynen ifadan feragat beyanıyla birlikte ileri sürmelidir. Bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 153; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 15; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 151-152; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 32-34; Schwenzer/Fountoulakis, N 66.29; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2765; Comment, s. 72; Schenker, Schuldnerverzug, N 559 vd.; Lemp, s. 126; Guggenheim, Contrats II, s. 211; Bucher, AT, s. 374, dn. 176; İsvFM, ATF 116 II 441 = JdT 1991 I 166 = SJ 1993 I 321. Bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/c/i, "Birinci ve İkinci Seçimlik Haklar Açısından" isimli başlık.

²³⁷² Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 9, özellikle, D 27. Bu yönde bkz. AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 2863.

²³⁷³ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27. Aynı yönde bkz. Leser, Rücktritt, s. 278; Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 465 vd. Aksi görüşte bkz. AlmFM, BGH, NJW 2018, s. 2863: "(...) Yenilik doğuran hakka sahip olan taraf, yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla sözleşme ilişkisinde meydana gelen

hâlinde gerçek bir değiştirme hakkına (“*echtes ius variandi*”) sahip olur. Sözleşmeden kısmen dönme ile tamamen dönme haklarının bütün koşullarının gerçekleşmesi hâlinde, alacaklı, borçlunun kısmi dönmeye güvenerek herhangi bir tasarrufta bulunmamış, örneğin önemli bir masraf yapmamış olması ihtimalinde, seçimini değiştirerek, sözleşmeden kısmen değil tamamen dönebilir²³⁷⁴. Zira, bu durum, alacaklının, indirim hakkı yerine sözleşmeden tamamen dönme hakkını kullanması gibi bir sonuç doğurur²³⁷⁵. Söz konusu görüş uyarınca, kısmi temerrüdün daha sonra bütüncül temerrüde dönüşmesine izin verilse de, bütüncül temerrüdün kısmi temerrüde dönüşmesine müsaade edilmez. Zira, sözleşmeden tamamen dönme hakkının kısmi dönmeyle değiştirilmesi, sözleşmeden dönmenin kısmen geri alınması anlamına gelir. Öte yandan, kısmi dönmenin sözleşmeden tamamen dönmeye çevrilmesi durumunda, kısmi dönme genişleyerek sözleşmenin tamamına yayılmış sayılır.

Kanımızca, indirim hakkı gibi, sözleşmeden kısmen dönme hakkı da yenilik doğuran hak niteliğindedir²³⁷⁶. Yenilik doğuran haklar kullanılmakla tükenen, muhatabının hakimiyet sahasına varmakla sonuç doğuran ve kural olarak geri alınmayan haklardır²³⁷⁷. Muhatabın rıza göstermesi²³⁷⁸ veya irade sakatlıkları²³⁷⁹ gibi bir durum olmadıkça, kullanılmış olan yenilik doğuran haktan dönüp, başka bir yenilik doğuran hakka başvurmak mümkün değildir. Herhangi bir tasarrufta bulunmamış olsa bile, sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılmış olması durumunda, muhatabın, yenilik doğuran hakkın kullanılmış olduğuna ve sözleşmenin kısmen ayakta tutulduğuna yönelik haklı güveni korunmalıdır²³⁸⁰.

bu değişikliği artık tek taraflı olarak geri alamaz (...)”.

²³⁷⁴ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 27; Leser, Rücktritt, s. 278. Aynı görüşte bkz. Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 465 vd.

²³⁷⁵ Alman Federal Mahkemesi’nin içtihadına konu olan olayda, davacı, satın aldığı aracın üretimden kaynaklanan çeşitli arzılar nedeniyle ayıplı olduğunu iddia ederek, öncelikle aracın satış bedelinde %20 oranında indirim talep etmiş; ardından ise sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, tazminat talebiyle birlikte aracın iadesini ve bedelinin geri ödenmesini dava etmiştir. Ancak, mahkeme, davacının satış bedelinde indirim talebinde bulunarak sözleşmeyi kısmen devam ettirme iradesini ortaya koyduğunu ve bu seçimini yaptıktan sonra hakkından vazgeçmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, davacının indirim hakkını kullanarak sözleşmeye bağlı kalma tercihinin yaptığını ve bu nedenle aynı ayıba dayanarak sözleşmeden dönme talebinde bulunamayacağını hükme bağlamıştır. Bkz. AlMFm, BGH, NJW 2018, s. 2863.

²³⁷⁶ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216.

²³⁷⁷ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 16; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2762; Nomer, Borçlar Genel, N 197.6; İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; Yargıtay 14. HD, T. 16.11.2007, E. 2007/11905, K. 2007/14401 (YKD 2011/7, s. 1249). Ayrıca bkz. yukarıda, B.3/III/A/3/b, “Alacaklının Hemen Bildirimde Bulunması ve Bildirimin Hukuki Niteliği” isimli başlık.

²³⁷⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 9; Glasl, Rückabwicklung, s. 168-169; Pichonnaz, DC 2016, s. 331; Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 447 vd.; Nomer/Akbulut, N 267.

²³⁷⁹ Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N D 9; Pichonnaz, DC 2016, s. 331; Buz, Yenilik Doğuran Hak, s. 453; Nomer/Akbulut, N 267, dn. 353.

²³⁸⁰ Yenilik doğuran hakkın kullanmakla tükendiğinin kabul edilmesi, esasen muhatabın menfaatlerinin

Kısmi temerrüt rejiminde değiştirme hakkı (*ius variandi*), ancak, borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda, olumlu zararın tazmini talebinin boşa çıkması hâlinde veya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru şartlarının gerçekleşmiş olmaması sebebiyle alacaklının kısmi temerrüt yerine bütüncül temerrüt hükümlerine başvurma hakkının temelsiz kalması ihtimalinde kullanılabilir²³⁸¹. Başka bir deyişle, genel borçlu temerrüdü açısından olduğu gibi, kısmi temerrüt hâlinde de alacaklıya yalnızca bir **gerçek olmayan değiştirme hakkı** (“*unechtes ius variandi*”) tanınabilir²³⁸². O hâlde, alacaklının kullanmış olduğu seçimlik hakkın borçlunun kusursuz olması veya bütüncül temerrüt şartlarının sağlanmaması nedeniyle boşa çıkması hâlinde, gerçekte hiç var olmamış bir hakkın kullanıldığı sonucuna varılacağı için, alacaklının borçlu temerrüdünün ilk safhasına rücu etmesi ve yeniden seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Böylece, alacaklı, aynen ifadan vazgeçip vazgeçmeme aşamasına geri döner ve seçimlik haklarını baştan kullanır.

3. Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakların Kullanılacağı Bir Üst Süre Olup Olmadığı

Kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü rejimine başvurmak isteyen alacaklının, bu seçimini herhangi bir süre içinde kullanmasının gerekip gerekmediği konusunda tereddüt edilebilir. Nitekim, Alman Hukuku’nda, genel hükümlerin aksine, kısmi temerrüt hâlinde, sözleşmenin tamamından dönmek isteyen alacaklının, BGB § 314 Abs. III hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, **uygun bir süre** içinde, sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerektiği savunulmaktadır²³⁸³. Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshini düzenleyen BGB § 314 Abs. III hükmü uyarınca²³⁸⁴, haklı sebeple sözleşmeyi feshetmeye yetkili olan kişinin, fesih sebebini öğrendikten sonra, yalnızca uygun bir süre içinde sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir.

korunması içindir. Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Hak, s. 448; **Nomer/Akbulut**, N 267.

²³⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.3/III/A/3/f/ii**, “*Kısmi Temerrütte Özel Olarak Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu*” isimli başlık.

²³⁸² Bu görüşte bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 170; **BK-Koller**, Art. 366 OR N 392 vd., 410; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2790-2792; **Koller**, ZSR 1997, s. 503; **Jermann**, N 154 vd.; **Koller**, Verzichtsfolgen, s. 11-16; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 644-647; **Kissling**, s. 1289-1293; **Glasl**, Rückabwicklung, s. 174-176; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1674; **Öz**, Dönme, s. 181, dn. 133.

²³⁸³ **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 214.

²³⁸⁴ **BGB § 314**: “(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat”.

Temel olarak, alacaklının seçimlik haklarını, takdir ettiği ek sürenin sonunda kullanması ve borçluya karşı ileri sürmesi gerekir²³⁸⁵. Söz konusu seçimlik haklara, borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi yoksa tamamen mi başvurulacağı hususu dâhildir. Öte yandan, borçlu temerrüdü devam ettiği müddetçe, alacaklı, tekrar ek süre tayin ederek seçimlik haklarını kullanabilir.

Alacaklının, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkı tanıyan özel koşullardan birinin gerçekleşmesi üzerine, söz konusu sebebin gerçekleştiğini bilmesine rağmen, uzun bir süre kısmi ifayı iade etmemesi ve borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmaması, borçlu nezdinde, dürüstlük kuralı uyarınca, kısmi ifanın iade edilmeyerek, sözleşmenin kısmen ayakta tutulacağı yönünde haklı bir güven uyandırabilir. Zira, alacaklı, her ne kadar, bu ihtimalde, kısmi veya tam temerrüt arasında seçim yapma hakkına sahip olsa da, kısmi temerrüt hâlinde kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının kısmen meydana gelmesidir. Borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, dürüstlük kuralı uyarınca, muhatap nezdinde borçlu temerrüdüne kısmen başvuracağı yönünde bir haklı güven yaratmaktan kaçınmalıdır. O hâlde, Alman Hukuku'na benzer şekilde, borçlu nezdinde haklı bir güven uyandırmamak için, dürüstlük kuralı uyarınca, uygun bir süre içinde, alacaklının ek süre tayin ederek borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurması isabetli olur.

Dürüstlük kuralı uyarınca takdir edilen uygun süre, BGB § 314 Abs. III hükmü açısından olduğu gibi, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmaya imkân tanıyan sebebin öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlar. Uygun süre denince, TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) uyarınca tanınan ek süre gibi kısa bir zaman dilimi değil, dürüstlük kuralı uyarınca borçlu nezdinde haklı bir güvenin meydana gelmesine engel olacak uzunlukta bir süre anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, uygun sürenin, alacaklıya düşünme ve harekete geçme imkânı tanıyacak uzunlukta olması gerekir.

4. Alacaklının Ek Süre Tayin Ederken Borçlu Temerrüdüne Tamamen Başvuracağı Tehdidinde Bulunmasının Gerekip Gerekmediği

Her ne kadar, alacaklının ek sürenin sonunda derhâl bildirimde bulunarak borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı konusunda bir karar vermesi gerekirse de, ek süre (*mehil / önel / lütuf süresi*) tayin eden alacaklının,

²³⁸⁵ Bkz. yukarıda, **B.4/III/B/2**, “*Borcun Tamamı Bakımından Seçimlik Hakların Kullanılacağı Zaman*” isimli başlık

ek süre tayin ederken, sürenin sonuçsuz kalması hâlinde, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı ihtarında bulunmasının gerekip gerekmediği tereddüt konusu olmuştur. Özellikle, kısmi ifanın faydasız kalması gibi bazı özel koşullar, alacaklının şahsına ve borçlu tarafından bilinmesi ihtimal dışı görüşen bazı vakıalara bağlı olduğu için, borcun ifa edilmemiş kısmının ifa edilmesi amacıyla tayin edilen ek sürenin sonunda, borcun tamamı için seçimlik hakların kullanılması, borçlu açısından şaşırtıcı ve beklenmedik olabilir²³⁸⁶. Alacaklının borçluya ek süre tayin ederken sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanabileceği veya aynen ifadan kısmen değil tamamen vazgeçebileceği tehdidinde bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda, özellikle Alman Hukuku'nda iki temel görüş mevcuttur²³⁸⁷. Söz konusu görüşler, İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu tartışmaya dâhil edilmesi nedeniyle İsviçre-Türk Hukuku açısından da önem taşır:

- a. İlk görüş uyarınca²³⁸⁸, alacaklının, kısmi temerrüt hâlinde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurabileceği konusunda, borçluyu bilgilendirmesi gerekir. Zira, borcun tamamı bakımından seçimlik hakların kullanılması ihtimaline karşı, borçlunun korunması gerekir. Bu görüş çerçevesinde, böyle bir bildirim yükümlülüğü, dürüstlük kuralından²³⁸⁹ veya kaynağını dürüstlük kuralı ve birlikte kusur ilkesinden alan zararı artırmama külfetinden²³⁹⁰ ileri gelir. Alacaklının ek süre tayin ederken, sürenin sonuçsuz kalması hâlinde, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı

²³⁸⁶ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213.

²³⁸⁷ Söz konusu tartışma, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu'ndan önce, BGB § 326 (aF) hükmü açısından da mevcuttu. Tartışma konusunda detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 423.

²³⁸⁸ CHK-Furrer/Wey, Art. 109 OR N 36; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 107; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; AlmIM, RGZ 50, s. 138 vd.; AlmFM, BGZ, WM 1982, s. 1146 vd., özellikle, s. 1147; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²³⁸⁹ Dürüstlük kuralının (BGB § 242) ve çelişkili davranış yasağının uygulama alanından birini oluşturan zararı artırmama külfetine yani Alman Hukuku'nda BGB § 254 Abs. II hükmüne dayandığı görüşünde bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213. Birlikte kusur ("Mitverschulden") başlığını taşıyan BGB § 254 Abs. I uyarınca "Zarar, zarar görenin kusurundan kaynaklanmışsa, tazminat ödeme yükümlülüğü ve ödenecek tazminatın kapsamı, somut olayın koşullarına, özellikle de esas olarak zarara kimin ne ölçüde yol açtığına göre değişir". Zararı artırmama külfetini düzenleyen BGB § 254 Abs. II uyarınca ise "Bu durum, özellikle, zarar görenin kusurunun, borçlunun bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı alışılmadık derecede yüksek bir zarar tehlikesi konusunda borçluyu uymayı ihmal etmesi veya zararı azaltmamış veya önlememiş olmasıyla sınırlı bulunması hâlinde de geçerlidir". BGB § 254 f. II hükmünde zarar görene yönelik üç külfet düzenlenmiştir. Bunlardan ilki zarar vereni uyarma, ikincisi zararı önleme, üçüncüsü ise zararı azaltma külfetidir. Bkz. MüKoBGB-Oetker, BGB § 354 N 69 vd.

²³⁹⁰ Dürüstlük kuralına, yani Alman Hukuku'nda BGB § 242 hükmüne dayandığı görüşünde bkz. MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 107.

tehdidinde bulunmasıyla birlikte, borçlu, borcun kalan kısmını ifa etmemesi ihtimalinde hangi sonuçla karşılaşacağını öngörmüş olur. Aksi hâlde, alacaklı, seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmeyen kısım nazara alarak kullanabilir; yani, sözleşmeden kısmen dönebilir veya ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir. Borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklı, borçluya tekrar ek süre tayin etmek zorunda kalır.

Bu görüşü savunan yazarlar, art arda teslimli satış sözleşmesi açısından, sözleşmenin henüz muaccel hâle gelmemiş sonraki ifasından vazgeçmek isteyen alacaklının, ek süre tayin ederken, borçluya sözleşmenin tamamından döneceği yönünde bir ihtarda bulunması gerektiğini belirten Alman Yüksek Mahkemesi'ne atıfta bulunmaktadır²³⁹¹. İsviçre Federal Mahkemesi de art arda teslimli satış sözleşmesi ve taksitli sözleşmeler konusunda Alman Yüksek Mahkemesi'yle aynı görüştedir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre²³⁹², alacaklı, kural olarak, borçlu temerrüdüne ancak vadesi gelmiş ve muaccel olmuş taksitler için başvurabilir. Öte yandan, borcun gelecekte muaccel hâle gelecek olan kısmının ifa edilmesi ihtimal dışında görünüyorsa veya tehlikeye düşmüşse, alacaklı, borcun tamamı için borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma imkânı edinir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre²³⁹³, alacaklının henüz vadesi gelmemiş edimler bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilmesi, örneğin sözleşmenin tamamından dönebilmesi için, yalnızca vadesi gelen taksitler için uygun bir ek süre tayin etmesi yeterli değildir. Ayrıca, alacaklı, dürüstlük kuralı uyarınca, ek süre tayin ederken sonraki taksitlerden feragat etme yönündeki iradesini borçluya bildirmelidir. Başka bir deyişle, ek süre tayin eden alacaklı, belirlenen sürenin sonunda, borcun muaccel hâle gelmiş olan kısmı ifa

²³⁹¹ **AlmİM**, RGZ 50, s. 138 vd. Bkz. **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 107; **MüKoBGB-Ernst**, BGB § 323 N 213.

²³⁹² **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99. Karar için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 22. Ayrıca bkz. aşağıda, **B.4/IV/A**, “*Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi*” ile yukarıda, **B.4/II/D/1**, “*Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması*” isimli başlıklar.

²³⁹³ **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99: “(...) Bir taksitin ödemesinde temerrüde düşülmesi durumunda, şayet alacaklı sonraki taksitlerden de vazgeçmek istiyorsa, yalnızca vadesi geçen taksitler bakımından ek süre belirlenmesi yeterli değildir. Bu durumda, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklının, bir süre belirlerken, sonraki kısmî ödemelerin ifasından vazgeçtiğini bildirmesi gerekir. Temerrüde düşen borçlu, ne ile karşı karşıya kaldığını bilmelidir. Bu durumda, süre vermeye gerek olmayan hâlleri düzenleyen İsvBK m. 108 kısmi temerrüt hâline kıyasen uygulanır. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin gereksiz olduğu anlaşılıyorsa veya sözleşmenin bir hükmü, alacaklıya, bir veya birkaç taksitin gecikmesi durumunda, sözleşmenin tamamı için İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvuru imkânı tanıyorsa, alacaklının sonraki ödemelerden vazgeçme iradesini beyan etmesi gerekli değildir (...).”

edilmezse, ifanın tamamından vazgeçeceğini veya borcun tamamı bakımından sözleşmeden döneceğini borçluya ihtar etmelidir. Yüksek Mahkeme'ye göre, borçlu, dürüstlük kuralı uyarınca, henüz muaccel hâle gelmemiş olan kısım bakımından neyle karşılaşacağını bilmek zorundadır.

- b. İkinci ve aksi yöndeki görüş uyarınca²³⁹⁴, alacaklının ek süre tayin ederken, seçimlik haklarını, borcun tamamı bakımından kullanacağı tehdidinde bulunması gerekmez. Alacaklının, henüz ek süre tayin ederken borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağını veya böyle bir ihtimalin mevcut olduğunu bildirmesi, başka bir deyişle, sürenin sonunda yapması gereken bir tercihi, ek süre tayin ederken yapması, alacaklı açısından öngörülmüş katı bir koşul olur. Zira, alacaklının henüz ek süre tayin etmeden, özel şartlardan birinin gerçekleştiğini öngörmesi, örneğin kısmi ifanın kendisi açısından faydasız olduğunu fark etmesi mümkün olmayabilir. Borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuru şartlarının ek sürenin sonunda gerçekleşmesi de ihtimal dâhilindedir²³⁹⁵.

Bu görüşe göre, art arda teslimli satış sözleşmesi ile taksitli sözleşmeler bakımından ortaya konan ilkelerin, kısmi temerrüt rejiminin tamamı bakımından uygulanması ve seçimlik hakların borcun tamamı bakımından kullanıldığı her durumda, alacaklının borçluya önceden bildirimde bulunması isabetli değildir. Art arda teslimli satış sözleşmesi ile taksitli sözleşmelerde durum farklıdır. Zira, bu tür sözleşmelerde alacaklı, muaccel hâle gelmediği için, borçlunun henüz temerrüde düşmemiş olduğu kısım bakımından seçimlik haklarını kullanmak istemekte ve gerçek anlamda borçlu temerrüde düşmeden, öncelenmiş bir temerrüt rejimine başvurulmaktadır²³⁹⁶. Henüz muaccel hâle gelmemiş olan gelecekteki taksit veya teslimatlar açısından seçimlik hakların kullanılmak istenmesi durumunda, ek süre tayin eden alacaklının, sözleşmenin tamamı bakımından borca aykırılık yaptırımlarına başvuracağını borçluya bildirmesi şarttır. Buna karşılık, borçlunun muaccel hâle gelmiş olan ve kısmen ifa ettiği borcu bakımından temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının, ek süre tayin

²³⁹⁴ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 423.

²³⁹⁵ Örneğin, tekrar satmak için mal satın alan bir alıcı, teslim aldığı malı kısmen de olsa satma imkânına sahip olabilir. Öte yandan, alıcının satın aldığı kısmi edimi tekrar satma imkânı, ek sürenin sonunda ortadan kalkabilir. Alıcının kendi alıcılarına kısmi ifayı kabul ettirememesi böyledir. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146.

²³⁹⁶ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 423.

ederken, borcun tamamı açısından seçimlik haklarını kullanacağını alacaklıya ihtar etmesi gerekmez. Böyle bir zorunluluk, kanunda öngörülmemiştir²³⁹⁷. Keza, alacaklının borçluya, kalan borcu ifa etmemesi durumunda sözleşmenin tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağını ihtar etmemesi, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından seçimlik hakların kullanılacağı yönünde, borçlu nezdinde bir haklı güven yaratmaz²³⁹⁸.

Kanımızca, ikinci görüşü savunan yazarların ortaya koydukları gerekçeler, Alman Hukuku açısından olduğu gibi, İsviçre-Türk Hukuku bakımından da isabetlidir. Kural olarak, ek süre tayin eden alacaklının, ek süre tayin ederken, sürenin sonuçsuz kalması üzerine, seçimlik haklarını borcun tamamı bakımından kullanacağı tehdidinde bulunması gerekmez. Alacaklının borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanıp kullanmama yönündeki tercihini henüz ek süre tayin etmeden gerçekleştirmesi oldukça zordur.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin art arda teslimli satış sözleşmesi ile taksitli sözleşmeler açısından ortaya koyduğu içtihadı, konumuz açısından uygulanabilir değildir²³⁹⁹. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, sonraki tarihli güncel bir kararında²⁴⁰⁰, daha önceden ortaya koyduğu söz konusu ilkelerin, art arda teslimli satış sözleşmeleri ve diğer kısmi teslimatlar açısından uygulanabilir olduğunu belirtmiş ve

²³⁹⁷ Böyle bir zorunluluk kanunda öngörülmediği gibi, öğretide, alacaklının borcun ifa edilmesine yönelik olan menfaatinin ortadan kalkması durumunda ek süre tayin etmeye gerek olmadığı; dolayısıyla, kısmi ifada herhangi bir menfaatinin kalmaması gerekçesiyle, sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvuran alacaklının, BGB § 323 ve § 242 uyarınca ek süre tayin zorunda olmadığı; bu nedenle, ek süre tayin ederken seçimlik hakların borcun tamamı açısından kullanılacağına yönelik bir ihtarda bulunulmasının da gerekmediği savunulmaktadır. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146. Kanımızca bu gerekçe isabetli değildir. Zira, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi için, alacaklının daha önce ifa edilmiş olan kısmi edim bakımından ifa menfaatinin ortadan kalkması gerekir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 209. Oysa süre vermeye gerek olmayan hâl, alacaklının ifa edilmeyen borç bakımından ifa menfaatini kaybetmesi hâlidir.

²³⁹⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146.

²³⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu içtihadı, yalnızca art arda teslimli satışlar ile taksitli sözleşmeler gibi diğer durumlarda uygulama alanı bulur. Bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219 vd.; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Bucher, AT, s. 382 vd.; Hürlimann, SLV, s. 44; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2814; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 413-414; Kuntalp, s. 102 vd. Söz konusu içtihat için bkz. İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²⁴⁰⁰ İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398: "(...) Bu konuda Federal Mahkeme, alacaklının yalnızca vadesi gelen taksitler bakımından İsvBK m. 107 hükmüne başvurabileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, sözleşmenin ileride ifa edileceği hususunun tehlikeye düşmüş olması durumunda veya alacaklının sözleşmede henüz muaccel hâle gelmemiş taksitler açısından da İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvurmak konusunda yetkili kılınması hâlinde bu duruma bir istisna tanımıştır (ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99). Fakat bu durum, öğretide isabetli bir biçimde ifade edildiği üzere, art arda veya başka türlü kısmi teslimat içeren sözleşmeler için geçerlidir (...)" Karar için bkz. Kara/Develioğlu, N 146. Kararın eleştirisi için bkz. Siegenthaler/Stöckli, s. 328.

açıkça önceki içtihadını, isabetli bir biçimde, henüz muaccel hâle gelmemiş edimler açısından borçlu temerrüdüne başvurulması hâliyle sınırlandırmıştır.

İstisnai olarak, somut olayın özel koşulları çerçevesinde ve dürüstlük kuralı uyarınca, borçlunun, sözleşmeden kısmen dönüleceği veya ifa edilmeyen kısım bakımından tazminat talep edileceği sonucunu beklemekte hukuken haklı olduğu söylenebiliyorsa, alacaklının, ek süre tayin ederken, seçimlik haklarını, borcun tamamı bakımından kullanacağını borçluya bildirmesi veya bu yönde bir ihtarda bulunması gerekir²⁴⁰¹. Aynı şekilde, alacaklının, ek süre tayin ederken veya ek süre tayin etmeden önce, bazı davranışlarda bulunarak, ek sürenin sonunda borcun kalan kısmının ifa edilmemesi hâlinde, yalnızca ifa edilmemiş kısım bakımından borçlu temerrüdüne başvuracağı yönünde bir intiba uyandırması hâlinde, ek süre tayin eden alacaklının, borçluya karşı borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurabileceği tehdidinde bulunması şarttır²⁴⁰². Bu gereklilik, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) uyarınca dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağına dayanır. Aksi hâlde, ilk görüşü savunan yazarlarca ifade edildiği üzere²⁴⁰³, alacaklı, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir ya da alacaklının, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı ihtarında bulunarak, tekrar ek süre tayin etmesi gerekir.

Hangi görüş savunulursa savunulsun, iki hâlde, mutlak bir biçimde, alacaklının, ek süre tayin ederken, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı ihtarında bulunmasına gerek yoktur:

- i. İlk olarak, Alman Hukuku'nda ilk görüşü savunan yazarlarca belirtildiği ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin taksitle satış konusunda ortaya koyduğu içtihadında vurguladığı üzere, ek süre vermeye gerek olmayan hâller (TBK m. 124; İsvBK m. 108) bakımından, alacaklının, seçimlik haklarını, kısmen değil tamamen kullanacağı tehdidinde bulunması gerekmez²⁴⁰⁴. Zira, kanun uyarınca ek süre tayin etmek zorunda olmayan alacaklıdan, borçluya karşı, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı ihtarında bulunmasını istemek yerinde olmaz.

²⁴⁰¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146.

²⁴⁰² Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146.

²⁴⁰³ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213.

²⁴⁰⁴ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 107-108; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 146; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

- ii. İkinci olarak, borçlunun, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından temerrüde dönüşmesi için aranan özel koşullardan birinin gerçekleştiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması ihtimalinde, alacaklının, borcun kalan kısmının ifa edilmemesi durumunda, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanacağı yönünde bildirimde bulunması gerekmez²⁴⁰⁵. Alacaklının borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkını kısmi ifayı kabul ederken saklı tutması veya sözleşmede yer alan bir hükmün alacaklıya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma hakkı vermesi böyledir²⁴⁰⁶. Keza, alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması hâlinde veya tarafların farazi iradeleri çerçevesinde ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması durumunda, borçlunun, borcun tamamı bakımından seçimlik hakların kullanılabileceğini bilebilecek durumda olması gerekir.

C. Dürüstlük Kuralının Durumu Hakkı Kılması ve Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi

1. Genel Olarak

Kısmi temerrüt rejimi içindeki yaptırımlara başvurulması durumunda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2; İsvMK m. 2) özel bir anlam taşımaz. Zira, kısmi temerrütte kural olarak bölümsel yaptırımlara başvurulduğu için, alacaklı ve borçlu arasındaki sinallagma ilişkisi kısmen de olsa korunmuş olur. Aynı şekilde, kısmi ifaya kısmi ifayla karşılık verilmesi, taraflar arasında bir dengesizliğe yol açmaz.

Kısmi temerrüt rejiminin yerini, borcun bütünü bakımından borçlu temerrüdüne bırakması durumunda, ise dürüstlük kuralı denetimine ihtiyaç duyulur. Borcun bir kısmının ifa edilmiş olmasına rağmen, aynen ifadan tamamen vazgeçerek edimin bütünü bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyen veya sözleşmenin tamamından dönerek borç ilişkisini bütünüyle çözümlemeyi amaçlayan alacaklı, **dürüstlük kuralı** ve **hakkın kötüye kullanılması** yasağına uygun davranmak zorundadır²⁴⁰⁷.

²⁴⁰⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 213; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²⁴⁰⁶ İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²⁴⁰⁷ Schenker, Schuldnerverzug, N 740.

Dürüstlük kuralının rolü, sözleşmeden dönme hakkı bakımından daha belirgindir. Zira, sözleşmeden tamamen dönme hakkının kullanılması, sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine çevirerek, alacaklı ve borçlu açısından, geri dönüşü olmayan ağır neticeler meydana getirir. Nitekim, öğretide genel olarak ifade edildiği üzere, sözleşmeden dönme hakkının, alacaklı tarafından, dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun şekilde kullanılması şarttır²⁴⁰⁸.

Kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi durumunda, alacaklı kısmi ifayı iade etmek zorunda kaldığı için, olumlu zararın tazmini seçimlik hakkının kullanılması da sözleşmeden dönme hakkı gibi çeşitli sakıncalar doğurabilir. Bu nedenle, seçimlik haklarını kısmen değil tamamen kullanmak isteyen alacaklı, TMK m. 2 hükmüne dikkat etmeli ve borçlunun korunmaya değer menfaatlerini gözetmelidir. Dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı şekilde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulması durumunda ise, kullanılmış olan seçimlik hak geçersiz sayılır²⁴⁰⁹.

2. Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi ve Borçlunun Temerrütte Olduğu Kısmın Önemsiz Olması

Kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi durumunda, borçlunun menfaatlerinin de gözetilmesi gerekir. Zira, bu ihtimalde, bir kısmi ifa engeli olan kısmi temerrüt hâlinde, sanki tümel bir ifa engeli varmış gibi, kısmi ifayla orantılı olmayan yaptırımlar uygulanır. Bu açıdan bakıldığında, borcun yalnızca bir kısmının ifa edilmesi hâlinde, söz konusu kısmi ifadan vazgeçilerek borcun bütünü ifa edilmemiş gibi borçlu temerrüdüne başvurulması, borçlunun borca aykırı davranışına nazaran daha ağır bir borca aykırılık yaptırımının uygulanması anlamına gelir.

Borcun ifa edilmemiş olan bakiye kısmının nispeten önemsiz olması ihtimalinde, dürüstlük kuralı uyarınca, sözleşmenin tamamından dönmek veya borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini istemek dürüstlük kuralına aykırı olabilir²⁴¹⁰. Bu nedenle, **borcun tama yakın veya önemli (esasl) bir kısmının ifa edilmiş olması** ve borçlunun borcun yalnızca önemsiz bir kısmında temerrüde

²⁴⁰⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 109 OR N 36; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2796-2797; Schenker, Schuldnerverzug, N 740.

²⁴⁰⁹ Schenker, Schuldnerverzug, N 740; İsvFM, ATF 128 III 70 = JdT 2003 I 4 = SJ 2002 I 302. Kararın Türkçe özeti için bkz. Kara/Develioğlu, N 56.

²⁴¹⁰ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2813; Tandoğan, Nullité, s. 292; İsvFM, ATF 91 II 344 = JdT 1966 I 530.

düşmesi ihtimalinde, alacaklının sözleşmenin tamamından dönmesi mümkün olmaz²⁴¹¹. Aynı şekilde, ifa edilmeyen kısım önemsizse, alacaklı, edimin tamamı bakımından aynen ifa yerine tazminat talep edemez²⁴¹².

Nitekim, kanun koyucu, kira sözleşmesinde, TBK m. 304 f. I (İsvBK m. 258 f. I) uyarınca, önemli ayıplar bakımından sözleşmenin tamamı için borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiş; önemli olmayan ayıplar açısından ise kiracıya böyle bir imkân tanınmamıştır. Öğretide²⁴¹³ söz konusu hükmün kısmi temerrüt hâlinde diğer borç ilişkileri açısından da nazara alınabileceği ve önemli olmayan eksiklikler için borçlu temerrüdüne tamamen başvurulamayacağı savunulmaktadır²⁴¹⁴.

Borcun henüz ifa edilmemiş olan kısmının önemsiz olup olmadığı, somut olayın koşulları çerçevesinde, bakiye borç ile sözleşmeyle kararlaştırılan toplam borç arasındaki ilişki nazara alınarak tespit edilir²⁴¹⁵. Şayet borçlu, borcunun önemli bir kısmını veya tamamına yakınına ifa etmişse, sözleşmeden tamamen dönme hakkına başvurulması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder²⁴¹⁶.

Bu duruma örnek olarak, bir bağımsız bölüm satın alan alıcının, satış bedelinin önemsiz bir kısmını ifa etmemesi örnek olarak gösterilebilir²⁴¹⁷. Şayet alıcı, satış bedelinin ufak bir kısmını ödememişse veya sorumlu olduğu devir masraflarını karşılamamışsa, ilk bakışta satıcının karşı edim borcunun bölünebilir olmaması sebebiyle sözleşmeden tamamen dönme hakkına sahip olduğu düşünülebilir. Öte

²⁴¹¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 421; Tandoğan, Nullité, s. 292; İsvFM, ATF 91 II 344 = JdT 1966 I 530. Sözleşmeden dönme, olumlu zararın tazmini talebine nazaran çok daha ağır bir yaptırım olduğu için, öğretide, borcun önemli bir kısmının ifa edilmesi durumunda, alacaklının sözleşmenin tamamından dönemeyeceği belirtilmekte; soruna sözleşmeden dönme yaptırımı özelinde yaklaşılmaktadır. Bu yönde bkz. Tandoğan, Nullité, s. 292; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214.

²⁴¹² Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N C 24.

²⁴¹³ Borcun önemli kısmının ifa edilmesi ihtimalinde, TBK m. 304 f. I (İsvBK m. 258 f. I) hükmünden kıyasen yararlanılabileceği yönünde bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813, dn. 119.

²⁴¹⁴ İtalyan Medeni Kanunu'nda da, genel bir düzenlemeyle, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, edimin ifa edilmemiş kısmının önemli olması aranmıştır. İTMK m. 1455 uyarınca, taraflarından birinin menfaatlerine nazaran, diğer tarafın borcunu ifa etmemesinin çok az önem taşıması durumunda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Benzer bir yaklaşımın İsviçre-Türk Hukuku açısından benimsenmesi mümkündür. **Codice Civile art. 1455, Importanza dell'inadempimento: “(It) Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”**. Ayrıca bkz. Tandoğan, Nullité s. 290.

²⁴¹⁵ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 106.

²⁴¹⁶ Tandoğan, Nullité, s. 292. Aynı yönde bkz. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 421; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2813.

²⁴¹⁷ Bkz. Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 421.

yandan, alıcının temerrütte olduğu kısmın, satış bedelinin tamamına nazaran önemsiz olması sebebiyle, satıcının sözleşmeden tamamen dönmesi mümkün olmaz.

3. Borçlunun Menfaatlerinin Gözetilmesi ve Borçlunun Orantısız Bir Zarara Uğrayacak Olması

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2) marifetiyle, alacaklının borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmasının engellendiği diğer bir durum, borçlu temerrüdüne tamamen başvurulmasının borçlu nezdinde **orantısız bir sakınca yaratması** (*unverhältnismässige Nachteile / préjudice disproportionné*) veya **oransız bir zarara yol açması** hâlidir²⁴¹⁸. Şayet borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurulması, borçlu nezdinde orantısız bir sakınca yaratacaksa veya borçlunun ölçüsüz bir zarara uğraması söz konusu ise, alacaklının seçimlik haklarının yalnızca ifa edilmeyen kısımla sınırlandırılması gerekir. Zira, hakkın kullanılmasının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile muhatabına vereceği zarar arasındaki aşırı oransızlık, dürüstlük kuralına aykırıdır ve hakkın kötüye kullanımı sayılır²⁴¹⁹.

Öğretide bu sonuca varılırken, isabetli bir biçimde, TBK m. 230 f. I c. 2 (İsvBK m. 209 f. II) hükmünden kıyasen yararlanılmaktadır²⁴²⁰. Zira, TBK m. 230 f. I c. 2 uyarınca²⁴²¹, “*alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamaması zorunludur*”. TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünden kıyasen yararlanılması neticesinde, kısmi ifanın iade edilmesinin borçluya herhangi bir fayda sağlamaması ve alacaklının kısmi ifadan daha iyi bir biçimde yararlanabilecek olması durumunda, kısmi temerrütte ısrar edilmesi gerekir. Böylece, kısmi temerrüt dâhilinde kalınarak tarafların menfaatleri dengelenmiş olur.

Aynı şekilde, satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk rejiminde, “*durumun haklı göstermemesi*” hâlinde, sözleşmeden dönme yerine bedel indirimi hakkının

²⁴¹⁸ Gauch, Werkvertrag, N 688; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Schenker, Schuldnerverzug, N 773. Benzer yönde bkz. Serozan, Dönme, s. 390.

²⁴¹⁹ BK-Merz, Art. 2 ZGB N 33, 285 vd.; CR-Chappuis, art. 2 CC N 31; BSK-Lehmann/Honsell, Art. 2 ZGB N 37-38; Deschenaux, Traité, s. 168 vd.; Oğuzman/Barlas, N 878; Dural/Sarı, N 1260-1261; İsvFM, ATF 135 III 162; ATF 138 III 401 = JdT 2015 II 267 = SJ 2012 I 446; İsvFM, 19.9.2017, 4A_573/2016 = SJ 2019 I 193 = DC/BR 2018, 180; 20.3.2019, 4A_461/2018. Kararlar için bkz. Kara/Develioğlu, N 133, 197, 209.

²⁴²⁰ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Tandoğan, Nullité, s. 292.

²⁴²¹ TBK m. 230 f. I c. 2 (İsvBK m. 209 f. II) konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/2/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Tamamen Dönme*” isimli başlıklar.

kullanılabileceğini öngören TBK m. 227 f. IV (İsvBK m. 205 f. II) hükmü de bir başvuru kaynağıdır²⁴²². Kısmi dönmenin hukuken indirim hakkı şeklinde nitelendirildiği nazara alınacak olursa, durumun haklı göstermemesi hâlinde, sözleşmeden dönme yerine, bedel indirimi hakkıyla yetinmek mantıklı bir çözüm yoludur.

Borçlunun orantısız bir zarara uğraması nedeniyle, alacaklının haklarının ifa edilmemiş kısımla sınırlı tutulması için, alacaklının elde ettiği kısmi ifadan yararlanabiliyor olması veya edimin kısmen yerine getirilmesinin alacaklı açısından faydalı olması gerekir²⁴²³. Şayet, alacaklı, borcun tamamının ifa edilmemesi nedeniyle, herhangi bir surette, kısmi ifadan yararlanamıyorsa veya kısmen ifa edilmiş olan edim, alacaklıya herhangi bir fayda sağlamıyorsa, alacaklı yine seçimlik haklarını borcun tamamı bakımından kullanabilir.

Kısmi ifanın alacaklıya fayda sağlaması koşuluna, TBK m. 486 f. I c. 2 (İsvBK m. 379 f. II) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde ulaşılr²⁴²⁴. TBK m. 486 f. I c. 1 hükmü uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşmenin, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiş; ayrıca, iş sahibi bakımından bir kısmi ifayı kabul zorunluluğu öngörülmüştür. TBK m. 486 f. I c. 2 uyarınca ise, iş sahibi, “*eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise*”, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü kılınmıştır. Örneğin, eserin meydana getirilmiş olan kısmının iş sahibinin arsasına inşa edilmesi ihtimalinde veya kısmen ifa edilen eserin yüklenicinin malzemesiyle meydana getirilmesi durumunda, sözleşmenin tamamından dönme, yüklenici açısından önemli bir zarar doğurabilir²⁴²⁵. Böyle bir durumda, alacaklı, ifa edilmiş olan kısımdan yararlanabilecek durumda ise, seçimlik haklarını tamamen değil, kısmen kullanmalıdır²⁴²⁶.

²⁴²² Serozan, Dönme, s. 390.

²⁴²³ Schenker, Schuldnerverzug, N 773; Gauch, Werkvertrag, N 688; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214.

²⁴²⁴ Gauch, Werkvertrag, N 688; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 214; Schenker, Schuldnerverzug, N 773.

²⁴²⁵ Lemp, s. 62; Gauch, Werkvertrag, N 688; Lemp, s. 62; Schenker, Schuldnerverzug, N 773. Eser sözleşmesi başlığını taşıyan ünlü eserinde Gauch, bu durumu, sözleşmenin ileriye etkili (*ex tunc*) feshi ile sözleşmeden geçmişe etkili (*ex nunc*) dönme ayrımı çerçevesinde ele almakta; İsvBK m. 379 f. II (TBK m. 486 f. I c. 2) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, yüklenicinin temerrüdü hâlinde, sözleşmenin geçmişe yönelik olarak sona erdirilmesinin, yükleniciye önemli bir zarar yaratması söz konusu ise, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Gauch, Werkvertrag, N 688.

²⁴²⁶ Schenker, Schuldnerverzug, N 773.

Borcun ifa edilmiş olan kısmının, aynen iade edilmesinin hiç veya önemli bir sakınca doğurmaksızın mümkün olmaması durumunda da zarar tehlikesi meydana gelir²⁴²⁷. Bölünebilir olan işgörme edimlerinin kısmen ifa edilmesi hâlinde, ifa edilmiş olan kısım, borçluya iade edilemeyeceği için, önemli bir zarar tehlikesiyle karşılaşan borçlu, temerrüdün sonuçlarına kısmen başvurulmasını isteyebilir²⁴²⁸. Örneğin, bir dış hekimi, bölünebilir olan edimini kısmen ifa ettikten sonra, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen başvurulmasını talep edebilir²⁴²⁹. Keza, eserin meydana getirilmiş olan kısmının iş sahibinin arsasına inşa edilmesi ihtimalinde veya kısmen ifa edilen eserin yüklenicinin malzemesiyle meydana getirilmesi durumunda da aynı tehlike söz konusudur²⁴³⁰.

TBK m. 486 f. I c. 2 hükmünün kısmi temerrüt hâline kıyasen uygulanması neticesinde, alacaklı, daha önce gerçekleşen kısmi ifadan yararlanabilecek durumda ise, borçlunun önemli bir zarar tehlikesine uğraması ihtimalinde, seçimlik haklarını kısmen kullanmak zorundadır. Buna karşılık, alacaklı daha önce kısmen ifa edilen edimden yararlanabilecek durumda değilse, kendisinden söz konusu kısmi ifayı elde tutarak, karşılığında karşı edim borcunu ifa etmesini beklemek, hakkaniyete uygun olmaz²⁴³¹. Kısmi ifadan herhangi bir şekilde fayda sağlayamayan alacaklı, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanabilir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurmasının, dürüstlük kuralına aykırı şekilde, borçlu nezdinde, önemli bir sakınca yaratması durumunda, alacaklının borcun tamamını nazara alarak kullanmış olduğu seçimlik hak geçersiz sayılır²⁴³². Başka bir deyişle, borcun tamamı

²⁴²⁷ **Lemp**, s. 62.

²⁴²⁸ **Lemp**, s. 62. İşgörme edimlerinde bütüncül temerrüt yerine kısmi temerrüt rejiminin uygulanması, işgörme edimi açısından zaten zor olan tasfiye sürecini bir nebze olsun kolaylaştırır.

²⁴²⁹ **Lemp**, s. 62.

²⁴³⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 688; **Lemp**, s. 62; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 773. Zira, alacaklının sözleşmeden tamamen dönmesi durumunda, kendi arsasında yer alan inşaata, yükleniciye kâr marjı ödemeksizin, yalnızca maliyetine, yani işçilik ve malzeme ücreti ödeyerek sahip olur. Buna karşılık, kısmi dönme hâlinde, inşa edilmiş kısım bakımından iş sahibi, satış bedelini ifa etmek zorunda kalacağı için, maliyetin ötesinde, yüklenicinin elde edeceği kârı da ödemek durumunda kalır. Esasen, bu durum, binanın belli bir oranda inşasının tamamlanması durumunda sözleşmeden dönmenin ileriye etkili fesih şeklinde sonuç doğuracağını belirten Yargıtay'ın meşhur içtihadı birleştirme kararına benzer. Karar için bkz. **Yargıtay İBK**, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (RG T. 27.2.1984, S. 18325).

²⁴³¹ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 773.

²⁴³² **Schenker**, Schuldnerverzug, N 740; **İsvFM**, ATF 128 III 70 = JdT 2003 I 4 = SJ 2002 I 302: "(...) Uyuşmazlık konusu yenilik doğurucu hakkın kullanılması, İsvBK m. 31 uyarınca, karşı tarafın rızası aranmaksızın, hukuki ilişkinin sona erdirilmesini sağlar. Sözleşmeyi aldatma veya esaslı yanlışla sebebiyle iptal etme hakkının tek taraflı sona erdirici bir etkisi olduğu hâllerde, karşı tarafın çıkarları da gözetilmelidir. Dolayısıyla, yenilik doğurucu böyle bir hakkın kullanımının koşulsuz ve geri dönülemez olması gerekir. Öte yandan, bu beyandan geri dönülememesi yönündeki kuralın bazı istisnaları vardır. Bu istisnalar, kanundan ve bunların amaçsal yorumundan ileri gelir. Bu durumda

bakımından borçlu temerrüdüne başvuru için aranan özel şartların somut olayda mevcut olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu durumda, alacaklıya seçimini değiştirme hakkı (“*ius variandi*”) tanınarak, alacaklının seçimlik haklarını, yalnızca ifa edilmeyen kısmı nazara alarak, yeniden kullanması gerekir²⁴³³.

Alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurmasının borçlu nezdinde önemli bir sakınca yaratması durumuna verilebilecek en güzel örnek, **kira sözleşmesi** açısındandır. Kiraya verenin karşı edim borcu, yani kiralananın kullanım hakkını devretme ve kiralananı teslim etme yükümlülüğü bölünebilir olmadığı için, kira bedelinin kısmen ifa edilmesi durumunda, kiraya verenin kural olarak borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurması mümkündür. Öte yandan, kiracının kira bedelinin önemsiz bir kısmını ödememesi durumunda, kiraya verenin kiracının temerrüdü sebebiyle kiralananın tamamen tahliyesini talep etmesi, hem borcun kalan kısmının önemsiz olması sebebiyle dürüstlük kuralına aykırıdır; hem de borçlu nezdinde orantısız bir sakınca veya önemli bir zarar meydana getirmeye elverişlidir. Bu nedenle, kiracının kira bedelinin önemsiz bir kısmını ifa etmemesi durumunda, kiralananın tamamının tahliye edilmesi kural olarak mümkün değildir. Bu durumda, kiraya verenin aynen ifa veya olumlu zararın tazmini yollarına başvurması gerekir.

Yargıtay’ın kira bedelinin asıl alacağa oranla önemsiz bir kısmının ifa edilmemesi durumunda kiralananın tamamen tahliyesine karar vermesi²⁴³⁴, kanımızca

belirleyici olan, karşı tarafın korunması ihtiyacının varlığı ve kapsamıdır. Ayrıca, Federal Mahkeme’ye göre, sözleşmeyi geçersiz kılmaya ilişkin irade beyanı, kıyas yoluyla İsvBK m. 9 uyarınca geri alınabilir. Öte yandan, sözleşmeyi geçersiz kılma beyanı, dürüstlük kuralı (İsvMK m. 2, İsvBK m. 25 f. I) ilkesini ihlâl ettiği için geçersiz olabilir (...)”. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kara/Develioğlu**, N 56.

²⁴³³ Bkz. yukarıda, **B.3/III/A/3/f/ii**, “*Kısmi Temerrütte Özel Olarak Ius Variandi (Değiştirme Hakkı) Sorunu*” isimli başlık.

²⁴³⁴ Yargıtay 5485 TL kira bedeli ve 408,51 TL temerrüt faizi talebinden yalnızca 290,84 TL faiz alacağını kabul etmiş ve kiralananın tahliyesine hükmetmiştir. Bkz. **Yargıtay HGK**, E. 2013/6-192, K. 2013/1560, T. 13.11.2013 (Kazancı); **Yargıtay 6. HD**, E. 2012/6713, K. 2012/9866, T. 2.7.2012 (Kazancı): “(...) Dava, 5.485-TL asıl alacak 408,51-TL işlemiş faizin tahsili için tahliye istekli olarak yapılan icra takibine vaki kısmi itirazın kaldırılması, takibin devamı, %40 icra tazminatı, temerrüt nedeni ile tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne 5.485-TL asıl alacağa yönelik itirazın kaldırılması isteminin reddine, 290,84-TL işlemiş faiz alacağına yönelik istemin kabulüne, bu miktar üzerinden itirazın kaldırılmasına takibin devamına, %40 icra tazminatının davalıdan tahsiline, reddedilen 5.485-TL üzerinden %40 icra tazminatının davacıdan alınarak davalıya verilmesine, kısmi temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 1-) Dosya kapsamına, toplanan delillere, kararın dayandığı gerekçelere göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir (...)”.

Söz konusu karar Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır. Bkz. **Yargıtay HGK**, E. 2013/6-192, K. 2013/1560, T. 13.11.2013 (Kazancı). Bir başka kararında icra mahkemesi, kira bedelinin tahsili amacıyla başlatılan takip çerçevesinde kira borcunun 37 TL eksik yatırılmasına rağmen kiralananın tahliyesine karar vermiş; Yargıtay ise, kira bedelinin sözleşmede belirli olmaması sebebiyle kararı bozmuştur. Bkz. **Yargıtay 8. HD**, E. 2017/3629, K. 2017/9990, T. 5.7.2017 (Kazancı): “(...) Mahkemece, takipte aylık kira bedeli 3.750 TL olarak belirtilmiş ise de davacının takibe dayanak yaptığı 12.02.2008 tarihli kira sözleşmesinin 3 numaralı

isabetli değildir. Her ne kadar, kiracının kısmen temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olmaması sebebiyle, kiraya verenin sözleşmeyi tamamen sona erdirebileceği düşünülebilirse de, borçlunun temerrütte olduğu kısmın önemsiz veya miktar bakımından az olması durumunda, bu sonucun engellenmesi gerekir.

Özellikle kira bedelinin TBK m. 344 uyarınca her yıl yeniden belirlenmesi ve tüketici fiyat endeksi oranında kira bedelinin artırılması sonucunda, kira bedelinin küsuratlı kısmı nazara alınmayarak, kiracı tarafından kira bedelinin bir miktar eksik ödenmesi ve kiraya verenin bu duruma itiraz etmemesi durumunda, daha sonra kira bedelinin eksik ödendiği ileri sürülerek, kiracıya karşı tahliye davası açılması dürüstlük kuralına aykırıdır. Kiraya veren, böyle bir durumda, kiracının kısmi temerrüdü nedeniyle sahibi olduğu hakları yalnızca ifa edilmeyen borç bakiyesi için kullanabilmelidir.

Buna karşılık, önemsiz bir miktar da olsa, kiracının kira bedelini eksik ödemeyi adet hâline getirmesi durumunda, aksi sonuca varmak mümkün olabilir. Zira, kiracının kira bedelini sürekli eksik ödemesi durumunda, sözleşmenin gereği gibi ve tam bir şekilde ifası tehlikeye düşmüş kabul edilerek, kiraya verene, sözleşmenin tamamını feshetme imkânı tanınmalıdır²⁴³⁵.

4. Alacaklının Kısmi İfayı Önemli Ölçüde Zarar Riskine Maruz Bırakması

Öğretide, daha önce elde ettiği kısmi edimi, önemli ölçüde zarar riskine maruz bırakan alacaklının, daha sonra kısmi edimin telef olması veya önemli ölçüde kötüleşmesi ya da zarara uğraması durumunda, sözleşmenin tamamından dönmek istemesinin, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) uyarınca, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu ifade edilmektedir²⁴³⁶. Bu sonuca varılırken,

bendinin sonunda yıllık kira artışının %5 oranında kararlaştırıldığı, bu durumda artışın buna göre yapılarak kiranın belirlenmesi gerektiği, bu doğrultuda oluşa uygun bulunan bilirkişi raporuna göre aylık kira bedelinin 2.933,41 TL olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle takibin 2.933,41 x 2 = 5.866,82 TL kira alacağı ile 32,36 TL işlemiş faiz toplamı olmak üzere toplam 5.899,18 TL üzerinden devamına, davalı tarafça 30.12.2015 tarihinde yatırılan 5.862,26 TL'nin TBK'nun 100. maddesi gereği İcra Müdürlüğüne nazara alınmasına ve davalının kısmi temerrüt sebebiyle kiralanandan tahliyesine karar verilmiştir. (...) Taraflar arasındaki uyuşmazlık aylık kira bedelinin tespiti noktasında toplanmaktadır. Bu konunun açıklığa kavuşması ise ancak genel mahkemede yapılacak yargılama sonucu anlaşılabileceğinden, Mahkemece, uyuşmazlık yargılamayı gerektirdiğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir (...).

²⁴³⁵ Bkz. yukarıda, **B.4/II/D/1**, “Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması” ve aşağıda, **B.4/IV/A**, “Taksitte Temerrüt (“Ratenverzug”) Rejimi” isimli başlıklar.

²⁴³⁶ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 36-37; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157, § 74, s. 170; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 10-13; **Biedermann**, s. 92 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2797;

dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının yanı sıra, TBK m. 228 (İsvBK m. 207) hükmünden kıyasen yararlanılmaktadır²⁴³⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere²⁴³⁸, öğretide bazı yazarlar, TBK m. 228 hükmünün kısmi temerrüt bakımından uygulanarak, kısmi ifanın alacaklının kusurundan kaynaklanan bir sebeple iade edilememesi durumunda, alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurma hakkını kaybedeceğini savunmaktadır. Benzer şekilde, alacaklının kısmi edimi önemli ölçüde zarar tehlikesine maruz bırakması nedeniyle edimin telef olması ve kötüleşmesi hâlinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı marifetiyle sözleşmeden tamamen dönme hakkının ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Zira, TBK m. 228 f. II uyarınca, kanun koyucu, satılanın alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olması veya alıcının onu başkasına devretmesi ya da biçimini değiştirmesi durumunda, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını belirtmiştir.

Hatta, *von Tuhr*, bir adım daha ileri giderek, sözleşmeden dönme hakkı, yalnızca taraflardan birinin özgür iradesine bırakılmışsa, sözleşmeden dönme hakkına sahip olan taraf kusurlu olmasa bile, aldığı edimi iade edebilecek durumda değilse, sözleşmeden dönme hakkını reddetmenin hakkaniyete ve tarafların varsayılan iradelerine uygun olacağını ifade etmektedir²⁴³⁹. Başka bir deyişle, yazar, İsvBK m. 207 f. III (TBK m. 228 f. II) hükmünde açıkça zikredilen kusur şartından da vazgeçerek, kusursuz bile olsa, alacaklının, kısmi ifayı iade edememesi durumunda sözleşmeden tamamen dönemeyeceğini belirtmektedir²⁴⁴⁰.

Kanımızca, alacaklının, kısmi edimi, herhangi bir zarar riskine maruz bırakması sebebiyle veya başka bir nedenle, kısmi edimin alacaklının kusuruyla yok olması, ağır bir biçimde zarara uğraması veya kötüleşmesi durumunda, alacaklının sözleşmenin tamamından dönmek istemesinin, dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması

Schenker, Schuldnerverzug, N 740.

²⁴³⁷ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 109 OR N 36-37; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157, § 74, s. 170; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 10-13. Kısmen ifa edilmiş olan edim bakımından TBK m. 228 (İsvBK m. 207) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. **CR-Thévenoz**, art. 109 CO N 2; **BK-Becker**, Art. 109 OR N 10; **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 214, Art. 109 OR N 36-37; **CHK-Furrer/Wey**, Art. 107 OR N 56; **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157, § 74, s. 170; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 739; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2796, 2802; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 66.35.

²⁴³⁸ Bkz. yukarıda, **B.4/III/A/3/b**, “*TBK m. 228 Hükmünün Uygulanması Görüşü*” isimli başlık.

²⁴³⁹ **von Tuhr/Escher**, § 74, s. 170.

²⁴⁴⁰ Oysa, *von Tuhr* ve *Escher*, eserinin diğer bir bölümünde ise, İsvBK m. 207 f. III (TBK m. 228 f. II) hükmüne kıyasen, alacaklının kusurlu olması durumunda, kısmi ifayı iade edememesinin, onu sözleşmenin tamamından dönme hakkından mahrum bırakacağını belirtmiş ve açıkça alacaklının kusuruna atıfta bulunmuştur. Krş. **von Tuhr/Escher**, § 73, s. 157.

yaşasına aykırı olduğu söylenemez. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, böyle bir sonuca, TBK m. 228 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde de varmak mümkün değildir. Zira, TBK m. 228 hükmünün, ayıplı ifa yerine, iade edilmesi gereken kısmi edim veya aynen iade borcu açısından uygulanması, menfaatler dengesine uygun düşmez²⁴⁴¹. Zira, alacaklının, kısmi edimi koruma ve ona özen gösterme yükümlülüğünün bulunmadığı nazara alınacak olursa, alacaklının ifa olarak kabul ettiği kısmi edim üzerinde tasarrufta bulunması, ona zarar vermesi veya kötüleştirilmesi ya da onu yok etmesi, kendisine kusur olarak izafe edilemez²⁴⁴². Nitekim, hiç kimse, kendisine ait olan bir şeyi kullandığı ve o şeye zarar verdiği için, hukuken kınanamaz. Ayrıca, kısmi ifayı kabul eden alacaklı, çoğu kez, borcun bir kısmının ifa edilmiş olmasından hareketle, borcun kalan kısmının da ifa edileceğine inanmakta haklı bir güven taşır²⁴⁴³. Alacaklının bu güveni, çok sonraları, borç bakiyesinin bir türlü ifa edilmemesi nedeniyle sarsılır ve alacaklı, sözleşmeden dönme yönündeki kararını, kısmi ifadan çok daha sonra verir. Bu nedenle, kısmi ifa üzerinde tasarrufta bulunan ve daha sonra sözleşmeden dönen alacaklının davranışının, kural olarak, dürüstlük kuralına aykırı olduğu veya hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenemez.

Alacaklının kısmi edimi, önemli ölçüde zarar riskine maruz bırakması ve akabinde, kısmi edimin zarara uğraması hâlinde, alacaklının sözleşmenin tamamından dönmek istemesi, kural olarak, TMK m. 2 f. II uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil etmezse de, istisnaen aksi sonuca varmak mümkündür. Nitekim, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan veya bu hakkı kullanacağı belli olduktan sonra, yani iyiniyet iddiasında bulunamayacağı bir evrede, kısmi edimi önemli ölçüde zarar riskine maruz bırakması ve bu yolla borçlunun kısmi edime daha sonra tekrar kavuşmasına kasten mâni olması, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Ancak bu sonuca varmak için, sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağına en azından belli olması ve alacaklının kasten hareket etmesi şarttır. Örneğin, alacaklının, kısmi ifa olarak kabul ettiği hammaddeyi, sözleşmeden tamamen dönme hakkını ileri sürdükten sonra imalatla kullanması ve nasılsa kısmi edimin değerini nakden tazmin edeceğini iddia etmesi böyledir. Bu durumda, alacaklının dönme beyanı ile kısmi ifayı kullanma yönündeki iradesi açıkça birbiriyle çelişir.

²⁴⁴¹ Bkz. yukarıda, **B.4/III/A/3/b**, “*TBK m. 228 Hükmünün Uygulanması Görüşü*” isimli başlık.

²⁴⁴² **Schenker**, Schuldnerverzug, N 740.

²⁴⁴³ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 730.

D. Borçlunun Borcun Tamamı Bakımından Temerrüt Hükümlerinin Uygulanmasını Talep Etmesi

Kısmi temerrüt hâlinde, alacaklıya, borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini talep etme veya sözleşmenin tamamı açısından sözleşmeden dönme hakkı tanıyan özel koşullar, temelde alacaklının menfaatlerinin korunmasını sağlar. Bu korumadan yararlanmak istemeyen alacaklı, şartların sağlanması hâlinde, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdünün sonuçlarına başvurma hakkına sahip olsa da, böyle bir tercihte bulunmak zorunda değildir²⁴⁴⁴. Alacaklının borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarına kısmen mi yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercih, bir yenilik doğuran haktır²⁴⁴⁵. Dolayısıyla, yukarıda sayılan özel koşullar mevcut olsa dahi, alacaklı, sözleşmeden tamamen dönmek veya borcun tamamı bakımından tazminat talep etmek yerine, sözleşmeden kısmen dönebilir veya ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir.

Alacaklının borçlu temerrüdünün sonuçlarına tamamen değil kısmen başvurması, bazı istisnai durumlarda, borçlunun menfaatlerini olumsuz etkileyebilir. Özellikle alacaklının sözleşmeden tamamen dönmek yerine sözleşmeden kısmen dönmesi bazı istisnai hâllerde borçlu nezdinde önemli bir zarar tehlikesi meydana getirebilir. Şayet, alacaklının borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarına kısmen başvurması, yani sözleşmeden tamamen değil kısmen dönmesi veya zararının kısmen tazminini istemesi, borçlu nezdinde **önemli bir zarar tehlikesi** meydana getiriyorsa veya borçlu açısından **ciddi bir sakınca** yaratıyorsa, borçlunun talepte bulunarak, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerinin uygulanmasını talep etmesi mümkündür²⁴⁴⁶.

Bazı yazarlar²⁴⁴⁷, bu durumu açıklarken, sözleşmenin bir bütün teşkil etmesi veya içeriğinin bölünemez nitelikte olması sebebiyle, borçlunun, kısmen değil tamamen borçlu temerrüdüne başvurulmasını talep edebileceğini belirtmektedir. Esasen, borçlunun, borçlandığı edimin bölünebilir olmaması gerekçesiyle, somut olayda kısmi de olsa bir ifanın bulunmadığını ileri sürmesi ve kısmi temerrüt rejimine

²⁴⁴⁴ MüKoBGB-Emmerich, BGB § 326 (aF) N 103, 111; MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216.

²⁴⁴⁵ MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 216; Serozan, Dönme, s. 389.

²⁴⁴⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 41; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Tandoğan, Nullité, s. 292; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Lemp, s. 62; Vetsch, s. 28; Biedermann, s. 73; Serozan, Dönme, s. 389. Ayrıca bkz. yukarıda, B.4/II/C/4, “Alacaklının veya Borçlunun Önemli Bir Zarara Uğrayacak Olması” isimli başlık.

²⁴⁴⁷ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 41; Vetsch, s. 28; Tandoğan, Nullité, s. 292.

kısmi ifa şartı sağlanmadığı için karşı çıkması mümkündür²⁴⁴⁸. Oysa, bu başlık altında incelenen husus, kısmi ifa şartıyla beraber kısmi temerrüt rejiminin gerçekleşmesi durumunda, borçlunun, kendi sorumluluğuna kısmen değil, tamamen başvurulmasını talep etmesi hâlidir. Dolayısıyla, söz konusu yazarların tercih ettiği sözleşmenin bir bütün teşkil etmesi veya içeriğinin bölünemez nitelikte olması ifadesi, sözleşmenin ifa edilmiş ve ifa edilmemiş kısmının birlikte değer taşıması ve bölünmesi hâlinde borçluyu zarara uğratabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

Önemli bir zarara uğrayacağını düşünmekte objektif olarak haklı olan borçlu, borçlu temerrüdünün kısmen değil tamamen tatbik edilmesini talep edebilir. Borçlunun fiilen ve somut bir biçimde zarara uğraması gerekmez; objektif olarak, zarara uğrama tehlikesi altında bulunduğunu düşünmekte dürüstlük kuralı uyarınca haklı olması yeterlidir.

Örneğin, birden fazla taşınmaz üzerinde inşaat yapılmasını konu edinen bir borç ilişkisinde, yüklenicinin bazı taşınmazlarda yer alan inşaat faaliyetlerini tamamlayıp diğerlerinde temerrüde düşmesi hâlinde, taşınmazlardan bir kısmının bölünerek, sözleşmeden kısmen dönülmesi, yüklenici nezdinde önemli bir zarar meydana getirir²⁴⁴⁹. Böyle durumlarda, borçlu, alacaklının kendi sorumluluğuna kısmen değil tamamen başvurulmasını talep edebilir. Benzer şekilde, yüklenicinin kendi arsası üzerine bina inşa edecek olması durumunda, iş sahibinin sözleşmeden kısmen dönmesi, yüklenici nezdinde önemli bir zarar tehlikesi meydana getirir. Zira, binanın yer aldığı taşınmazların bir kısmının kısmi dönme neticesinde bölünerek iş sahibine devredilmesi, bir kısmının yüklenicide kalması, inşaatın tamamına nazaran önemli bir değer kaybının yaşanmasına yol açar.

Öğretide, borçlunun borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen değil tamamen başvurulmasını talep edebilmesi sonuca varılırken, TBK m. 27 f. II (İsvBK m. 20 f. II) ve TBK m. 230 f. I c. 2 (İsvBK m. 209 f. II) hükmünden kıyasen yararlanılır²⁴⁵⁰. Kanımızca, borçlunun kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu

²⁴⁴⁸ Bkz. yukarıda, **B.2/II/B/1**, “*Bölünebilirlik Şartı*” isimli başlık.

²⁴⁴⁹ Esasen, yüklenicinin arsası üzerinde inşaat yapma borcunun yalnızca bir taşınmaz üzerinde gerçekleştirilmesinin borçlanması hâlinde, yüklenicinin ediminin bölünebilir olmaması gerekmesiyle kısmi temerrüt kurumuna değil, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurmak gerekir. Zira, yüklenicinin inşaatı gerçekleştirdiği arsayı taksim ederek borcunu kısmen de olsa ifa etmesi mümkün değildir.

²⁴⁵⁰ **Tandoğan**, Nullité, s. 292. Yalnızca İsvBK m. 209 f. II (TBK m. 230 f. I c. 2) hükmünden kıyasen yararlanıldığı görüşünde bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 213; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 770.

temerrüdü hükümlerinin uygulanması talep etme hakkı, TBK m. 27 f. II hükmüne değil, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmüne dayanır. Zira, kısmi hükümsüzlük rejimi, bir “koruma işlevi (*Schutzfunktion / effet préventif*)” ifa eder²⁴⁵¹. Başka bir deyişle, TBK m. 27 f. II, kısmi hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere kanuna konulmuş bir düzenlemedir. Kısmi hükümsüzlükten zarar gören taraf ileri sürmediği müddetçe, sözleşmenin diğer tarafı, geçersiz kısım olmasaydı sözleşmeyi akdedeceğini iddia edemez. Aksi yöndeki bir iddia, TMK m. 2 f. II uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılır. Kısmi temerrüt hâlinde zarar gören taraf, borçlu değil, kendisine karşı borca aykırı davranılan alacaklıdır. Nitekim, borçlu, eksik ifayı tamamlamayı seçerek, kısmi temerrüde her zaman son verebilir. Dolayısıyla, kısmi temerrütte ısrar eden alacaklıya karşı, borçlu, kıyasen TBK m. 27 f. II hükmüne başvuramaz.

Borçlunun, zarar görme tehlikesi hâlinde, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen değil tamamen başvurulmasını talep edebilmesi sonucuna, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde varılır²⁴⁵². Kanun koyucu, TBK m. 230 f. I c. 1’de, satılanın bir kısmının ayıplı olması ihtimalinde, alıcının kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kısmen kullanması gerektiğini öngörmüş; istisna olarak, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünde, borcun ayıplı kısmının ayıpsız kısmından, taraflardan birine objektif olarak önemli bir zarar vermeksizin ayrılamaması ihtimalinde, sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönülebileceğine hükmetmiştir²⁴⁵³.

Her ne kadar, alacaklı, borçlu tarafından, kısmi bir borca aykırılığa maruz bırakılmış olsa da, kanun koyucu, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünde, sözleşmenin tamamı bakımından dönme hakkına başvurma imkânını, yalnızca alacaklıyla sınırlandırmamış; aynı zamanda borçlunun menfaatlerini de gözeterek, borçluya önemli bir zarar tehlikesi ihtimalinde, sözleşmeden kısmen değil, tamamen dönme hakkını seçme imkânı tanımıştır. Nitekim, TBK m. 230 f. I c. 2 uyarınca, sözleşmenin tamamından dönebilmek için, kısmi dönmenin “alıcıya veya satıcıya” önemli bir zarar verebilecek olması aranmıştır. O hâlde, TBK m. 230 f. I c. 2 hükmünün aradığı “önemli

²⁴⁵¹ Hürlimann, Teilnichtigkeit, N 12; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 368; CR-Guillod/Steffen, art. 19/20 CO N 103-104; Tandoğan, Nullité, s. 89-90; Piotet, ZSR 1957, s. 101-102; Guhl/Koller, § 7 N 43; Gauch/Schlupe/Schmid, N 701; Engel, Obligations, s. 295; Schwenger/Fountoulakis, N 32.45. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 44 N 7; İsvFM, ATF 81 II 622; ATF 80 II 327 = JdT 1955 I 497; ATF 109 II 239 = JdT 1984 I 148 = Pra 1983, s. 768. Ayrıca bkz. yukarıda, B.4/II/C/2, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlık.

²⁴⁵² BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Tandoğan, Nullité, s. 292.

²⁴⁵³ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 10; Furrer, s. 70; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

zarar” koşulun gerçekleşmesi durumunda, alacaklı kadar, borçlu da, dönme hakkının sözleşmenin tamamı bakımından hüküm doğurmasını talep edebilir²⁴⁵⁴. Kısmi temerrüt açısından bakıldığında, önemli bir zarar tehlikesine maruz kalabilecek durumda olan borçlu, sözleşmeden kısmi dönme yerine sözleşmenin tamamından dönülmesini veya borcun ifa edilmeyen kısmı bakımından tazminat ödemek yerine borcun tamamı bakımından tazminat ödenmesini isteyebilir²⁴⁵⁵.

TBK m. 230 f. I c. 2 açısından, özellikle, satıcının, satılanın ayıpsız olan kısmını ayıplı olan kısmından ayrı ve daha iyi biçimde değerlendirme imkânı yoksa, sözleşmenin tamamından dönmek satıcının yararına olur. Aynı şekilde, satılanın, ticari teamül uyarınca, ekonomik bir birlik teşkil etmesi durumunda, yalnızca sözleşmenin bir kısmından dönülürse, borçlunun önemli bir zarara uğrayabileceği söylenebilir²⁴⁵⁶. Kısmi temerrüt hâlinde, borcun ifa edilmeyen kısmında daha sonra tasarruf etme imkânını kaybeden borçlu, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir. Benzer şekilde, sözleşmenin konusunu meydana getiren her bir malın münferit değerlerinin toplamının, sözleşme konusunun toplam değerinden önemli ölçüde daha düşük olması ihtimalinde, borçlunun, kısmi dönme yerine, sözleşmenin tamamından dönmeyi arzulaması mümkündür²⁴⁵⁷.

Örneğin, bir yemek takımının bazı parçalarının teslim edilmemesi ihtimalinde, alıcının sözleşmeden kısmen dönmek istemesi durumunda, borçlu, sözleşmeden dönme hakkının, sözleşmenin tamamı bakımından sonuç doğurmasını talep edebilir²⁴⁵⁸. Keza, bir mobilya takımı veya çok ciltli bir ansiklopedi gibi, birlikte bir bütün oluşturan eşyalar bakımından da durum aynıdır²⁴⁵⁹. Her ne kadar, birlikte bir bütün oluşturan söz konusu eşyalar bakımından, edim yükümlülüğünün bölünebilir olmadığı söylenebilirse de, kısmi ifayı kabul eden alacaklının borçlu temerrüdüne kısmen başvurması durumunda, bölünebilirlik tartışması önemini kaybeder. Bu

²⁴⁵⁴ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; Furrer, s. 70.

²⁴⁵⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 41; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 213; Tandoğan, Nullité, s. 292; Schenker, Schuldnerverzug, N 770; Lemp, s. 62; Vetsch, s. 28; Biedermann, s. 73.

²⁴⁵⁶ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; İsvFM, 29.8.2003, 4C.152/2003.

²⁴⁵⁷ CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BK-Giger, Art. 209 OR N 11; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2.

²⁴⁵⁸ Farklı örnekler için bkz. BK-Giger, Art. 209 OR N 10; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, art. 209 CO N 7; BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2.

²⁴⁵⁹ BSK-Honsell, Art. 209 OR N 2; KUKO-Honsell, Art. 209 OR N 2.

durumda, borçlunun, temerrüdün sonuçlarına kısmen değil tamamen başvurulmasını talep etmesi mümkün hâle gelir.

E. Alacaklının Kısmi İfayı Kendi Rızasıyla Kabul Etmesinin Etkisi

Alacaklı, kendi rızasıyla kısmi ifayı kabul edebileceği gibi; kısmi ifayı reddetme hakkına sahip olmadığı için, kendisine sunulan kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda kalabilir²⁴⁶⁰. Borçlu tarafından gerçekleştirilmiş olan kısmi ifa ya **rızaen** ya da **mecburen** alacaklı tarafından kabul edilir. Özellikle Alman öğretisinde alacaklının kısmi ifayı kendi rızasıyla kabul etmesinin, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesini etkileyip etkilemediği, şayet etkiliyorsa ne şekilde etkilediği tartışma konusu olmuştur²⁴⁶¹. Kısmi ifayı kendi rızasıyla kabul eden alacaklının, bir süre sonra kısmi ifanın kendisine herhangi bir yarar sağlamadığını fark etmesi; böylece, kısmi ifayı iade ederek, sözleşmenin tamamından dönmesi veya edimin tamamı bakımından olumlu zararının giderilmesini talep etmesi tereddütle karşılanabilir. Bu konuda, üç farklı ihtimal çerçevesinde, üç farklı görüşün savunulması mümkündür:

- a. İlk görüşe göre²⁴⁶², kısmi ifanın alacaklı tarafından rızaen kabul edilmesiyle birlikte, sözleşme, nihai olarak ifa edilen ve ifa edilmeyen kısım olmak üzere ikiye ayrılır. Kısmi ifayı kendi rızasıyla kabul eden alacaklı, borçlunun kısmi temerrüde düşmesi nedeniyle sahip olduğu hakları, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından kullanabilir. Başka bir deyişle, alacaklı, borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen değil, yalnızca tamamen başvurabilir.
- b. İkinci görüşe göre²⁴⁶³, kısmi ifanın rızaen kabulünün, kısmi temerrüt yerine sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma konusunda herhangi bir etkisi yoktur. Alacaklı, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüştüğü özel hâllerin varlığı durumunda, kısmi ifayı iade ederek, sözleşmeden tamamen dönebilir veya edimin tamamı bakımından tazminat talep edebilir.
- c. Üçüncü görüşe göre²⁴⁶⁴, kısmi ifayı kabul etmeden önce, alacaklının, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hakkını saklı

²⁴⁶⁰ Bkz. yukarıda, **B.2/II/D/2**, “Alacaklının Kısmi İfayı Kabul veya Talep Etme Hakkı” ile yukarıda, **B.2/II/D/3**, “Alacaklının Kısmi İfayı Kabul Zorunluluğu” isimli başlıklar.

²⁴⁶¹ Söz konusu tartışma konusunda bkz. MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 212.

²⁴⁶² MüKoBGB-**Emmerich**, BGB § 326 (aF) N 106.

²⁴⁶³ **van den Daele**, s. 59 vd.

²⁴⁶⁴ MüKoBGB-**Ernst**, BGB § 323 N 212. Bu görüşe göre, alacaklı, bakiyenin kendisine daha sonra ifa edileceği ihtirazi kaydıyla kısmi ifayı kabul ettiği ve borçlu da bu şartla kısmi ifayı alacaklıya sunduğu

tutması; örneğin, ihtirazi kayıt ileri sürerek borç bakiyesi ifa edilmezse, sözleşmenin tamamından dönebileceğini veya borcun tamamı bakımından tazminat talep edebileceğini borçluya bildirmesi gerekir. Bu görüşe göre, alacaklı, kısmi ifa anında ihtirazi kayıt ileri sürerek kalan kısmın ifa edilmemesi durumunda borçlu temerrüdüne tamamen başvurma hakkını saklı tutmazsa; sözleşme ifa edilen ve ifa edilmeyen kısım olmak üzere ikiye ayrılır. İhtirazi kayıt ileri sürmeden kısmi ifayı rızaen kabul eden alacaklı, sözleşmeden tamamen dönme veya tam tazminat isteme hakkını yitirir.

Kanımızca, kısmi ifanın rızaen kabulü ile borçlu temerrüdünün sonuçlarına kısmen veya tamamen başvurulması kural olarak birbirinden bağımsız iki konudur²⁴⁶⁵. Zira, kısmi ifayı rızaen kabul eden alacaklının, borçlu temerrüdünün sonuçlarına yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından başvurma iradesini ortaya koyduğu veya ifa edilmiş kısım bakımından borçlu temerrüdünün kendisine bahsettiği haklardan feragat ettiği söylenemez. Böyle bir davranış, alacaklının kısmen de olsa ifaya ihtiyaç duymasından, ekonomik olarak zor durumda bulunmasından veya ticaret hayatının sürekliliği çerçevesinde kâr elde etmek zorunda olmasından, çoğunlukla da kalan kısmın ifa edileceğine duyduğu güvenden ileri gelir. Dolayısıyla, kısmi ifayı rızaen kabul eden alacaklının, kısmi ifayı kabul zorunluluğu altında bulunan alacaklıya nazaran, daha az korunmaya değer olduğu söylenemez.

Alacaklının kısmi ifa anında ihtirazi kayıt ileri sürmesinin yegâne avantajı, kalan kısmın ifa edilmemesi durumunda, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvuru imkânı edinmesidir²⁴⁶⁶. Zira, alacaklı, kısmi ifa anında, borçlu temerrüdüne kısmen değil tamamen başvurma hakkını saklı tutarsa, yukarıda zikredilen özel koşullar aranmaksızın, aynen ifadan tamamen vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep edebilir veya sözleşmeden tamamen dönebilir.

için, borç bakiyesi ifa edilmezse, sözleşmeden tamamen dönebilir. Bu görüşün, önceki iki görüşe nazaran, her iki tarafın menfaatini dengede tuttuğu ileri sürülmektedir. Bkz. MüKoBGB-Ernst, BGB § 323 N 212.

²⁴⁶⁵ Kısmi ifayı rızaen kabul eden alacaklının bu davranışı, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında, alacaklının bu kısmi nihai olarak kabul ettiği ve bakiye borcun ifa edilmemesine rağmen bu kısmi iade etmeyeceği şeklinde yorumlanabiliyorsa, TMK m. 2 (İsvMK m. 2) çerçevesinde aksi bir sonuca varmak gerekebilir.

²⁴⁶⁶ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 39; Tercier/Pichonnaz, N 1427; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1427. Bkz. yukarıda, B.4/II/B/2, “Alacaklının Hakkını Kısmi İfa Anında Açıkça Saklı Tutması” isimli başlık.

IV. BORÇLUNUN BELİRLİ TAKSİTLERDE TEMERRÜDE DÜŞMESİ

A. Taksitte Temerrüt (“*Ratenverzug*”) Rejimi

1. Genel Olarak

Bir borcun bütün olarak muaccel hâle gelmesi ve tamamının tek bir seferde ifa edilmesi mümkün olduğu gibi; borcun belli parçalara ayrılarak, kısım kısım muaccel hâle gelmesi ve taksit taksit ifa edilmesi de mümkündür. Tamamı belirli olan bir borcun taksit taksit ifa edilmesi, muacceliyet tarihinin kademelendirildiğini ve tek bir bütün hâlinde değil, münferit kısmi edimler yoluyla ifa edileceğini gösterir. Bu açıdan, **taksit**, muacceliyet tarihi kademelendirilmiş olan kısmi edim anlamına gelir²⁴⁶⁷. Borcun tamamının sözleşme kurulurken doğduğu ancak belirli vadelerle muacceliyet kazandığı hâllerde, her bir taksitin ifası, kısmi ifa olarak nitelendirilir²⁴⁶⁸.

Borcunu taksit taksit ifa eden borçlu, sözleşme uyarınca, kısmi ifada bulunma hakkına sahiptir²⁴⁶⁹. Bu nedenle, alacaklı, kendisine sunulan kısmi ifayı kabul etmekle yükümlüdür. Kısmi ifa olarak nitelendirilen belli taksitlerin ifa edilmemesi durumunda ise, **kısmi temerrüt** meydana gelir²⁴⁷⁰. Öte yandan, sürekli nitelik taşıyan bir çerçeve sözleşmeden doğan münferit anlaşmalar vasıtasıyla da çeşitli teslimat yükümlülükleri kararlaştırılabilir²⁴⁷¹. Böylece, borcun tamamı sözleşme kurulurken belirli olmamakla birlikte, kısım kısım taksitler hâlinde ifa edilmesi söz konusu olur.

Borcunu belirli vadelerde yerine getirmekle yükümlü olan borçlunun, belli bir taksitin ifasında temerrüde düşmesi durumunda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 123-125 hükümlerinin ne şekilde tatbik edileceğinin belirlenmesi gerekir²⁴⁷². Başka bir deyişle, alacaklının,

²⁴⁶⁷ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215: “(...) *Raten sind Teilleistungen, deren Fälligkeiten gestaffelt eintreten* (...)”; Schenker, Schuldnerverzug, N 777.

²⁴⁶⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176; Schenker, Schuldnerverzug, N 777; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 2; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 343-344; Ünlütepe, s. 105; KanM (Luzern), 14.6.2017, LGVE 2017 I, N 13.

²⁴⁶⁹ MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6, dn. 22; Enneccerus/Lehmann, § 21, s. 98; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 2; Deschenaux, Obligations II, s. 21; Lemp, s. 27-28; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 879.

²⁴⁷⁰ Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 423; Lemp, s. 27-28.

²⁴⁷¹ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; Weber, ZSR 1987, s. 414; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 I N 6.

²⁴⁷² Art arda teslimli satış sözleşmelerinde bir teslimatın ayıplı olması durumunda, sözleşmeden dönme hakkının ne şekilde uygulanacağı konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda, B.1/II/C/1/d, “*Satılanın Kısmen Ayıplı Olması Durumunda Sözleşmeden Kısmen Dönme*” isimli başlık. Art arda teslimli satış sözleşmelerini düzenleyen CISG m. 73 hükmü için bkz. B.1/II/D/2, “*CISG m. 51 f. I Uyarınca Kısmi İfa Engelleri*” isimli başlık.

seçimlik haklarını, yalnızca vadesi gelen taksitler açısından mı kullanacağı; yoksa, muaccel olmamış kısım bakımından kullanılmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi şarttır.

2. Dar ve Geniş Anlamda Art Arda Teslimli Sözleşme Kavramları

Taksitli sözleşmelerin (*Ratenlieferungsverträge*) veya art arda teslimli sözleşmelerin (*contrats avec livraisons successives / Sukzessivlieferungsverträge*) ne şekilde nitelendirileceği ve nasıl sınıflandırılacağı konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur²⁴⁷³. Öyle ki, İsviçre öğretisinde söz konusu terminolojik sorun görmezden gelinerek bazı eserlerde böyle bir ayrıma gidilmeksizin, borçlu temerrüdü rejiminin bir bütün olarak ele alındığı da görülmektedir²⁴⁷⁴.

Kısmi temerrüt konusunda yararlı gördüğümüz ayrıma göre, borçlunun borçlu olduğu edimin tamamının yani edim bütünü (Gesamtleistung) sözleşme kurulurken belli olduğu, ancak borçlunun borcunun kısım kısım, yani belirli taksitlerle muaccel hâle geldiği ve ifa edildiği sözleşmelere **dar anlamda** veya **gerçek** ya da **olağan art arda teslimli sözleşmeler** denir²⁴⁷⁵. Gerçek art arda sözleşmeler, literatürde **taksitli sözleşmeler** (*Ratenverträge*) veya **taksitli teslimat sözleşmeleri** (*Ratenlieferungsverträge*) kavramlarıyla eş anlamlı olarak kullanılır²⁴⁷⁶. Esasen satış sözleşmesi dışında, mal değişim sözleşmeleri ile istisnaen eser sözleşmelerini de kapsamaları için “satış” yerine “teslimat” kavramının kullanıldığı bu tür sözleşmeler, ekonomik anlamda taksitle satış sözleşmesine denk düşer. Taksitli sözleşmeler veya gerçek art arda teslimli sözleşmeler, borçlunun belirli bir miktarda ve benzer nitelikte malı, sözleşme uyarınca belirlenen ya da alacaklının irade beyanıyla -muacceliyet

²⁴⁷³ Farklı sınıflandırmalar konusunda bkz. **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 I N 5-6, *özellikle*, dn. 9. “Art arda teslimli sözleşmeler (*Sukzessivlieferungsverträge*)” ifadesinden vazgeçilerek, “taksitli teslimat sözleşmeleri (*Ratenlieferungsverträge*)” ile “sürekli teslimat sözleşmeleri (*Dauerlieferungsverträge*)” kavramlarının kullanılmasının hukuken daha isabetli olduğu yönünde bkz. **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 I N 5.

²⁴⁷⁴ Örneğin bkz. **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 215 vd.; **ZK-Oser/Schönenberger**, Art. 107 OR N 39; **Fischer/Luterbacher-Giger**, Art. 107 OR N 13; **BK-Becker**, Art. 107 OR N 47 vd.; **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 777 vd. Farklı türdeki art arda teslimli borç ilişkilerinin, yani taksitli ve sürekli teslimat sözleşmelerinin tek bir şemsiye altında toplanması durumunda, ayırt edici bir cevap verilmesi gereken her soruda diğer sözleşme türüne haksızlık edileceği yönünde bkz. **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 I N 6.

²⁴⁷⁵ **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 176; **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 320 N 7; **Sauter**, s. 21 vd., 24; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 I N 5-6; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 343. “Gerçek art arda teslimli sözleşmeler (*echte Sukzessivlieferungsverträge*)” kavramı için bkz. **Staudinger-Schwarze**, BGB § 281 N B 176. “Alışıldık (*gewöhnliche Sukzessivlieferungsverträge*)” ve “dar anlamda art arda teslimli sözleşmeler (*Sukzessivlieferungsverträge im engeren Sinn*)” kavramı için bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 343.

²⁴⁷⁶ Bu yönde bkz. **MüKoBGB-Emmerich**, BGB § 320 N 7; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 IV N 1; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 343.

ihbarı yoluyla- belirli hâle gelecek olan vadelerde, belirli taksitler hâlinde ifa etmeyi üstlendiği sözleşmelerdir²⁴⁷⁷. Gerçek veya dar anlamda art arda teslimli sözleşmeler, toplam borç miktarı önceden belirli olduğu için, sürekli borç ilişkisi olarak adlandırılmaz²⁴⁷⁸. Borcun tamamının sözleşme kurulurken doğduğu, ancak belirli taksitlerle muacceliyet kazandığı bu tür sözleşmelerde, bir bütünün parçasını oluşturan her bir taksit, **kısmi ifa** teşkil eder²⁴⁷⁹. Kısmi edim ve kısmi ifa olarak nitelendirilen taksitlerden bazılarının ifa edilmesine karşılık, muaccel hâle gelmiş olan bazı taksitlerin ifa edilmemesi ise, **kısmi temerrüt** hâlini meydana getirir²⁴⁸⁰. Örneğin, beş bin tona kadar, her seferinde talep edilmesi hâlinde yarım ton kömür tedarikine ilişkin bir art arda teslimli satış sözleşmesi kapsamında, ilk iki taksit çerçevesinde bin ton kömürün teslim edilmesine karşılık, alacaklının yarım ton kömür talebinin yerine getirilmemesi, daha önce gerçekleşen kısmi ifa nedeniyle borçlunun kısmi temerrüdüne sebebiyet verir.

Buna karşılık, edimin tamamının, yani toplam miktarın önceden belirli olmadığı sözleşmelere **geniş anlamda** veya **gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler** denir²⁴⁸¹. Gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmelerde, borçlu, toplam miktarı belirli olmayan aynı türden edimi, belirli veya belirli olmayan bir süre boyunca, belirli veya belirli olmayan aralıklarla, belirli veya belirli olmayan miktarlarda borçlanır²⁴⁸². Belirli türden mal ihtiyacını sürekli olarak karşılamayı amaçlayan bu tür sözleşmeler **sürekli teslimat sözleşmeleri** (*Dauerlieferungsverträge*) veya **tedarik sözleşmeleri** (*Versorgungsverträge*) olarak anılır²⁴⁸³. Borcun toplam miktarı belli olmadığı ve borç

²⁴⁷⁷ **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 IV N 1.

²⁴⁷⁸ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 7-8; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 343 vd.; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 I N 6; **Serozan**, Dönme, s. 395. Sözleşmenin kurulduğu sırada toplam miktarın belli olduğu bu tür art arda teslimli sözleşmeler öğretide “*geniş anlamda sürekli sözleşme (Dauervertrag im weiten Sinn)*” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Sauter**, s. 22-24. Dönemli edimli borç ilişkisi olduğu yönünde bkz. **Kuntalp**, s. 19-21.

²⁴⁷⁹ **BK-Weber/Emmenegger**, Art. 107 OR N 215; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176; **Lemp**, s. 27-28; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 777; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 IV N 2; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 343-344; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 777; **Deschenaux**, Obligations II, s. 21; **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 879-880. **KanM (Luzern)**, 14.6.2017, LGVE 2017 I, N 13.

²⁴⁸⁰ **BSK-Wiegand**, Art. 107 OR N 21; **Huber**, Leistungsstörungen, § 45, s. 423; **Lemp**, s. 27-28.

²⁴⁸¹ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; **Sauter**, s. 21 vd.; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 V N 1; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 346-347; **Serozan**, Dönme, s. 393. “*Gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler (unechte Sukzessivlieferungsverträge)*” kavramı için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176.

²⁴⁸² **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 V N 1; **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 346; **Kuntalp**, s. 9.

²⁴⁸³ “*Sürekli teslimat sözleşmeleri (Dauerlieferungsverträge)*” kavramı için bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; **Gernhuber**, Schuldverhältnis, § 17 V N 1. “*Tedarik sözleşmeleri (Versorgungsverträge)*” kavramı için bkz. **Huber**, Leistungsstörungen, § 42, s. 346.

ilişkisi zamana yayıldığı için, gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmeler **sürekli borç ilişkisi** olarak nitelendirilir²⁴⁸⁴. Nitekim, toplam borç miktarının belli olmadığı nazara alınırsa, aralıklı bir borç söz konusu olduğu için, borcun aralıklı olarak ifa edilmesi kısmi ifa teşkil etmez²⁴⁸⁵. Her ne kadar bazı eserlerde her bir teslimat, taksit olarak anılsa da, söz konusu taksitler, bir bütünün parçasını oluşturmadığı için kısmi edim olarak nitelendirilmez. Belirli aralıklarla doğan farklı borçlar söz konusu olduğu için, söz konusu aralıklı edimlerden bazılarının ifa edilmemesi, kısmi temerrüt olarak adlandırılmaz. Bu tür borç ilişkilerinde, bir **çerçeve sözleşme** (*Rahmenvertrag*) bünyesinde yer alan münferit anlaşmalar vasıtasıyla çeşitli teslimat yükümlülüklerinin belli aralıklarla doğup muaccel hâle geldiği söylenebilir²⁴⁸⁶. Örneğin, sürekli nitelik taşıyan ve art arda teslimli bir sözleşme olarak nitelendirilen gazete aboneliği veya elektrik tedarik sözleşmesi²⁴⁸⁷ uyarınca veya bir mandıranın süt ihtiyacını karşılamak için akdedilen süt tedarik sözleşmesi çerçevesinde²⁴⁸⁸, satıcının bir süre borcunu ifa etmesi kısmi ifa olarak nitelendirilemeyeceği gibi, belli bir döneme dair teslimatı yerine getirmemesi kısmi temerrüt oluşturmaz.

3. Kural: Temerrüdün İfa Edilmeyen Kısım Bakımından Gerçekleşmesi

Yukarıda zikredilen iki sözleşme türü, hukuken farklı nitelendiriliyor olsa da, borçlunun münferit bir taksiti veya belli bir teslimatı yerine getirmemesi durumunda, alacaklının gelecekteki taksitlerden veya ilerideki teslimattan vazgeçerek, sözleşmenin tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurup başvuramayacağı sorunun çözümü, büyük oranda benzerlik taşıdığı için, her iki sözleşme türü bir arada ele alınmaktadır²⁴⁸⁹. Zira, sürekli nitelik taşımayan gerçek art arda teslimli sözleşmelerde, münferit bir taksitin veya teslimatın ifa edilmemesi, kısmi temerrüt meydana getirirken; sürekli nitelik taşıyan, gerçek olmayan art arda teslimli sözleşmelerde,

²⁴⁸⁴ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 V N 1; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 346; Kuntalp, s. 9; Serozan, Dönme, s. 393. Sözleşmenin kurulduğu sırada teslim edilecek toplam miktarın belli olmadığı, satıcının belirli bir süre boyunca belirli bir miktarın belirli vadelerde hâlinde teslimini borçlandığı bu tür art arda teslimli satış sözleşmeleri öğretide “*dar anlamda sürekli sözleşme (Dauervertrag im engen Sinn)*” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Sauter, s. 22, 24.

²⁴⁸⁵ Bkz. BK-Weber, Art. 69 OR N 22; ZK-Schraner, Art. 69 OR N 12; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 6; MüKoBGB-Krüger, BGB § 266 N 6; Soergel-Wolf, BGB § 266 (aF) N 7; Deschenaux, Obligations II, s. 20; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 880-881.

²⁴⁸⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 215; MüKoBGB-Emmerich, BGB § 320 N 8; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 I N 6; Weber, ZSR 1987, s. 414.

²⁴⁸⁷ Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 181; Kuntalp, s. 9, 55; Serozan, Dönme, s. 394; Buz, Dönme, s. 316, dn. 115; Kapancı, s. 2369. Abonelik sözleşmesi hakkında bkz. de Raemy, s. 37 vd.

²⁴⁸⁸ Tandoğan, Cilt I/1, s. 137; Kuntalp, s. 10.

²⁴⁸⁹ Serozan, Dönme, s. 395.

münferit bir taksitin ifa edilmemesi, kısmi temerrüt rejimine benzer sonuçlar doğurur²⁴⁹⁰.

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünün de, art arda teslimli sözleşmeler bakımından ele alınması gerekir. Tacirler arasında akdedilen satış ve mal değişim sözleşmeleri bakımından uygulanan **TTK m. 23 f. I b. (a)** hükmü, temel olarak satılanın belirli taksitlerle ifa edildiği art arda teslimli sözleşmeleri düzenlemeyi amaçlar²⁴⁹¹. TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, sürekli nitelik taşısın veya taşımazsın, her türde art arda teslimli satış sözleşmesine uygulanabilir. Bu açıdan, düzenleme, CISG m. 73 hükmüyle benzerlik gösterir²⁴⁹². Nitekim, “*satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesi*” ibaresi, art arda teslimli satış sözleşmelerini işaret ettiği gibi; alıcıya olağanüstü durumlarda sözleşmeyi ileriye etkili olarak (*ex nunc*) feshetme imkânının tanınması da, art arda teslimli satış sözleşmelerine özgüdür. Her ne kadar TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü art arda teslimli sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdünü düzenlese de, hukuken bir farklılık yaratmaz²⁴⁹³. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku’nda taksitli sözleşmeler bakımından aynı sonuca varılır.

Kısmi temerrüt hâlinde kural, borçlu temerrüdünün sonuçlarının, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesidir²⁴⁹⁴. Bu nedenle, borçlunun belirli bir taksitte temerrüde düşmesi ihtimalinde, borçlu temerrüdü, ancak borçlunun ifasında geciktiği taksit bakımından hukuki sonuç doğurur; alacaklı da seçimlik haklarını yalnızca ifa edilmeyen taksit bakımından kullanabilir²⁴⁹⁵. Aynı şekilde, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde, kanun koyucu, alıcının haklarını yalnızca teslim edilmemiş kısım bakımından kullanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Buna karşılık, henüz vadesi

²⁴⁹⁰ BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21. Aynı yönde bkz. Serozan, Dönme, s. 393.

²⁴⁹¹ TTK m. 23 f. I b. (a) hakkında detaylı bilgi için bkz. yukarıda, **B.1/II/D/1**, “*TTK m. 23 f. I b. (a) Uyarınca Kısmi Temerrüt*” isimli başlık.

²⁴⁹² Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 294-295.

²⁴⁹³ Serozan, Dönme, s. 399.

²⁴⁹⁴ von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 38; BSK-Schroeter, Art. 69 OR N 21; Soergel-Wiedermann, BGB § 326 (aF) N 81; Tercier/Pichonnaz, N 1426; Ehrat, N 252; Alcalay, N 34; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 411-412; Enneccerus/Lehmann, § 51, s. 223-224; Oğuzman/Öz, Cilt I, N 1738-1739; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 971-972; Eren, Borçlar Genel, N 3526; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; KanM (Zürich), ZR 95/1996, s. 180 vd., N 61, 5a.

²⁴⁹⁵ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 216; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42a; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 176 vd.; von Tuhr/Escher, § 73, s. 158; Schenker, Schuldnerverzug, N 778; Bucher, AT, s. 382 vd.; Lemp, s. 62 vd.; Keller/Schöbi, s. 279; Keller/Siehr, s. 148; Sauter, s. 92; Vionnet, Vente, N 334; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 4; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; de Raemy, s. 98; Serozan, Dönme, s. 393; Eren, Borçlar Genel, N 3526; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Kuntalp, s. 77 vd.

İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

gelmemiş olan taksitler açısından, muacceliyet şartı gerçekleşmediği için, borçlunun temerrüde düştüğünden bahsetmek mümkün olmaz. Bu nedenle, kural olarak, alacaklının seçimlik hakları, muaccel hâle gelen taksitlerle sınırlıdır. Alacaklı, vadesi gelen taksitlerin aynen ifasını talep edebileceği gibi; borçluya ek süre tanıyarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun nitelikli temerrüdüne başvurabilir. Böylece, kısmi temerrüt rejimi uyarınca, muaccel hâle gelen taksitlerin aynen ifasından feragat ederek, ifa edilmeyen kısım bakımından olumlu zararını talep edebilir veya vadesi gelen taksitler bakımından sözleşmeden kısmen dönebilir ve olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir²⁴⁹⁶.

4. İstisna: Borçlu Temerrüdünün Sözleşmenin Kalanına Sirayet Etmesi

Kısmi temerrütte kural, borçlu temerrüdünün yalnızca ifa edilmemiş taksitler bakımından sonuç doğurması olmakla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı uyarınca ve İsviçre-Türk öğretisinde kabul edilen hâkim fikre göre, istisnaen, alacaklının seçimlik haklarını henüz muaccel hâle gelmemiş olan taksitler bakımından kullanması mümkündür. Borçlunun, yalnızca bazı taksitler bakımından temerrüde düşmesi ihtimalinde, borcun ileride muaccel hâle gelecek olan kısmının ifa edilmesi ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüşse; alacaklı, muaccel hâle gelmiş taksitlerle birlikte, henüz muaccel olmamış taksitler açısından, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir²⁴⁹⁷. Bu durum, sözleşmenin müspet ihlali teşkil etmeksizin, borçlu temerrüdünün, sözleşmenin henüz vadesi gelmemiş olan bölümüne yayılması anlamına gelir²⁴⁹⁸.

²⁴⁹⁶ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 217-218; Schenker, Schuldnerverzug, N 779-780.

²⁴⁹⁷ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Becker, Art. 107 OR N 47; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Giger, Art. 214 OR N 35; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177, BGB § 323 N B 154; von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; Huber, Leistungsstörungen, § 42, s. 344; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 17 IV N 6; Schenker, Schuldnerverzug, N 782; Bucher, AT, s. 383; de Raemy, s. 95-96; Lemp, s. 63; Keller/Schöbi, s. 279; Keller/Siehr, s. 148; Schwenger/Fountoulakis, N 66.37; Sauter, s. 92; Monod, s. 88 vd.; Dénéreaz Luisier, s. 191 vd.; Serozan, Dönme, s. 393 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Eren, Borçlar Genel, N 3526; Kuntalp, s. 92 vd.; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398; ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99 = Pra 1993, s. 793: "(...) Her taksitin ayrı bir vadesinin bulunduğu karşılıklı sözleşmelerde, alacaklı, kural olarak, yalnızca vadesi geçen taksitler için İsvBK m. 107 (borçlu temerrüdü) hükmüne başvurabilir. Diğer taksitler için, alacaklı vadeyi beklemek zorundadır. Buna karşın, borçlunun gelecekteki borcunu sonradan ifa etmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya tehlikeye düşmüşse, alacaklı sözleşmeden dönebilir (...)". Karar için bkz. Kara/Develioğlu, N 22; Wiegand, ZBJV 1995, s. 358. Bkz. yukarıda, B.4/II/D/1, "Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması" isimli başlık.

²⁴⁹⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; Bucher, AT, s. 383, dn. 222. Sözleşmenin müspet ihlali teşkil ettiği; zira, borçlunun sözleşmenin amacını tehlikeye attığı veya boşa çıkardığı yönünde

TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde bu husus “*o kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, önemli olan husus, daha önce ifa edilen kısmın yararsız kalması değil, sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşüp düşmediğidir. Sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşüp düşmediği, borçlunun ifa etmeme gerekçesi, borçlunun davranışları veya borca aykırılığın sıklığı gibi vakıalar nazara alınarak, somut olayın bütün koşullarına göre tespit edilir²⁴⁹⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi’nce kabul edilen ve İsviçre-Türk öğretisince savunulan hâkim fikre²⁵⁰⁰ göre, alacaklının, sözleşmenin gelecekteki akıbetinin tehlikeye düşmesi durumunda, henüz vadesi gelmemiş edimler bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı edinebilmesi için, yalnızca muaccel hâle gelen taksitler bakımından TBK m. 123 (İsvBK m. 107 f. I) kapsamında, uygun bir ek süre tayin etmesi yeterli değildir; ayrıca, alacaklı, dürüstlük kuralı (TMK m. 2. f. I; İsvMK m. 2 f. I) uyarınca, ek süre tayin ederken, muaccel olmamış taksitlerden vazgeçme yönündeki iradesini borçluya bildirmelidir. Başka bir deyişle, ek süre tayin eden alacaklı, belirlenen sürenin sonunda, borcun muaccel kısmı ifa edilmezse, borcun henüz muaccel hâle gelmemiş olan kısmından da vazgeçeceğini veya henüz vadesi gelmemiş taksitler bakımından seçimlik haklarını kullanacağını borçluya ihtar etmelidir. Zira, borçlu, dürüstlük kuralı uyarınca, borcun muaccel kısmını ifa etmezse,

bkz. Keller/Siehr, s. 148; Kuntalp, s. 92 vd.

²⁴⁹⁹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; Schenker, Schuldnerverzug, N 782; İsvFM, ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

²⁵⁰⁰ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 107 OR N 39; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 220; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Fischer/Luterbacher-Giger, Art. 107 OR N 13; BK-Becker, Art. 107 OR N 50; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N D 10; von Tuhr/Escher, § 73, s. 160; 154; von Tuhr/Escher, § 73, s. 159; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 413-414; Schenker, Schuldnerverzug, N 783; Bucher, AT, s. 383; Keller/Siehr, s. 148; Sauter, s. 92; von Büren, AT, s. 381; Vetsch, s. 73; Serozan, Dönme, s. 397; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Kuntalp, s. 102 vd.; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99: “(...) Bir taksitin ödemesinde temerrüde düşülmesi durumunda, şayet alacaklı sonraki taksitlerden de vazgeçmek istiyorsa, bu durumda, vadesi geçen taksitler için bir süre belirlemesi yeterli değildir. Bu durumda, dürüstlük kuralı uyarınca, alacaklı, bir süre belirlerken, sonraki kısmi ödemelerin ifasından vazgeçtiğini bildirmesi gerekir. Temerrüde düşen borçlu, ne ile karşı karşıya kaldığını bilmelidir. Bu durumda, süre vermeye gerek olmayan hâlleri düzenleyen CO 108 kısmi temerrüt hâline kıyasen uygulanır. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin gereksiz olduğu anlaşıyorsa veya sözleşmenin bir hükmü, alacaklıya, bir veya birkaç taksitin gecikmesi durumunda, sözleşmenin tamamı için İsvBK m. 107-109 hükümlerine başvuru imkânı tanıyor, alacaklının sonraki ödemelerden vazgeçme iradesini beyan etmesi gerekli değildir (...).” Aksi görüşte bkz. BK-Giger, Art. 214 OR N 35. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda, B.4/II/D/1, “Borçlunun Borcun Belirli Taksitlerinin İfasında Temerrüde Düşmesinin Sözleşmenin Tamamını Tehlikeye Sokması” isimli başlık.

henüz muaccel hâle gelmemiş olan kısmı bakımından neyle karşılaşacağını bilmek zorundadır²⁵⁰¹.

Her ne kadar alacaklı, ek süre tayin ederken, borcun ileride muaccel hâle gelecek kısmından da vazgeçeceğini bildirmek zorundaysa da, bu zorunluluk, TBK m. 124 (İsvBK m. 108) hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, ek süre vermeye gerek olmayan hâllerde ortadan kalkar²⁵⁰². Ek süre vermenin bir anlam ifade etmediği bu hâllerde, alacaklı, borcun bir taksitinin ödenmemesi durumunda, gelecekte muaccel hâle gelecek olan taksitler bakımından da seçimlik haklarını kullanabilir. Keza, sözleşme uyarınca, ek süre tayin etme yükümlülüğünden muaf tutulmuş olan alacaklı, sözleşmenin gelecekteki ifasından vazgeçmek için ek süre vermek zorunda kalmaz²⁵⁰³.

Dikkat edilirse, sözleşmenin akıbetinin tehlikeye düşmesi durumunda alacaklının henüz vadesi gelmemiş olan müccel taksitler bakımından seçimlik haklarını kullanması, ifa edilmiş olan edimlerin, borçlu temerrüdünden etkilendiği anlamına gelmez. Bu durumda, alacaklı, seçimlik haklarını vadesi gelmiş taksitlerle birlikte, henüz vadesi gelmemiş taksitler bakımından kullanır²⁵⁰⁴. Alacaklı, ifa edilmiş olan taksitler bakımından karşı edim borcunu ifa etmek zorundadır. Eğer alacaklının karşı edimi, her bir taksit nazara alınarak ayrı ayrı tayin edilmemişse, alacaklı, ifa edilen taksitlerin toplam borca oranı ölçüsünde, kendi karşı edim borcunu ifa etmelidir²⁵⁰⁵. Bu gibi durumlarda, sözleşmeden dönme, fesih şeklinde, ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğurur ve fesih hakkının kullanımıyla benzer sonuçlar doğurur²⁵⁰⁶. Bu nedenle, TTK m. 23 f. I b. (a) hükmü, sözleşmeden dönme yerine, sözleşmenin feshinden bahseder²⁵⁰⁷.

Her ne kadar ifa edilmiş olan edimler borçlu temerrüdünden etkilenmiyor olsa da, istisnaen, borçlu temerrüdünün sözleşmenin tamamına yayılması mümkündür.

²⁵⁰¹ von Tuhr/Escher, § 73, s. 160; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Huber, Leistungsstörungen, § 45, s. 413-414; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²⁵⁰² CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 220; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; Schenker, Schuldnerverzug, N 783; Keller/Siehr, s. 148; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99. Ek süre tayin etmeye gerek olmayan hâller için bkz. yukarıda, B.3/III/A/2/c, “*Ek Süre Verilmesine gerek Olmayan Hâller*” isimli başlık.

²⁵⁰³ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 220; BSK-Wiegand, Art. 107 OR N 21; CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b; Schenker, Schuldnerverzug, N 783; İsvFM, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

²⁵⁰⁴ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42b, 43; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; von Tuhr/Escher, § 73, s. 160; Lemp, s. 63; Schenker, Schuldnerverzug, N 784; Bucher, AT, s. 383; Serozan, Dönme, s. 393.

²⁵⁰⁵ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 219; Schenker, Schuldnerverzug, N 784.

²⁵⁰⁶ von Tuhr/Escher, § 73, s. 160, dn. 128; Serozan, Dönme, s. 393; Kuntalp, s. 106.

²⁵⁰⁷ TTK m. 23 f. I b. (a) hükmünde zikredilen fesih ifadesi, borçlar hukuku açısından isabetli bir terim olsa da, ticaret hukuku eserlerinde haksız yere eleştiriye matuf olmuş ve dönme ile karıştırılmıştır. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, İşletme, s. 294.

Kısmi temerrüt açısından kabul edildiği üzere, şayet, alacaklının, borçlunun temerrüde düştüğü veya gelecekte muaccel olacak taksitler olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği makul bir biçimde kabul ediliyorsa; alacaklı, ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını kullanabilir²⁵⁰⁸. Aynı şekilde, ifa edilmemiş kısım olmaksızın, borcun ifa edilmiş olan taksitleri alacaklıya herhangi bir yarar sağlamıyorsa, alacaklı, yine sözleşmenin tamamından dönebilir veya borcun tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir²⁵⁰⁹. Keza, yukarıda zikrettiğimiz, kısmi temerrüdün borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüştüğü diğer özel durumlarda da, alacaklı, ifa edilmiş olan kısım da dâhil olmak üzere, borcun bütün taksitleri bakımından borçlu temerrüdüne başvurabilir.

Özetle, borcun taksit taksit ifa edildiği durumlarda, sözleşme üç kısma ayrılır²⁵¹⁰: ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü (*muaccel*) kısım ve henüz muaccel olmamış (*vadesi gelmemiş*) kısım. Kural olarak, borçlu temerrüdü, borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından sonuç doğurur. Şayet sözleşmenin gelecekteki ifası tehlikeye düşmüşse, alacaklı borçlunun temerrüde düştüğü kısım ve henüz vadesi gelmemiş kısım bakımından seçimlik haklarını kullanabilir. Eğer yukarıda zikredilen özel hâllerden biri mevcutsa, alacaklı, borcun tamamı bakımından; yani, ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü kısım ve henüz vadesi gelmemiş kısım açısından borçlu temerrüdüne başvurabilir.

B. Taksitle Satış ve Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmelerinde Özel Temerrüt Rejimi

1. Genel Olarak Kısmi Ödemeli Satışlar ve Özel Temerrüt Rejiminin Uygulama Alanı

TBK m. 253 ilâ 273 hükümlerinde, özel olarak **kısmi ödemeli satış sözleşmeleri** (*Teilzahlungsgeschäft / vente à tempérament*) düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerin

²⁵⁰⁸ BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 221; BSK-Wiegand, Art. 109 OR N 10; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; Schenker, Schuldnerverzug, N 784; Lemp, s. 63; Vionnet, Vente, N 334; Kuntalp, s. 106 vd. Sürekli nitelik taşıyan sözleşmeler bakımından, sözleşmeden dönme hakkının, ifa edilmiş edimleri kapsar şekilde kullanılamayacağı görüşünde bkz. Serozan, Dönme, s. 396. Bkz. yukarıda, B.4/II/C/2, “İfa Edilmeyen Kısım Olmaksızın Sözleşmenin Akdedilmeyecek Olması” isimli başlık.

²⁵⁰⁹ CR-Thévenoz, art. 107 CO N 43; BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 OR N 221; Staudinger-Schwarze, BGB § 281 N B 177 vd., BGB § 323 N B 156; Lemp, s. 63; Sauter, s. 124, dn. 2; Bucher, AT, s. 383, dn. 224; de Raemy, s. 101 vd.; Serozan, Dönme, s. 395; Gümüş, Borçlar Genel, s. 956; Kuntalp, s. 106 vd. Benzer şekilde bkz. von Tuhr/Escher, § 73, s. 160, dn. 128.

²⁵¹⁰ Benzer şekilde bkz. CR-Thévenoz, art. 107 CO N 42. Bkz. yukarıda, B.4/II/C/1, “Kısmi İfanın Alacaklı İçin Hiçbir Fayda Sağlamaması” isimli başlık.

mehazını bugün yürürlükten kalkmış olan İsvBK m. 226a-228²⁵¹¹ hükümleri oluşturur. Kısmi ödemeli satış sözleşmeleri, alıcının satış bedelini taksit taksit, yani kısmi ödemeler hâlinde ödemeyi, satıcının ise satılanı satış bedelinin ödenmesinden önce veya satış bedelinin tamamının ödenmesinden sonra devretmeyi üstlendiği sözleşmedir²⁵¹².

Kısmi ödemeli satışlar, hem taksitle satış sözleşmesini hem de ön ödemeli taksitle satış sözleşmesini kapsar. **Taksitle satış sözleşmesi** (*Abzahlungsvertrag / vente par acompte*), TBK m. 253 (İsvBK m. 226a) uyarınca, satıcının, satılanı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendiği satıştır. **Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi** (*Vorauszahlungsvertrag / vente avec paiements préalables*) ise, alıcının satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.

Kısmi ödemeli satışlar bakımından, kanun koyucu, zayıf konumda olduğunu düşündüğü alıcıyı korumak amacıyla, TBK m. 125 hükmüyle ihdas ettiği genel rejimden farklı, özel nitelikte bir dizi düzenleme sevk etmiştir²⁵¹³. Alıcıyı koruma gayesiyle sevk edilen hükümler, zayıf tarafı koruma amacıyla, çoğunlukla **emredici hukuk kuralı** niteliğindedir²⁵¹⁴. Söz konusu emredici hükümler, özellikle, alıcının satış bedelini ödeme borcunu ve satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi hâlini düzenler.

²⁵¹¹ İsvBK m. 226a-228 hükümleri, 1 Ocak 1963 tarihinde yürürlüğe giren 23 Mart 1962 tarihli Ön Ödemeli Satış Sözleşmesi ve Taksitle Satış Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun uyarınca sevk edilmiştir. Bkz. *Loi fédérale du 23 mars 1962 sur la vente par acomptes et la vente avec paiements préalables / Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag*, **RO 1962 1082, FF 1960 I 537**. Taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümler 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 23 Mart 2001 tarihli Tüketici Kredileri Hakkında Federal Kanun'un 41. maddesi uyarınca kabul edilen 2 numaralı ek maddesi çerçevesinde tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. *Loi fédérale sur le crédit à la consommation / Bundesgesetz über den Konsumkredit*, **RO 2002 3846, FF 1999 III 2879**. Buna karşılık, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümler, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren 3 Aralık 2013 tarihli Ön Ödemeli Taksitle Satışa Dair Hükümlerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Federal Kanun uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. *Abrogation des dispositions sur la vente avec paiements préalables / Aufhebung der Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag*, **RO 2014 869, FF 2013 4139 5221**. Taksitli sözleşmelerinin İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki geçmişi konusunda bkz. **Develioğlu**, Taksitle Satım, s. 525-526.

²⁵¹² **Engel**, Contrats, s. 71-72; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 917; **BSK-Stauder**, Vor. Art. 226a-226m OR N 2; **BK-Giger**, Vor. Art. 226a-228 OR N 9 vd.; **Develioğlu**, Taksitle Satım, s. 527; **Ünlütepe**, s. 26 vd.

²⁵¹³ **BSK-Stauder**, Vor. Art. 226a-226m OR N 26 vd.; **BK-Giger**, Vor. Art. 226a-228 OR N 10; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 786; **Engel**, Contrats, s. 72; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 920. Tüketici kredileriyle ilişkili biçimde hükmün sosyal koruma boyutu hakkında detaylı bilgi için bkz. **BK-Giger**, Vor. Art. 226a-228 OR N 10 vd.

²⁵¹⁴ **BK-Giger**, Vor. Art. 226h-226k OR N 8; **BSK-Stauder**, Vor. Art. 226h-226k OR N 4; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 920; **Stofer**, s. 116 vd.; **Develioğlu**, Taksitle Satım, s. 538 vd.; **Ünlütepe**, s. 62.

Kanun koyucu, kısmi ödemeli satışlar bakımından **kesin ve nihai bir hukuk düzeni** ihdas etmiştir²⁵¹⁵. Kısmi ödemeli satışlarda alıcının belli taksitlerde temerrüde düşmesi durumunda, kanunda boşluk bulunsa bile, genel hükümler uygulama alanı bulmaz²⁵¹⁶. Bu çerçevede, kısmi temerrüt rejiminin koşulları gerçekleşmiş olsa bile, genel borçlu temerrüdü rejiminin bir parçasını oluşturan kısmi temerrüt rejimi, kısmi ödemeli satış sözleşmesi bakımından tatbik edilmez. O hâlde, kısmi ödemeli satışlarda taksitte temerrüt durumunda hâkim, kanunda bir boşluk varsa, TMK m. 1 f. II uyarınca boşluk doldurma yoluna gitmelidir²⁵¹⁷. Kanımızca, hâkimin, *modo legislatoris* ilkesi çerçevesinde hukuk yaratırken, alıcı lehine getirilmiş standartların altına düşmeksizin, kısmi temerrüt rejimi bakımından kabul edilen kurallardan yararlanması mümkündür.

Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanı, özellikle Türk Hukuku'nda önemli tartışmalara sebebiyet vermiştir²⁵¹⁸. Zira, kanun koyucu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici işlemleri bakımından taksitle satış sözleşmelerini özel olarak düzenlenmiştir. Konumuzu doğrudan ilgilendiren ve “Temerrüt” başlığını taşıyan TKHK m. 18 f. I uyarınca, *“Taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemedede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de sözleşmede yer alan bedelin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemedede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.”* Kanun koyucu, taksitle satış sözleşmeleri için özel düzenlemeler ihdas etse de, TKHK m. 21 f. I hükmünde, ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri açısından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Türk Borçlar Kanunu arasındaki çatışma, ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri açısından değil, yalnızca taksitle satış sözleşmeleri bakımından mevcuttur. Taksitle satış sözleşmeleri açısından bakıldığında ise, TKHK m. 18 f. I hükmünde yer verilen düzenlemenin, TBK

²⁵¹⁵ BK-Giger, Vor. Art. 226h-226k OR N 7; BSK-Stauder, Vor. Art. 226h-226k OR N 5; von Büren, BT, s. 63, dn. 269; Stofer, s. 116 vd. Benzer şekilde bkz. KanM (Zürich), 2.6.1964, SJZ 61/1965, s. 189; KanM (Zürich), ZR 63/1964 N 133.

²⁵¹⁶ BK-Giger, Vor. Art. 226h-226k OR N 7; BSK-Stauder, Vor. Art. 226h-226k OR N 5; Stofer, s. 116 vd.; von Büren, BT, s. 63, dn. 269.

²⁵¹⁷ BK-Giger, Vor. Art. 226h-226k OR N 7.

²⁵¹⁸ Detaylı bir değerlendirme için bkz. Ergüne, Taksitle Satış, s. 515 vd.

m. 259 f. II hükmüyle içerik olarak aynı olduğu görülür. TKHK m. 18 f. I hükmünde, Türk Borçlar Kanunu'na nazaran yer verilen yegâne farklılık, TBK m. 259 f. III hükmünde ek sürenin on beş gün olarak düzenlenmesine karşılık, TKHK m. 18 f. I hükmünde otuz günlük bir ek süreye yer verilmiş olmasıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu'na nazaran sonraki özel hüküm niteliğini taşısa da, bu özelliği sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki taksitle satışa ilişkin bütün hükümlerin zımnen ilga edildiği sonucuna varmak mümkün değildir. Zira, bir kanunun başka bir kanun tarafından zımnen ilga edilebilmesi için, her iki kanunun aynı konuyu farklı şekillerde düzenleyen ve birbiriyle çatışan ayrı kurallar koyması gerekir. Bu nedenle, yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la çelişen hükümleri, tüketici işlemleri bakımından uygulanmaz²⁵¹⁹. Diğer hükümler ise uygulanmaya devam eder.

Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanının belirlenmesi konumuz açısından da önem taşır. Zira, kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanına girmeyen hâllerde, alıcının satış bedelinin bazı taksitlerini ifa etmesi, buna karşılık bazı taksitlerini ifa etmemesi durumunda, yani satış bedelinin sadece bir kısmının ödenmesi hâlinde, kısmi temerrüt rejimi uygulanır. Buna karşılık, alıcının peşinat da dâhil olmak üzere, satış bedelini tamamen ifa etmemesi durumunda genel borçlu temerrüdü rejimi uygulama alanı bulur. Bu nedenle, uygulama alanının özenle çizilmesi gerekir²⁵²⁰.

Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanı, bir açıdan geniş, diğer açıdan ise oldukça dardır:

- a) Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanı bir açıdan geniştir. Çünkü, TBK m. 263 f. I (İsvBK m. 226m f. I) uyarınca, taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümler, aynı ekonomik amaçla yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır²⁵²¹.

²⁵¹⁹ **Ergüne**, Taksitle Satış, s. 525 vd.

²⁵²⁰ Detaylı bilgi için bkz. **BK-Giger**, Vor. Art. 226a-228 OR N 26 vd.; **BSK-Stauder**, Vor. Art. 226a-226m OR N 34 vd.; **von Büren**, BT, s. 64; **Engel**, Contrats, s. 78 vd.; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 925 vd.; **Tercier**, Contrats spéciaux III, N 1235 vd.; **Bucher**, BT, s. 135-136; **Stofer**, s. 188 vd.; **Giger**, Abzahlungsrecht, s. 58 vd.; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, TBK m. 263 N 47 vd.; **Ünlütepe**, s. 71 vd.

²⁵²¹ Aynı ekonomik amaçla yapılan işlemler konusunda detaylı bilgi için bkz. **BK-Giger**, Art. 226m OR N 6 vd.; **BSK-Stauder**, Art. 226m OR N 1 vd.; **Engel**, Contrats, s. 78 vd.; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 936 vd.; **Giger**, Abzahlungsrecht, s. 58 vd.; **Dénéréaz Luisier**, s. 115 vd.; **Develioğlu**, Taksitle Satım, s. 548 vd.; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, TBK m. 263 N 48 vd.

- b) Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinin uygulama alanı diğer açıdan oldukça dardır. Çünkü, TBK m. 263 f. IV (İsvBK m. 226m f. IV) uyarınca, alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği durumlarda veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması hâlinde, taksitle satışa ilişkin hükümlerden TBK m. 259 f. II, m. 260 f. I ile m. 261 hükümleri uygulanır. Keza, TBK m. 272 (İsvBK m. 227i) uyarınca, alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması durumunda, ön ödemeli taksitle satışa dair hükümler (TBK m. 264 ilâ 271) tamamen uygulanmaz. Alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması, “çoğunlukla” satış sözleşmesinin bir tüketici işlemi olduğunu gösterir. Çoğunlukla dememizin sebebi, satıcının mesleki amaçlarla hareket eden bir kişi olmaması durumunda, sözleşmenin tüketici işlemi olarak nitelendirilmeyecek olmasıdır. O hâlde, kısmi ödemeli satış hükümleri, büyük ölçüde tüketici işlemleri bakımından uygulanır²⁵²². Bu durumda, tüketici işlemleri bakımından uygulanan TKHK m. 18-21 hükümlerinin de nazara alınması ve Türk Borçlar Kanunu’yla çatışan noktalarda, Tüketici mevzuatına öncelik tanınması gerekir.

2. Taksitle Satış Sözleşmesinde

Taksitle satış sözleşmesinde²⁵²³, kanun koyucu, alıcının borçlu temerrüdü bakımından, zayıf tarafı koruma amacıyla, genel hükümlerin önüne geçen, özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde bazı kurallar öngörmüştür²⁵²⁴. Bu çerçevede, alıcının ilk taksiti yani peşinatı ödemede temerrüde düşmesi hâli ile sonraki taksitleri ödemede temerrüde düşmesi hâli arasında bir ayrım yapılmalıdır:

²⁵²² Ayrı bir tüketici mevzuatı bulunan ülkemizde, söz konusu hükümlerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmesi isabetli olmamıştır. İsviçre’de söz konusu hükümlerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olması, İsviçre Hukuku’nda ayrı bir tüketici kanununun olmamasından ileri gelmekteydi. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde, kısmi ödemeli satışların Borçlar Kanunu bünyesinde düzenlenmesi, aynı önemde ülkemizde ayrı bir tüketici mevzuatı olmaması sebebiyle mazur görülebilirdi. Ancak, günümüzce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde kısmi ödemeli satışların bütünüyle 4077 veya 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bünyesine dâhil edilmemesi isabetli değildir. Nitekim, mehz İsviçre Hukuku’nda söz konusu hükümler İsviçre Borçlar Kanunu’ndan çıkarılmıştır.

²⁵²³ Taksitle satış sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. BK-Giger, Art. 226a OR N 4 vd.; BSK-Stauder, Art. 226a OR N 1 vd.; Stofer, s. 49 vd.; Tercier, Contrats spéciaux II, N 925 vd.; Engel, Contrats, s. 76 vd.; von Büren, BT, s. 60 vd.; Bucher, BT, s. 133 vd.; Giger, Abzahlungsrecht, s. 51 vd.; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 525 vd.; Ünlütepe, s. 113 vd.

²⁵²⁴ BK-Giger, Art. 226h OR N 1; BSK-Stauder, Art. 226h OR N 1; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 538 vd.; Ünlütepe, s. 166.

Alıcının peşinatta temerrüde düşmesi (“*Anzahlungsverzug*”) durumunda, alacaklı satıcı, TBK m. 259 f. I (İsvBK m. 226h f. I) uyarınca, peşinatın aynen ifasını talep edebilir veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Böylece, TBK m. 125 f. II (İsvBK m. 107 f. II) hükmünden farklı olarak, TBK m. 259 f. I hükmünde kanun koyucu, alacaklının aynen ifa yerine olumlu zararını talep etme imkânını ortadan kaldırmıştır²⁵²⁵. Keza, peşinatın ödenmemesi veya peşinatta temerrüde düşülmesi sebebiyle borcun kalan kısmının muaccel olacağını öngören düzenlemeler, yalnızca peşinatın ifa edilmesinin talep edileceğini öngören TBK m. 259 f. I hükmü ışığında geçerli kabul edilmez²⁵²⁶. TBK m. 259 f. I uyarınca, peşinatın aynen ifa edilmesi yerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen satıcı, TBK m. 259 f. III uyarınca alıcıya on beş günlük bir ek süre (*mehil / önel / lütuf süresi*) tanımak zorundadır²⁵²⁷. Bu süre, tüketici işlemlerinde, TKHK m. 21 f. I uyarınca otuz gündür.

Borçlu alıcının, peşinatı ödemede temerrüde düşmüş olması, satış bedelinin ilk taksitini ifa etmemiş, yani satış bedelini hiç ödememiş olması anlamına gelir. Satış bedeli borcunun herhangi bir bölümü, ifa edilmediği için, bu durum kısmi temerrüt olarak nitelendirilmez. Öte yandan, alıcının taksitle satış sözleşmesinde temerrüde düşmüş olması durumunda, kredili (*veresiye*) satışı düzenleyen TBK m. 235 f. III (İsvBK m. 214 f. III) hükmü uygulanmaz²⁵²⁸. Zira, TBK m. 235 f. III hükmü, sözleşmede açıkça saklı tutulmadıkça sözleşmeden dönme hakkının kullanımını ortadan kaldırırken; TBK m. 259 hükmü, açıkça satıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu düzenler.

Alıcının sonraki taksitleri ödemede temerrüde düşmesi (“*Teilzahlungsverzug*”) durumunda, alacaklı satıcı, kural olarak ifa edilmeyen taksitin ödenmesini talep edebileceği gibi, aynen ifa talebinin yanı sıra, sözleşmeden dönme yoluna başvurabilir veya kalan satış bedelinin tamamının tek seferde ödenmesini talep edebilir. O hâlde, taksitte temerrüt hâlinde satıcının üç seçimlik imkânı mevcuttur.

²⁵²⁵ BSK-Stauder, Art. 226h OR N 6; BK-Giger, Art. 226h OR N 3; Tercier, Contrats spéciaux II, N 993; von Büren, BT, s. 63; Schenker, Schuldnerverzug, N 788; Makaracı Başak/Öktem Çevik, TBK m. 259 N 27; Ünlütepe, s. 166. Aynı yönde bkz. Engel, Contrats, s. 77.

²⁵²⁶ BK-Giger, Art. 226h OR N 5; Engel, Contrats, s. 77; Tercier, Contrats spéciaux II, N 993; von Büren, BT, s. 63; Schenker, Schuldnerverzug, N 799; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 538.

²⁵²⁷ Engel, Contrats, s. 77; Schenker, Schuldnerverzug, N 788. TBK m. 235 f. I (İsvBK m. 214 f. I) uyarınca ek süre tanımadan sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği yönünde bkz. von Büren, BT, s. 63, dn. 271. Ek süre verilmesi gerektiği, ancak on beş günlük süreyi öngören hükmün peşinatta temerrüt bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. BK-Giger, Art. 226h OR N 4-5, 7; BSK-Stauder, Art. 226h OR N 3.

²⁵²⁸ Tercier, Contrats spéciaux II, N 994. Aynı yönde bkz. BSK-Stauder, Art. 226h OR N 8; BK-Giger, Art. 226h OR N 6.

Bunlar, muaccel hâle gelmiş olan taksit bakımından aynen ifa talebi, kalan satış bedelinin tamamının tek seferde ödenmesini talep etme ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarıdır²⁵²⁹.

Satıcının sözleşmeden dönebilmesi veya kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini talep edebilmesi, TBK m. 259 f. II uyarınca, bu hakkın açıkça sözleşmeden saklı tutulmasına bağlıdır²⁵³⁰. Satış bedelinin tamamının tek seferde istenebilmesi imkânı, esasen TBK m. 125 hükmünde alacaklıya tanınan haklardan çok daha ileri giden ve ona sözleşmeyi tek taraflı olarak tadil etme imkânı bahşeden bir haktır²⁵³¹. Böylece, alacaklı satıcı, taksitlerden birinin ödenmemesi durumunda, muacceliyet ihbarında bulunarak, yenilik doğuran bir hakla, kalan satış bedelini muaccel hâle getirme yetkisi edinmiş olur. Satıcının sözleşmeden dönme veya kalan satış bedelinin tamamını tek seferde talep etme hakkını kullanabilmesi için, iki temel koşulun gerçekleşmesi gerekir:

- i. Borçlu temerrüdünün, edimin tamamını belirli ölçüde etkilemesi, başka bir deyişle, alıcının satış bedelinin belirli bir kısmında temerrüde düşmüş olması şarttır²⁵³². TBK m. 259 f. II uyarınca, söz konusu hakların kullanılabilmesi için, alıcının (a) satış bedelinin onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksitte veya (b) satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir taksitte ya da (c) son taksitte temerrüde düşmüş olması şarttır.
- ii. Satıcının, sözleşmeden dönme veya kalan satış bedelinin tamamını tek seferde talep etme hakkını kullanabilmesi için, TBK m. 259 f. III uyarınca alıcıya on beş günlük bir ek süre (*mehil / önel / lütf süresi*) tanınmalıdır. Bu süre, tüketici işlemlerinde, TKHK m. 21 f. I uyarınca otuz gündür.

²⁵²⁹ BK-Giger, Art. 226h OR N 10; BSK-Stauder, Art. 226h OR N 9; Engel, Contrats, s. 77; Tercier, Contrats spéciaux II, N 995; von Büren, BT, s. 63; Bucher, BT, s. 135; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 539 vd.; Makaracı Başak/Öktem Çevik, TBK m. 259 N 29; Ünlütepe, s. 167 vd.

²⁵³⁰ Satıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren koşul, bir **dönme şartı** (*clause résolutoire*) olarak karşımıza çıkar. Bkz. Tercier, Contrats spéciaux II, N 995. Sözleşmeden dönme hakkının sözleşmede açıkça saklı tutulması, TBK m. 235 f. III (İsvBK m. 214 f. III) hükmünde sözleşmeden dönme hakkının saklı tutulmasıyla benzerlik gösterir.

²⁵³¹ Tercier, Contrats spéciaux II, N 995. Satıcıya satış bedelinin tamamını bir defada talep edebilme yetkisi veren sözleşme hükmü bir **muacceliyet şartı** (*clause d'exigibilité / Terminverlustklausel*) olarak anılır. Satıcı, sözleşmede kendisine tanınan bu hakkı kullanırsa, henüz muaccel olmamış taksitler muaccel hâle gelir ve taksit taksit bölünmüş olan satış bedeli tek bir edime dönüşür. Böylece, sözleşmede kararlaştırılan vade etkisini kaybeder. Ancak, zaten bütün taksitler muaccel hâle gelmişse, söz konusu yetkinin hukuken bir önemi olmaz. Bkz. BK-Giger, Art. 226h OR N 11; BSK-Stauder, Art. 226h OR N 11 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 799; Tercier, Contrats spéciaux II, N 995; Stofer, s. 115; İnceoğlu, s. 39.

²⁵³² BK-Giger, Art. 226h OR N 11; BSK-Stauder, Art. 226h OR N 11; Schenker, Schuldnerverzug, N 789; von Büren, BT, s. 63; Bucher, BT, s. 135; Stofer, s. 119 vd.; İnceoğlu, s. 41 vd.

Alıcının peşinatı ödeyip sonraki taksitlerde temerrüde düşmesi, bir **kısmi temerrüt** hâlidir. Zira, bu durumda alıcı, satış bedelinin bir kısmını ifa edip, diğer bir kısmında temerrüde düşmüş olur. Kanun koyucu, alıcının sonraki taksitlerde temerrüde düşmesi hâlini özel ve nihai olarak düzenlediği için, çalışma kapsamında yer vermiş olduğumuz kısmi temerrüt rejimi ve bu çerçevede tanınan seçimlik haklar uygulanmaz²⁵³³. Böyle bir durumda satıcı, olumlu zararının kısmen veya tamamen tazminini talep etme hakkına sahip olmadığı gibi, sözleşmeden kısmen dönme hakkını da kullanamaz. Zira, TBK m. 259 ve 260 hükümlerinde zikredilen sözleşmeden dönme hakkı, kısmen değil, tamamen sözleşmeden dönme imkânını düzenler.

3. Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesinde

TBK m. 271 f. I (İsvBK m. 227h f. I) uyarınca, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde²⁵³⁴, alacaklı satıcı, vadesi gelmiş olan taksitlerin aynen ifasını talep edebilir. Aynen ifa imkânının yanı sıra, TBK m. 271 uyarınca, satıcının sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir:

- i. TBK m. 271 f. I uyarınca, satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, borçlu temerrüdünün, edimin tamamını belirli ölçüde etkilemesi; başka bir deyişle, alıcının satış bedelinin belirli bir kısmında temerrüde düşmüş olması gerekir. TBK m. 271 f. I uyarınca, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, alıcının **(a)** satış bedelinin onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksitte veya **(b)** satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir taksitte ya da **(c)** son taksitte temerrüde düşmüş olması şarttır.
- ii. Alacaklı satıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, TBK m. 271 f. I uyarınca alıcıya bir aylık bir ek süre (*mehil / önel / lütuf süresi*) tanımalıdır²⁵³⁵.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, TBK m. 125 hükmünden farklı olarak, alacaklı satıcı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini talep etme hakkına

²⁵³³ BK-Giger, Vor. Art. 226h-226k OR N 7; BSK-Stauder, Vor. Art. 226h-226k OR N 5; von Büren, BT, s. 63, dn. 269; Stofer, s. 116 vd. Benzer şekilde bkz. KanM (Zürich), 2.6.1964, SJZ 61/1965, s. 189; KanM (Zürich), ZR 63/1964 N 133.

²⁵³⁴ Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. BK-Giger, Art. 227a-228 OR N 6 vd.; Engel, Contrats, s. 82 vd.; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1224 vd.; Tercier, Contrats spéciaux II, N 1006 vd.; Stofer, s. 172 vd.; von Büren, BT, s. 65 vd.; Bucher, BT, s. 133 vd.; Arm, s. 9 vd.; Bertherin, s. 45 vd.; Ünlütepe, s. 100 vd.

²⁵³⁵ BK-Giger, Art. 227h OR N 9; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1264; Engel, Contrats, s. 86; Schenker, Schuldnerverzug, N 790.

sahip değildir²⁵³⁶. Nitekim, “*alıcının temerrüdü*” başlığını taşıyan TBK m. 271 hükmü, yalnızca alacaklının aynen ifayı talep etme hakkının yanı sıra, sözleşmeden dönme hakkını düzenler. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, alacaklı satıcının, satış bedelinin tamamının tek seferde ödenmesini talep etme imkânı da mevcut değildir²⁵³⁷. Söz konusu hakkın sözleşmede saklı tutulması da sonucu değiştirmez. Zira, TBK m. 271 f. I hükmünde, satıcının yalnızca vadesi gelen ödemeleri isteyebileceği düzenlenmiş; *argumentum a contrario*, vadesi gelmeyen ödemelerin talep edilmesi hariç tutulmuştur.

4. Sözleşmeden Dönmenin Etkileri

Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkının sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. TBK m. 260 (İsvBK m. 226i) hükmünde, taksitle satış sözleşmesinde, sözleşmeden dönme hakkının sonuçları ele alınmıştır. Bunun yanında, TBK m. 271 (İsvBK m. 227h) hükmünde, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, sözleşmeden dönme hakkının sonuçları bakımından, TBK m. 260 hükmüne atıf yapılmıştır. Bu nedenle, her iki kısmi ödemeli sözleşme türünü bir arada ele almak mümkündür. Öte yandan, TBK m. 260 hükmünde, sözleşmeden dönme hakkının satılanın alıcıya devredilmesinden önce veya sonra kullanılması hâllerine, farklı sonuçlar bağlanmıştır.

TBK m. 260 hükmü, teknik anlamda sözleşmeden dönmeyi, yani, sözleşmenin geçmişe etkili olarak tamamen sona erdirilmesini düzenler²⁵³⁸. Kısmi ödemeli satış sözleşmelerinde, bir kısmi dönme rejimi öngörülmüş değildir²⁵³⁹. Bu nedenle, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, kısmi temerrüt gerçekleşse dahi, satıcı, sözleşmeden kısmen değil, yalnızca tamamen dönebilir; bu nedenle, sözleşmeden dönme neticesinde sözleşme, kısmen değil tamamen tasfiye edilir.

TBK m. 260 hükmü zayıf tarafı koruma amacı nedeniyle, düzenleyici değil **emredici hukuk kuralı** niteliğindedir²⁵⁴⁰. Bu nedenle, satıcıya, TBK m. 260

²⁵³⁶ BK-Giger, Art. 227h OR N 6 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, N 791.

²⁵³⁷ Tercier, Contrats spéciaux III, N 1263; Schenker, Schuldnerverzug, N 791. Aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 227h OR N 6; Engel, Contrats, s. 86.

²⁵³⁸ İsvFM, ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189.

²⁵³⁹ Aynı yönde bkz. Bertherin, s. 181.

²⁵⁴⁰ BK-Giger, Art. 226i OR N 1; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 2; Stofer, s. 116; İsvFM, ATF 95 II 312 = JdT 1970 I 351; ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189.

hükmünden daha geniş haklar tanıyan sözleşme hükümleri geçersizdir²⁵⁴¹. Hükmün emredici karakteri, hükme atfedilen önemi artırır.

a. Satılanın Devrinden Sonra Sözleşmeden Dönme

TBK m. 260 f. I hükmü, satılanın devrinden sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenler. Taksitle satış sözleşmesi bakımından sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarını düzenleyen TBK m. 260 f. I hükmü, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi açısından satılanın devredilmiş olduğu hâllerde TBK m. 271 f. IV atfıyla uygulanır.

TBK m. 260 f. I uyarınca, satıcı, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle, satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönerse, her iki taraf aldığı geri vermekle yükümlüdür²⁵⁴². Esasen ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesi TBK m. 125 f. III (İsvBK m. 109 f. I) hükmünde benimsenen genel kuralın tekrarıdır başka bir şey değildir. Buna göre, satıcı daha önce ifa edilmiş olan satış bedelini iade etmekle yükümlüyken, alıcı da satılanı iade etme borcu altındadır. Öte yandan, daha önce ifa edilmiş olan taksitlerin iade edilmeyeceği veya satıcının ifa edilmiş olan satış bedelini elde tutabileceği yönündeki sözleşme şartları (*clause de déchéance / Verfallklausel*) geçerli kabul edilmez²⁵⁴³.

İfa edilmiş edimlerin iadesi dışında, TBK m. 260 hükmünde, genel borçlu temerrüdünden farklı olarak, alacaklıya bazı ek imkânlar tanınır²⁵⁴⁴. TBK m. 260 f. I uyarınca, satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ile satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması hâlinde tazminat da isteyebilir. Mehz kanunda ifade edildiği şekliyle, satılanın kullanım bedeli, basit bir kira bedelinden (*loyer / Mietzins*) ibaret değildir²⁵⁴⁵. Alıcının ifa etmekle yükümlü olduğu hakkaniyete uygun kullanım bedeli, satılanın amortismanı, yani olağan aşınma ve yıpranma bedeli

²⁵⁴¹ İsvFM, ATF 95 II 312 = JdT 1970 I 351; ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189.

²⁵⁴² BK-Giger, Art. 226i OR N 6; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 8; Tercier, Contrats spéciaux II, N 1001; Stofer, s. 123; Bucher, BT, s. 135.

²⁵⁴³ BSK-Stauder, Art. 226i OR N 8; Tercier, Contrats spéciaux II, N 1001; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1269; BK-Giger, Art. 226i OR N 6.

²⁵⁴⁴ Tercier, Contrats spéciaux III, N 1270; Schenker, Schuldnerverzug, N 794.

²⁵⁴⁵ BSK-Stauder, Art. 226i OR N 10; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1270; İsvFM, ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189. Aynı yönde bkz. BK-Giger, Art. 226i OR N 8; Stofer, s. 124 vd.; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 545. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca ve Fransızca metne göre durumu daha iyi ifade eden İtalyanca metninde kira değil, "satılanın kullanılması nedeniyle hakkaniyete uygun bir tazminat (*un equo compenso per l'uso della cosa*)" kavramından bahsedilir. Bkz. BK-Giger, Art. 226i OR N 8; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 10.

ile satış konusu malın alıcıya bırakıldığı süre boyunca ödenmesi gereken kullanım bedelinden oluşur²⁵⁴⁶.

Alıcı, satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle meydana gelen ve olağan bir amortismanı aşan değer azalmasını da telafi etmek zorundadır. Buna göre, olağanüstü aşınma ve yıpranma nedeniyle meydana gelen zararın tazmini, satılan yalnızca olağan bir aşınma ve yıpranmaya maruz kalsa idi hangi durumda olacak idiyse, satılan o duruma getirmeyi amaçlar²⁵⁴⁷. Olağanüstü değer azalmasının kasten veya kaza sonucu gerçekleşmesi ya da satılanın aşırı kullanımından veya bakım eksikliğinden ileri gelmesi önem taşımaz²⁵⁴⁸. Böylece satılarda meydana gelen olağan ve olağanüstü değer azalması, tamamen tazmin edilmiş olur²⁵⁴⁹. Öte yandan, satıcı, TBK m. 260 f. I uyarınca, sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez²⁵⁵⁰.

Hâkim, hakkaniyete uygun kullanım bedelini, farazi bir biçimde, yani soyut bir şekilde hesaplayabilir. Soyut bir şekilde hesaplanan uygun kullanım bedeli, satılanın sözleşmenin akdedildiği andaki değeri ile satıcının satılardan yoksun kaldığı süre göz önünde bulundurularak belirlenir²⁵⁵¹. Kanunda her ne kadar bir “*tazminat*” alacağından bahsedilmişse de, söz konusu ifadeden teknik anlamda tazminat değil, iade borcu çerçevesinde, malın değerinin tam bir şekilde tazmin edilmesi

²⁵⁴⁶ BSK-Stauder, Art. 226i OR N 10; Engel, Contrats, s. 77; Tercier, Contrats spéciaux II, N 1002; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1270; Schenker, Schuldnerverzug, N 795; Stofer, s. 124 vd.; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 545; Makaracı Başak/Öktem Çevik, TBK m. 260 N 36; İsvFM, ATF 95 II 312 = JdT 1970 I 351; ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189: “(...) İsvBK m. 226i f. I hükmünde zikredilen hakkaniyete uygun kira (loyer équitable) kavramı, kira sözleşmesindeki kira bedeli ile aynı anlama gelmez. Hakkaniyete uygun kira kavramıyla anlaşılması gereken, sözleşmenin hiç kurulmaması ihtimalinde satıcı hangi ekonomik durumda bulunacak idiyse, onu aynı ekonomik duruma getirmek için ödenmesi gerekli olan miktardır. Söz konusu tazminat, geri alınan satılana ek olarak, hem satılanın normal amortismanını, yani değer kaybını hem de satıcının mahrum kaldığı sermayenin faizini içerir. Bu sermaye esasen satılanın peşin fiyatından oluşur; aksi kanıtlanana kadar genellikle sözleşme günündeki değerine ve ona eklenen gerekli masraflara karşılık gelir (...)”.

²⁵⁴⁷ BK-Giger, Art. 226i OR N 11; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 12; Schenker, Schuldnerverzug, N 795; Develioğlu, Taksitle Satım, s. 545.

²⁵⁴⁸ BSK-Stauder, Art. 226i OR N 12; Tercier, Contrats spéciaux II, N 1002; Tercier, Contrats spéciaux III, N 1270; Stofer, s. 128-129; İsvFM, ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189; İsvFM, SJ 1988 89. Aşırı değer kaybının, muhakkak satılanın kullanımından ileri gelmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. BK-Giger, Art. 226i OR N 1112.

²⁵⁴⁹ Tercier, Contrats spéciaux II, N 1002; Schenker, Schuldnerverzug, N 795.

²⁵⁵⁰ Tazminat alacağı olumlu zararı aşmamalıdır. Bkz. Develioğlu, Taksitle Satım, s. 544. Tazminat satıcının zenginleşmesine yol açmamalıdır. Bkz. BK-Giger, Art. 226i OR N 8; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 10; Stofer, Kommentar, s. 125; İsvFM, ATF 62 II 30.

²⁵⁵¹ BK-Giger, Art. 226i OR N 10; BSK-Stauder, Art. 226i OR N 11; İsvFM, ATF 96 II 186 = JdT 1971 I 189.

anlaşılmalıdır. Satılanın değerini tazmin yükümlülüğü, iade borcuna dâhil olduğu için, alıcının kusursuz olduğunu ispat etmesi mümkün değildir²⁵⁵².

b. Satılanın Devrinden Önce Sözleşmeden Dönme

Satılanın devrinden önce sözleşmeden dönme, taksitle satış sözleşmesinde peşinatın ödenmemesi durumunda söz konusu olur. TBK m. 260 f. II uyarınca, satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse; alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Taraflar karşılıklı borçlarını ifa etmemiş oldukları için, sözleşmeden dönme sebebiyle doğrudan bir iade borcu doğmasa da, alıcının satıcı nezdinde gerçekleşen zararları gidermesi gerekir. O hâlde, TBK m. 260 f. I hükmünde zikredilen uygun kullanım bedeline benzer şekilde, TBK m. 260 f. II uyarınca, satılanın devrinden önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, satıcı, peşinat üzerinden anapara faizi ödenmesini ve satılanın uğramış olduğu değer kaybının giderilmesini talep edebilir.

Alıcı, satılanı teslim alamadığı ve hiç kullanmadığı için, TBK m. 260 f. II hükmünde zikredilen “*satılanın uğramış olduğu değer kaybı*”, aşınma ve yıpranmadan kaynaklanan değer azalması anlamına gelmez. Satılarda meydana gelen değer azalması, piyasa değerinin düşmesi nedeniyle satılanın uğradığı değer kaybını (“*moins-value*”) ifade eder²⁵⁵³. Söz konusu değer kaybı, esasen, alacaklının hiç sözleşme ilişkisine girmemiş olsaydı, satılanı daha yüksek bir bedel karşılığında satabileceğini kanıtlaması durumunda, TBK m. 125 f. III hükmü çerçevesinde, olumsuz zararın tazmini talebi kapsamında yer alır²⁵⁵⁴. Öte yandan, TBK m. 260 f. II çerçevesinde, böyle bir ispata ihtiyaç duyulmaz. TBK m. 260 f. II uyarınca, satıcı, ayrıca peşinat üzerinden anapara faizi ödenmesini talep edebilir. Anapara faizinin hesaplanmasında, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun²⁵⁵⁵ uyarınca belirlenen kanuni anapara faiz oranı esas alınır.

²⁵⁵² Aynı yönde bkz. **Stofer**, s. 128-129. Alıcının kusursuzluğunu ispat edip edemeyeceği sorusunu hasar sorunu kapsamında çözen yaklaşım için bkz. **Stofer**, s. 128-129.

²⁵⁵³ **BK-Giger**, Art. 226i OR N 24; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 797; **Engel**, Contrats, s. 77; **Tercier**, Contrats spéciaux II, N 1000; **Tercier**, Contrats spéciaux III, N 1266.

²⁵⁵⁴ **Schenker**, Schuldnerverzug, N 797. Kâr kaybı hükmün kapsamına girmez. Bkz. **BK-Giger**, Art. 226i OR N 25; **BSK-Stauder**, Art. 226i OR N 5.

²⁵⁵⁵ RG T. 19.12.1984, S. 18610.

TBK m. 260 f. II hükmü, taksitle satış sözleşmesinin yanı sıra, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi açısından da uygulanır. Bu durumda, TBK m. 271 (İsvBK m. 226i) uyarınca üçlü bir ayırım yapmak gerekir²⁵⁵⁶:

- i. Bir yıl veya daha kısa süreli ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri açısından, TBK m. 260 f. II hükmü, TBK m. 271 f. II atfıyla, kıyasen uygulanır. Böylece, satıcı, ödenmeyen taksitler bakımından anapara faizi talep edebileceği gibi, satılarda meydana gelen değer kaybının giderilmesini isteyebilir.
- ii. Bir yıldan uzun süreli olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcı, TBK m. 271 f. III uyarınca, alıcının satılanın kendisine devrini istemesinden sonra sözleşmeden dönerse, ödenmeyen taksitler bakımından anapara faiziyle birlikte, devir isteminden sonra satılarda oluşan değer kaybının giderilmesini isteyebilir.
- iii. Bir yıldan uzun süreli olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, TBK m. 271 f. II uyarınca, alıcı henüz satılanın kendisine devrini talep etmemişse, satıcı, yalnızca sözleşmede kararlaştırılan cayma parası ile anapara faiziyle karşılanamayan zararlarının giderilmesini talep edebilir.

²⁵⁵⁶ Aynı yönde bkz. BK-**Giger**, Art. 227h OR N 10 vd.; **Schenker**, Schuldnerverzug, N 798; **Engel**, Contrats, s. 87.

SONUÇ

1. Kısmi temerrüt, en geniş anlamıyla, “*borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı için gerçekleşmiş olması*” şeklinde tanımlanır. Dar anlamıyla kısmi temerrüt ise, “*borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun henüz ifa edilmemiş olan bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi*” şeklinde ifade edilir. Bu çerçevede, borcun bir kısmının ifa edilmesinin ardından, borçlunun borcun bakiye kısmı bakımından temerrüde düşmesi, **dar anlamda** veya **gerçek kısmi temerrüt** olarak adlandırılır. Gerçek ve dar anlamda kısmi temerrüt rejiminin en önemli şartı, TBK m. 84 uyarınca ifanın kısmen gerçekleşmesidir. Buna karşılık, **geniş anlamda** veya **gerçek olmayan kısmi temerrüt** borçlu temerrüdünün şartlarının borcun yalnızca bir kısmı bakımından gerçekleşmiş olması durumunda meydana gelir. Alacaklının, alacağın bir kısmı için temerrüt ihtarında bulunması veya alacağın yalnızca bir bölümünün muaccel olması böyledir. Geniş anlamda kısmi temerrüt borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne dönüşmediği müddetçe, alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından, kısmi temerrüt rejimine başvurabilir.

2. Kısmi temerrüt rejimi ve genel olarak kısmi ifa engelleri sistemi, kanunda düzenlenmediği için, bir **açık boşluk** söz konusudur. Açık kanun boşluğu doldurulurken, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27 f. II, kısmi imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 137, kısmi zaptı düzenleyen TBK m. 218 ve birden çok mal satışında satılanın bir kısmının ayıplı olmasını düzenleyen TBK m. 230 ile kısmi temerrüdü doğrudan düzenleyen CISG m. 51 ve TTK m. 23 f. I b. (a) hükümlerinden kıyasen yararlanılabilir. Böylece, **toplu (hukuki) kıyas** metoduyla, tümevarım yapılarak, kısmi temerrüt rejimi bakımından uygulanacak temel ilkeler tespit edilir ve kanun boşluğu, kanunun ruhundan yararlanılarak doldurulur.

3. Tüm kısmi ifa engellerinde temel kural, “*yararlı olan bölüm, yararsız olan bölümden etkilenmez*” şeklinde çevrilebilecek olan “*utile per inutile non vitiatur*” kuralıdır. Böylece, ifa engelleri bakımından olduğu gibi, kısmi temerrütte, kural olarak sözleşme iki kısma ayrılır. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede

kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş veya edilecek olan bölümdür; diğeri ise, borca aykırılığın gerçekteştiğı ve alacaklının kendisine tanınan hakları tatbik edeceğı kısımdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun gerçekteştirdiğı kısmi ifaya karşılık, alacaklı da karşı edimini, kısmi ifa ölçüsünde yerine getirmelidir. Kısmi ifa engeli sebebiyle, alacaklı, sahibi olduğı hakları, borcun ifa edilmemiş kısmı bakımından kullanır. Buna karşılık, edimin borca aykırılıktan etkilenmeyen kısmının ifasında alacaklının herhangi bir menfaati kalmamışsa veya alacaklının kısmi ifa engelinin meydana geleceğini bilmesi varsayımında, sözleşmeyi akdetmeyeceğı söylenebiliyorsa, bölümsel ifa engeli, yerini bütüncül ifa engeline bırakır.

4. Borçlunun gerçekte ve dar anlamda kısmi temerrüde düşmesi için, borcun kısmen ifa edilmiş olması gerekir. Bu açıdan, **kısmi ifa** (TBK m. 84), borçlunun kısmen temerrüde düşmesi bakımından bir özel şart teşkil eder. TBK m. 84 hükmünde zikredilen kısmi ifa, en kısa ve öz tanımıyla, alacaklının borçlu olunan edime kısmen kavuşması; yani, borçlunun nicelik bakımından borçlu olduğundan daha azını alacaklıya ifa etmesidir. Kısmi ifa ve buna bağılı olarak kısmi temerrüt iki şekilde gerçekteşebilir:

5. İlk olarak, yalnızca bir edimin kısmen ifa edilmesi ve borçlunun bölünebilir bir edimin bir kısmını ifa ettikten sonra, edimin kalan kısmı bakımından kısmen temerrüde düşmesi mümkündür. Bir edimin kısmi ifasından bahsedebilmek için, edimin **bölünebilir** olması şarttır. Bölünebilirlik şartının kümülatif olarak gerçekteşmesi gereken iki unsuru bulunur. Bunlar, objektif (*fili* ve *teknik*) olarak bölünebilir olma şartı ile sübjektif (*hukuki*) olarak bölünebilir olma şartıdır. Edimin objektif olarak bölünebilir olması, edimin niteliğinde ve değeriinde değışiklik olmaksızın parçalara ayrılabilmesi hâlinde mümkün kabul edilir. O hâlde, **objektif açıdan bölünebilir olma** koşulu, borçlunun, muhteva itibariyle, borçlu olduğundan objektif olarak daha azını alacaklıya ifa etmesi şeklinde tanımlanır. Bir edimin bölünebilir olarak kabul edilmesi için, objektif açıdan bölünebilir olması yetmez; ayrıca, edim **sübjektif olarak bölünebilir olma** şartını sağlamalıdır. Bir edimin sübjektif olarak bölünebilir olup olmadığı ise, tarafların irade beyanları çerçevesinde, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaat durumları nazara alınarak belirlenir.

6. İkinci olarak, borç ilişkisine konu olan birden fazla edim yükümlülüğünün bir kısmının ifa edilmesi ve borçlunun birden fazla edim yükümlülüğünden sadece birini veya birkaçını ifa ederek, kalan edim yükümlülükleri bakımından kısmen temerrüde

düşmesi mümkündür. Böyle bir durumda, **borç ilişkisinin kısmi ifası** söz konusu olur. Borç ilişkisinin kısmi ifası, birden fazla asli edim yükümlülüğünden bir bölümünün ifa edilmesi yoluyla meydana gelebileceği gibi; sözleşmede bir yan edim yükümlülüğü varsa, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda da gerçekleşebilir. Birden fazla asli edim yükümlülüğünün kısmen ifa edilebilmesi için, edimlerin aynı hukuki sebepten, yani aynı borç ilişkisinden doğmuş olması; ayrıca, edimler arasında, iç bağlantı ve sözleşmesel bir bütünlük bulunması gerekir. Edimler arasında bir iç bağlantının bulunup bulunmadığı, sözleşmede yer alan hükümler, sözleşmeyle güdülen amaç, tarafların menfaat durumları ve edimlerin ekonomik işlevleri nazara alınarak tespit edilir. Kısmi ifanın, asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri bakımından gerçekleşmesi de mümkündür. Asli edim yükümlülüğünün ifa edilip, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi, kısmi ifa teşkil eder ve borçlu temerrüdünün diğer şartlarının gerçekleşmesi durumunda, borçlunun kısmen temerrüde düşmesine sebep olur.

7. TBK m. 84 f. I uyarınca, alacaklı, kural olarak, kısmi ifayı reddetme hakkına sahiptir. Alacaklının **kısmi ifayı reddetme** hakkının doğması için, alacağın belli (*likit*) ve tamamının muaccel olması gerekir. TBK m. 84 f. I uyarınca, kısmi ifayı reddetme hakkını kullanan alacaklı, kanun gereği ifayı reddettiği için, TBK m. 106 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşmez. Öte yandan, alacaklı, kısmi ifayı reddetmek yerine, kendisine sunulan kısmi ifa teklifini kabul edebilir veya **kısmi ifayı talep etme** hakkını kullanabilir. Böylece, alacaklı, kısmi dava açabilir, kısmi ifayı icra yoluyla talep edebilir veya alacağın bir kısmını devredebilir. Alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkının bazı istisnaları bulunur. Alacaklı açısından **kısmi ifayı kabul zorunluluğu**, borçlu açısından ise kısmi ifade bulunma hakkı, sözleşmeden, belirli bir kanun hükmünden veya dürüstlük kuralından (TMK m. 2 f. I) doğabilir.

8. Kısmi temerrütten bahsedebilmek için, TBK m. 117 uyarınca, **borçlu temerrüdünün genel şartlarının** gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak, borçlunun, ifası mümkün olan ve muaccel bir borcu ifa etmemiş olması; ikinci olarak, alacaklının temerrüt ihtarında bulunması veya somut olayda, temerrüt ihtarına gerek olmayan bir hâlin bulunması şarttır. Son olarak, borcun ifa edilmemesi, haklı bir sebebe dayanmamalı ve alacaklı, kendisine sunulan ifayı kabule hazır olmalıdır. Nitekim, ifadan kaçınma hakkına sahip olan borçlunun bu hakkını kullanması, temerrüde düşmesine engel olur. Öte yandan, alacaklının karşı edim borcunu kısmen ifa etmiş olması ihtimalinde, borçlu, TBK m. 97 uyarınca, ödemezlik def'ini kısmen

kullanabilir ve kendi edimini, kural olarak, yalnızca kısmen ifa edilmemiş olan karşı edim oranında ifa etmekten kaçınabilir.

9. Kısmi temerrüt rejiminde, sözleşme iki kısma ayrılır. Bu iki kısımdan ilki, kısmen de olsa sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmiş olan bölümdür; diğeri ise, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının seçimlik haklarını tatbik edeceği kısımdır. Kural olarak, borcun ifa edilmiş olan kısmı, temerrüde düşülen kısım için başvurulacak hukuki çarelerden etkilenmez. Kısmi temerrütte, alacaklı, ifa edilmemiş olan borç bakiyesinin aynen ifasıyla birlikte, TBK m. 118 uyarınca, ifa edilmeyen kısım bakımından **gecikme tazminatı** talep edebilir. Gecikme tazminatı, yalnızca temerrüde düşülen kısım bakımından söz konusu olur. Buna karşılık, bazı durumlarda, edim konusunun bir bölümünün ifa edilmemiş olması, ifa edilmiş olan kısmı da içine alarak, borç tamamen ifa edilmemiş gibi zarara sebebiyet verir. Zararın veya ifa edilmeyen edimin niteliğinden kaynaklanan böyle hâllerde, gecikmeden doğan zarar, ifa edilmeyen kısımla sınırlı olmaksızın hesaplanır.

10. Kısmi temerrüde rejiminde, borçlu, ifa edilmeyen kısım bakımından beklenmedik hâlden sorumludur. TBK m. 119 uyarınca, **beklenmedik hâlden sorumluluk** için, temerrüt süresi boyunca, tarafların kusuru olmaksızın ifanın imkânsız hâle gelmesi veya kötüleşmesi gerekir. Borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkânsızlığı da, TBK m. 119 f. I hükmünün kapsamına girer. Borçlu temerrüdü çerçevesinde, beklenmedik hâl nedeniyle, borcun bir kısmı imkânsız hâle gelirse, ifası imkânsızlaşan kısım bakımından, borçlunun sorumlu olduğu kısmi ifa imkânsızlığı; ifası mümkün olan kısım bakımından ise, kısmi temerrüt rejimi uygulanır. Böylece, alacaklı, her bir kısmi ifa engeli bakımından, kendisine tanınan hukuki imkânlara ayrı ayrı başvurabilir. Öte yandan, kısmi imkânsızlık hâlinde, edimin kalan kısmının ifa edilmesi, alacaklıya herhangi bir menfaat sağlamıyorsa, alacaklı, borcun tamamı imkânsız hâle gelmiş gibi, tam imkânsızlığın hukuki sonuçlarına başvurabilir.

11. Para borçlarında, kanun koyucu, özel bir borçlu temerrüdü rejimi öngörmüştür. Alacaklı, TBK m. 120 uyarınca, para borçlarında, gecikme tazminatı yerine geçmek ve tazminatın alt sınırını belirlemek amacıyla, zarardan ve kusurdan bağımsız bir şekilde, **temerrüt faizi** ödenmesini talep edebilir. Borçlunun kısmi temerrüde düşmesi durumunda, temerrüt faizi, yalnızca temerrüde düşülen kısım bakımından işler. Gecikmeden kaynaklanan zarar, temerrüt faizinden fazla ise, alacaklı, TBK m. 122 uyarınca, **aşkın (munzam) zararının** tazmin edilmesini talep

edebilir. Soyut zarar görüşü olarak adlandırdığımız yaklaşım çerçevesinde, enflasyon zararları, aşkın zarar olarak nitelendirilir ve alacaklı, temerrüt faiziyle karşılanmadığı ölçüde, enflasyon sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesini talep edebilir.

12. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kısmi temerrüt hâlinde, alacaklı, TBK m. 125 hükmüne kıyasen, ifada gecikilen bölüm bakımından kısmi ifadan vazgeçerek, olumlu zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden kısmen dönerek, olumsuz zararın giderilmesini talep edebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kısmi temerrüdün nitelikli sonuçlarına başvurmak isteyen alacaklının, TBK m. 123 ve m. 125 f. I uyarınca, borçluya bir **ek süre** tayin etmesi veya somut olayda, ek süre verilmesine gerek olmayan bir hâlin mevcut olması gerekir. Ek sürenin sonunda, alacaklı, vakit kaybetmeksizin (*derhal*) bildirimde bulunarak, yenilik doğuran hak niteliğindeki seçimlik haklarını kullanır.

13. Kısmi temerrütte, şayet borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma imkânı tanıyan bir özel durum mevcutsa, alacaklı, bir seçimlik hakka daha kavuşur. Bu seçimlik hakkın konusunu, alacaklının, borçlu temerrüdü hükümlerine kısmen mi, yoksa tamamen mi başvuracağı yönündeki tercih oluşturur. Alacaklı, bölümsel temerrüt ile bütüncül temerrüt arasında, kural olarak, serbestçe seçim yapabilir. Söz konusu seçimlik hak, diğer seçimlik haklar gibi, bir **yenilik doğuran hak** niteliğindedir. Alacaklının, söz konusu seçimlik hakkını, ek sürenin sonunda, aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte kullanması ve borçluya bildirmesi gerekir. Borçlunun kusursuz olması durumunda veya kısmi temerrütte bütüncül temerrüt hükümlerine başvuru şartlarının gerçekleşmemesi hâlinde, alacaklı, **gerçek olmayan değiştirme hakkı** (*ius variandi*) uyarınca, yeniden seçimlik haklarını kullanabilir. Böylece, alacaklı, borcun kalan kısmının aynen ifasından vazgeçip vazgeçmeyeceğine karar verir; akabinde seçimini akamete uğratan sebebe göre yeniden bir tercih yapar.

14. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 f. II hükmüne kıyasen, kısmi temerrüt hâlinde, borcun ifa edilmeyen bakiye kısmının ifasından vazgeçerek, ifasından vazgeçilen kısım bakımından olumlu (*müspet*) zararının tazminini talep edebilir. Kısmi temerrütte **olumlu zarar**, borcun bir kısmının ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu mevcut durum ile borç tam ve eksiksiz bir biçimde ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır. Kısmi olumlu zararının, mübadele

(*değişim*) ve fark teorisi uyarınca, iki farklı şekilde hesap edilmesi mümkündür. Alacaklı, kural olarak, her iki hesap yöntemi arasında serbestçe seçim yapabilir.

15. Kısmi temerrütte mübadele teorisi uyarınca, alacaklı, edimin eksik ifa edilen kısmının değerini, olumlu zarar olarak talep eder. Mübadele teorisi, alacaklının, karşı edim borcunda bir değişiklik yapmadığı için, borçlu, borcunu kısmen ifa etmiş olsa dahi; alacaklı, karşı edim borcunu aynen ve tamamen ifa etmek zorundadır. Mübadele teorisi, mevcut değiş tokuş ilişkisini koruduğu ve alacaklının karşı edim yükümlülüğünde bir değişiklik meydana getirmediği için, kısmi temerrüt hâlinde, herhangi bir zorluk meydana getirmeksizin, tatbik edilebilir.

16. Kısmi temerrütte, fark teorisi uyarınca, alacaklının karşı edim borcu, borçlunun temerrüde düşerek ifa etmediği kısmın değerinin, borcun tamamına oranı nispetinde son bulur. Kısmi temerrütte fark teorisine göre olumlu zarar, borçlunun kısmen temerrüde düştüğü bölümün değerinden, karşı ediminin buna denk düşen bölümünün değerinin mahsup edilmesi sonucunda belirlenir. Karşı edim borcunun hangi oranda sona erdiği, kısmi ifa oranı çerçevesinde hesaplanır. Edimin ifa edilmiş kısmıyla ifa edilmemiş kısmı arasındaki değer ilişkisi, kısmi ifa oranını verir. Fark teorisi uyarınca kısmi ifa oranı, sözleşmeden kısmen dönme açısından olduğu gibi, nispi metot uyarınca tespit edilir. Böylece, fark teorisi uyarınca, ilk olarak, alacaklının karşı edimi, nispi metoda göre indirim tabi tutulur. İkinci olarak, borçlunun borcunu ifa etmeyerek temerrüde düştüğü kısmın değerinden, alacaklının karşı edim alacağının indirilen bölümünün değeri çıkarılarak, olumlu zarar hesap edilir.

17. Fark teorisi uyarınca, olumlu zararının tazmin edilebilmesi için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve alacaklının karşı edimini hiç veya fazladan ifa etmemiş olması gerekir. Karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, alacaklı, mübadele teorisi uyarınca, ifa edilmeyen bakiye kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurarak, fark teorisi uyarınca edimin tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir ya da sözleşmenin tamamından dönerek, olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir. Karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilememesi durumunda ise, alacaklı, mübadele teorisi uyarınca, ifa edilmeyen bakiye kısım bakımından olumlu zararının giderilmesini isteyebilir veya borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurarak, fark teorisi

uyarınca edimin tamamı bakımından olumlu zararının tazminini talep edebilir. Öte yandan, alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını, tamamen kullanamaz. Zira, meydana gelen tahsis sorununun, denkleştirme yapılarak çözüme kavuşturulması mümkündür. Kısmi temerrütte alacaklının fark teorisi çerçevesinde zararının tazminini talep edebilmesi için, kendi karşı edimini fazladan (*aşkın*) ifa etmemiş olması şarttır. Zira, kabul ettiğimiz ılımlı veya sınırlı fark teorisi uyarınca, alacaklının fazladan ifa edilen karşı edimin iadesini talep edebilmesi mümkün değildir.

18. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 f. II ve III hükmüne kıyasen, kısmi temerrüt hâlinde, sözleşmeden kısmen dönebilir ve olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Kısmi temerrütte **sözleşmeden kısmen dönme hakkı, sözleşmeden dönmenin etkilerinin yalnızca edimin ifa edilmeyen kısmı bakımından sonuç doğurması; yani, sözleşmeden dönmeye bağlanan ifa yükümlülüğünün sona ermesi, karşılıklı edimlerin iadesi, olumsuz zararın tazmini ve diğer bütün hukuki sonuçların, borçlunun temerrüde düştüğü ve alacaklının sözleşmeden döndüğü kısım özelinde gerçekleşmesi anlamına gelir. Kısmi dönmenin doğrudan etkilediği kısım dışında, diğer tüm açılardan sözleşmeden doğan karşılıklı yükümlülükler var olmaya devam eder.**

19. Sözleşmeden kısmen dönebilmek için, alacaklının karşı edim borcunun bölünebilir olması, karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi ve sözleşmeden kısmen dönmenin taraflarca makul karşılanması şarttır. Karşı edimin bölünebilir olmaması durumunda, alacaklı, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Karşı edimin bir kısmının borçlunun temerrüde düştüğü kısma tahsis edilmesi durumunda ise, meydana gelen tahsis sorunun denkleştirme yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur.

20. Sözleşmeden kısmen dönme hakkının hukuki niteliği, klasik sözleşmeden dönme görüşleriyle açıklanamaz. Edim ve karşı edim yükümlülüklerinin kısmi temerrüt oranında azaltılması şeklinde sonuç doğuran sözleşmeden kısmen dönme hakkı, kısmi temerrüt rejiminde karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından söz konusu olan bir **indirim hakkı olarak nitelendirilir. Sözleşmeden kısmen dönme hakkının kullanılması ise, karşılıklı borçların indirimine tabi tutulması şeklinde hukuki sonuç doğurur.**

21. Sözleşmeden kısmen dönme üzerine, sözleşme iki kısma ayrılır. Zira, sözleşmeden kısmen dönme, edim ve karşı edim borcunun, kısmi ifa oranında ayakta

tutulması ve kısmen ifa edilmemiş olan bölüm açısından sona erdirilmesi anlamına gelir. Böylece, sözleşme ilişkisinin kısmen tasfiye edilmesi gerekir. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, alacaklının karşı edim borcunu ne ölçüde ifa edeceğini gösteren ve kural olarak, borçlunun borcunu ifa ettiği ölçüye denk olan indirim oranı **kısmi ifa oranı** olarak adlandırılır. Kısmi temerrütte, kısmi ifa oranı, karşı edimin orantılı bir biçimde indirime tabi tutulması ilkesine dayanan **nispi metot** kullanılarak hesaplanır. Alacaklının, sözleşmeden kısmen dönme sonucunda ifa edeceği indirilmiş karşı edim, sözleşmede kararlaştırılan karşı edimin değerinin, borçlu tarafından ifa edilen kısmi edimin değeri ile edimin tamamının değeri arasındaki oran nispetinde azaltılması yoluyla bulunur. Hesaplama yapılırken, para dışındaki edimler, sözleşmenin kurulduğu ana göre paraya çevrilir.

22. Karşı edimin kısmi ifa oranında iki kısma ayrılmasının ve alacaklının kendi borcunu kısmi ifa ölçüsünde fiilen ifa etmesinin mümkün olmaması durumunda **tahsis sorunu** meydana gelir. Tahsis sorunu, edimler arasında **denkleştirme** yapılmak suretiyle çözüme kavuşturulur. Denkleştirme çerçevesinde, borçlu veya alacaklı rıza gösterebilir veya göstermez, taraflardan birine denkleştirme borcu yüklenir. Tahsis sorunun aşılmasında, birlikte mülkiyetin tasfiyesi (TMK m. 699 f. II ve m. 642 f. II) hükümlerinden, toplu (*hukuki*) kıyas yöntemiyle yararlanılır. Birlikte mülkiyet hükümlerinin kısmi tasfiye ilişkisine tatbik edilmesi sonucunda, ilk olarak, daha önce ifa edilmiş olan edim borcunun ifa edilmiş kısmının artırılması veya ifa edilmiş olan kısmi edimin bir bölümünün iade edilmesi yoluyla, denkleştirme mümkün olup olmadığı tespit edilir. Şayet kısmen ifa edilmiş olan edimin artırılıp eksiltilmesi yoluyla bir sonuca ulaşılamıyorsa, ikinci olarak, denkleştirme, edim veya karşı edime bir miktar ivaz (*para*) eklenmesi yoluna gerçekleştirilir. Denkleştirme bedeli, kısmi tasfiye ilişkisi nedeniyle doğan bir **sözleşmesel iade borcu** olarak nitelendirilir.

23. Sözleşmeden kısmen dönme üzerine, taraflar, asli edim yükümlülüklerinden kısmen kurtulur ve **kısmi dönmenin borçtan kısmen kurtarıcı etkisi** meydana gelir. Böylece, nispi metot yardımıyla tespit edilen kısmi ifa oranı dışında kalan borçlar, sözleşmeden kısmen dönme üzerine sona erer. Borçtan kısmen kurtarıcı etki, kural olarak, yan edim yükümlülüklerine ve yan yükümlülüklerle sirayet etmez.

24. Sözleşmeden kısmen dönme, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş bölümünü etkilemezken, sözleşmenin ifa edilmemiş bölümü bakımından bir **kısmi tasfiye ilişkisi** meydana getirir. Borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği kısım ve bu bölüme karşılık

gelen karşı edim, kısmi tasfiye ilişkisine dâhil olmazken; kısmi ifa oranını aşan bölüm bakımından, kaynağını taraflar arasındaki sözleşmeden alan, karşılıklı iade borçları meydana gelebilir.

25. Sözleşmeden kısmen dönme hakkını kullanan alacaklı, TBK m. 125 f. III uyarınca, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı olumsuz (*menfi*) zararın tazminini talep edebilir. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde **olumsuz zarar**, alacaklının malvarlığının kısmi dönme neticesinde aldığı mevcut durum ile sözleşme kısmi ifa oranında akdedilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki farktır. Kısmi dönme, hâlinde bir zarar kaleminin olumsuz zarar kapsamına girip girmediği belirlenirken, sözleşme kısmi ifa oranında daraltılmış bir içerikle akdedilseydi, alacaklının söz konusu zarara uğrayıp uğramayacağı tespit edilir.

26. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde, olumsuz zarar kapsamında, kural olarak, sözleşme kurma masrafları talep edilemez. Sözleşmenin ifası vesilesiyle veya ifa hazırlıkları nedeniyle gerçekleştirilen masraflar, eğer sözleşmeden kısmen dönülen bölüm bakımından yapılmışsa, olumsuz zarar çerçevesinde talep edebilir. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin tasfiyesi amacıyla yapılan masraflar ile alacaklının üçüncü kişilere karşı sorumlu olması nedeniyle yaptığı masraflar, kural olarak sözleşmeden kısmen dönme hâlinde tamamen tazmin edilir. Sözleşmeden kısmen dönme hâlinde olumsuz zarar kapsamında yer alan yoksun kalınan kâr ise, münhasıran sözleşmenin hükümsüz hâle gelen kısmı bakımından, oransal olarak hesaplanır. Borçlunun borcunu ifa etmediği oranda, alacaklıya bir sözleşme teklifinde bulunulmuş olması aranmaz.

27. Her ne kadar kısmi temerrütte kural, temerrüdün sonuçlarının ifa edilmeyen kısım bakımından gerçekleşmesi olsa da, bazı hâllerde, ya genel kuralın uygulanması hakkaniyete uygun görülmez ya da söz konusu genel kuralın uygulanması mümkün olmaz. Alacaklının, kısmi temerrüt hâlinde, **borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne başvurma** hakkı edindiği özel şartlar; yani, borcun tamamı bakımından olumlu zararın tazminini isteyebildiği veya sözleşmenin tamamından dönme hakkını kullanabildiği hâller şu şekilde ifade edilebilir: (i) taraflar arasında akdedilen sözleşmede borcun tamamı için borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğinin açıkça düzenlenmesi, (ii) alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması, (iii) alacaklının kısmi ifayı kabul ettiği anda, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hakkını açıkça saklı tutması, (iv) borçlunun kalan kısmı derhâl

ifa edeceği kanısıyla alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi (v) edimin ifa edilmiş kısmının, alacaklı açısından hiçbir faydasının bulunmaması, (vi) ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin akdedilmeyecek olması, (vii) borçlunun temerrütte olan kısmi ediminin önemli olması, (viii) borçlu temerrüdüne kısmen başvurulmasının alacaklı veya borçluyu önemli bir zarara sokacak olması, (ix) borçlunun borcun belirli taksitlerinin ifasında temerrüde düşmesinin sözleşmenin tamamını tehlikeye sokması, (x) yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinin asıl edim bakımından ifa menfaatini ortadan kaldırması.

28. Kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi bakımından aranan **tamamlayıcı şartlar** çerçevesinde, seçimlik haklarını edimin tamamı bakımından kullanmak isteyen alacaklı, ilk olarak, daha önce elde ettiği kısmi ifayı, aynen iade etmelidir. Aynen ifa borcu, henüz seçimlik haklar kullanılmadan önce imkânsız hâle gelmişse, borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak isteyen alacaklının, kısmi ifayı, kusurdan bağımsız bir şekilde nakden iade etmesi gerekir.

29. Kısmi temerrütte, borcun tamamı bakımından seçimlik hakların kullanılabilmesi için, ikinci olarak, borçlu temerrüdünün genel şartlarının gerçekleşmesi ve alacaklının borcun tamamı bakımından seçimlik haklarını geçerli bir biçimde kullanması şarttır. Alacaklının, kısmi temerrüt yerine bütüncül temerrüde başvurup başvurmayacağı yönündeki tercihi, bir seçimlik hak olarak nitelendirilir ve söz konusu seçimlik hakkın, takdir edilen ek sürenin sonunda, yenilik doğuran işlem yoluyla kullanması gerekir.

30. Üçüncü olarak, kısmi temerrüdün bütüncül temerrüde dönüşmesi konusunda, borçlunun da menfaatlerinin gözetilmesi gerekir. Dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) uyarınca, borcun tama yakın veya önemli (*esaslı*) bir kısmının ifa edilmiş olması ya da borçlu temerrüdüne tamamen başvurulmasının borçlu nezdinde orantısız bir sakınca yaratması durumunda, alacaklı, kısmi temerrüt rejimiyle yetinmek zorunda kalır. Keza, borçlu temerrüdünün hukuki sonuçlarına kısmen başvurulması, borçlu nezdinde önemli bir zarar tehlikesi meydana getiriyorsa veya borçlu açısından ciddi bir sakınca yaratıyorsa, borçlunun talepte bulunarak, kısmi temerrüt yerine, borcun tamamı bakımından temerrüt hükümlerinin uygulanmasını talep etmesi mümkündür.

31. Dar ve geniş anlamda **art arda teslimli sözleşmeler** ile **taksitli sözleşmeler** açısından, borçlunun belirli bir taksitte temerrüde düşmesi ihtimalinde, sözleşme üç

kısma ayrılır: ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü muaccel kısım ve henüz muaccel olmamış kısım. Kural olarak, borçlu temerrüdü, yalnızca borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından hukuki sonuç doğurur; alacaklı da seçimlik haklarını yalnızca muaccel taksitler bakımından kullanabilir. Buna karşılık, borcun ileride muaccel hâle gelecek olan kısmının ifa edilmesi ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi ihtimal dışı görünüyorsa veya sözleşmenin akıbeti tehlikeye düşmüşse, alacaklı, borçlunun temerrüde düştüğü muaccel kısım ile birlikte, henüz muaccel olmamış kısım açısından, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bu durumda, alacaklı, ek süre tayin ederken, muaccel olmamış taksitlerden vazgeçme yönündeki iradesini borçluya bildirmelidir. Eğer kısmi temerrütte bütüncül temerrüde başvurmak için aranan özel şartlardan biri mevcutsa, alacaklı, borcun tamamı bakımından; yani, ifa edilmiş kısım, borçlunun temerrüde düştüğü muaccel kısım ve henüz muaccel olmamış kısım açısından borçlu temerrüdüne başvurabilir.

KAYNAKÇA

- ABT Daniel**
WEIBEL Thomas : Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023 (PraxKomm-Yazar).
- ACEMOĞLU Kevork** : “Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine”, MHAD, C. 6, S. 9, 1972, s. 19-29.
- ACHILLES Wilhelm-Albrecht** : Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019.
- ACHTARI Annick** : Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Étude en droit des obligations, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Schulthess Média Juridiques SA, Zurich - Bâle - Genève, 2008.
- AEPLI Victor** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Band/Nr. V/1h/1, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1991 (ZK-Aepli).
- AKÇAAL Mehmet** : “Güncel İçtihatlar Işığında Aşkın Zarar”, SDÜHFD, C. 12, S. 2, 2022, s. 1069-1099.
- AKÇURA KARAMAN Tuba** : “Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi”, GSÜHFD, 2018/1, s. 285-333 (GSÜHFD 2018).
- AKÇURA KARAMAN Tuba** : Mukayeseli Hukukta Tacirler Arası Satış Sözleşmelerinin Kuruluşu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024 (Satış Sözleşmeleri).
- AKÇURA KARAMAN Tuba** : Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Üreticinin Sorumluluğu).
- ALCALAY Micha** : Le contrat de vente par livraisons successives, Thèse présentée à la Faculté de droit de l’Université de Neuchâtel pour obtenir le grade de docteur en droit, Imprimerie P. Granchamp, Annemasse, 1924.
- ALTINOK ORMANCI Pınar** : Zararı Azaltma Külfeti, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- ANEX Jean** : L'intérêt négatif, sa nature et son étendu, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1977.
- ARAL Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Takas).
- ARAL Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Kötü İfa).
- ARAL Fahrettin**
AYRANCI Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARKAN Sabih** : Ticarî İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 29. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2023.
- ARM Kurt** : La vente avec prépaiement par acomptes, Thèse présentée à la Section des Sciences commerciales, économiques et sociales de l'Université de Neuchâtel pour obtenir le grade de Docteur ès sciences commerciales et économiques, Imprimerie Vogt-Schild S.A., Soleure, 1958.
- ARSLAN Ramazan**
YILMAZ Ejder
TAŞPINAR AYVAZ Sema
HANAĞASI Emel : İcra ve İflâs Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023 (İcra).
- ARSLAN Ramazan**
YILMAZ Ejder
TAŞPINAR AYVAZ Sema
HANAĞASI Emel : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023 (Usul).
- ATAMER M. Yeşim**
OKUTAN NILSSON Gül : “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, BATİDER, C. 29, S. 3, 2013, s. 31-82.
- ATAMER M. Yeşim (Hrsg.)**
FURRER Andreas (Hrsg.) : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Genf, 2023 (CHK-Yazar).
- ATAMER Yeşim** : “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, (Derleyen: Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187-222 (Taşınır Satımı).
- ATAMER Yeşim** : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005 (CISG).
- ATAMER Yeşim M.**
EGGEN Mirjam : “Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts - eine Übersicht”, ZBJV, 2017, s. 731-787.

- AYAN Serkan** : “Yabancı Para Borçlarının İfası”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 511-570.
- AYDINCIK Şirin** : Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AYRANCI Hasan** : Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. M. 105), Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- BÄR Roger** : Das Fixgeschäft, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Schulthess & CO AG., Zürich, 1956.
- BARDO Ulrike** : Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 119, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- BARLAS Nami** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları No. 105, İstanbul, 1992 (Temerrüt).
- BARLAS Nami** : “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, İÜHFM, C. 55, S. 3, 1997, s. 191-208 (İÜHFM 1997).
- BARTH Hans Rudolf** : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Buchdruckerei Paul Müller, Zug, 1957.
- BÄRTSCHI Harald
MEISSER Christian** : “Virtuelle Währungen aus finanzmarkt- und zivilrechtlicher Sicht”, Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Hrsg. Rolf H. Weber / Florent Thouvenin, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2015, s. 113-160.
- BÄRTSCHI Harald
JACQUEMART Nicolas
MEYER Stephan D.** : “Zahlung und Verzug bei virtuellen Währungen”, Zahlungsverkehr, Schweizerische Bankrechtstagung 2018, Hrsg. Susan Emmenegger, Institut für Bankrecht, Universität Bern, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, s. 177-248.
- BAŞOĞLU Başak** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

- BAŞPINAR Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.
- BECKER Hermann** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Stämpfli & Cie., Bern, 1941 (BK-Becker).
- BECKER Hermann** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli & Cie., Bern, 1934 (BK-Becker).
- BEINERT Dieter** : Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, Schriften zum deutschen und europäischen zivil-, handels-, und Prozessrecht, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1979.
- BERGER Bernhard** : Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018 (AT).
- BERGER Klaus Peter** : “Der Zinsanspruch im Internationalen Wirtschaftsrecht”, RabelsZ, 61. Jahrgang, 1997, s. 313-343 (RabelsZ 1997).
- BERTHERIN Eric** : La vente à versements préalables (vente-épargne), Thèse présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l’Université de Fribourg (Suisse) pour l’obtention du grade de docteur en droit, Estavayer-le-Lac, Butty S.A., 1960.
- BIANCA Cesare Massimo (ed.)** : Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Editore, Milan, 1987 (Bianca/Bonell-Yazar).
- BONELL Michael Joachim (ed.)**
- BIEDERMANN Ernst** : Der Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen Schuldnerverzuges nach dem Schweizerischen Obligationenrecht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Buchdruckerei H. Grapentien, Zürich, 1909.
- BİLGİN YÜCE Melek** : “Sözleşmede Muacceliyet Bildirimi Belirlenmesi ve Sonuçları”, ABÜHFD, C. 10, S. 20, 2022, s. 315-336.
- BLAESER Alexander** : Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht, Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft (SGRW), Band 20, Dike Verlag AG, Zürich - St. Gallen, 2011.

- BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz** : “Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr”, RIW, Heft 1, 30. Jahrgang, 1984, s. 1-9.
- BÖGLI Roman** : Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag - Zeitpunkt und Voraussetzungen, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Paul Haupt Verlag, Bern - Stuttgart - Wien, 1996.
- BOHNET François (éd.)** : Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2019.
HALDY Jacques (éd.)
JEANDIN Nicolas (éd.)
SCHWEIZER Philippe (éd.)
TAPPY Denis (éd.)
- BOSSHARDT Oskar** : “Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109)”, SJZ, 30. Jahrgang, 1933/34, s. 81-83.
- BOZER Ali** : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve
GÖLE Celal Genişletilmiş 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2023.
- BREHM Roland** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2021 (BK-Brehm).
- BREM Ernst** : “Natürlich und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht”, ZSR, Band 102, 1983/I, s. 309-327.
- BRUNNER Alexander** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO),
(Hrsg.) Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich - St. Gallen, 2016 (DIKE-Yazar).
GASSER Dominik (Hrsg.)
SCHWANDER Ivo (Hrsg.)
- BRUNNER Christoph** : Stämpflis Handkommentar SHK, UN-Kaufrecht - CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2. ergänzte und vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014 (SHK-Brunner/Yazar).
- BRUNNER Christoph (ed.)** : Commentary on the UN Sales Law (CISG), Kluwer
GOTTLIEB Benjamin (ed.) Law International, Haywards Heath, 2019 (Kluwer-Yazar).
- BUCHER Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (AT).

- BUCHER Eugen** : “Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wie heute im Vertragsrecht?”, ZSR, Band 102, 1983/II, s. 253-336 (ZSR 1983).
- BUCHER Eugen** : Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (BT).
- BUZ Vedat** : “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners”, recht 1997, s. 197-202 (recht 1997).
- BUZ Vedat** : “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, Yargıtay Dergisi, C. 24, S. 3, 1998, s. 369-410 (Munzam Zarar).
- BUZ Vedat** : “Rückforderung von Zuvielleistungen”, AJP, 2016, s. 899-909 (AJP 2016).
- BUZ Vedat** : “Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, SJZ, 2015, s. 565-576 (SJZ 2015).
- BUZ Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Dönme).
- BUZ Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (Yenilik Doğuran Hak).
- von BÜREN Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964 (AT).
- von BÜREN Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1972 (BT).
- ÇAĞLAYAN Pınar** : “Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530)”, BATİDER, C. 27, S. 2, 2011, s. 173-243.
- CANARIS Claus-Wilhelm** : “Die Bedeutung des Kriteriums der Unteilbarkeit der Leistung oder der Gegenleistung im modernisierten Leistungsstörungenrecht”, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieder Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2009, s. 17-41 (Unteilbarkeit).
- CANARIS Claus-Wilhelm** : “Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung”, NJW, 1978, s. 1891-1898 (NJW 1978).
- CANTIENI Fabian** : Verzugsschaden bei Geldschulden, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Zürich, 1996.
- CARRON Blaise**
WESSNER Pierre : Droit des obligations, Partie générale, Volume I : Les concepts généraux et la représentation - l'enrichissement illégitime - la relation précontractuelle, Stämpfli Editions SA, Berne, 2022.

- CAVIN Pierre** : Traité de droit privé suisse, Tome VII, 1 : vente, échange, donation, Éditions Universitaires Fribourg, Imprimerie Saint-Paul, Fribourg, 1978
- CAYTAS Ivo G.** : Der Unerfüllbare Vertrag, Anfängliche und Nachträgliche Leistungshindernisse und Entlassungsgründe, im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984.
- CHABLOZ Isabelle (éd.)
DIETSCHY-MARTENET
Patricia
HEINZMANN Michel** : Petit Commentaire, Code de procédure civile, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021 (PC-Yazar).
- CHAPPUIS Benoît** : Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich - Bâle - Genève, , 2007.
- CHAVANNE Sylvie** : Le retard dans l'exécution des travaux de construction, Selon le Code des obligations et la norme SIA 118, Collection Genevoise, Faculté de Droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Francfort-sur-le-Main, 1993.
- COING Helmut** : "Zum Begriff der Teilerfüllung", Süddeutsche JZ, 4. Jahrg., Nr. 8, 1949, s. 532-536.
- COUCHEPIN Gaspard** : La clause pénale, Étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, Fribourg, 2008.
- CUENDET Jean** : La faute contractuelle et ses effets, Étude de l'article 99 al. 3 CO, 2^{ème} Edition, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 398, Edition Stämpfli & Cie SA, Berne, 1970.
- CYPRIAN Roberto** : Die Aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht, Ekkehard Presse Druck und Verlags AG, St. Gallen, 1981.
- DAL MOLIN-KRÄNZLIN
Alexandra** : "Die Zufallshaftung im Schuldnerverzug", ZBJV, 2019, s. 402-420.
- DE RAEMY Robert** : Le contrat par abonnement, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Henri Jaunin S.A., Lausanne, 1960.
- DE WERRA Jacques** : "Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux", JdT 2016 II, s. 154-163 (JdT).
- DECURTINS Carl** : Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen

- Obligationenrechts, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Druck: Kreutler's Erben, Zürich, 1956.
- DEDUAL Alessia** : Geltungserhaltende Reduktion, Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 382, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017
- DELIERNEUX Martine** : “Les Règles et Usances Uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires irrévocables, version 2007 - (RUU 600)”, Revue de droit Commercial Belge / Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht, 2008/1, Janvier 2008, s. 4-17.
- DEMİRBAŞ Feride** : Kısmî İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- DEMİRSATAN Barış** : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Sona Erme).
- DEMİRSATAN Barış** : “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, DEÜHFD, C. 22, S. 1, 2020, s. 216-253 (Zapt).
- DÉNÉRÉAZ LUISIER Henriette** : Deux contrats d'abonnement : la livraison d'un périodique et le service d'entretien, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz S.A., Tolochenaz, 1989.
- DESCHENAUX Henri** : Traité de droit privé suisse, Tome II, Le titre préliminaire du code civil, Droit des personnes, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1969 (Traité).
- DESCHENAUX Henri** : La responsabilité civile, Deuxième édition revue et complétée, Édition Stämpfli & Cie SA, Berne, 1982.
- TERCIER Pierre** : Partie générale du droit des obligations, Premier Cahier, Livre Premier, Notions générale, Livre deuxième, Les sources des obligations à l'exclusion des actes illicites, 2^{ème} édition revue et complétée, Fribourg, 1977 (Obligations I).
- DESCHENAUX Henri** : Partie générale du droit des obligations, Second Cahier (suite et fin), Livre III à VII, Effets, Extinction et modalités des obligations, Pluralité de créanciers et de débiteurs, Transfert des obligations, Fribourg, 1975 (Obligations II).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Takas, Kavram, Takas İleri Sürme Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması, Takasın Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Takas).

- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “Fransa’da Sözleşmeler Hukuku Alanındaki Reformda Yer Alan Sözleşmenin Kurulması İle İlgili Bazı Önemli Düzenlemeler”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. 15, S. 2, Özel Sayı, Armağan Cilt I, 2016, s. 601-614 (Düzenlemeler).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “Takas, TBK m. 139-145”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 2-3 (Madde 83-206), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-1759 (İstanbul Şerhi).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 21 Temmuz 2015 Tarihli Kararı Uyarınca Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkânsızlığının Sonuçları”, GSÜHFD, 2017/1, s. 157-171 (İmkânsızlık).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Garanti).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Étude de droit suisse et de droit turc, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2006 (Garanties indépendantes).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : (ICC’nin URDG 758 Hükümleri İle İlgili Açıklamalarla Beraber) Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Bağımsız Garanti).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun “Taksitle Satım” Sözleşmesi İle İlgili Getirdiği Değişiklikler”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 9, Sayı 98, Şubat 2011, s. 525-552 (Taksitle Satım).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “Compensation en droit privé turc”, RIDC, 2013, s. 105-118 (RIDC 2013).
- DIMATTEO Larry (ed.)** : International Sales Law, A Handbook, Second Edition, C.H. Beck - Hart - Nomos, München, 2021 (DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze-Yazar).
- JANSSEN André (ed.)**
- MAGNUS Ulrich (ed.)**
- SCHULZE Reiner (ed.)**
- DONATIELLO Giuseppe** : “Retard et défaut de paiement : unité du régime sanctionnant l’inexécution des obligations”, La défaillance de paiement, retard et défaut de paiement, Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Enseignement de 3^e Cycle de droit 2000, Publié sous la direction de Bénédict Foëx, Édition universitaire Fribourg Suisse, Fribourg, 2002, s. 21-51.
- DROIN Jacques** : “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit suisse”, Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome XXIII, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels (Journées

- d'Istanbul), Faculté de Droit d'Istanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 547-583.
- DUBEY Jacques**
ZUFFEREY Jean-Baptiste : Droit administratif général, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014.
- DUNAND Jean-Philippe**
SCHMIDLIN Bruno
WINIGER Bénédict : Droit privé romain II, Obligations, 2^{ème} édition revue et corrigée, Faculté de droit de l'Université de Genève, Helbing Lichtenhahn Verlag, Genève, 2012.
- DURAL H. Ali** : “Ticari İşletmeler Arasındaki Mal ve Hizmet Tedariki Sözleşmelerine İlişkin Yeni Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 119-128 (TTK m. 1530).
- DURAL Mustafa** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976 (İmkânsızlık).
- DURAL Mustafa**
SARI Suat : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- EDİS Seyfullah** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1993.
- EHRAT Felix R.** : Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1990.
- EIGENMANN Antoine (éd.)**
ROUILLER Nicolas (éd.) : Commentaire Stämpfli CS, Commentaire du droit des successions, 2^{ème} édition, Stämpfli Édition SA, Berne, 2023 (CS-Yazar).
- EMMENEGGER Susan**
TSCHENTSCHER Axel : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Artikel 1-9 ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (BK-Emmenegger/Tschentscher).
- EMMERICH Volker** : Das Recht der Leistungsstörungen, 6., neu bearbeitete Auflage, Schriftliche der Juristischen Schulung, Band 66, Verlag C.H. Beck, München, 2005.
- ENDERLEIN Fritz**
MASKOW Dietrich : International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications, New York - London - Rome, 1992.

- ENGEL Pierre** : Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 1997 (Obligations).
- ENGEL Pierre** : Contrats droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2000 (Contrats).
- ENGİN Baki İlkey** : “İfa Uğruna Edim”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s. 839-862 (İfa Uğruna Edim).
- ENGİN Baki İlkey** : Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 (Temlik).
- ENNECCERUS Ludwig** : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Rech der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- LEHMANN Heinrich** : Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ERCOŞKUN ŞENOL H. Kübra** : La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1990 (CVIM).
- ERDEM H. Ercüment** : Özel Hukukta Zamanaşımı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Zamanaşımı).
- ERDEM Mehmet** : La clause pénale, Étude comparative de droit suisse et de droit turc, Thèse présentée à la faculté de droit de l’Université de Neuchâtel pour l’obtention du grade de docteur en droit, Ankara, 2006 (Clause pénale).
- ERDEM Mehmet** : “Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu, TBK m. 177-182”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 2-3 (Madde 83-206), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2249-2338 (İstanbul Şerhi).
- ERDEM Mehmet** : “Zamanaşımı, TBK m. 146-161”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 2-3 (Madde 83-206), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-2001 (İstanbul Şerhi).
- ERDEM Mehmet** : “Pey Akçesi - Pişmanlık Akçesi - Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 663-684 (Pey Akçesi).
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel)

- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Borçlar Genel).
- ERGÜL Işıl** : Kısmi Temerrüt ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Serkan Ergüne, İstanbul, 2022.
- ERGÜNE Mehmet Serkan** : Olumsuz Zarar, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008 (Olumsuz Zarar).
- ERGÜNE Mehmet Serkan** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunundaki Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 515-539 (Taksitle Satış).
- ERGÜNE Mehmet Serkan
KURŞUN Ali Suphi** : “Kesin Hükümsüzlük, TBK m. 27”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 1 (Madde 1-82), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 443-494.
- ERMAN Hasan** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- ERMAN KOMMENTAR** : Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BversTG, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG - teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Harm Peter Westermann / Barbara Grunewald / Georg Maier-Reimer, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2023 (Erman-Yazar).
- ESEN Emre** : Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ESSER Josef
SCHMIDT Eike** : Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995.
- ESSER Josef
SCHMIDT Eike** : Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadenausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, Ein Lehrbuch, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.
- FELLMANN Walter
KOTTMANN Andrea** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012.
- FEYZİOĞLU Feyzi
Necmeddin** : Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Cilt II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969.

- FISCHER Willi** : Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band/Nr. 44, Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1985.
- FISCHER Willi (Hrsg.)
LUTERBACHER Thierry (Hrsg.)** : Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag AG, Zürich - St. Gallen, 2016 (Fischer/Luterbacher-Yazar).
- FONTAINE Marcel
DE LY Filip** : Drafting International Contracts, An Analysis of Contract Clauses, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2009.
- FURRER Rolf** : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973.
- GAUCH Peter
SCHLUEP Walter R.
SCHMID Jörg** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2020.
- GAUCH Peter
SCHLUEP Walter R.
EMMENEGGER Susan** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2020.
- GAUCH Peter
SCHLUEP Walter R.
REY Heinz** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 8. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2003.
- GAUCH Peter
SCHLUEP Walter R.
TERCIER Pierre** : La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), Tome I, 2^{ème} édition revue et complétée, Éditions Schulthess, Zurich, 1982.
- GAUCH Peter** : Le contrat d'entreprise, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999 (Entreprise).
- GAUCH Peter** : Der Werkvertrag, 7., überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2019 (Werkvertrag).
- GAUCH Peter** : “Rechtsprechung, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruch bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie, Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 114 II 152 ff.”, recht 1989, s. 122-128 (recht 1989).
- GAUCH Peter** : “ « Modifizierte » Teilnichtigkeit, Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.”, recht 1983, s. 95-100 (recht 1983).

- GAUCH Peter** : “Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten.”, recht 1994, s. 189-201 (recht 1994).
- GAUCH Peter** : System der Beendigung von Dauerverträgen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1968 (Dauerverträge).
- GAYRETLİ AYDIN Seda** : “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklencinin Kısmi Temerrüdü”, THD, C. 16, S. 173, Ocak 2021, s. 22-38.
- GEISER Thomas (Hrsg.)
WOLF Stephan (Hrsg.)** : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023 (BSK-Yazar).
- GEISER Thomas (Hrsg.)
FONTOULAKIS
Christiana (Hrsg.)** : Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2022 (BSK-Yazar).
- GELZER Claudius** : Verzugs-, Schadens-, und Bereicherungszins, Verzinsungspflichten bei unfreiwilliger Kreditierung im schweizerischen Privatrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Schriftenreihe für Internationales Recht, Band 112, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- GERNHUBER Joachim** : Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 3, Die Erfüllung und ihre Surrogate, sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994 (Erfüllung).
- GERNHUBER Joachim** : Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 8, Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989 (Schuldverhältnis).
- GIANELLA Ersilia** : L'inexécution anticipée du contrat, Les moyens anticipés du créancier selon le Code des obligations suisse et quelques instruments d'harmonisation internationale récents, Thèse de Doctorat sous la direction de la Professeure Christine Chappuis, Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève, 2015.
- GIGER Hans** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (BK-Giger).
- GIGER Hans** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches

- Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 4. Abschnitt: Besondere Arten des Kaufes, Art. 222-236 OR, 5. Abschnitt: Der Tauschvertrag, Art. 237-238 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999 (BK-Giger).
- GIGER Hans** : Systematische Darstellung des Abzahlungsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Fernkurs-, Unterrichts-, Mietkauf- und Leasingvertrag, Gleichzeitig ein Beitrag zur rechtssoziologischen Grundlagenforschung, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972 (Abzahlungsrecht).
- GILLIÉRON Philippe** : Les dommages-intérêts contractuelles, Thèse d'habilitation Université de Fribourg, Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2011.
- GLASL Daniel** : Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Ein Beitrag zum vertraglichen Sanktionensystem der Schweiz, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1992 (Rückabwicklung).
- GLASL Daniel** : "Forum, Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik", ZSR, Band 110, 1991/I, s. 265-282 (ZSR 1991).
- GLATTHARD Melchior** : Das Rücktrittsrecht, Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Nr. 834, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020.
- GLÄTTLI Elisabeth** : Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1998 (Schadenersatz).
- GLÄTTLI Elisabeth** : "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", SJZ, 1997, s. 233-243 (SJZ 1997).
- GÖNEN Doruk** : İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (İnşaat).
- GÖNEN Doruk** : Mirasın Paylaşılması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023 (Miras).
- GONZENBACH Rainer** : Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung

der Würde eines Doctor iuris der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1987.

**GRÜNEBERG
KOMMENTAR**

- : Beck'sche kurz Kommentare, Band 7, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. neubearbeitete Auflage, Hrsg. Christian Grüneberg, Verlag C.H. Beck, München, 2024 (Grüneberg-Yazar).

GRÜNEWALD Seraina

- : "Währungs- und geldwäschereirechtliche Fragen bei virtuellen Währungen", Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Hrsg. Rolf H. Weber / Florent Thouvenin, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2015, s. 92-112.

GUGGENHEIM Daniel

- : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome I, La conclusion des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1991 (Contrats I).

GUGGENHEIM Daniel

- : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II, Les effets des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1995 (Contrats II).

**GUHL Theo
KOLLER Alfred
SCHNYDER Anton
K. DRUEY Jean Nicolas**

- : Das Schweizerische Obligationenrecht -mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

GUHL Theo

- : "Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht", Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1934, s. 134-148 (Rücktritt).

**GUINAND Jean
STETTLER Martin
LEUBA Audrey**

- : Droit des successions, (art. 457-640 CC), 6^{ème} édition remaniée, complétée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève - Zurich - Bâle, 2005.

GÜMÜŞ Mustafa Alper

- : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücüsü, Tüketim Ödücüsü, Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Cilt 1).

GÜMÜŞ Mustafa Alper

- : "Kısmi İfa", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 603-631 (Kısmi İfa).

GÜMÜŞ Mustafa Alper

- : Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Borçlar Genel).

**HAAB Robert
SIMONIUS August
SCHERRER Werner**

- : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage in neuer Bearbeitung

- ZOBL Dieter** : der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland 1909, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977 (ZK-Haab/Simonius/Scherrer/Zobl).
- HABSCHEID Walther J.** : “Der Anspruch auf Zahlung von Verzugszins im Prozess”, SJZ, 1994, s. 287-290.
- HÄFELIN Ulrich
MÜLLER Georg
UHLMANN Felix** : Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. überarbeitete Auflage, Dike Verlag AG, Zürich - St. Gallen, 2020.
- HARTMANN Stephan** : Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2005.
- HATEMİ Hüseyin
GÖKYAYLA Kadir Emre** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- HELVACI İlhan** : Le droit turc du contrat, Schulthess Médias Juridique SA, Genève - Zurich - Bâle, 2018.
- HERZOG Bertold** : Quantitative Teilnichtigkeit, zugleich Darlegungen zur Struktur des Rechtsgeschäfts und der rechtsgeschäftlichen Bestandteile, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen, 1926.
- HOHL Fabienne** : Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2^{ème} édition, Précis de droit Stämpfli, Stämpfli Éditions, Berne, 2016.
- HONEGGER Eduard** : Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Druckerei Gebr. Leemann & Co., Zürich, 1926.
- HONSELL Heinrich** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (BT).
- HONSELL Heinrich
ISENRING Bernhard
KESSLER Martin A.** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2013.
- HONSELL Heinrich** : “Der Verzugsschaden bei der Geldschuld”, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart - Berlin - Köln, 1992 (Verzugsschaden).
- HONSELL Heinrich (Hrsg.)** : Kurzkommentar Obligationenrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (KUKO-Yazar).
- HONSELL Heinrich (Hrsg.)** : Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den

internationalen Warenkauf (CISG), Zweite Auflage, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg, 2010 (Honsell-Yazar).

- HUBER Ulrich** : Leistungsstörungen, Band II, Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 9/2, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999 (Leistungsstörungen).
- HUGUENIN Claire** : Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2019 (OR).
- HUGUENIN Claire** : Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1984 (Nichtigkeit).
- HÜRLIMANN Hans** : Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag, Inaugural-Dissertation eingereicht der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Stämpfli & Cie., Bern, 1940 (SLV).
- HÜRLIMANN Roland** : Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1984 (Teilnichtigkeit).
- HÜRLIMANN-KAUP Bettina**
SCHMID Jörg : Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Auflage, 4. ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Genf, 2024.
- İNCEOĞLU Murat** : Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- İPEK Eyüp** : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- İŞİK Eylem** : Adi Ortaklıkta Ortaklık Borcunu İfa Eden Ortağın Rücu Talebi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- İŞINTAN Pelin** : “Principes généraux du droit des contrats”, La réforme du droit des contrats, Journées Franco-Turque, Actes du colloque, Istanbul, le 30 mars 2014, éd. Saibe Oktay Özdemir / Başak Baysal / A. Barış Özbilen, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 33-47.
- JATON Roland** : L'article 24, chiffre 4, CO, Contribution à l'étude de l'erreur dans le droit positif suisse, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de

- l'Université de Lausanne, Imprimerie Lausannoise T. Geneux, Lausanne, 1939.
- JERMANN Philipp** : Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Dissertation der Universität St. Gallen Hochschule für Wirtschafts-Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Dissertation Nr. 2621, Difo-Druck GmbH, Bamberg, 2003.
- JÖRG Schmid** : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015 Obligationenrecht”, ZBJV, 2017, s. 547-579 (ZBJV 2017).
- JOSEPHTHAL Georg** : Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR), unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungsmöglichkeit auf die Verbindung von dinglichem und obligatorischem Geschäft, Inaugural-Dissertation vorgelegt zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen juristischen Fakultät der Universität Basel, Dissertation, Basel, 1933.
- JÜRGENS Horst** : Teilschuld - Gesamtschuld - Kumulation, Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 3, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.
- KAHRAMAN Zafer** : “Quelques réflexions sur la distinction de l’aliud pro alio et l’exécution défectueuse”, RDS, 136/2017, s. 493-506.
- KAHVECİ Nalan** : Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- KAPANCI Kadir Berk** : “Art Arda Teslimli Satış Sözleşmelerinde Satıcının (Borçlu) Temerrüdüne Bağlı Olarak Doğabilecek Sonuçlar”, LHD, C. 14, S. 161, 2016, s. 2364-2391.
- KARA Doğan** : “Gecikmiş Zararlar Açısından Zamanaşımı Sorunu ve Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, İ.D. Bilkent Üniversitesi III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 26-27 Kasım 2022, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 65-99 (Gecikmiş Zararlar).
- KARA Doğan
DEVELİOĞLU Hüseyin
Murat** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KARA Doğan** : Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020 (Zamanaşımı).
- KARA Doğan** : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)

- Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, PPIL, C. 38, S. 1, 2018, s. 107-145 (Hasar).
- KARA Doğan** : “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483-530 (GSÜHFD 2018).
- KELLER Alfred** : Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2002 (Haftpflicht).
- KELLER Max** : Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis, 1949 (negative Interesse).
- KELLER Max** : Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte vollständig, überarbeitete und ergänzte Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main, 1988.
- SCHÖBI Christian**
- KELLER Max** : Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995.
- SIEHR Kurt**
- KELLER Max** : Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1986.
- LÖRTSCHER Thomas**
- KELLER Max** : Analyse der Willenmängel, Eine praxisorientierte Studie, Helbing & Lichtenhahn, Basel - Frankfurt am Main, 1995.
- SCHMIED-SYZ Carole**
- KEPPLER Wilhelm** : Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte hohen juristischen Fakultät der Universität Bern, Ernst Lang, Zürich, 1949.
- KILIÇOĞLU Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- KILIÇOĞLU Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Genel).
- KISCH Wilhelm** : Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, Fischer Verlag, Jena, 1900.
- KISSLING Christa** : “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug”, AJP, 1997, s. 1287-1295.

- KLAUSBERGER Kurt** : Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen (auch zu verwandten Tatbeständen), Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1989.
- KLEY Britts** : Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 257, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- KLOTZ Volker** : Geschlossene und offene Form im Drama, 10. Auflage, Carl Hanser Verlag, München, 1980.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 (Borçlar Genel).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Hata).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** : Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987 (Miras).
- KOEPFEL Andreas** : Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf): eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der persönlichen Abgrenzungskriterien der Konsumentenschutzgesetze in der deutschen und der französischen Rechtsordnung, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988.
- KOLLER Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2023 (AT).
- KOLLER Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (BT).
- KOLLER Alfred** : “Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR”, ZSR, Band 116, 1997/I, s. 495-507 (ZSR 1997).
- KOLLER Alfred** : “Vertragsrücktritt mit positivem Vertragsinteresse?”, AJP, 2017, s. 1170-1173 (AJP 2017).
- KOLLER Alfred** : “Die Verzichtsfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR und deren Abänderung durch Vertrag”, Haftung aus Vertrag, Hrsg. Alfred Koller, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen, St. Gallen, 1998, s. 1-25 (Verzichtsfolgen).

- KOLLER Alfred** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1998 (BK-Koller).
- KOLLER Alfred** : Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1984 (gute Gaube).
- KOLLER Alfred** : “Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen”, BR, 2006, s. 4-7 (BR 2006).
- KOLLER Alfred** : Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Nachbesserung).
- KOLLY Gilbert** : Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz, Juris Druck Verlag, Zürich, 1978.
- KRAMER Ernst A.** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1991 (BK-Kramer).
- KRAMER Ernst A.** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1986 (BK-Kramer).
- KRAMER Ernst A.
PROBST Thomas** : Grundkurs, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aktualisierte Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.
- KRAMER Ernst A.
ARNET Ruth** : Juristische Methodenlehre, Verlag C.H. Beck, Manz Wien, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2024.
- KRAMER Ernst A.** : “Abschied von der aliud-Lieferung?”, Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002, s. 247-260 (Festschrift Honsell).

- KRAMER Ernst A.** : “Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf”, recht 1997, s. 78-83 (recht 1997).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung”, BR 2003, s. 131-137.
- KREN KOSTKIEWICZ Jolanta (Hrsg.)** : Orell Füssli Kommentar (OFK), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023.
- WOLF Stephan (Hrsg.)**
- AMSTUTZ Marc (Hrsg.)**
- FRANKHAUSER Roland (Hrsg.)**
- KRÖLL Stefan (ed.)** : UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), A Commentary, Second Edition, C.H. Beck - Hart - Nomos, München, 2018 (Kröll/Mistelisl/Perales Viscasillas-Yazar).
- MISTELIS Loukas (ed.)**
- PERALES VISCASILLAS Pilar (ed.)**
- KUNTALP Erden** : Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 230, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.
- KURŞAT Zekeriya** : İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KURT L. Müjde** : “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, AÜHFD, S. 64, C. 3, s. 775-814.
- KURU Baki** : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- KURU Baki** : Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- AYDIN Burak**
- L’HUIILLIER Laurent** : La notion du droit formateur en droit privé suisse, Imprimerie du Journal de Genève, Genève, 1947.
- LALIVE Pierre** : “Dépréciation monétaire et contrats en droit international privé”, Onzième journée juridique 9 octobre 1971, Mémoires publiées par la Faculté de droit de Genève, Librairie de l’Université Georg & Cie S.A., Genève, 1972, s. 32-80.
- LANG Eduard** : Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, § 139 BGB, Verlag von Emil Ebering, 1926.
- LARENZ Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. völlig neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1986 (BT).
- LARENZ Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987 (AT).
- LEMP Paul** : Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Inaugural-Dissertation eingereicht der hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Stämpfli & Cie, Bern, 1939.

- LESER Hans G.** : Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 (Rücktritt).
- LESER Hans G.** : Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, - Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen Reschs- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i.Br vorgelegt, Freiburg i.Br., 1956 (Saldotheorie).
- LEUBA Audrey** : “Le partage successoral en droit suisse”, RDS, Band 125, 2006/II, s. 137-210 (Partage successoral).
- LEUBA Jean-Samuel** : Le contrat de vente avec l’obligation de montage, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l’Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz S.A., Lausanne, 1995 (Vente).
- LIBCHABER Rémy** : Recherches sur la monnaie en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.
- LIECHTI Karl** : Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen Obligationenrecht, Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern, Meilen, 1927.
- LOCHER Christoph** : Vertragsrecht, Dike Verlag AG, St. Gallen - Lachen SZ, 1998.
- LÜCHINGER Niklaus** : Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1999.
- MAKARACI BAŞAK Ashi
ÖKTEM ÇEVİK Seda** : “Kısmi Ödemeli Satışlar, TBK m. 253-263”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 4, 5 (Madde 207-392), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2659-2714.
- MALAURIE Philippe
AYNÈS Laurent
STOFFEL-MUNCK Philippe** : Droit civil, Droit des obligations, 12^{ème} édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2022.
- MALINVAUD Philippe
MEKKI Mustapha
SEUBE Jean-Baptiste
MARCHAND Sylvain** : Droit des obligations, 17^{ème} édition, LexisNexis, Paris, 2023.
- : Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008.
- MEDICUS Dieter
LORENZ Stephan** : Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 22., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021.

- MEIER-HAYOZ Arthur** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654, 4. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1966 (BK-Meier-Hayoz).
- MERZ Hans** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1966 (BK-Merz).
- MERZ Hans** : Traité de droit privé suisse, Volume VI, Droit des obligations, Partie générale, Tome I: Introduction §§ 1-3, Genèse, Caractéristiques principales, L'obligation §§ 4-20, (Traduction française: Pierre Giovannoni), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1993 (Obligations).
- MERZ Hans** : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1990 - Obligationenrecht”, ZBJV, 1992, s. 202-220 (ZBJV 1992).
- MERZ Hans** : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1991 - Obligationenrecht”, ZBJV, 1993, s. 235-257 (ZBJV 1993).
- MERZ Thomas** : Der Zahlungsverzug des Käufers (ohne besondere Arten des Kaufs), Dissertation der Universität St. Gallen Hochschule für Wirtschafts- Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Dissertation Nr. 2722, Studentendruckerei, Zürich, 2003 (Zahlungsverzug).
- MEYER Fritz** : Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel, 1949.
- MEYER-WILD Hans** : “Über die abstrakte Schadensberechnung beim Kauf”, SJZ, 15. Jahrgang, 1918/19, s. 339-345.
- MOMMSEN Friedrich** : Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn.), 1855.
- MONOD Michel** : La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Étude comparative de droit suisse et de droit français, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz S.A., Tolochenaz, 1987.
- MÜLLER Christoph** : Contrats de droit suisse, Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Stämpfli Editions SA, Berne, 2021.
- MÜLLER-CHEN Markus** : Folgen der Vertragsverletzung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für

- Rechtsvergleichung, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1999.
- MÜLLER-CHEN Markus** : Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- GIRSBERGER Daniel**
- DROESE Lorenz**
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, Viertes Buch: Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften, Zweiter Abschnitt: Handelskauf, Dritter Abschnitt: Kommissionsgeschäft §§ 343-406, CISG, 5. Auflage, Hrsg. Ingo Drescher / Holger Fleischer / Karsten Schmidt, Verlag C.H. Beck, München, 2021 (MüKoHGB-Yazar).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1, Schuldrecht - Besonderer Teil I/1, §§ 433-480, CISG, 9. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Verlag C.H. Beck, München, 2024 (MüKoBGB-Yazar).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht - Besonderer Teil I/1, §§ 433-480, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (MüKoBGB-Yazar, [8. Aufl.]).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, 9. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Verlag C.H. Beck, München, 2022 (MüKoBGB-Yazar).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, 9. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Verlag C.H. Beck, München, 2022 (MüKoBGB-Yazar).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§1-240, AllgPersönlR - ProstG - AGG, 9. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Verlag C.H. Beck, München, 2021 (MüKoBGB-Yazar).
- MÜNCHENER KOMMENTAR** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, §§ 241-432, FernAbsG, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2001 (MüKoBGB-Yazar, [aF]).
- NACKEN Gert** : Teilleistung und teilbare Leistung, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer

- Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, Köln, 1976.
- NEUENSCHWANDER Markus** : Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doktor Iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1971.
- NEUMAYER Karl H. MING Catherine** : Convention de Vienne sur le contrat de vente internationale de marchandise, Commentaire, Éd. François Dessemontet, Publication CEDIDAC, Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1993.
- NIKLAUS Jean-Luc** : La prescription extinctive : modifications conventionnelles et renonciation, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2008.
- NOMER Haluk Nami** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996 (Tazminatın Belirlenmesi).
- NOMER Haluk Nami** : “‘Gerçek Zarar’ - ‘Normatif Zarar’”, Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan, Cilt 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 979-991 (Zarar).
- NOMER Haluk Nami ENGİN Baki İlkey** : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş, Madde 207-216, 245, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- NOMER Haluk Nami AKBULUT Pakize Ezgi** : Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- NOMER Halûk Nami** : “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1303-1314 (İhtar).
- NOMER Halûk Nami** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023 (Borçlar Genel).
- NOMER Halûk Nami** : “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFM, C. 57, S. 1-2, 1999, s. 241-264 (Para Borcu).
- NOMER Halûk Nami** : “Manevî Tazminat Alacağında Kısmî Dava Mümkün Müdür?”, İÜHFM, C. 58, S. 1-2, 2000, s. 221-229 (Manevi Tazminat).
- NOMER Halûk Nami** : “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı

- Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 2053-2074 (Miktar).
- NOMER Halûk Nami** : “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, Prof. Dr. M. İlhan Uluslan’a Armağan, Cilt III, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/2, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 523-533 (Kısmi İptal).
- NOMER Halûk Nami
ERGÜNE Mehmet Serkan** : Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- OBERHAMMER Paul
(Hrsg.)
DOMEJ Tanja (Hrsg.)
HAAS Ulrich (Hrsg.)** : Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2021 (KUKO-Yazar).
- OFTINGER Karl
STARK Emil W.** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995.
- OĞUZMAN M. Kemal** : “La sanction de l’inexécution du contrat en droit turc”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Volume 17, Issue 26-28, 1967, s. 89-98 (Inexécution).
- OĞUZMAN M. Kemal** : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955 (Hizmet).
- OĞUZMAN M. Kemal
ÖZ M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023 (Cilt I).
- OĞUZMAN M. Kemal
ÖZ M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023 (Cilt II).
- OĞUZMAN M. Kemal
BARLAS Nami** : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN M. Kemal
SELİÇİ Özer
OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** : Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe** : “Türk Borçlar Kanunundaki Temerrüt ve Faiz Hükümleri Karşısında Türk Ticaret Kanunu m. 1530’da Getirilen İfa Zamanına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 677-700 (TTK m. 1530).
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe** : “Sözleşme Özgürlüğü, TBK m. 26”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / H. Murat Develioğlu, Cilt 1 (Madde 1-82), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 337-441 (İstanbul Şerhi).

- OKTAY Saibe** : “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, C. 55, S. 1-2, s. 263-296.
- OSER Hugo
SCHÖNENBERGER
Wilhelm** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1929 (ZK-Oser/Schönenberger).
- OSER Hugo
SCHÖNENBERGER
Wilhelm** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co., Zürich, 1936 (ZK-Oser/Schönenberger).
- OTT Walter
TENCHIO-KUZMIC
Kristina** : “Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht”, ZSR, Band 117, 1998/I, s. 183-207.
- ÖZ M. Turgut** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989 (Dönme).
- ÖZ M. Turgut** : “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 854-874 (Ayıp).
- ÖZ M. Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (İnşaat).
- 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”, MHAD, C. 13, S. 16, 1985, s. 131-172 (MHAD 1985).
- ÖZ M. Turgut** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66 Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Hukuk Yayınları: 87, İstanbul, 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).
- ÖZEN Burak** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ Hakan
ATALAY Oğuz
ÖZEKES Muhammet** : Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- PEKCANITEZ Hakan
ATALAY Oğuz
SUNGURTEKİN ÖZKAN
Meral** : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.

ÖZEKES Muhammet

PEKCANITEZ Hakan (ed.) : Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, Cilt I-III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
ÖZEKES Muhammet (ed.)

PEKMEZ Cüneyt : Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

PETITPIERRE Gilles : “Vertragsrecht und Bereicherungsrecht, La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation”, Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2004, s. 529-538.

PICHONNAZ Pascal : “Le droit de résoudre le contrat en cas d’application de l’art. 97 CO: vers un régime de l’inexécution toujours plus unifié”, DC, 2015, s. 332-334 (DC 2015).

PICHONNAZ Pascal : “De l’irrévocabilité du droit formateur et de la réduction à zéro”, DC, 2016, s. 330-332 (DC 2016).

PICHONNAZ Pascal : Impossibilité et exorbitance, Étude analytique des obstacles à l’exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1997 (Impossibilité).

PICHONNAZ Pascal : La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 2001 (Compensation).

PICHONNAZ Pascal : Les fondements romains du droit privé, 2^{ème} édition remaniée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève - Zurich - Bâle, 2020 (Fondements romains).

PICHONNAZ Pascal : “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, La fixation de l’indemnité, Éd. Franz Werro, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2004, s. 109-134 (Devoir).

PICHONNAZ Pascal (éd.) : Les grands arrêts du droit des obligations, Résumés des arrêts de la partie générale, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève - Zurich - Bâle, 2021 (Grands arrêts).

PICHONNAZ Pascal (éd.) : Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. fin. CC, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2016 (CR-Yazar).
FOËX Bénédict (éd.)
PIOTET Denis (éd.)

PICHONNAZ Pascal (éd.) : Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-456 CC, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2023 (CR-Yazar).
FOËX Bénédict (éd.)

FOUNTOULAKIS
Christiana (éd.)

- PILTZ Burghard** : Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- PIOTET Paul** : Traité de droit privé suisse, Tome IV, Droit successoral, 1^{ère} édition, Édition Universitaires Fribourg, Fribourg, 1975 (Droit successoral).
- PIOTET Paul** : “De l’invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement”, ZSR, Band 76, 1957, s. 97-131 (ZSR 1957).
- PIOTET Paul** : “La restitution après résolution du contrat Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG c. Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori, ATF 109 II 26 ss = JdT 1983 I 260 ss”, DC 1984, s. 10-12 (DC 1984).
- POROY Reha**
YASAMAN Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- RABEL Ernst** : “Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht”, ZSR, 1908, s. 291-327.
- RAMONI Claude** : Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Étude de l’application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations, Recherches juridiques lausannoises, Faculté de droit de l’Université de Lausanne, Thèse de licence et de doctorat de la Faculté de droit de l’Université de Lausanne, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich - Bâle - Genève, 2002.
- RENGIER Hans-Bernhard** : Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, dargestellt am Problem der Haftung des Verkäufers, Vermieters und Unternehmers für Schäden infolge von Sachmängeln, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 39, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- REY Heinz**
WILDHABER Isabelle : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Genf, 2024.
- RIMLE Alois** : Der erfüllte Schuldvertrag, Vom Einfluss auf die Entstehung des Vertrages und von weiteren Wirkungen der Vertragserfüllung, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1995.
- ROBERTO Vito** : Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2022.

- ROSSEL Virgile** : Manuel du droit fédéral des obligations, Code fédéral des obligations et lois spéciales s’y rattachant, F. Payot, Lausanne, 1892 (Édition I).
- ROSSEL Virgile** : Manuel du droit fédéral des obligations, Tome premier (Partie révisée du C.O., art. 1 à 551), Quatrième édition, complétée et profondément remaniée, avec la collaboration de M. le Dr. Jean Rossel, membre de la Cour suprême du canton de Berne, Librairie Payot & Cie., Lausanne - Genève, 1920 (Édition IV).
- RUBINSTEIN Eugen** : “Die Berechnung des Verspätungsschadens – ein Beitrag zur Auslegung des Art. 107 OR”, SJZ, 44. Jahrgang, 1948, s. 272-274.
- RÜETSCHI David** : Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungssätze, Juristische Fakultät der Universität Basel, Schriftenreihe für Internationales Recht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel - Genf - München, 2002 (Geldleistung).
- RÜETSCHI David** : “Zahlbar « 30 Tage netto », Der Beginn der Verzinsungspflicht im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Rechnungen zahlbar « 30 Tage netto »”, SJZ, 2003, s. 341-349 (SJZ 2003).
- RUGULLIS Sven** : Wegfall der Schuld, Juristische Abhandlungen, Herausgegeben von Cornelius Prittwitz, Band 57, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2020.
- RUSCH Arnold** : “Le délai de grâce”, PJA, 2017, s. 854-862.
- RUSCH Arnold**
MICHLIG Matthias : “Naturalrestitution bei falscher Beratung”, AJP, 2016, s. 665-669.
- RUSSENBERGER Walter** : Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor Juris Utriusque der staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Druckerei Gebr. Leemann & Co., Zürich, 1918.
- ŞAHİNİZ Cevdet Salih** : Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Eksik İfa).
- ŞAHİNİZ Cevdet Salih** : Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Ayıp).
- SALGER Hanns-Christian** : International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2. neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Wolfgang Witz / Hanns-Christian Salger / Manuel Lorenz, Fachmedien Recht

und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main, 2016.

- SANDROCK Otto** : “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften: Ein Beitrag zur Auslegung von § 139 BGB”, AcP, Band 159, Heft 6, 1960/1961, s. 481-546.
- SAUTER Daniel** : Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages, Begriff, sachlicher Geltungsbereich, Vertragsabwicklungsstörung, Vertragsbeendigung, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1982.
- SCHALLER Jean-Marc** : Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Dike Verlag AG, Zürich - St. Gallen, 2010.
- SCHENKER Franz** : Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1988 (Schuldnerverzug).
- SCHENKER Franz** : “Über rechtzeitige und die verspätete Erfüllung von Verbindlichkeiten”, recht 1989, s. 47-53 (recht 1989).
- SCHENKER Franz** : “Verzug des Unternehmers, Verzug des Planers - Fälle und Fallen”, Schweizerische Baurechtstagung, ... für alle, die bauen, Hrsg. Hubert Stöckli, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg, 2017, s. 73-89 (Baurechtstagung).
- SCHENKER Franz** : “Schadensberechnung im Verzugsrecht”, Haftung aus Vertrag, Hrsg. Alfred Koller, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen, St. Gallen, 1998, s. 27-42 (Schadensberechnung).
- SCHENKER Franz** : “Gedanken zur « relativen » Minderungsmethode”, In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Hrsg. Pierre Tercier / Roland Hürlimann, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Fribourg, 1989, s. 89-98 (Minderungsmethode).
- SCHENKER Urs** : Unternehmenskauf, Rechtliche und steuerliche Aspekte, Stämpfli Verlag AG, Bern 2016 (Unternehmenskauf).
- SCHERRER Karl** : Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Buchdruckerei Winterthur Vorm. G. Binkert, 1928.
- SCHINDLER Fridolin** : Ueber das Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Schuldverträgen nach art. 122-125 des eidgenössischen Obligationen-rechtes, Inaugural-

Dissertation zur Erlangung der juristischen Doctorwürde der hohen staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Druck von Orell Füssli & Co., Zürich, 1886.

- SCHMID Christian** : Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzugsrechtes für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht, Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Stämpfli & Cie, Bern, 1956
- SCHMID Jörg**
STÖCKLI Hubert
KRAUSKOPF Frédéric : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage ergänzt, verbessert und aktualisiert, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2021.
- SCHMIDLIN Bruno** : “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la integrum restitutio”, Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata, Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Neuchâtel, Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Genève - Munich, 1999, s. 333-346.
- SCHNEIDER Michael E.**
EHLE Bernd : “Internationales Bau- und Anlagengeschäft - vom Vertragsschluss bis zur Streiterledigung”, Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft, Hrsg. Peter Münch / Nicolas Passadelis / Jens Lehne, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, s. 271-310.
- SCHÖNLE Herbert** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1993 (ZK-Schönle).
- SCHÖNLE Herbert**
HIGI Peter : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 4., völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (ZK-Schönle/Higi).
- SCHÖNLE Herbert** : “Intérêts moratoire, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international”, Étude de droit international en l’honneur de Pierre Lalive, Recueil édité par Christian Dominicé, Robert Patry et Claude Reymond, Faculté de droit de l’Université de Genève, Institut universitaire de haute études internationales, Édition Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Francfort-sur-le-Main, 1993, s. 649-670 (Intérêts moratoire).

- SCHÖNLE Herbert** : “Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO”, SJ 1977, s. 465-492 (SJ 1977).
- SCHRANER Marius** : Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2000 (ZK-Schraner)
- SCHUBIGER Alfred** : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. - 97 ff., Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1957.
- SCHULTZ Karl** : “Über die Schadensberechnung beim Kauf”, SJZ, 14. Jahrgang, 1917/18, s. 201-203.
- SCHWENN Hermann** : “Die Gefahrtragung beim Rücktritt”, AcP, Band 152, Heft 2, 1952/1953, s. 138-153.
- SCHWENZER Ingeborg** : “Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung”, Haftung aus Vertrag, Hrsg. Alfred Koller, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen, St. Gallen, 1998, s. 99-126.
- SCHWENZER Ingeborg
FONTOULAKIS
Christiana** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020.
- SCHWENZER Ingeborg
(Ed.)** : Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Fourth Edition, Oxford University Press, 2016 (Schlechtriem/Schwenger-Yazar).
- SCHWENZER Ingeborg
(Hrsg.)
SCHROETER Ulrich G.
(Hrsg.)** : Schlechtriem/Schwenger/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck - Helbing Lichtenhahn - LexisNexis, München, 2019 (Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-Yazar).
- SECRÉTAN Roger** : “Des droits du vendeur contre l’acheteur en demeure, et particulier, de la théorie dite de la différence”, JdT, 1947, s. 34-52.
- SELİÇİ Özer** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- ŞEN Elif** : Kısmi İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ŞENOCAK Zarife** : “Borçlar Kanunu’nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, BATİDER, C. 15, S. 1, 1989, s. 113-135.
- SEROZAN Rona** : Sözleşmeden Dönme, Göden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme).

- SEROZAN Rona** : “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılmasında Eşitsizlikler”, MHAD, C. 20, 1996, s. 41-48 (MHAD 1996).
- SEROZAN Rona
ENGİN B. İlkey
ATAMER Yeşim M.** : Serozan Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- SEROZAN Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel).
- SEROZAN Rona** : “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, MHAD, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238 (MHAD 1969).
- SEROZAN Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Özel).
- SEROZAN Rona** : “« Culpa in Contrahendo », « Akdın Müsbet İhlali » ve « Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme » Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129, (MHAD 1968).
- SEROZAN Rona
ENGİN Baki İlkey** : Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SIDLER Max** : “Schadenschätzung und Gerechtigkeitsgebot - oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden”, AJP, 2005, s. 535-546.
- SIEGENTHALER Thomas
STÖCKLI Hubert** : “Grenzen des Rücktrittsrechts beim Herstellungsverzug”, BR, 2015, s. 328-330.
- SIMLER Philippe** : La nullité partielle des actes juridiques, Thèse pour le doctorat en droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969.
- SIMMEN Robert:** : Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981.
- SIMONIUS August** : “Über den Ersatz „aus dem Dahinfallen des Vertrages“ erwachsenen Schadens”, ZSR, 1918, s. 225-287.
- SİRMEN A. Lâle** : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- SOERGEL KOMMENTAR** : Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG), 13. Auflage,

- Begr. Hans-Thedor Soergel, Hrsg. Wolfgang Siebert, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2000 (Soergel-Yazar).
- SOERGEL KOMMENTAR** : Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 - 432), 12. neubearbeitete Auflage, Begr. Hans-Thedor Soergel, Hrsg. Wolfgang Siebert, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart - Berlin - Köln, 1990 (Soergel-Yazar, [aF]).
- SOERGEL KOMMENTAR** : Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3/2, Schuldrecht 1/2 (§§ 241 - 304), 13. Auflage, Begr. Hs. Th. Soergel, Hrsg. W. Siebert, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2014 (Soergel-Yazar).
- SOERGEL KOMMENTAR** : Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/2, Schuldrecht 3/2 (§§ 320 - 327), 13. Auflage, Begr. Hs. Th. Soergel, Hrsg. W. Siebert, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2005 (Soergel-Yazar).
- SOERGEL KOMMENTAR** : Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 6/1b, Schuldrecht 4/1b (§§ 440 - 453), 13. Auflage, Begr. Hs. Th. Soergel, Hrsg. W. Siebert, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2024 (Soergel-Yazar).
- SOGO Miguel** : Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2015.
- SPAHR Stéphane** : “L’intérêt moratoire, conséquence de la demeure”, RVJ, 1990, s. 351-386 (RVJ 1990).
- SPAHR Stéphane** : Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994 (Liquidations).
- SPIRO Karl** : Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 1, Die Verjährung der Forderungen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Band I).
- SPIRO Karl** : Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 2, Andere Befristungen und Rechte, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Band II).
- SPIRO Karl** : “Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhaltenden werden?”, ZBJV, 88. Jahrgang, 1952, s. 449-470, s. 497-533 (ZBJV 1952).

- SPÜHLER Karl (Hrsg.)** : Basler Kommentar, Schweizerische
TENCHIO Luca (Hrsg.) Zivilprozessordnung, 4. Auflage, Helbing
INFANGER Dominik (Hrsg.) Lichtenhahn Verlag, Basel, 2024 (BSK-Yazar).
- STANISLAS Guy** : Le droit de résolution dans le contrat de vente, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles : Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979.
- STAUDER Bernd** : (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Abzahlungsrecht, Kommentar zu den Art. 226a-228 OR, Sonderedition aus dem Kommentar zum Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996.
- STAUDINGER KOMMENTAR** : J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Sellier - de Gruyter, Berlin, 2018 (Staudinger-Yazar).
- STAUDINGER KOMMENTAR** : J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Sellier - de Gruyter, Berlin, 2019 (Staudinger-Yazar).
- STAUDINGER KOMMENTAR** : J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung 2022 von Volker Rieble, Roland Schwarze, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2020 (Staudinger-Yazar).
- STAUDINGER KOMMENTAR** : J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 346-354 (Rücktritt), Neubearbeitung 2022 von Dagmar Kaiser, Stephanie Sittmann-Haury, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2022 (Staudinger-Yazar).
- STEINAUER Paul-Henri** : Les Droits réels, Tome I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étage, 6^{ème} édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019.
- STEINDORFF Ernst** : "Abstrakte und konkrete Schadensberechnung", AcP, 158. Band, 1959/1960, s. 431-469 (AcP 1959/1960).
- STEINDORFF Ernst** : "Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers", JZ, 16. Jahrg., 1961, s. 12-15 (JZ 1961).
- STEINER Rolf** : Das Gestaltungsrecht, Dissertation der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität

- Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984.
- STÖCKLI Hubert** : Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung, Abwicklung, Störungen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 271, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2008 (Synallagma).
- STÖCKLI Hubert** : “Überkommene und eigene Gedanken zum Schuldnerverzug”, *Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier*, édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz, Schulthess Médias Juridique SA, Genève - Zurich - Bâle, s. 427-442 (*Mélanges Tercier*).
- STOFER Hellmut** : Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Stuttgart, 1972.
- STOLL Heinrich** : “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre”, *AcP*, Band 136, 1932, s. 257-320.
- SUTER Esther** : Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1991 (Vertragsrücktritt).
- SUTER Joseph** : Der Zufall im heutigen schweizerischen Obligationen-Recht, Inaugural-Dissertation eingereicht der hohen juristischen Fakultät an der Universität Freiburg zur Erlangung der Doktorwürde beider Rechte, Druck von A. Heller, Baden, 1916 (Zufall).
- TANDOĞAN Halûk** : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No. 159, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961 (Mes’uliyet).
- TANDOĞAN Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Cilt I/1).
- TANDOĞAN Halûk** : La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des Contrats, Contribution à l’étude de l’inefficacité partielle des actes juridiques, Thèse présentée à la Faculté de droit de l’Université de Genève pour obtenir le grade de docteur en droit, Thèse No 487, Imprimerie A. Kundig, Genève, 1952 (Nullité).

- TANRIVER Süha** : Medenî Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi
AKMAN Sermet
BURCUOĞLU Halûk
ALTOP Atillâ** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER Pierre
PICHONNAZ Pascal
DEVELİOĞLU H. Murat** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TERCIER Pierre
PICHONNAZ Pascal** : Le droit des obligations, 7^{ème} édition mise à jour et augmentée, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève - Zurich, 2024.
- TERCIER Pierre
BIERI Laurent
CARRON Blaise** : Les contrats spéciaux, 5^{ème} édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève - Zurich - Bâle, 2016.
- TERCIER Pierre** : Les contrats spéciaux, Deuxième édition, revue et complétée de « La partie spéciale du Code des obligations », Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1995 (2^{ème} édition).
- TERCIER Pierre** : Les contrats spéciaux, 3^{ème} édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich - Bâle - Genève, 2003 (3^{ème} édition).
- TERRÉ François
SIMLER Philippe
LEQUETTE Yves
CHÉNEDÉ François** : Droit civil, Les obligations, 13^{ème} édition, Édition Dalloz, Paris, 2022.
- TEVINI DU PASQUIER
Silvia** : Le crédit documentaire en droit suisse, Droits et Obligations de la banque mandataire et assignée, Faculté de Droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle - Francfort-sur-le-Main, 1990.
- THÉVENOZ Luc** : “Le droit suisse des contrats face à la monnaie unique”, Journée 1996 de droit bancaire et financier, CEJE Droit Bancaire & Financier, Centre d’études juridiques européennes, Université de Genève, Edition Stämpfli + Cie SA, Berne, 1996, s. 17-97.
- THÉVENOZ Luc (éd.)
WERRO Franz (éd.)** : Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-152 CO, Partie générale, Contrats innomés, Vente et donation, 3^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2021 (CR-Yazar).
- THÉVENOZ, Luc
BACHARACH Jeremy
HIRSCH Célian** : “Les cryptomonnaies et le paiement en droit suisse”, La place du consommateur au quotidien, La pratique contractuelle 7, Symposium en droit des Contrats, eds. Pascal Pichonnaz / Franz Werro, Schulthess éditions romandes, Genève - Zurich, 2022, s. 77-125.

- TILLMANNS Kerstin** : Strukturfragen des Dienstvertrags, Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- TOLU Hazal** : İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TOLU YILMAZ Hazal** : Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- von TUHR Andreas
ESCHER Arnold** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band mit den Registern zu beiden Bänden, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1974.
- von TUHR Andreas
PETER Hans** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Bänden, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979.
- von TUHR Andreas** : “Streifzüge im revidierten Obligationenrecht”, SJZ, 18. Jahrgang, 1921/22, s. 365-371.
- TUNÇOMAĞ Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976 (Borçlar Genel).
- ÜLGEN Hüseyin
HELVACI Mehmet
KAYA Arslan
NOMER ERTAN N. Fusun** : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (İşletme).
- ÜLGEN Hüseyin
HELVACI Mehmet
KAYA Arslan
NOMER ERTAN N. Fusun** : Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Kıymetli Evrak).
- ÜNLÜTEPE Mustafa** : Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011.
- van den DAELE Wolfgang** : Probleme des gegenseitigen Vertrages, Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten, Hamburger Rechtsstudien herausgegeben von Mitgliedern der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg, Heft 61, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1968.
- VENTURI Silvio** : La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994.
- VENTURI-ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle** : “La résiliation pour justes motifs des contrats de durée”, SJ, 2008/II, s. 1-37.

- VETSCH Gottlieb** : Der Sukzessivlieferungsvertrag, Verzug, mangelhafte Erfüllung, Unmöglichkeit, Dissertation der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Druck von Hermann Beyer & Söhne (Beyer & Mann), Langensalza, 1924.
- VETTER Meinrad** : “Verzugszinsen bei « zahlbar innert 30 Tagen »”, SJZ, 115/2019, s. 150-153.
- BUFF Olivier**
- VIONNET Guillaume** : L'exercice des droits formateurs, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, Edition Schulthess, Genève - Bâle - Zurich, 2008 (Droits formateurs).
- VIONNET Guillaume** : La vente, Traité des contrats, volume 3, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève - Zurich, 2024 (Vente).
- VOGEL Oscar** : “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1997”, ZBJV, 1998, s. 365-392 (ZBJV 1998).
- VOGEL Oscar** : “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1991”, ZBJV, 1993, s. 436-468 (ZBJV 1993).
- VOSER Fritz** : Der Schuldnerverzug im schweizer. Obligationenrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Druck und Verlag von H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1914.
- WEBER Ralph** : “Hauptforderungen und Verzugszinsen: eine einheitliche Forderung oder selbständig i. S. v. § 266 BGB?”, MDR, Heft 9/92, 1992, s. 828-829 (MDR 1992).
- WEBER Rolf H.** : Berner Kommentar, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005 (BK-Weber).
- WEBER Rolf H.** : “Gedanken zur Verzugsschadensregelung bei Geldschulden”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1989, s. 323-336 (Verzugsschaden).
- WEBER Rolf H.** : “Neukonzeption der Verzugszinsregelung”, Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Hrsg. Wolfgang Wiegand / Thomas Koller / Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG /

- Schulthess Juristische Medien AG, Bern - Zürich, 2009, s. 781-802 (Festschrift Bucher).
- WEBER Rolf H.** : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020 (BK-Weber/Emmenegger).
- EMMENEGGER Susan**
- WEBER Rolf H.** : “Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen”, ZSR, Band 106, 1987/I, s. 403-434 (ZSR 1987).
- WEBER Rolf H.** : “Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen für webbasierte und mobile Zahlungssysteme”, Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Hrsg. Rolf H. Weber / Florent Thouvenin, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2015, s. 5-38 (Zahlungssysteme).
- WEBER Stephan** : “Die Schadenminderungspflicht - eine metamorphe Rechtsfigur”, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, Tagungsbeiträge, Hrsg. Alfred Koller, Verlag Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen, St. Gallen, 1999, s. 133-178 (Schadenminderung).
- WEBER-CAFLISCH Olivier** : Faux et... défauts dans la vente d'objets d'art, Étude juridique de la question de l'authenticité et de la garantie en raison des défauts de la chose, Aspects de la pratique du commerce de l'art, les usages - la vente aux enchères - l'expert, aspects du droit pénal liés à la vente d'objet d'art, Georg - Librairie de l'Université, Genève, 1980
- WEISSENBACH Walther** : Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Druck von Schulthess & Cie., Zürich, 1900.
- WERRO Franz** : La responsabilité civile, 3^{ème} édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2017.
- WERTENBRUCH Johannes** : Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung, JZ, 57. Jahrg., Nr. 18, s. 862-866.
- WIDMER LÜCHINGER Corinne (Hrsg.)** : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020 (BSK-Yazar).
- OSER David (Hrsg.)**
- WIECHERS Lothar** : Der Rücktritt von beiderseits unerfüllten Verträgen im Konkurs, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der

- Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1976.
- WIEGAND Wolfgang** : “Die Leistungsstörungen, 2. Teil: Verzug und Schlechterfüllung (Fortsetzung der Abhandlung aus Heft 4/1983)”, recht 1984, s. 13-22 (recht 1984).
- WIEGAND Wolfgang** : “Die Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung” recht 1983, s. 1-9, 118-131 (recht 1983).
- WIEGAND Wolfgang** : “Rechtsprechung, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 114 II 131”, recht 1989, s. 101-112 (recht 1989).
- WIEGAND Wolfgang** : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997 - Obligationenrecht, Wahlrechte des Gläubigers bei Verzug, Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff.”, ZBJV, 1998, s. 691-694 (ZBJV 1998).
- WIEGAND Wolfgang** : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1993 - Obligationenrecht”, ZBJV, 1995, s. 345-376 (ZBJV 1995).
- WIEGAND Wolfgang** : “Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”, Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2004, s. 709-722 (Festschrift Gauch).
- WIEMKEN Helmuth** : Rücktritt und Schadensersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Basel, 1931.
- WÜRLER Walter** : Anrechnung einer Leistung bei Mehrheit von Forderungen und Anrechnung einer Teilleistung, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel, 1946.
- YAĞCI Kürşat** : “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”, İÜHFM, C. 71, S. 2, 2014, s. 421-437.
- YAVUZ Cevdet** : Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- YAVUZ Cevdet
ACAR Faruk
ÖZEN Burak** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt, Giriş - Geçirim (Temlik) Borcu Doğuran Sözleşmeler - Kılanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Cilt I).
- YAVUZ Cevdet
ACAR Faruk
ÖZEN Burak** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, İş Görme Sözleşmeleri - Saklama (Muhafaza) Sözleşmeleri - Şahsi (Kişisel) Teminat Sözleşmeleri - Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler -

- Ortaklık Sözleşmeleri (Adi Ortaklık), Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Cilt II).
- YILDIZ Mustafa Göktürk** : Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Temerrüt).
- YILDIZ Mustafa Göktürk** : "TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi", İHM, C. 76, S. 1, 2018, s. 359-380 (İHM 2018).
- YUNG Walter** : "L'interprétation supplétive des contrat", RJB, Band 97, 1961, s. 41-64 (RJB 1960).
- YUNG Walter** : "Note sur la résolution de la vente en cas de demeure de l'acheteur et ses conséquences", SJ, 1940, s. 439-442 (SJ 1940).
- ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK Burcu** : Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ZEVKLİLER Aydın GÖKYAYLA K. Emre** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- ZIEGLER Antje** : Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Dissertation der Universität St. Gallen Hochschule für Wirtschafts- Rechts- und Sozialwissenschaften zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Dissertation Nr. 1289, Buchdruckerei Zehnder AG, Wil SG, 1992.
- ZIMMERMANN Ingo** : Das Fixgeschäft, Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur. bei der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2006 (Fixgeschäft).
- ZIMMERMANN Reinhard** : The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives, Oxford University Press, New York, 2006 (Obligations).
- ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste** : Le contrat contraire aux bonnes mœurs, Étude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats, Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Édition universitaire Fribourg Suisse, Fribourg, 1988.
- ZÜRCHER Hans-Ulrich** : Verzugszinsen im Bundesverwaltungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Sozialversicherungsrechts, Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Verlag Paul Haupt, Bern - Stuttgart - Wien, 1998.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Doğan KARA
Tez Başlığı : Kısmi Temerrüt
Savunma Tarihi : 09/05/2025
Danışman : Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ:**Unvan, Ad-SOYADI****İmza**

Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU (Danışman)

Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR

Prof. Dr. Halûk Nami NOMER

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü